

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

**HARMONISATION INTERNATIONALE
ET ENTRAIDE ADMINISTRATIVE
INTERNATIONALE EN DROIT DE LA
CONCURRENCE**

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
POUR OBTENIR LE CRADRE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

BENOÎT MERKT



PETER LANG

BERN · BERLIN · BRUXELLES · FRANKFURT AM MAIN · NEW YORK · OXFORD · WIEN

2000

Monsieur Benoît Merkt est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée :
« Harmonisation internationale et entraide administrative internationale en droit de la concurrence ».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 15 juin 2000

**Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques**

Pierre Wessner

**© Peter Lang AG, European Academic Publishers, Berne 2000
Jupiterstr. 15, Case postale, CH-3000 Bern 15; info@peterlang.com**

Tous droits réservés.

**Réimpression ou reproduction interdite par n'importe quel procédé,
notamment par microfilm, xérogaphie, microfiche, microcarte, offset, etc.**

Imprimé en Allemagne

**Harmonisation internationale
et entraide administrative
internationale en droit de la
concurrence**

A Nina

Préface

Le processus de globalisation et de libéralisation du commerce n'est pas sans répercussions substantielles dans le domaine du droit antitrust. Le droit de la concurrence varie fortement d'un pays à l'autre, en particulier entre les Etats-Unis et l'Union européenne. Se pose la question de savoir dans quelle mesure la globalisation nécessite une harmonisation des législations nationales sur la concurrence pour permettre aux Etats de mieux coordonner et contrôler les pratiques commerciales restrictives et les abus de position dominante sur le marché mondial. La problématique est d'importance égale pour les grands comme pour les petits pays. Les stratégies poursuivies varient toutefois dans une grande mesure et dépendent de nombreux facteurs, notamment de la taille d'une économie. C'est pourquoi cette problématique conduit à des réponses différentes selon que l'on se trouve aux Etats-Unis, dans la Communauté européenne ou en Suisse.

La thèse de Benoît Merkt étudie différentes options, en tenant pleinement compte des potentialités du droit du GATT/OMC. Elle est fondée sur l'hypothèse que le développement et le renforcement des programmes d'entraide judiciaire bilatérale ou multilatérale dans le domaine antitrust est mieux à même de parvenir à un contrôle effectif des pratiques commerciales restrictives et des abus de position dominante dans une économie globale que toute tentative d'harmonisation internationale du droit de la concurrence.

Cette thèse fournit une contribution importante à la discussion sur cette problématique. Elle démontre de manière convaincante la nécessité d'un renforcement de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence et d'une harmonisation minimale du droit de fond. Elle enrichit la doctrine, non seulement au travers de langue française, mais également par les directions qu'elle indique.

Ce travail conclut une longue période de coopération professionnelle aux Universités de Neuchâtel et de Berne, coopération pour laquelle je tiens à remercier Benoît Merkt en toute amitié.

Berne, en octobre 2000

Thomas Cottier

Remerciements

Je tiens à remercier mon directeur de thèse, M. le Professeur Thomas Cottier, Professeur ordinaire à l'Université de Berne, pour le soutien constant et précieux qu'il m'a témoigné tout au long de l'élaboration de ce travail.

Mes remerciements vont également à mon co-directeur de thèse, M. le Professeur Petros C. Mavroidis, Professeur ordinaire à l'Université de Neuchâtel, pour son aide décisive dans la phase finale de ce travail.

Enfin et surtout, je tiens à remercier ma femme Nina qui m'a encouragé et qui a relu les manuscrits succesifs avec rigueur, compétence et persévérance.

Genthod, en septembre 2000

The globalisation of economic activity may also challenge competition law in Europe by shifting the focus of response to competition problems from the national and regional levels to the international level. If restraints or the competitive process are created by conduct that stretches beyond the border of existing national and regional competence, the responses may increasingly have to be international. The probable future shape of any such development remains unclear, but to the extent that it does occur, it may divert attention and energy from national and regional competition law projects.

D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*,
Oxford 1998, p. 435.

Table de matières

Préface	7
Remerciements	9
Abréviations	21
Introduction	25
Titre I	
Les sources matérielles du droit de la concurrence	29
Chapitre I	
Au niveau national et régional	31
A. Le droit antitrust américain	31
B. Le droit européen de la concurrence	41
C. Le droit suisse de la concurrence	51
Chapitre II	
Au niveau multilatéral en droit du GATT/OMC	59
A. Le GATT et la notion large de la concurrence	59
B. Le GATT et la notion étroite de la concurrence (les pratiques commerciales restrictives)	63
C. Les dispositions des Accords OMC contenant des règles de concurrence	69
D. L'application du règlement des différends de l'OMC au droit de la concurrence	83
Titre II	
Les approches du droit international de la concurrence	103
Chapitre I	
L'application extraterritoriale du droit national et supranational de la concurrence	105
A. Remarques préalables	105

B. Le principe de territorialité et ses dérivés	106
C. La théorie des effets en droit antitrust américain	110
D. La théorie des effets en droit européen de la concurrence	119
E. La théorie des effets en droit suisse de la concurrence	125
F. La théorie des effets et le droit international public	128

Chapitre II

L'application du droit étranger de la concurrence	135
A. La méthode du droit international privé	135
B. La méthode du droit administratif international	136

Chapitre III

Le droit supranational de la concurrence	139
A. L'objectif d'intégration du droit européen de la concurrence	139
B. Le rôle centralisateur de la Commission européenne	140
C. La théorie de l'application cumulative	144
D. L'interprétation de la notion d'affectation du commerce entre Etats membres	145
E. L'importance limitée de l'entraide administrative internationale	146

Chapitre IV

L'harmonisation internationale du droit de la concurrence, en particulier en droit du GATT/OMC	149
A. Les premières tentatives en dehors du GATT	149
B. Le Code des Nations-Unies sur les pratiques commerciales restrictives (1980)	150
C. Le Draft International Antitrust Code de 1993	151
D. Le rapport du groupe d'experts de l'UE de 1995 sur « la politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial »	157
E. Le groupe de travail sur les interactions entre le commerce et la concurrence de l'OMC	159
F. Les propositions de l'UE de 1999 en faveur de négociations sur la concurrence dans le cadre de l'OMC	161

G. Des intérêts divergeants	163
H. L'absence de consensus au sujet des règles de concurrence les plus appropriées	172
I. Des lois uniformes et des marchés non uniformes	177

Chapitre V

L'entraide administrative internationale en droit de la concurrence	177
A. Les limites procédurales à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence	179
B. L'avis de la <i>Monopolkommission</i> allemande de 1997 en faveur d'un accord plurilatéral de coopération internationale en droit du GATT/OMC	187
C. Les pratiques commerciales restrictives produisant des effets dans plusieurs pays	189
D. Les pratiques émanant d'entreprises d'un même pays et produisant des effets à l'étranger : l'exemple des cartels d'exportation	190
E. Les pratiques émanant d'entreprises d'un même pays et qui ont un effet de verrouillage du marché national	198

Titre III

Les différentes formes d'entraide internationale en droit de la concurrence	199
---	-----

Chapitre I

L'entraide judiciaire internationale en matière civile	201
A. La notion de matière civile et commerciale	201
B. La convention de la Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale	205
C. La convention de Lugano sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale	208
D. La convention de la Haye sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale	211

Chapitre II	
L'entraide judiciaire internationale en matière pénale	215
A. L'exclusion du droit de la concurrence	215
B. Le principe de double incrimination comme obstacle à l'entraide internationale en matière pénale	216
C. Le cas particulier de la coopération entre le Canada et les Etats-Unis	218
Chapitre III	
L'entraide administrative internationale	221
A. Absence de réglementation internationale de portée générale	221
B. Exemples de réglementations spécifiques	223
Chapitre IV	
Les obstacles à l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence	233
A. Les différences de sanctions	233
B. Les règles sur la confidentialité des informations commerciales	235
C. Les lois de blocage et les règles nationales empêchant la transmission d'informations à l'étranger	239
Titre IV	
Le développement de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence	245
Chapitre I	
Les relations intérieures de l'Union européenne	247
A. L'application du droit européen de la concurrence par les autorités judiciaires nationales	249
B. L'application du droit européen de la concurrence par les autorités nationales de la concurrence	254
C. La décentralisation de l'application de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE	260

D. L'application des législations nationales sur la concurrence	262
E. La nécessité de l'entraide administrative internationale	265
 Chapitre II	
L'Accord EEE	273
A. Généralités	273
B. Les règles de concurrence	273
C. La coopération entre la Commission et l'ESA	275
 Chapitre III	
L'Accord de libre-échange entre la Communauté européenne et la Suisse de 1972	279
A. L'article 23 ALE	279
B. La procédure devant le comité mixte	280
C. L'effet direct de l'article 23 ALE	284
D. L'interprétation conforme en droit international public	291
E. La question de l'application exclusive de l'article 23 ALE	293
 Chapitre IV	
Les accords d'association entre la Communauté européenne et les pays d'Europe centrale et orientale	295
A. Généralités	295
B. L'exemple de l'accord avec la Pologne	296
 Chapitre V	
Les recommandations de l'OCDE	301
A. Généralités	301
B. La recommandation révisée sur la coopération entre les Etats dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux (1995)	303
C. La recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998)	305

Chapitre VI	
Les premiers accords bilatéraux contenant des règles de procédure uniquement	309
Chapitre VII	
L'Accord entre les Etats-Unis et l'UE (1991 et 1995)	315
A. La nature juridique de l'Accord	316
B. Le champ d'application	318
C. Les notifications	318
D. L'échange d'informations	320
E. La coordination des mesures d'application	326
F. La courtoisie traditionnelle (art. VI)	327
G. La courtoisie « positive » (art. V)	328
H. La procédure de consultation	330
Chapitre VIII	
L'ALENA et l'Accord entre les Etats-Unis et le Canada (1995)	331
A. L'ALENA	331
B. L'Accord entre les Etats-Unis et le Canada (1995)	332
Chapitre IX	
Le cas particulier de la coopération entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie	335
Chapitre X	
Vers une troisième génération d'accords bilatéraux?	339
A. La loi américaine sur l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence (1994)	339
B. L'Accord entre les Etats-Unis et l'UE relatif à la courtoisie active (1997)	343
Titre V	
Perspectives et propositions pour le droit suisse	347
Chapitre I	
L'ouverture de la Suisse à la concurrence étrangère	349

A. L'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires au commerce international	349
B. L'élimination des obstacles au commerce sous forme de droits de propriété intellectuelle	351
C. L'ouverture internationale des marchés publics	354
D. L'ouverture internationale des marchés et le contrôle suisse des concentrations	356
E. Le contrôle des cartels et des abus de position dominante garantit-il aussi l'ouverture internationale des marchés? . .	361

Chapitre II

La réglementation insuffisante de l'entraide administrative internationale en droit suisse de la concurrence	363
--	-----

Chapitre III

Importance pour la Suisse d'une réglementation de la concurrence en droit du GATT/OMC	371
A. Accord multilatéral ou plurilatéral	372
B. Les différentes approches possibles	373
C. Les modulations possibles	376
D. Les avantages de l'entraide administrative internationale en droit du GATT/OMC	376
E. Les règles de base de l'entraide administrative internationale	378
F. L'échange d'informations confidentielles en cas d'ententes injustifiables	382
G. L'interdiction des cartels d'exportation	384
H. La procédure de règlement des différends en droit du GATT/OMC	385

Chapitre IV

Conséquences en fonction des scénarios d'intégration européenne de la Suisse	389
A. En cas d'adhésion de la Suisse à l'UE	390
B. En cas d'adhésion de la Suisse à un Accord «EEE bis»	392

Chapitre V

Importance d'un renforcement de la coopération bilatérale existante entre la Suisse et l'UE	395
A. L'interdépendance économique de la Suisse et de l'UE	395
B. L'influence des accords sectoriels entre la Suisse et l'UE, en particulier l'accord de reconnaissance mutuelle (ARM) en matière d'évaluation de la conformité	397
C. Le modèle de la coopération bilatérale USA-UE	399
D. Des règles de mise en œuvre de l'article 23 ALE ?	401
E. La reprise des protocoles n° 23 et 24 de l'Accord EEE?	402

Chapitre VI

Autres perspectives	403
A. L'entraide judiciaire internationale en matière civile	403
B. La perspective plunilatérale au sein de l'OCDE	404
C. La réforme de la LCart 1995	405
Conclusions	407
A. Harmonisation internationale et entraide administrative internationale	407
B. La relation entre l'entraide administrative internationale et l'entraide judiciaire internationale en droit de la concurrence	409
C. L'entraide administrative internationale en droit de la concurrence comme phénomène de globalisation du droit	410
D. Les limites actuelles de l'entraide administrative internationale	411
E. Vers une approche multilatérale de l'entraide administrative internationale	412
F. L'importance d'un accord sur la concurrence à l'OMC	413
G. L'ossature d'un accord sur la concurrence de l'OMC	414
H. Les perspectives pour le droit suisse	415
Bibliographie	417

Abréviations

AE	Accord européen
AELE	Association européenne de libre-échange
AFDI	Annuaire français de droit international
AJIL	American Journal of International Law
AJP (PJA)	Aktuelle Juristische Praxis (Pratique juridique actuelle)
al.	alinéa
ALE	Accord de libre-échange de 1972 entre la Suisse et la Communauté économique européenne
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
ALJ	Antitrust Law Journal
art.	article
ASDI	Annuaire suisse de droit international
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
ATRR	Antitrust and Trade Regulation Report
att.	attendu(s)
BISD	Basic Instruments and Selected Documents (GATT)
c.	contre
CCart	Commission des cartels
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
CER	Commission de l'économie et des redevances
cf.	voir
CFB	Commission fédérale des banques
ch.	chiffre
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CLP	Comité du droit et de la politique de la concurrence (OCDE)
CMLRev	Common Market Law Review
CNUCED	Commission des Nations-Unies pour le commerce et le développement
cons.	considérant
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
est	constitution fédérale
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFE	Département fédéral de l'économie

DFP	Département fédéral des finances
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPC (RPW)	Droit et politique de la concurrence (Recht und Politik des Wettbewerbs)
DPCI	Droit et pratique du commerce international
ECLR	European Competition Law Review
EEE	Espace économique européen
ELRev	European Law Review
ESA	EFTA surveillance authority (autorité de surveillance de l'AELE)
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
F. 2nd	Federal Reporter, Second Series (USA)
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiche juridique suisse
FRD	Federal Rules Decisions (USA)
F.Supp.	Federal Supplement (USA)
FTC	Federal Trade Commission (USA)
GATS	General Agreement on Trade and Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Allemagne)
GYIL	German Yearbook of International Law
HILJ	Harvard International Law Journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IECL	The International Encyclopedia of Comparative Law
ILM	International Legal Materials
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JDI	Journal de droit international
JIEL	Journal of International Economic Law
JO	Journal officiel des Communautés européennes (Luxembourg)
JWT	Journal of World Trade
LB	Loi fédérale du 8. 11. 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, dernières modifications le 22. 4. 1999
LBVM	Loi fédérale du 24. 3. 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, dernière modification le 22. 4. 1999
LCart 1962	Loi fédérale du 20. 12. 1962 sur les cartels et organisations analogues
LCart 1985	Loi fédérale du 20. 12. 1985 sur les cartels et organisations analogues
LCart 1995	Loi fédérale du 6. 10. 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LDIP	Loi fédérale du 18. 12. 1987 sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale du 6. 10. 1995 sur les entraves techniques au commerce

lit.	lettre
LMI	Loi fédérale du 6. 10. 1995 sur le marché intérieur
LQR	Law Quartelery Report
Mess.	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OCCE	Ordonnance du 17. 6. 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises
OCDE	Organisation pour la coopération et le développement économique
ODA	Organe d'appel (OMC)
OJ	Loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire
OMC (WTO)	Organisation mondiale du commerce (World Trade Organization)
ORD	Organe de règlement des différends (OMC)
OTC	Accord OMC sur les obstacles techniques au commerce
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
Publ. CCSPr	Publication de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
RabelZ	Rabels Zeitschrifts für ausländisches und internationales Privatrecht
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RDS (ZSR)	Revue de droit suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht)
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RMC	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA (SZW)	Revue suisse de droit des affaires (Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)
RSDIC	Revue suisse du droit international de la concurrence
RSJ (SJZ)	Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juristenzeitung)
SEC	Securities and Exchange Commission
SJIL	Stanford Journal of International Law
SPS	Accord OMC sur les mesures sanitaires et phytosanitaires
SSJ	Société suisse des juristes
TEJUS	Traité du 25 mai 1973 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale
TF	Tribunal fédéral
TFI	Tribunal de première instance des Communauté européennes
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
U.S.	United States Reports
UE	Union européenne
v.	versus
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZStrR (RPS)	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Revue pénale suisse)

Introduction

Le but du présent travail est d'étudier la réglementation du droit de la concurrence et des possibilités de coopération entre autorités de la concurrence au niveau international. Nous notons d'emblée que, dans un sens large, le droit de la concurrence est une matière très vaste qui comprend aussi bien le contrôle des restrictions d'origine étatique que privée à la concurrence. La notion large de la concurrence comprendrait ainsi en particulier l'étude des aides d'Etat, du dumping ou encore des marchés publics. Ces matières font aujourd'hui l'objet de réglementations détaillées sur le plan international, en particulier en droit du GATT/OMC.

Si l'on considère le droit de la concurrence dans la conception plus étroite qui est celle retenue dans ce travail, cette matière se limite aux restrictions d'origine privée à la concurrence. On se situe alors dans un domaine de réglementation traditionnellement national, réglementé avant tout par des législations nationales sur la concurrence et mis en œuvre pour l'essentiel par des autorités nationales de la concurrence. Ainsi compris, le droit de la concurrence est le domaine du droit qui se rapporte au contrôle des restrictions d'origine privée à la concurrence ou, en d'autres termes, des pratiques commerciales restrictives. Ce domaine est lui-même réglementé dans trois piliers: le contrôle des cartels, le contrôle des abus de position dominante et, plus récemment, le contrôle des concentrations d'entreprises.

L'élimination des restrictions d'origine étatique à la concurrence telle qu'elle est aujourd'hui en grande partie réalisée en droit du GATT/OMC fait apparaître la nécessité d'un contrôle des pratiques commerciales restrictives de dimension internationale. En effet, un résultat de l'élimination progressive des barrières étatiques au commerce international est l'importance accrue du droit de la concurrence. Or, pour l'heure, la réglementation internationale du droit de la concurrence demeure une question non résolue du

système commercial multilatéral. Nous chercherons quelles sont les conséquences des lacunes du système actuel et quelles approches pourraient permettre de les combler.

Dans une économie globalisée, l'efficacité du droit de la concurrence dépend de la possibilité pour les autorités de la concurrence de disposer de compétences dépassant les frontières de l'Etat. Or les autorités de la concurrence sont aujourd'hui le plus souvent démunies car les instruments leur permettant de coopérer sont insuffisants, voire même inexistants.

Par ailleurs, les ententes cartellaires, les abus de position dominante et les concentrations d'entreprises procèdent de plus en plus souvent de stratégies de dimension internationale, soit du fait qu'elles regroupent des entreprises de différents Etats, soit du fait qu'elles sont destinées à produire des effets dans plusieurs Etats, à l'échelle d'une région et parfois même au niveau mondial. Il est à notre avis devenu urgent de repenser la manière traditionnelle d'appréhender ces pratiques commerciales restrictives au moyen de législations nationales ou même régionales sur la concurrence.

Faut-il codifier, comme certains le proposent, un droit mondial de la concurrence et créer une autorité mondiale de la concurrence? Ou ne devrait-on pas plutôt travailler avec les législations nationales ou régionales existantes en améliorant la coopération entre autorités de la concurrence? Dans quelle mesure une harmonisation du droit matériel de la concurrence à l'échelle internationale est-elle nécessaire afin que la coopération internationale soit effective? Les instruments existants d'entraide judiciaire internationale pourraient-ils servir à combler les lacunes existantes? Quels sont les obstacles à l'entraide internationale qui sont spécifiques au droit de la concurrence et comment les surmonter?

Pour répondre à ces questions, le présent travail est articulé comme suit. La première partie décrit les principales sources du droit de la concurrence au niveau national, régional et multilatéral. Notre choix s'est porté sur le droit antitrust américain, le droit européen de la concurrence et le droit suisse. Ce choix s'explique par le fait que la plupart des législations sur la concurrence existantes trouvent leur inspiration soit en droit antitrust américain, soit en

droit européen de la concurrence. Une comparaison des droits antitrust américain, du droit européen et du droit suisse nous semble en effet nécessaire afin de mettre en lumière les différences d'objectifs, de règles de fond et aussi de sanctions qui rendent difficile l'harmonisation internationale en droit de la concurrence et qui font obstacle à l'entraide administrative internationale.

Dans la mesure où il est reconnu que les problèmes de concurrence se posent aujourd'hui dans une économie globalisée, une attention particulière est apportée à l'étude de la concurrence en droit du GATT/OMC. Le but est de montrer la réglementation lacunaire actuelle en droit du GATT/OMC et d'étudier la première application de la procédure de règlement des différends en droit du GATT/OMC à des pratiques commerciales restrictives (l'affaire Fuji c. Kodak). La deuxième partie étudie les différentes approches possibles du droit international de la concurrence et cherche à montrer la nécessité de l'entraide administrative internationale.

La troisième partie est consacrée aux différentes formes d'entraide internationale en droit de la concurrence et à une étude des potentialités des instruments existants de l'entraide judiciaire internationale en matière civile et de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale.

La quatrième partie est une recherche du développement de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Elle comprend une analyse des accords internationaux existants plus que de la pratique en application de ces accords. En effet, la pratique est souvent non publiée et lorsqu'elle est publiée, elle ne fournit pas d'informations détaillées sur les cas d'application. Nous avons cherché à interroger par exemple la Commission européenne sur sa pratique d'entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Au delà d'informations publiées dans les rapports officiels en particulier en relation avec l'Accord bilatéral USA-UE, les informations non accessibles au public ne nous ont pas été communiquées.

Notre recherche n'a donc pas pu se porter, à quelques exceptions près, sur la pratique formelle ou informelle en matière d'entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Elle s'est

concentrée sur l'étude des accords et instruments internationaux existants en cherchant à mettre en évidence leur nature, leur contenu et les potentialités qu'ils offrent. Certains accords internationaux étudiés contiennent des règles matérielles et des règles de procédure (par exemple l'Accord EEE, l'Accord de libre-échange de 1972 entre la CE et la Suisse et les accords de coopération de l'UE avec les pays d'Europe centrale et orientale), d'autres des règles de procédure uniquement (les recommandations de l'OCDE et des différents accords bilatéraux entre autorités de la concurrence, en particulier l'Accord bilatéral USA-UE).

La cinquième partie est une analyse des perspectives pour le droit suisse de la concurrence. Pour la Suisse, la question de la réglementation internationale du droit de la concurrence constitue à notre avis un enjeu fondamental. En effet, comme pays à économie ouverte et à industrie fortement exportatrice, la Suisse est particulièrement vulnérable au risque de cloisonnement des marchés pouvant résulter de pratiques commerciales restrictives de dimension internationale. Elle l'est d'autant plus que, selon nous, l'application extraterritoriale du droit de la concurrence est inappropriée dans le cas d'un petit pays comme la Suisse. Par ailleurs, de par ses choix d'intégration européenne, la Suisse est restée en marge des réseaux d'entraide administrative internationale qui se sont tissés à l'échelle de l'Europe, sans parler du fait que différentes spécificités du droit suisse de la concurrence et du code pénal suisse font actuellement obstacle à la coopération internationale. Ce fut donc un défi tout particulier pour un juriste suisse de traiter de la question, non résolue, de l'harmonisation internationale et de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence.

Titre I

*Les sources matérielles
du droit de la concurrence*

Chapitre I

Au niveau national et régional

A. Le droit antitrust américain

1. Les objectifs

A l'origine, le droit antitrust américain a été élaboré en réaction aux trusts qui contrôlaient les actions des grandes entreprises et qui pouvaient éliminer la concurrence entre elles, le plus souvent au détriment des consommateurs¹. Il est un moyen de protection de la liberté individuelle face aux monopoles et aux abus de position dominante. En ce sens, il constitue un instrument de redistribution du pouvoir et de promotion de l'équité économique. Les grands conglomérats d'entreprises ont toujours été considérés avec méfiance par le droit antitrust américain comme des menaces pour la démocratie et la liberté individuelle. Cette préoccupation se trouve à l'origine du droit antitrust américain, à l'époque où les grandes entreprises de chemins de fer ont été démembrées. Plus récemment, elle s'exprime dans le contexte du démantèlement spectaculaire d'empires comme *AT&T* ou *Microsoft*.

Le droit antitrust américain poursuit principalement dans la pratique un objectif d'efficacité économique. Il vise à augmenter le bien-être du consommateur par l'allocation la plus optimale des ressources. Les adeptes de l'école de Chicago ont plaidé, en réaction aux théories préconisées par les tenants de l'école de Harvard, une approche économique dans l'évaluation des restrictions à la concurrence et l'exclusion de considérations de nature sociale ou

1 R. WHISH, *Competition Law*, Butterworths (3th ed.), London, Edinburgh 1993, p. 16 ss.

politique. Cette école de pensée a eu une grande influence sur la mise en œuvre du droit antitrust américain à partir des années 1970².

2. Les principales sources

Le droit antitrust américain a essentiellement été codifié à la fin du XIX^{ème} siècle. Ses principes sont ancrés dans quatre lois: le *Sherman Act* de 1890, le *Clayton Act* de 1914, le *Robinson-Patman Act* de 1936 et le *Celler-Kefauver Merger Act* de 1950³. Bien que ces lois soient les principales sources du droit antitrust américain, elles sont, à l'exception du *Robinson-Patman Act*, relativement peu détaillées. La substance du droit antitrust américain provient essentiellement de la jurisprudence des tribunaux. La Cour suprême des Etats-Unis a qualifié le *Sherman Act* de «charte globale de la liberté économique visant à ce que les échanges continuent d'être régis par la règle d'une concurrence dénuée de toute entrave» et reposant sur l'idée que

la libre interaction des forces concurrentielles permettra d'obtenir la meilleure répartition possible de nos ressources économiques, les prix les plus bas, les niveaux de qualité les plus élevés et le progrès matériel le plus large, tout en créant un environnement favorable à la préservation de nos institutions politiques et sociales démocratiques⁴.

- 2 Au sujet de l'influence de l'école de Chicago et de l'école de Harvard, cf. F. SOUTY, *La politique de concurrence trente ans après Chicago: principaux enseignements*, in: J. KRUSE/K. STOCKMANN/L. VOLLMER (Hrsg.), *Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, Festschrift für Ingo SCHMIDT, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, p. 85 ss.
- 3 Pour un aperçu du droit antitrust américain, cf. E. FOX/R. PITOWSKY, *United States*, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 235 ss.; R. WHISH, op. cit., p. 16 ss.
- 4 *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 256 U.S. 1, 4, 1958, cité par M. WISE, *Examen du droit et de la politique de la concurrence aux Etats-Unis*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence n° 1/1999, p. 10 ss., p. 15.

Les principes de base du droit antitrust américain sont énoncés dans les deux premières sections du *Sherman Act*. La section 1 déclare que

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal....

Il faut plusieurs participants pour que la section 1 s'applique. Elle couvre à la fois les accords horizontaux et les accords verticaux. La deuxième phrase énonce les sanctions:

Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 10'000,000 if a corporation, or if any other person, \$ 350'000, or by imprisonment not exceeding three years, or both said punishments, in the discretion of the court.

La section 2 déclare que:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other persons, to monopolize any part of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10'000'000 if a corporation, or, if any other person, \$350'000, or by imprisonment not exceeding three years, or both said punishments, in the discretion of the court.

Une seule entreprise peut violer la section 2 du *Sherman Act*. Ce n'est pas le fait de détenir une position dominante qui est réprimé, mais la tentative d'obtenir un monopole, ce qui implique un élément subjectif.

Le *Clayton Act* interdit une variété de pratiques commerciales dont l'effet peut être de réduire la concurrence de manière substantielle ou tendre à la création d'un monopole. Parmi ces pratiques figurent en particulier la discrimination en matière de prix (section 2), les contrats d'exclusivité (section 3) et les concentrations d'entreprises (section 7). Le *Robinson-Patman Act* traite en

détail de la discrimination en matière de prix dans le domaine des services. Enfin, le *Celler-Kefauver Act* déclare illégales les concentrations entre entreprises (horizontales, verticales ou congglomérales) dont l'effet peut être de réduire la concurrence de manière substantielle ou de tendre à la création d'un monopole.

En résumé, le droit antitrust américain aborde les problèmes de concurrence sous trois angles différents: (i) le contrôle des accords ou ententes entre entreprises; cette première catégorie est subdivisée à des fins analytiques en deux groupes: les accords horizontaux entre entreprises qui se situent au même niveau du marché et les accords verticaux entre entreprises se situant à des stades différents de la production ou de la distribution et qui visent à contrôler certains aspects de la distribution; (ii) le contrôle de la «*monopolisation*», plus connu dans les législations européennes sous l'expression de contrôle de l'abus de position dominante; (iii) enfin, le contrôle des fusions ou concentrations entre entreprises. Ces catégories forment les piliers du droit de la concurrence que l'on retrouve dans toutes les législations sur la concurrence.

3. «*Rule of reason*» et interdictions *per se*

Le mandat donné par le législateur américain au juge est très vaste. Le *Sherman Act* contient une interdiction générale des restrictions à la concurrence («*restraints of trade*»). Sur cette base, la jurisprudence a distingué les pratiques qui sont présumées illicites («*per se illegality*») de celles qui ne le sont pas et qui peuvent être justifiées au cas par cas («*rule of reason*»)⁵. La règle de raison permet de tempérer la rigidité du système de l'interdiction. Elle a été énoncée pour la première fois par la Cour suprême des Etats-Unis en 1911⁶.

Des exemples de restrictions considérées comme illégales *per se* sont les ententes horizontales sur les prix, les quantités ou de partage

5 R. WHISH/B. SUFFRIN, *Article 85 and the Rule of Reason*, Oxford Yearbook of European Law 1/1987, p. 1 ss.

6 Arrêt *Standard Oil v. US*, 2211 U.S. 1, 1911.

géographique des marchés, de même que les boycotts. La Cour suprême des Etats-Unis a établi en 1927 la règle d'illégalité *per se* des ententes sur les prix⁷. Elle jugea que :

The aim and result of every price-fixing agreement, if effective, is the elimination of one form of competition. The power to fix prices, whether reasonably exercised or not, involves power to control market and to fix arbitrary and unreasonable prices. The reasonable price fixed today may be unreasonable price tomorrow... Agreements which create such potential power may well be held to be in themselves unreasonable or unlawful restraints, without necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable as fixed...⁸.

Si une pratique est illégale *per se*, un tribunal ne doit en principe pas vérifier ses effets sur la concurrence. Ni l'effet réel d'ententes, ni le bien-fondé de la fixation de prix ou des répartitions du marché n'entrent en ligne de compte⁹. Ceci a l'avantage de la sécurité juridique pour les entreprises et évite aux tribunaux de devoir effectuer des analyses économiques souvent délicates. L'inconvénient est une certaine rigidité. Toutes les pratiques ne se prêtent pas à cette catégorisation. Elles doivent alors être évaluées au cas par cas, c'est-à-dire que le tribunal doit mettre en balance les éléments pro et anti-compétitifs d'une pratique («*rule of reason analysis*»).

La catégorisation d'une pratique comme illégale *per se* a pu varier dans le temps. Un bon exemple est celui des restrictions verticales. Ces dernières sont soumises en principe à la règle de raison depuis l'arrêt *Sylvania* de 1977, dans lequel la Cour suprême a révisé sa jurisprudence antérieure :

In sum, we conclude that the appropriate decision is to return to the rule of reason that governed vertical restrictions prior to *Schwinn*. When anticompetitive effects are shown to result from particular vertical restrictions they can be

7 Arrêt *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, 1927.

8 *Idem*, 397.

9 M. WISL, *op. cit.*, p. 21.

adequately policed under the rule of reason, the standard traditionally applied for the majority of anticompetitive practices challenged under § 1 of the Act¹⁰.

Une seule forme d'accord vertical, celle consistant à fixer des prix de revente, est illégale *per se*¹¹.

4. La mise en œuvre

Les principes posés par le *Sherman Act* et le *Clayton Act* s'appliquent indifféremment aux procédures pénales, administratives ou civiles. C'est donc la procédure suivie pour mettre en œuvre les règles matérielles qui est déterminante. Deux autorités administratives mettent en œuvre le droit antitrust américain : la Division antitrust du Département de Justice (*Antitrust Division of the Department of Justice*, ci-après division antitrust) et la Commission fédérale du Commerce (*Federal Trade Commission*, ci-après FTC). Ces deux autorités occupent aujourd'hui environ 1'300 personnes¹².

Les avocats généraux des différents Etats ont la possibilité d'introduire des actions civiles en réparation du dommage causé aux citoyens de l'Etat. Ce pouvoir a été étendu par le *Hart-Scott-Rodino Act* de 1976 et a été utilisé principalement durant les périodes où les autorités antitrust ont fait preuve de retenue dans l'exercice de leurs pouvoirs. Les parties privées ont la faculté d'introduire des actions privées en cas de violation du droit antitrust américain. Elles sont motivées à le faire par la perspective d'obtenir des dommages-intérêts multiples (« *treble damages* »).

10 Arrêt *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.* du 28.2.1977, 433.U.S. 36, 97 S. Ct. 2549; à ce sujet, cf. D. Wood, *Le rôle de la science économique et des économistes dans les affaires de concurrence*, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, vol. 1/1999, p. 99 ss., p. 111 ss.

11 M. Wise, *op. cit.*, p. 24.

12 *Idem*, p. 40.

(1) *La division antitrust*

La division antitrust met en œuvre les dispositions pénales et civiles du *Sherman Act*. Elle a le monopole de l'action pénale en cas de violation du droit antitrust¹³. Les actions pénales peuvent tendre au prononcé d'amendes pouvant aller jusqu'à dix millions de dollars pour les entreprises ou le double du montant qui a été gagné en raison de l'infraction ou du montant perdu par la victime. Les particuliers peuvent être condamnés à des amendes jusqu'à 350'000 dollars ou à des peines d'emprisonnement jusqu'à trois ans. La division antitrust réclame régulièrement des peines d'emprisonnement en cas de violation considérée comme grave du droit antitrust américain, en particulier en cas de fixation des prix¹⁴.

La division antitrust peut également intenter des actions dites civiles, qui correspondent plutôt à des procédures administratives, quoique atypiques puisqu'elles se déroulent devant les juridictions ordinaires¹⁵. L'intervention de l'autorité vise à ce que le tribunal fasse cesser l'état de fait illicite portant atteinte à la concurrence. Un exemple d'une telle action est la procédure actuellement en cours contre *Microsoft*. Les injonctions que la division antitrust peut demander aux tribunaux d'ordonner peuvent être très étendues quant à leurs effets. Ainsi, par exemple, dans l'affaire des *Swiss Watchmakers*, un tribunal américain ordonnait des mesures de décartellisation touchant l'ensemble de l'industrie horlogère suisse¹⁶.

13 G. SPARTLING, *Fines in Criminal Antitrust Cases*, in: P.J. SLOT/A. McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, London 1993, p. 76 ss.

14 E. FOX/R. PITOWSKY, op. cit., p. 242; R. DONOVAN, *International Criminal Antitrust Investigations: Practical Considerations for Defense Counsel*, ALJ 64/1995, p. 205 ss.

15 M.-A. RENOLD, *Les conflits de lois en droit antitrust*, Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique, Etudes suisses de droit international, Volume 69, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1991, p. 42.

16 Arrêt *U.S. v. The Watchmakers of Switzerland Information Center Inc. et al.*, 1963 Trade Cases para. 70,600 (SDNY 1962), Judgment modified 1965 Trade Cases para. 71,352 (SDNY 1965).

(2) La FTC

La FTC est compétente pour tout ce qui touche de manière générale à la protection du consommateur, principalement en vertu des dispositions civiles du *Sherman Act* et du *Robinson-Patman Act*. À l'inverse de la division antitrust, la FTC est une véritable juridiction administrative. Ses pouvoirs sont définis dans la loi instituant la FTC, le *Federal Trade Commission Act* de 1976. Ils sont plus limités que ceux détenus par la division antitrust. En effet, les enquêtes qu'elle ouvre ne peuvent avoir pour objet que des pratiques commerciales déloyales. Elle n'a pas le pouvoir d'intenter d'actions pénales, ni celui de prononcer des amendes ou d'octroyer des dommages-intérêts compensatoires aux parties privées¹⁷.

Le partage des compétences entre la division antitrust et la FTC n'est pas toujours clair¹⁸. Dans certains cas, les parties engagées dans une procédure antitrust préfèrent que celle-ci soit instruite par la division antitrust, dont les procédures sont plus rapides que celles de la FTC. Dans d'autres cas, elles préfèrent qu'elle soit instruite par la FTC car elles redoutent, notamment en matière d'entente sur les prix, les sanctions pénales qui peuvent être requises par la division antitrust.

(3) L'action privée

L'action privée revêt une importance particulière en droit antitrust américain puisque le 90% des actions antitrust sont intentées par des personnes privées. C'est là que réside une différence fondamentale avec la tradition européenne de mise en œuvre du droit de la concurrence, qui est essentiellement administrative. L'action privée

17 E. FOX, *US and EU Competition Law: A Comparison*, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 339 ss., p. 352; D. WOOD, *User-friendly Competition in the United States*, in: P.J. SLOT/A. McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, London 1993, p. 6 ss.

18 B. HAWK/J. VELTROP, *Dual Antitrust Enforcement in the United States: Positive or Negative Lessons for the European Community*, in: P.J. SLOT/A. McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, London 1993, p. 21 ss.

permet à toute personne lésée par une pratique violant le droit antitrust d'en invoquer la nullité ou de demander que soit interdite par injonction une pratique commerciale restrictive le menaçant d'un dommage. Mais l'action privée est surtout motivée par la possibilité qu'elle confère au demandeur d'exiger du défendeur qu'il lui verse outre les frais de justice, un montant équivalent au triple du dommage réellement subi («*Treble Damage Action*»). Des sommes considérables excédant le milliard de dollars peuvent être l'enjeu de tels procès¹⁹.

Les pouvoirs d'enquête permis par la législation américaine sont très étendus. Les tribunaux américains peuvent ordonner la production de documents quel que soit le lieu où ils se trouvent, pour autant qu'ils soient personnellement compétents à l'égard de la personne qui a le contrôle des documents. La conduite d'enquêtes préliminaires au procès connues sous le terme de «*pre-trial discovery*» permet de véritables «*fishing expeditions*». Dans la plupart des systèmes civilistes, le juge détient l'autorité exclusive de la recherche des preuves. Le système attribue au juge non aux parties ou à leurs défenseurs le pouvoir d'enquêter et d'interroger des témoins. Aux Etats-Unis, ce sont les parties impliquées dans un litige qui conduisent elles-mêmes les enquêtes nécessaires, sans l'intervention du juge.

5. Les sanctions pénales

Comme nous venons de le voir, les actions pour violation du droit antitrust peuvent tendre au prononcé d'amendes jusqu'à dix millions de dollars pour les entreprises et s'il est plus élevé que cette somme, jusqu'au double du montant qui a été gagné en raison de l'infraction ou du montant perdu par la personne lésée. La division antitrust requiert des peines d'emprisonnement en cas de violation grave du droit antitrust américain, en particulier en cas

19 Cf. par exemple *ETSI Pipeline Project v. Burlington Northern Inc.*, No. B-84-979, E.D. Tex. 1989.

d'ententes de fixation des prix²⁰. Les particuliers peuvent être condamnés à des amendes jusqu'à 350'000 dollars ou à des peines d'emprisonnement jusqu'à trois ans.

Les sanctions prononcées en cas de violation du droit antitrust américain augmentent sensiblement d'année en année²¹. En 1987, elles totalisaient en montant de 19'091'000 dollars, en 1992, un montant de 23'705'000 dollars et, en 1998, un montant de 226'924'000 dollars²². La moitié des actions pénales introduites par la division antitrust concerne des entreprises étrangères participant à des ententes internationales²³. Les cartels internationaux les plus sévèrement réprimés depuis les années 90 sont des cartels internationaux de partage des marchés à l'échelle mondiale et de fixation des prix de produits qui peuvent être aussi divers que les vitamines, les électrodes, le papier, le diamant ou encore la lysine²⁴. Un grand nombre d'entreprises étrangères ont été condamnées pour violation du Sherman Act²⁵. Parmi les entreprises suisses récemment condamnées, on peut mentionner *Jungbunzlauer International* (11'000'000 dollars) et *Hoffmann-La Roche* (14'000'000 dollars) en 1997, *Lonza* (10'500'000 dollars) en 1998, et plus récemment *Roche* (500'000'000 dollars) en 1999²⁶.

20 E. FOX/R. PITOWSKY, op. cit., p. 242.

21 T. LAMPERT, *International Co-operation Among Competition Authorities*, ECLR 1/1999, p. 214 ss., p. 219.

22 DEPARTMENT OF JUSTICE OF THE UNITED STATES, Antitrust Division, *Antitrust Division Criminal Fines, International Cartel Enforcement*, mai 1999.

23 Idem.

24 P. PROGER/D. HERMAN, *The price of price fixing through international cartels*, Business Law International 1999, p. 24 ss.

25 Idem, p. 49.

26 J. P. GRIFFIN, *Extraterritoriality in U.S. and E. U. Antitrust Enforcement*, ALJ 1999, p. 159 ss., p. 168; DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION OF THE UNITED STATES, Antitrust Division, *Antitrust Division Criminal Fines*, op. cit.

B. Le droit européen de la concurrence

1. Les objectifs

Les premières règles du droit européen de la concurrence sont celles du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) de 1951. Elles ont été pensées comme un moyen d'empêcher la concentration économique dans les industries permettant de soutenir la guerre, celles du charbon et de l'acier (art. 4 et 65 à 67 CECA)²⁷. A son origine, le droit européen de la concurrence a donc été avant tout pensé comme un instrument de stabilité économique et de promotion de la paix et de la sécurité en Europe. Cette dimension s'est effacée progressivement avec la concrétisation de la construction européenne. Elle est toutefois encore présente aujourd'hui dans le contexte des accords d'association entre l'Union européenne (UE) et les pays d'Europe centrale et orientale²⁸.

Le droit européen de la concurrence est un droit supranational. Il ne s'applique qu'en cas d'affectation du commerce entre Etats membres et laisse subsister les droits nationaux de la concurrence des Etats membres. L'objectif principal du droit européen de la concurrence est la réalisation du marché intérieur. Les règles de concurrence sont en effet complémentaires par rapport à celles relatives la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux. L'article 3 (g) Traité instituant la Communauté européenne (CE) énonce que l'action de la Communauté comporte notamment «un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée à l'intérieur du marché commun». Cet objectif d'intégration a dominé la politique européenne de la concurrence et son évolution depuis ses origines²⁹.

27 Ce fut l'idée de Robert Schuman, ministre français des affaires étrangères, de placer l'ensemble de la production franco-allemande du charbon et de l'acier sous une haute surveillance commune dans une organisation ouverte à la participation des autres pays de l'Europe.

28 Cf. ci-dessous p. 295 ss.

29 M. WAELBROECK/A. FRIGNANI, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, Concurrence* (4), Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 1997, p. 13.

Le droit européen de la concurrence a également pour but une allocation optimale des ressources et une souplesse des marchés afin de dynamiser les capacités d'initiative et d'innovation des entreprises. Il poursuit enfin un objectif de protection et de promotion des petites et moyennes entreprises, cet objectif n'étant pas nécessairement conciliable avec celui de protection des consommateurs.

2. Les principales sources

Les principales sources du droit européen de la concurrence sont: (i) les articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE, à l'origine le Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE)³⁰; (ii) le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE, qui prévoit les dispositions de procédures et les sanctions; (iii) le règlement n° 4064 du Conseil du 21 décembre 1989 sur le contrôle des concentrations d'entreprises, qui contient à la fois les règles matérielles et procédurales³¹; (iv) les paragraphes 65 et 66 CECA.

3. Les trois piliers du droit européen de la concurrence

Comme le droit antitrust américain, le droit européen de la concurrence s'articule autour de trois piliers: (i) les accords entre entreprises, (ii) l'abus de position dominante et (iii) les concentrations d'entreprises.

30 A la suite de l'entrée en vigueur le 1.5.1999 du Traité d'Amsterdam, la numérotation de la plupart des articles du Traité CE a été modifiée.

31 Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21.12.1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO n° L 385 du 31.12.1989 (ci-après règlement n° 4064/89).

(1) Les accords entre entreprises

L'article 81 (ex 85) CE s'articule en trois parties. Le paragraphe 1 déclare que:

sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun....

Cette disposition ne fait pas de différence entre les accords horizontaux et les accords verticaux³².

Elle ne fait pas non plus de différence en fonction de l'intensité de l'atteinte. La pratique a précisé que l'affectation du commerce entre Etats membres et l'atteinte à la concurrence doivent être notables. La nouvelle communication *de minimis* de la Commission européenne de 1997 exempte les accords qui n'ont pas d'effets sensibles sur la concurrence ou sur les échanges intracommunautaires et qui, par conséquent ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de l'article 81 (ex 85) paragraphe 1 CE. Elle s'inscrit dans le cadre de la politique de soutien aux petites et moyennes entreprises. En vertu de cette nouvelle communication, les accords horizontaux et verticaux dont les partenaires détiennent moins de 5 %, respectivement 10 % de part de marché, sont exemptés, à moins que ces accords contreviennent aux objectifs de la politique de la concurrence (par exemple, en cas de fixation des prix ou des quotas de production ou de livraison, de répartition géographique des marchés ou des sources d'approvisionnement)³³.

32 CJCE, arrêt *Consten c. Grundig* du 13.7.1966, aff. n° 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 341 ss.

33 COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure*, JO n° C 372 1997, p. 14 ss. Jusqu'en 1997, la Commission appliquait le critère du chiffre d'affaires des entreprises concernées, qui ne devait pas dépasser 300 mio. ECU; T. JESTÄDT, *Die neue Bagatellbekanntmachung der Kommission*, WuW 2/1998, p. 119 ss.

Le paragraphe 2 déclare que les accords contraires à l'article 81 (ex 85) CE sont nuls. La sanction de nullité renforce l'intérêt pour les particuliers d'invoquer cette disposition dans le cadre d'actions civiles devant les tribunaux nationaux. Le paragraphe 3 précise à quelles conditions des accords peuvent être exemptés. Il prévoit la possibilité d'exemptions individuelles et d'exemptions par catégorie.

Peuvent bénéficier d'une exemption les accords qui contribuent à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans (i) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, (ii) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits ou services en cause, d'éliminer la concurrence. L'octroi d'une exemption individuelle exige que l'accord ait été notifié à la Commission. Parmi les exemptions individuelles accordées par la Commission, on peut citer par exemple des accords de spécialisation qui lui ont paru accroître la productivité de chacune des entreprises ou des accords de recherche et de développement qui favorisent l'invention de nouveaux produits³⁴.

Les exemptions par catégorie sont fixées dans des règlements de la Commission. Il existe deux types d'accords d'exemption par catégorie: (i) les exemptions générales (par exemple les exemptions concernant les accords d'exclusivité, de licences de brevet, de spécialisation, de recherche et de développement, de franchise, de licences de savoir-faire) et (ii) les exemptions pour des branches spécifiques de l'économie (par exemple les exemptions dans le domaine des assurances, de l'aviation civile, de la distribution automobile, du trafic sur mer, etc.).

34 Cf. par exemple la décision *Continental/Michelin* du 11.10.1988, JO n° L 305 du 30.11.1988, p. 33 ss.

(2) L'abus de position dominante

L'article 82 (ex 86) paragraphe 1 CE relatif à l'abus de position dominante, est également fondé sur le principe de l'interdiction. Selon cette disposition :

Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

La position dominante n'est pas condamnée en tant que telle. Elle a été définie par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) comme le fait pour une entreprise de pouvoir se comporter de manière essentiellement indépendante de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs³⁵. Le critère décisif est celui de l'«*indépendance globale de comportement*».

L'article 82 (ex 86) paragraphe 2 CE énonce différents exemples de pratiques susceptibles de constituer un abus, comme le fait pour une entreprise dominante de limiter la production, de pratiquer des prix excessifs, discriminatoires ou prédateurs ou d'autres pratiques commerciales qui n'ont pas pour principe l'efficacité économique.

(3) Le contrôle des concentrations d'entreprises

Le troisième pilier du droit européen de la concurrence est le contrôle préventif des concentrations d'entreprises. La Commission et la CJCE se sont d'abord basées essentiellement sur l'article 82 (ex 86) CE pour agir à l'encontre de la création d'entreprises dominantes. Dans le fameux arrêt *Continental Can.* de 1973, la CJCE jugea qu'une concentration d'entreprises peut constituer un abus lorsqu'elle renforce la position déjà dominante d'une entreprise de telle manière qu'elle entrave la concurrence de manière notable à l'intérieur du marché commun³⁶. Lorsque, dans les années 80, le nombre des concentrations d'entreprises augmenta sensiblement, il

35 CJCE, arrêt *United Brands* du 14.2.1978, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207 ss.

36 CJCE, arrêt *Europemballage et Continental Can c. Commission* du 21.2.1973, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215.

fallut introduire un contrôle préventif des concentrations. Le règlement n° 4064/89, premier règlement sur le contrôle des concentrations d'entreprises, a été adopté en 1989.

Le règlement est applicable aux concentrations de « *dimension communautaire* ». Il se fonde sur le principe du guichet unique (« *one stop shop* »), ce qui signifie que la Commission a la compétence exclusive pour apprécier les concentrations de dimension communautaire. Les concentrations sont appréciées au regard de leur incidence sur la structure de la concurrence à l'intérieur du marché commun. La notion fondamentale est celle de création ou de renforcement d'une position dominante. Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec marché commun.

4. *La mise en œuvre*

Le droit européen de la concurrence est un bon exemple de la complexité de l'équilibre des pouvoirs au sein de l'ordre juridique communautaire. Les orientations de la politique européenne de la concurrence sont dessinées avant tout par la Commission européenne, la CJCE et le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPI), mais aussi par le Conseil et, dans une moindre mesure, le Parlement européen, les comités consultatifs en matière d'ententes et de position dominante et de concentrations. Enfin les juridictions et les autorités nationales de la concurrence jouent un rôle grandissant dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence.

(1) La Commission européenne

La Commission européenne conduit la politique de la concurrence. Elle en est l'acteur principal. Elle agit soit d'office, de sa propre initiative, à la suite de plaintes d'entreprises ou lorsqu'elle est saisie par une entreprise en vue de l'octroi d'une exemption individuelle.

La Division générale IV, chargée de la conduite de la politique européenne de la concurrence, est divisée en 8 unités. La direction A est responsable pour la politique générale de concurrence.

Les actions de la Commission revêtent diverses formes. Elle agit principalement sous forme de décisions de portée individuelle, qui constituent des précédents et permettent aux opérateurs économiques de connaître les orientations de la politique européenne de la concurrence. La procédure sur la base de laquelle la Commission agit est fixée essentiellement dans le règlement n° 17 et dans le règlement n° 4064/89 sur le contrôle des concentrations d'entreprises.

Les communications permettent à la Commission de s'exprimer sur des questions de principe soulevées par l'application du droit européen de la concurrence. Elles ont valeur indicative et ne préjugent pas de l'interprétation donnée par la CJCE³⁷. La Commission peut également exercer des compétences législatives sous forme de règlements, dans le cas où ce pouvoir lui a été délégué par le Conseil. C'est sur cette base que la plupart des règlements d'exemption par catégorie ont été adoptés. La Commission cumule donc d'important pouvoirs décisionnels et législatifs.

(2) La CJCE et le TPI

La CJCE et le TPI jouent un rôle fondamental dans la conduite de la politique européenne de la concurrence. Il y a lieu de distinguer principalement entre la juridiction sur recours (art. 230 (ex 173) CE) et la juridiction à titre préjudiciel (art. 234 (ex 177) CE)³⁸.

37 On mentionnera ici en particulier: COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication relative à la coopération entre la Commission et les autorités judiciaires dans l'application du droit communautaire de la concurrence* (1993), COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication concernant les accords d'importance mineure* (1997), COMMISSION EUROPÉENNE, la *Communication sur la définition du marché relevant aux fins de l'application du droit communautaire de la concurrence* (1997).

38 Nous faisons abstraction ici de la compétence de pleine juridiction (art. 229 (ex 172) CE) et de l'action en responsabilité non contractuelle (art. 288 (ex 215) CE).

Les décisions de la Commission européenne peuvent faire l'objet d'un recours auprès du TPI créé en 1992. Ce double échelon de contrôle a l'avantage de décharger la CJCE d'une grande partie des litiges dont elle avait à connaître auparavant. L'inconvénient est le retard de la procédure. La Commission doit dans certains cas attendre plus de 10 ans avant de pouvoir mettre en force ses décisions.

La procédure préjudicielle permet au juge national chargé d'appliquer le droit européen (et pas seulement le juge national de dernière instance, mais tout juge national), d'interroger la CJCE sur des questions d'interprétation du droit européen lorsqu'il estime qu'un avis de la CJCE est nécessaire pour qu'il puisse rendre une décision dans un cas particulier. La procédure nationale est alors suspendue dans l'attente de l'avis de la CJCE. La procédure préjudicielle est l'un des fondements de la construction européenne. Elle permet un dialogue fructueux entre le juge national et le juge communautaire. La réponse de la CJCE déborde la portée d'un cas particulier et a valeur de précédent.

Dans le cadre de la juridiction sur recours et de la juridiction à titre préjudiciel, la CJCE joue un rôle fondamental dans l'orientation du droit européen de la concurrence. On mentionnera en particulier l'arrêt *Bosch* de 1962, qui a ouvert la voie à l'application directe de l'article 81 (ex 85) CE, l'arrêt *Continental Can* de 1973, qui a ouvert la voie au contrôle des concentrations d'entreprises, l'arrêt *Sabam* de 1974 qui a reconnu l'applicabilité directe de l'article 82 (ex 86) CE, l'arrêt *Metro/Saba* de 1977, qui a établi la licéité des systèmes de distribution sélective, l'arrêt *Walt Wilhelm* de 1979, qui trace les grandes lignes du partage des compétences entre la Commission et les Etats membres en droit de la concurrence, l'arrêt *Pronuptia* de 1986, qui dessine les grandes lignes de la politique à adopter en ce qui concerne les accords de franchise, l'arrêt *Automec II* de 1992, qui définit à quelles conditions la Commission peut rejeter une plainte pour défaut d'intérêt communautaire ou encore l'arrêt *Kalt et Salz* de 1998, qui confirme l'approche de la Commission à l'égard de l'application du règlement sur le contrôle des concentrations d'entreprises au renforcement d'une position dominante collective et la théorie de l'entreprise défaillante.

(3) La participation des Etats membres

Les Etats membres participent activement à la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. Il y a lieu de distinguer entre les juridictions nationales et les autorités de la concurrence des Etats membres.

Dès l'instant où l'effet direct du droit européen de la concurrence a été reconnu, les autorités judiciaires ont été amenées à appliquer les dispositions du droit européen de la concurrence dans le cadre de litiges entre particuliers. Trois types de litiges sont portés à leur connaissance: (i) les actions tendant à faire constater le caractère illicite d'une entente avec le droit européen de la concurrence; (ii) les actions en dommages-intérêts consécutives à une violation du droit européen de la concurrence; (iii) les procédures de mesures provisoires visant à la cessation immédiate d'une atteinte illicite. Nous reviendrons plus en détail sur ce sujet dans le chapitre consacré aux relations intérieures de l'Union européenne³⁹.

Les autorités de la concurrence des Etats membres participent de différentes manières à la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. D'abord, elles ont la possibilité d'exprimer leur point de vue dans le cadre (i) du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, consulté par la Commission préalablement à toute décision sur la base des articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE⁴⁰ et (ii) du comité consultatif en matière de concentrations d'entreprises, consulté par la Commission en rapport avec les projets de décisions sur la base du règlement sur le contrôle des concentrations d'entreprises⁴¹. Enfin, les autorités nationales de la concurrence ont la compétence d'appliquer elles-mêmes directement le droit européen de la concurrence⁴².

39 Cf. ci-dessous p. 249 ss.

40 Art. 10 du règlement n° 17/62.

41 Art. 19 du règlement n° 4064/89.

42 Cf. ci-dessous p. 254 ss.

5. Les sanctions administratives

A la différence du droit antitrust américain, le droit européen de la concurrence ne prévoit pas de sanctions pénales, mais uniquement des sanctions administratives, sous forme d'amendes et d'astreintes. Les infractions au droit européen de la concurrence ne peuvent pas faire l'objet de peines d'emprisonnement. Le règlement n° 17 prévoit deux types d'amendes: les amendes pour infraction aux règles de procédure et les amendes pour infraction aux règles de fond. Les amendes pour infraction aux règles de fond peuvent être très élevées: de mille à un million d'écus, le montant de l'amende peut être porté à 10% du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction. Ce dernier est le chiffre d'affaires total réalisé à l'échelle mondiale par l'entreprise concernée⁴³. Des amendes peuvent être prononcées lorsqu'une entreprise contrevient à l'article 81 (ex 85) ou à l'article 82 (ex 86) CE ou à une charge imposée en vertu de l'article 8 paragraphe 1 du règlement n° 17. La Commission peut infliger des astreintes de cinquante à mille écus par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision. Des astreintes peuvent être prononcées pour garantir l'observation de décisions de fond ou de procédure.

Le montant des amendes infligées par la Commission a tendance à augmenter au fil des années⁴⁴. Comme exemples d'amendes importantes récemment prononcées par la Commission européenne, on peut mentionner: dans le cas d'accords verticaux, les affaires *Volkswagen* (102'000'000 écus)⁴⁵, *Novalliance/Systemform* (100'000 écus)⁴⁶,

43 CJCE, arrêt *Pioneer* du 7.6.1983, aff. 100-103/80, Rec. 1983, p. 1825 ss, att. 120 et 121.

44 M. WAELBROECK/A. FRIGNANI, op. cit., p. 418.

45 Décision *Volkswagen* du 28.1.1998, JO n° L 124 du 25.4.1998, p. 60 (entraves aux importations parallèles et directes de voitures à l'intérieur du marché commun).

46 Décision *Novalliance/Systemform* du 4.12.1996, JO n° L 47 du 18.2.1997, p. 11 (distribution exclusive de matériel informatique avec interdiction d'exportation et fixation des prix de revente).

Adalat (3'000'000 écus)⁴⁷ ou *Tretorn* (600'000 écus)⁴⁸; dans le cas d'accords horizontaux, les amendes infligées à l'encontre de l'industrie du carton⁴⁹ (amendes totalisant 132'000'000 écus) et l'industrie du ciment⁵⁰ (amendes totalisant 248'000'000 écus à l'encontre de 23 producteurs de ciment et 9 associations de producteurs); dans le cas d'abus de position dominante: les amendes à l'encontre de *Tetra Pak*⁵¹ (75'000'000 écus) ou *Akzo*⁵² (10'000'000 écus).

C. Le droit suisse de la concurrence

1. Les objectifs

En Suisse, l'objectif de maintien de la concurrence qui a servi de cadre constitutionnel à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart 1995) est l'article 31 bis alinéa 3 lettre d de la constitution fédérale (cst), adopté à l'occasion de la votation populaire de juillet 1947 consacrée aux articles économiques. Cette disposition constitutionnelle donne

47 Décision *Adalat* du 10.1.1996, JO n° L 201 du 9.8.1996, p. 28 (distribution de produits pharmaceutiques avec interdiction d'exportation).

48 Décision *Tretorn* du 21.12.1994, JO n° L 378 du 31.12.1994, p. 45 (distribution exclusive de balles de tennis avec interdiction d'exportation).

49 Décision *carton* du 13.7.1994, JO n° L 243 du 19.9.1994 (cartel entre la presque totalité des producteurs européens de carton destiné à fixer les prix et à contrôler les marchés).

50 Décision *ciment* du 30.11.1994, JO n° L 343 du 30.12.1994 (ensemble d'accords des producteurs de ciment portant sur le cloisonnement, la protection et la réglementation des marchés).

51 Décision *Tetra Pak* du 24.7.1991, JO n° L 258 du 16.9.1991 (diverses pratiques dont la fixation de prix prédateurs et la conclusion d'accords comportant une obligation d'achat).

52 Décision *Akzo* du 14.12.1985, JO n° L 374 du 31.12.1995 (pratique de prix prédateurs).

mandat au législateur fédéral de remédier «aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements similaires» et donc de lutter contre les restrictions de la concurrence⁵³. Le principe est repris dans l'article 1 de la LCart 1995, qui énonce que la loi a pour objectif

d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral.

2. Les principales sources

Le droit suisse de la concurrence est régi par la LCart 1995, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996⁵⁴. Cette loi succède à la loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et organisations analogues (LCart 1985) et à la loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues (LCart 1962)⁵⁵. La principale caractéristique de la LCart 1995 est le rapprochement du droit suisse au droit européen de la concurrence. La LCart 1995 fait partie, avec la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur suisse (LMI) et la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC), du programme de revitalisation de l'économie suisse

53 L'art. 96 de la nouvelle constitution fédérale relatif à la politique en matière de concurrence a désormais la teneur suivante: «1. La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence. 2. Elle prend les mesures: a. afin d'empêcher la fixation de prix abusifs par des entreprises ou des organisations de droit privé ou de droit public occupant une position dominante sur le marché; b. afin de lutter contre la concurrence déloyale».

54 RS 251; cf. *Message du Conseil fédéral du 23.11.1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence* (Mess. LCart 1995), FF 1995 I 472 ss.

55 Pour une étude historique de l'évolution du droit suisse de la concurrence depuis ses origines, cf. W.R. SCHLUEP, *Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts*, AJP (PJA) 7/1996, p. 795 ss.

lancé par le Conseil fédéral à la suite du refus par la Suisse de l'Accord sur l'Espace économique européen (EEE), le 6 décembre 1992.

3. *Le rapprochement au droit européen de la concurrence*

Pour autant que les différences dans le système (principe de l'abus) et dans la réalité (celle d'un petit pays à économie ouverte) le permettent, la LCart 1995 est fortement orientée vers les solutions du droit européen de la concurrence. Des parallèles peuvent être tracés dans chacun des trois piliers de la LCart 1995.

(1) Les ententes entre entreprises

Nous venons de voir que le droit européen est fondé sur le principe de l'interdiction des ententes, principe qui est tempéré par des exemptions individuelles et par catégorie. En Suisse, ce système n'a pas été repris tel quel en raison du mandat constitutionnel donné au législateur (art. 31 bis al. 3 lit. d cst) et qui repose sur le principe de la licéité des ententes, principe tempéré par l'interdiction des abus⁵⁶.

L'article 5 LCart 1995 est structuré en trois alinéas. L'alinéa 1 établit l'illicéité des accords qui affectent de manière notable la concurrence ainsi que de ceux qui suppriment la concurrence efficace. Le deuxième alinéa précise les cas dans lesquels un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique. Il suit le modèle des exemptions par catégorie en droit européen. Enfin, le troisième alinéa prévoit une présomption de suppression de la concurrence efficace pour les accords de fixation des prix, de restrictions des biens ou des services à produire et de répartition géo-

56 Mess. LCart 1995, p. 532. Pour des études récentes du droit suisse de la concurrence, cf. en particulier R. VON BÜREN/Th. KINDLER, *Das schweizerische Kartellrecht*, in: Th. COTTIER/ R. ARPAGAU (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Helbing & Liechtenhahn, Bâle, Genève, Munich 1999; R. ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, Stämpfli, Berne 1999.

graphique des marchés. Cette énumération correspond aux accords qui sont interdits et qui ne peuvent pas être exemptés en droit européen de la concurrence.

Par le jeu de la présomption d'illicéité, le droit suisse se rapproche du droit européen de la concurrence. Une différence réside toutefois dans le traitement des accords verticaux. En effet, contrairement au droit européen, la présomption d'illicéité ne vaut que pour les accords horizontaux.

(2) L'abus de position dominante

En ce qui concerne l'abus de position dominante, l'analogie entre le droit suisse et le droit européen est grande. L'article 4 alinéa 2 LCart 1995 définit la position dominante de la manière suivante:

Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres entreprises participant au marché.

Cette définition correspond à celle élaborée par la jurisprudence de la CJCE et utilisée depuis des années par la Commission européenne⁵⁷. L'article 7, qui énumère quelles sont les pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante, correspond presque mot pour mot à l'énumération des pratiques pouvant constituer un abus en droit européen de la concurrence.

(3) Le contrôle des concentrations d'entreprises

L'introduction, en droit suisse, d'un contrôle préventif des concentrations est une des innovations principales de la LCart 1995. Dans les grandes lignes, le système suisse est semblable au système européen: notification préalable obligatoire, examen en deux phases, interdiction de réalisation, sanctions en cas de réalisation en l'absence de notification, etc. Des différences subsistent principalement en ce qui concerne les critères qui permettent d'interdire une concentra-

57 CJCE, arrêt *United Brands* du 14.2.1978, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207; CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche* du 13.2.1979, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461.

tion. La Commission de la concurrence ne peut interdire une concentration que si elle menace de supprimer la concurrence efficace. En droit communautaire, une atteinte notable à la concurrence suffit pour que la Commission européenne puisse intervenir.

Les seuils pour la notification sont différents en droit suisse et en droit européen. En droit suisse (art. 9 al. 1 LCart 1995), doivent être notifiées à la Commission de la concurrence les concentrations d'entreprises lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration :

- a. les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs;
- b. au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs».

4. *La mise en œuvre*

(1) La mise en œuvre administrative

La LCart 1995 a modifié la mise en œuvre administrative du droit de la concurrence. Auparavant, les enquêtes de la Commission des cartels (CCart) n'aboutissaient pas à une décision. Cette autorité ne pouvait en effet faire que des recommandations aux intéressés. De ce fait, la procédure administrative ne commençait vraiment que devant le chef du Département fédéral de l'économie (DFE), lorsque les destinataires des recommandations de la Commission les refusaient (art. 33 LCart 1985). Cette procédure ne fut suivie que dans deux cas⁵⁸.

Désormais, la Commission de la concurrence a un véritable pouvoir décisionnel. La loi fédérale sur la procédure administrative est applicable aux procédures dans la mesure où il n'y est pas dérogé dans la loi. La Commission de la concurrence est un organe

58 Dans l'enquête du 25.1.1988 sur l'assurance-choses et dans l'enquête du 21.11.1988 sur les accords entre banques; P. TERCIER, *La procédure devant la Commission de la concurrence*, RSDA (SZW) Numéro spécial 1996, p. 35 ss.

de milice, composé de 15 Membres. Elle est divisée en trois chambres de 5 Membres (chambres marché des produits, des services et infrastructure). Les décisions de la Commission de la concurrence sont prises soit par la Commission en plénum, soit par les chambres.

Les décisions de la Commission de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence, puis en principe au Tribunal fédéral (TF). Il existe aussi une voie de recours, exceptionnelle, au Conseil fédéral. En effet, lorsque la Commission a rendu une décision reconnaissant le caractère illicite d'une restriction à la concurrence, les intéressés peuvent présenter au département une demande d'autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 31 al. 1 LCart 1995). De même, lorsque la Commission de la concurrence a interdit une concentration, les entreprises participantes peuvent présenter au département une demande d'autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 36 al. 1 LCart 1995).

(2) La mise en œuvre civile

Les dispositions de procédure civile font l'objet du chapitre 3 de la LCart 1995. La personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci, peut demander au juge civil (i) la suppression ou la cessation de l'entrave, (ii) la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations, (iii) la remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires (art. 12 al. 1 LCart 1995).

5. L'absence de sanctions directes

A la différence du droit antitrust américain et du droit européen de la concurrence, le droit suisse de la concurrence ne prévoit ni des sanctions pénales, ni des sanctions administratives directes en cas de violation des règles de concurrence. Des sanctions administratives (art. 50 ss LCart 1995) ou pénales (art. 54 ss LCart 1995) ne

peuvent être prononcées qu'au cas où, au terme d'une procédure, une entreprise ne respecterait pas un accord amiable ou une décision administrative passée en force.

Ainsi, il suffit aux entreprises de se conformer aux décisions de la Commission de la concurrence pour échapper à toute sanction. Cette circonstance permet de douter de l'effet dissuasif de la LCart 1995 en ce qui concerne les ententes et l'abus de position dominante. En ce qui concerne le contrôle préventif des concentrations d'entreprises, des sanctions directes sont prévues en cas de violation de l'obligation de notification ou de l'interdiction de réalisation préalable de la concentration.

(1) Les sanctions administratives

Le régime des sanctions administratives diffère en cas d'ententes et d'abus de position dominante d'une part, de contrôle des concentrations d'entreprises d'autre part. Dans le premier cas, en cas d'inobservation d'un accord amiable ou d'une décision d'une autorité de la concurrence ou d'une instance de recours, l'entreprise peut être frappée d'une amende administrative pouvant atteindre le triple du gain qu'elle a réalisé du fait de l'inobservation. Si le gain ne peut être déterminé, le montant de l'amende peut atteindre 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise concernée (art. 50 LCart 1995). L'amende ne peut toutefois aller au-delà de 100'000 francs si l'inobservation porte sur l'obligation de renseigner les autorités ou de produire des documents (art. 53 LCart 1995).

En ce qui concerne le contrôle des concentrations d'entreprises, une amende de 1'000'000 de francs au plus est prévue dans cinq hypothèses visées à l'article 51 LCart 1995⁵⁹. En cas de récidive portant sur une charge, l'amende peut atteindre 10% du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse par les entreprises participantes (art. 51 al. 2 LCart 1995). L'amende ne peut aller au-delà de 100'000

59 En cas (i) de réalisation d'une concentration sans notification provisoire, (ii) d'inobservation de l'interdiction provisoire de réalisation, (iii) de contravention à une charge, (iv) de réalisation d'une concentration interdite, (v) de non-exécution d'une mesure destinée à rétablir la concurrence efficace.

francs si l'inobservation porte sur l'obligation de renseigner les autorités ou de produire des documents (art. 53 LCart 1995).

(2) Les sanctions pénales

Les personnes physiques qui agissent pour le compte d'une entreprise et qui ont intentionnellement contrevenu à un accord amiable, à une décision en force prononcée par les autorités de la concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours, peuvent être punies d'une amende de 100'000 francs au plus (art. 54 LCart 1995). En cas de violation de l'obligation de renseigner (art. 40), de réalisation sans notification préalable ou de violation d'une décision liée à des concentrations d'entreprises, l'amende est de 20'000 francs au plus (art. 55 LCart 1995).

Chapitre II

Au niveau multilatéral en droit du GATT/OMC

A. Le GATT et la notion large de la concurrence

Si l'on considère la concurrence dans un sens plus large que celui qui est retenu dans ce travail (à savoir la discipline du droit relative aux pratiques commerciales restrictives d'origine privée), force est de constater que, dès son origine, le droit du nouvel Accord général sur les tarifs et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT 1994) a essentiellement traité la concurrence, dans la mesure où il vise à limiter la capacité de gouvernements d'imposer des mesures commerciales qui ont pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence, en particulier celles venant de l'étranger, sur le marché des biens ou des services. Il ne servirait pas grand chose d'établir une telle liste car elle engloberait la plupart des dispositions des Accords de l'organisation mondiale du commerce (OMC). Comme le relève PETERSMANN :

GATT law and the 8 successful «GATT Rounds» have arguably done more for the opening-up and «globalization» of markets, and for the promotion of import and export competition, than any set of antitrust rules. GATT enhances international competition among products and producers in different countries⁶⁰.

60 E.-U. PETERSMANN, *The International Competition Policy of the EC and the Need for an EC Initiative for a Plurilateral Agreement on Competition and Trade in the WTO*, in: F. SNYDER (ed.), *Constitutional Dimensions of European Integration*, 1996, p. 297; cf. aussi E.-U. PETERSMANN, *Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System: Proposals and Policy Options*, in: R. ZÄCK (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Stämpfli, Berne, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999, p. 43 ss.

Le droit du GATT/OMC traite essentiellement de la concurrence internationale. Les règles sur les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce, les subventions, les mesures antidumping, les entreprises d'Etat, la transparence, la non-discrimination, les obligations de notification et d'autres règles encore qui appartiennent au droit du GATT/OMC contribuent à améliorer la concurrence internationale par une interdiction de la discrimination à l'encontre des produits et des services étrangers. Les principes de la nation la plus favorisée, de traitement national, de transparence et d'accès au marché concourent à établir une relation concurrentielle entre les services domestiques et les services étrangers. L'Accord OMC sur les marchés publics, établit des conditions égales de concurrence entre concurrents domestiques et concurrents étrangers.

Les interactions entre le droit du commerce international et la concurrence sont nombreuses⁶¹. Nous nous limiterons ici à un exemple pour montrer que les dispositions du GATT 1994 ont un rapport direct avec la concurrence⁶². L'article III: 2 GATT 1994 traite de la non-discrimination entre produits nationaux et produits importés en matière de taxation et stipule que:

Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires. En outre, aucune partie contractante n'appliquera, d'autre façon, de taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier.

61 Cf. par exemple, N. TREBILCOCK, *Competition Policy and Trade Policy: Mediating the Interface*, in: R. HOWSE (ed.), *The World Trading System: Critical Perspectives on the World Economy, The Uruguay Round and Beyond*, Routledge, Londres 1998, p. 352 ss.

62 Pour une discussion plus détaillée (en particulier des articles II, III, XI, XVII, XX(d), XXIII:1(b) GATT 1994), cf. OECD, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, *Éléments relatifs à la concurrence inclus dans les accords commerciaux internationaux, Aperçu général des Accords de l'OMC après le cycle d'Uruguay*, COM/TD/DAFFE/CLP(98)26/Final. Document accessible sur le site Internet de l'OCDE (www.oecd.org/ech).

La jurisprudence d'un Groupe spécial de l'OMC a interprété en 1987 l'article III: 2 comme suit:

La première phrase de l'article III: 2 oblige les parties contractantes à établir certaines conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux. A la différence de certaines autres dispositions de l'Accord général, elle ne se réfère pas aux effets réels sur les échanges. La démonstration du fait qu'une mesure non conforme à la première phrase de l'article III: 2 n'a aucun effet ou n'a que des effets insignifiants ne constituerait pas, de l'avis du Groupe spécial, une preuve suffisante que les avantages découlant de cette disposition n'ont pas été annulés ou limités⁶³.

Ainsi, l'article III: 2 GATT 1994, qui traite de la non-discrimination en matière fiscale, et qui n'a donc à première vue pas d'implication pour la concurrence, est en fait un moyen pour établir des conditions de concurrence entre produits importés et produits nationaux.

Le sens de l'article III: 2 est précisé dans une note relative audit article, qui est libellée comme suit:

Une taxe satisfaisant aux prescriptions de la première phrase du paragraphe 2 ne doit être considérée comme incompatible avec les dispositions de la deuxième phrase que dans les cas où il y a concurrence entre, d'une part, le produit importé, et, d'autre part, un produit directement concurrent ou un produit qui peut lui être directement substitué et qui n'est pas frappé d'une taxe semblable.

Ainsi, il faut se poser trois questions pour déterminer si une mesure fiscale intérieure est incompatible avec l'article III: 2⁶⁴:

- d'abord, il faut se demander si les produits importés et les produits nationaux sont «des produits directement concurrents ou des produits directement substituables» qui sont en concurrence les uns avec les autres;
- ensuite, il faut se demander si les produits importés et les produits nationaux directement concurrents ou directement substituables «sont frappés ou non d'une taxe semblable»;

63 *Taxe sur le pétrole et certaines substances importées aux Etats-Unis (Superfund)*, BISD 34S/136.

64 Rapport de l'ODA dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, adopté le 1.11.1996, p. 27 s.

- enfin, il faut déterminer si cette différence d'imposition des produits importés et des produits nationaux directement concurrents ou directement substituables est «appliquée... de manière à protéger la production nationale».

Dans un autre récent cas d'application, l'Organe d'appel (ODA) se prononçait sur la question de savoir si un Groupe spécial a commis une erreur d'interprétation de l'expression «produit directement concurrent ou directement substituable»⁶⁵. Le Groupe spécial avait qualifié la notion de produit directement substituable en se fondant sur la concurrence potentielle. Dans ce cas, l'ODA a qualifié l'expression «directement concurrent ou directement substituable» comme suit:

...l'essence de ce rapport est que les produits sont en concurrence. Cela découle clairement du mot concurrent qui signifie «caractérisé par la concurrence» que du mot «substituable» qui signifie «pouvant être substitué». Le contexte du rapport de concurrence est la marché puisque c'est l'endroit où les consommateurs choisissent entre différents produits. La concurrence sur le marché est un processus dynamique, évolutif. En conséquence, le libellé de l'expression «directement concurrents ou directement substituables» signifie que le rapport de concurrence entre les produits ne doit pas être analysé exclusivement par référence aux préférences actuelles des consommateurs. A notre avis, le mot «substituables» indique que le rapport requis peut exister entre des produits qui ne sont pas considérés par les consommateurs comme des substituts mais qui n'en sont pas moins susceptibles d'être substitués l'un à l'autre»⁶⁶.

En d'autres termes, la notion de «produits directement concurrents ou substituables» ne peut être limitée aux situations dans lesquelles les consommateurs considèrent déjà les produits comme des produits de remplacement. Elle nécessite que soit prise en compte la concurrence potentielle. Ce cas est intéressant car il montre que les principes du droit du GATT/OMC ont un rapport direct avec le droit de la concurrence et que pour les interpréter, recours est fait à des

65 Rapport de l'ODA dans l'affaire *Corée - Taxes sur les boissons alcooliques*, adopté le 18.1.1999, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R. L'ORD a adopté les rapports du Groupe spécial et de l'ODA le 17.2.1999.

66 Idem, p. 36, point 114.

notions empruntées au droit de la concurrence comme celle de marché, de produits substituables ou encore de concurrence potentielle⁶⁷.

B. Le GATT et la notion étroite de la concurrence (les pratiques commerciales restrictives)

1. *La Charte de la Havane*

La Charte de la Havane envisageait la création d'une Organisation internationale du commerce (*International Trade Organisation, ITO*), comme organe spécial des Nations-Unies⁶⁸. L'Organisation internationale du commerce aurait regroupé dans un même accord un régime applicable aux pratiques commerciales restrictives pouvant restreindre la concurrence dans les échanges internationaux et un régime applicable aux mesures gouvernementales ayant le même effet. Ainsi, les règles du GATT 1947 ont été pensées comme devant être complétées par des règles relatives aux restrictions à la concurrence causées par des entreprises privées.

L'article XXIX du GATT 1947 avait la teneur suivante:

Les parties contractantes s'engagent à observer, dans la mesure compatible avec les pouvoirs exécutifs dont elles disposent, les principes généraux énoncés dans les chapitres I à VI inclusivement et dans le chapitre IX de la Charte de la Havane, jusqu'au moment où elles auront accepté la Charte selon leurs règles constitutionnelles.

67 On notera que l'ODA dans ce cas était composé d'éminents spécialistes du droit de la concurrence (M. Masushita, C.-D. Ehlermann et F. Feliciano).

68 *Acte final et documents connexes*, Conférence des Nations-Unies sur le commerce et l'emploi, tenue à la Havane, Cuba du 21.11.1947 au 24.3.1948; N. YACHESTOVA, *The International Competition Regulation, A short review of a Long Evolution*, *World Competition*, Vol. 18, 1994, N° 1, p. 99 ss.

Or la Charte de la Havane n'est jamais entrée en vigueur, suite au refus politique du Sénat américain. L'article XXIX a subsisté dans le GATT 1994 mais n'a jamais été invoqué⁶⁹. Il n'a aujourd'hui plus de force juridique, mais indique que les pratiques commerciales restrictives entrent dans la compétence de l'OMC⁷⁰.

Le chapitre V de la Charte de la Havane intitulé «pratiques commerciales restrictives» était composé de neuf articles relatifs aux obligations des Etats concernant ces pratiques et l'établissement d'un mécanisme international dans le cadre de l'Organisation internationale du commerce. L'article 46 paragraphe 1 énonçait leur but comme suit:

...empêcher les pratiques commerciales – qu'elles soient le fait d'entreprises commerciales privées ou publiques – qui, dans le commerce international, entravent la concurrence, restreignent l'accès aux marchés ou favorisent le contrôle à caractère de monopole, dans tous les cas où ces pratiques produisent des effets nuisibles sur le développement de la production ou du commerce et où elles font obstacle à ce que soit atteint l'un quelconque des autres objectifs (de la charte)⁷¹.

Le chapitre VI contenait une énumération qui aurait pu potentiellement couvrir la presque totalité des pratiques commerciales restrictives. Six catégories étaient déclarées illégales: les ententes sur les prix, les accords de division géographique du marché, les pratiques discriminatoires au détriment d'entreprises déterminées, celles qui limitent la production ou fixent des contingents de pro-

69 E.-U. PETERSMANN, *International Competition Rules for Government and for Private Business: A «Trade Law Approach» for Linking Trade and Competition Rules in the WTO*, in: F. ABBOTT/D. GERBER (eds.), *Public Policy and Global Technological Integration*, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston 1997, p. 221 ss.; E.-U. PETERSMANN, *The International Competition Policy of the EC and the Need for an EC Initiative for a Plurilateral Agreement on Competition and Trade in the WTO*, op.cit., p. 289 ss.

70 P. MAVROIDIS, *Les pratiques restrictives du commerce: la question de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses Etats membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce*, AFDI 1996, p. 864 ss., p. 866.

71 Art. 46 § 1 de la Charte de la Havane.

duction, celles qui, par voie d'accord, empêchent l'amélioration ou la mise en œuvre de procédés techniques ou d'inventions brevetées et l'usage abusif de droits de propriété intellectuelle⁷².

L'Organisation internationale du commerce aurait eu la compétence d'examiner chaque réclamation présentée par un Etat membre lésé et, à cet effet, le pouvoir de demander aux Etats membres intéressés de fournir des renseignements tels que des renseignements émanant d'entreprises relevant de leur juridiction⁷³. Elle aurait pu procéder à des enquêtes, demander à tout Etat membre de lui fournir tout complément d'information nécessaire, et procéder à des auditions⁷⁴. Dans le cadre de la procédure, tout Etat membre, toute personne, entreprise ou organisation pour le compte de laquelle la réclamation aurait été présentée, et les entreprises auxquelles la pratique incriminée aurait été reprochée, auraient eu le droit d'être entendus. A la fin de la procédure, l'Organisation internationale du

72 Art. 46 § 3 de la Charte de la Havane. Cette disposition avait la teneur suivante: «Les pratiques visées au paragraphe 2 sont:

- a) celles qui fixent les prix ou les conditions à observer dans les transactions avec les tiers concernant l'achat, la vente ou la location de tout produit;
- b) celles qui excluent des entreprises d'un marché territorial ou d'un champ d'activité commerciale, attribuent ou partagent un marché territorial ou un champ d'activité commerciale, répartissent la clientèle ou fixent des contingents de vente ou d'achat;
- c) celles qui ont un effet discriminatoire au détriment d'entreprises déterminées;
- d) celles qui limitent la production ou fixent des contingents de production;
- e) celles qui, par voie d'accord, empêchent l'amélioration ou la mise en œuvre de procédés techniques ou d'inventions brevetées ou non;
- f) celles qui étendent l'usage des droits résultant de brevets, de marques de fabrique, de droits d'auteur ou de reproduction, accordés par un Etat membre, à des matières qui, conformément aux lois et règlements de cet Etat membre, ne rentrent pas dans le cadre de ces privilèges, ou bien à des produits ou à des conditions de production, d'utilisation ou de vente, qui, de même, ne font pas l'objet de privilèges;
- g) toutes pratiques analogues que l'Organisation, par une majorité de deux tiers des Etats membres présents et participant au vote, pourra qualifier de pratiques commerciales restrictives.»

73 Art. 46 § 3 de la Charte de la Havane.

74 Art. 48 § 4 de la Charte de la Havane.

commerce aurait rédigé un rapport contenant un exposé complet de ses constatations, des motifs à leur appui et des mesures recommandées aux Etats membres intéressés⁷⁵. La Charte prévoyait en outre que:

Si un Etat membre en fait la demande, l'Organisation ne dévoilera pas les renseignements confidentiels qui lui auraient été fournis par cet Etat membre, et dont la divulgation léserait gravement les intérêts légitimes d'une entreprise commerciale⁷⁶.

Les obligations des Etats membres étaient énumérées à l'article 50 de la Charte. Elles comprenaient pour chaque Etat membre l'obligation de:

- prendre les mesures d'ordre législatif ou d'une autre nature, pour empêcher que des entreprises commerciales privées ou publiques ne se livrent, dans sa juridiction, à des pratiques visées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 46 de la Charte;
- prendre les dispositions nécessaires pour présenter des réclamations, mener des enquêtes et, à la demande de l'Organisation, réunir des informations et établir des rapports;
- fournir à l'Organisation, dans le plus bref délai, les renseignements demandés par celle-ci;
- prendre compte des demandes, constatations et recommandations de l'Organisation;
- faire rapport de toute mesure prise pour donner suite aux recommandations de l'Organisation;
- participer, à la demande de l'Organisation, à des consultations et conférences.

En ce qui concerne le rapport entre le droit international de la concurrence et le droit national, l'article 52 de la Charte prévoyait que:

75 Il était en outre prévu que l'Organisation ne dévoile pas les renseignements confidentiels qui lui auraient été fournis par tout Etat membre intéressé qui en aurait fait la demande, et dont la divulgation aurait gravement lésé les intérêts légitimes d'une entreprise commerciale (art. 48 § 9).

76 Art. 48 § 9 in fine de la Charte de la Havane.

L'action ou la carence de l'Organisation n'empêchera pas un Etat membre d'appliquer ses lois et règlements destinés à s'opposer aux monopoles commerciaux ou à éliminer les obstacles au commerce.

La compétence des Etats membres dans le domaine du droit de la concurrence aurait donc été exercée de manière concurrente à celle de l'Organisation, indépendamment du fait que celle-ci agisse ou non.

La Charte de la Havane prévoyait à l'article 53 une procédure spéciale applicable en matière de services, tels que les transports, les télécommunications, les assurances et les services commerciaux de banques, en raison de leur importance pour le commerce international. Elle reconnaissait que

toute pratique commerciale restrictive appliquée par des entreprises se consacrant à ces branches d'activité dans le commerce international peut avoir des effets nuisibles analogues à ceux indiqués au paragraphe premier de l'article 46⁷⁷.

Chaque Etat membre aurait eu l'obligation de se prêter à des consultations à la demande de tout autre Etat membre en rapport avec des pratiques commerciales restrictives dans le commerce des services⁷⁸. Enfin, l'article 54 de la Charte contenait des règles d'interprétation. Mais ces dernières n'auraient pas été à même d'assurer une uniformité d'interprétation des règles convenues au niveau international.

Si la Charte de la Havane avait été adoptée, un droit international de la concurrence aurait existé au niveau mondial. Il est intéressant aujourd'hui de garder en perspective que les règles du GATT ont été pensées comme devant être complétées par des règles de concurrence. On peut faire une analogie ici avec le droit européen de la concurrence, où, dès l'origine, les règles commerciales et les règles de concurrence ont été pensées comme des moyens complémentaires de parvenir au même but d'unification du marché intérieur.

77 Art. 53 § 1 de la Charte de la Havane.

78 Cette obligation a été reprise à l'art. 9 GATS, cf. ci-dessous p. 78 ss.

2. La décision du Groupe d'experts de 1958

Suite à l'échec de la Charte de la Havane, il était préprogrammé que la question non résolue des pratiques commerciales restrictives refasse tôt ou tard à la surface. En 1954-55 déjà, les Membres du GATT ont tenu une session au sujet de l'adoption de règles de concurrence. En 1958, ils ont établi un Groupe d'experts en lui confiant le mandat d'examiner dans quelle mesure le GATT devait être complété par des règles relatives aux pratiques commerciales restrictives du commerce. Les Membres de ce Groupe ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur cette question. Les travaux ont abouti en novembre 1960 à l'adoption d'une «*décision concernant les dispositions prises en vue de consultations sur les pratiques commerciales restrictives*»⁷⁹. La majorité du Groupe a estimé qu'il serait inopportun de recommander la négociation de règles multilatérales pour remédier aux effets des pratiques commerciales restrictives. Il y a toutefois eu unanimité à reconnaître:

- d'une part, que les cartels internationaux peuvent freiner l'expansion du commerce international, compromettant ainsi les avantages des réductions des droits de douane et des restrictions quantitatives ou porter atteinte de toute autre manière aux objectifs de l'Accord général⁸⁰;
- d'autre part, qu'une coopération internationale est nécessaire pour lutter efficacement contre les pratiques restrictives qui ont des effets dommageables dans le commerce international⁸¹.

Il fut également considéré que les parties contractantes ne pourraient assumer sous quelque forme que ce soit la réglementation des pratiques commerciales restrictives, ni se charger d'enquêtes. Elles recommandèrent que toute partie contractante engage, si elle y est invitée par une autre partie contractante, des consultations bilatérales ou multilatérales. Enfin, elles s'engagèrent à informer conjointement le Secrétariat de la nature de la réclamation, des conclusions arrêtées

79 GATT, *Instruments de base et documents divers*, 9^{ème} supplément, p. 28.

80 Idem.

81 Ibidem.

en cas d'un règlement mutuel satisfaisant ou de l'impossibilité d'arriver à un tel règlement. Jusqu'à l'entrée en vigueur des Accords OMC, rien n'a changé en ce qui concerne les pratiques commerciales restrictives. En particulier, les différentes plaintes portées par la CE en relation avec des mesures du Japon n'ont pas porté leurs fruits⁸².

C. Les dispositions des Accords OMC contenant des règles de concurrence

1. Généralités

L'Accord instituant l'OMC a été signé le 15 avril 1994 à Marrakech. Il est le résultat du huitième cycle de négociations du GATT, le cycle d'Uruguay, qui s'est étendu sur huit ans⁸³. Il constitue une nouvelle base pour le système commercial multilatéral. Il étend de manière significative le champ d'application du droit du GATT/OMC pour ses 135 Membres. L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle (*Agreement on Trade Related Intellectual Property*, TRIPS), l'Accord général sur le commerce des services (*General Agreement on Trade in Services*, GATS) et le GATT 1994, forment ensemble les trois piliers de la nouvelle OMC⁸⁴. Une autre innovation

82 P. MAVROIDIS, *Les pratiques restrictives du commerce: la question de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses Etats membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce*, op. cit., p. 867; E.-U. PETERSMANN, *The International Competition Policy of the EC and the Need for an EC Initiative for a Plurilateral Agreement on Competition and Trade in the WTO*, op. cit., p. 300.

83 Au sujet de l'historique du cycle d'Uruguay, cf. P.-L. GIRARD, *De Punta del Este à Marrakech: le processus de négociation 1986-1993*, in: Th. COTTIER (Hrsg.), *GATT-Uruguay Round, Neun Beiträge*, Stämpfli, Bern 1995, p. 1 ss.

84 Cf. de manière générale J. JACKSON, *The World Trading System*, Second edition, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1997; D. PALMETER/P. MAVROIDIS, *The WTO Legal System, Sources of Law*, AJIL Vol. 92/1998, p. 398 ss.

remarquable de l'OMC est le renforcement de la procédure de règlement des différends, qui consacre le caractère juridictionnel du droit du GATT/OMC.

Le droit de la concurrence fait une apparition, timide et fragmentaire dans différents Accords de l'OMC. Il n'existe toujours pas de réglementation générale de la concurrence en droit du GATT/OMC. Cette matière apparaît à la fin du cycle d'Uruguay comme un thème d'avenir, qui devra être traité en priorité⁸⁵.

L'abaissement des obstacles gouvernementaux aux échanges au cours des négociations commerciales successives, l'intégration croissante de l'économie mondiale sous l'impulsion de la libéralisation des échanges, l'expansion de l'investissement étranger direct, la nouvelle protection accordée par le droit du GATT/OMC aux entreprises dans le domaine des services et de la propriété intellectuelle, tels sont autant de facteurs qui, parmi d'autres, plaident en faveur d'un renforcement de la concurrence dans le nouveau système commercial multilatéral⁸⁶. L'OMC constitue à cet égard un cadre idéal offrant une participation quasiment universelle et permettant la prise en compte des intérêts des pays industrialisés et des pays en développement.

2. *L'Accord GATT 1994*

Le GATT 1994, comme le GATT 1947 ne fait pas directement référence aux pratiques commerciales restrictives d'origine privée. L'article XVII GATT 1994 contient des obligations pour les entreprises d'Etat, toute entreprise qui se voit accorder, en fait ou en droit, des privilèges exclusifs ou spéciaux, et en ce qui concerne les monopoles d'importations, mais ces règles sont beaucoup plus limitées que les

85 P.-L. GIRARD, *op. cit.*, p. 21.

86 OMC, *Rapport annuel 1997, Chapitre spécial sur le commerce et la politique de concurrence*, p. 55.

règles correspondantes en droit européen⁸⁷ et sont demeurées peu efficaces⁸⁸.

L'article XXIX GATT 1994 fait référence aux chapitres I à VI de la Charte de la Havane, mais est dépourvu de force juridique. Quant à la décision des parties contractantes de 1960 décrite ci-dessus, elle fait partie de l'acquis «gattien», et a donc été reprise dans le cadre de l'OMC. En vertu de cette décision, les parties contractantes reconnaissent que les pratiques commerciales qui entravent la concurrence dans le commerce international peuvent freiner l'expansion du commerce mondial et le développement économique des différents pays. Elles reconnaissent la nécessité de la coopération internationale, s'engagent à avoir recours à une procédure de consultation et prennent un certain nombre d'engagements en ce qui concerne l'information du Secrétariat de l'OMC. Ces dispositions ont été invoquées pour la première fois en 1996 dans le contexte de l'affaire *Fuji c. Kodak*⁸⁹. Enfin, les articles XXIII: 1 a), b) et c) GATT 1994 permettent à certaines conditions qui seront examinées ci-dessous, de soumettre des affaires de concurrence aux procédures de règlement des différends.

3. L'Accord TRIPS

(1) La relation entre la propriété intellectuelle et la concurrence

La relation entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence est généralement décrite comme une relation à la fois complémentaire et de tension⁹⁰. D'un côté, les droits de pro-

87 Art. 31 (ex 37) et 86 (ex 90) CE.

88 E.-U. PETERSMANN, *The International Competition Policy of the EC and the Need for an EC Initiative for a Plurilateral Agreement on Competition and Trade in the WTO*, op. cit., p. 299.

89 Ci-dessous p. 93 ss.

90 OECD, Committee on Competition Law and Policy, *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, Paris 1989; Th. COTTIER, *The Prospects of Intellectual Property in GATT*, CMLR 1991, Vol. 28, p. 383 ss.; F. ABBOTT/Th. COTTIER/F. GURRY,

priété intellectuelle stimulent l'innovation et l'investissement et sont nécessaires pour que des conditions de concurrence puissent s'établir. Mais, d'autre part, ils sont par essence des droits exclusifs, de nature monopolistique qui, de par leur nature, limitent, voire excluent la concurrence. La relation entre la propriété intellectuelle et la concurrence peut être considérée (i) dans la réglementation du droit de la propriété intellectuelle ou (ii) à l'interface entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence. Elle peut être envisagée au niveau national, régional ou multilatéral.

L'impact du droit de la propriété intellectuelle sur le droit de la concurrence se manifeste généralement sous forme d'une limitation de l'application pure et simple des règles ordinaires relatives aux accords horizontaux et verticaux. Dans la mesure où des exemptions individuelles sont coûteuses et ne sont pas optimales en terme de sécurité juridique, les législations sur la concurrence contiennent en général des exemptions par catégorie ou des directives de portée générale. En droit européen de la concurrence, des exemptions par catégorie ont été adoptées par la Commission européenne sur la base de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE⁹¹. Dans d'autres sys-

The International Intellectual Property System, Commentary and Materials, Kluwer Law International, 1999, p. 1741 ss.; Th. M. JORDE/D. J. TEECE (eds.), *Antitrust, Innovation and Competitiveness*, New York 1992. Pour une perspective historique cf. W. FIKENTSCHER, *Wettbewerbsrecht im TRIPS-Agreement der Welthandelsorganisation, Historische Anknüpfung und Entwicklungschancen*, GRUR Int. 1995, Heft. 7, p. 529 ss.; cf. aussi W. FIKENTSCHER, *Historical Origins and Opportunities for Development of an International Competition Law in the TRIPS Agreement of the World Trade Organization (WTO) and Beyond*, in: F.-K. BEIER/G. SCHRICKER (eds.), *From GATT to TRIPs - The Agreement on Trade related Aspects of Intellectual Property Rights*, IIC Studies, Vol. 18, 1996, p. 226 ss.

91 Dans un premier temps, la Commission européenne a adopté deux actes, le règlement (CEE) n° 2349/84 de la Commission du 23.7.1984 concernant des accords de licence de brevets, JO n° L 219 du 16.8.1984, p. 15, et le règlement (CEE) n° 556/89 de la Commission du 30.11.1988, concernant des accords de licence de savoir-faire, JO n° L 61 du 4.3.1989, p. 1, puis le règlement (CE) n° 240/96 du 31.1.1996 concernant l'application de l'art. 81 (ex 85) § 3 CE à certaines catégories d'accords de transfert de technologie, JO n° L31 du 9.2.1996, p. 2. Au sujet de ces règlements, cf. N. GREEN/A. ROBERTSON, *Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in the UK and EC*, Kluwer law International (2nd ed.), London, The Hague, Boston 1997, p. 831 ss.

tèmes, des directives ont été adoptées, notamment aux Etats-Unis⁹² ou au Japon⁹³. En Suisse, une exemption générale est prévue dans la loi. L'article 3 alinéa 2 LCart 1995 prévoit que

La présente loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle.

La constellation inverse, l'impact du droit de la concurrence sur le droit de la propriété intellectuelle, opère en général comme une restriction de l'exercice des droits de propriété intellectuelle, mais n'a pas d'effet sur leur existence. Le concept d'abus de droit est allusif et se prête mal à des règles générales et abstraites. C'est donc à l'occasion de litiges particuliers que ses contours ont été définis. En droit européen, le cas topique en ce qui concerne les pratiques de licence est le cas *Maize Seed*, dans lequel la CJCE a jugé qu'une licence exclusive n'est pas en conflit avec l'article 81 (ex 85) CE si elle est nécessaire pour introduire sur le marché une nouvelle technologie, à condition que l'exclusivité de la licence n'est pas de nature à exclure des concurrents d'autres territoires du territoire attribué au preneur de licence⁹⁴. En relation avec l'article 82 (ex 86) CE, la décision la plus connue est certainement l'affaire *Magill* dans laquelle la CJCE a obligé l'octroi d'une licence sur la base de la doctrine des «*essential facilities*»⁹⁵.

(2) Les règles de concurrence de l'Accord TRIPS

Dans le contexte du commerce international, l'Accord TRIPS porte sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent

92 DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION OF THE UNITED STATES, *Anti-trust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 1995.

93 *The Antimonopoly Act Guidelines Concerning Joint Research and Development*, 1993; cf. à ce sujet, M. MATSUSHITA, *The Intersection of Industrial Policy and Competition*, in: F. ABBOTT/D. GERBER (eds.), *Public Policy and Global Technological Integration*, Kluwer Law International, 1997, p. 141 ss.

94 CJCE, arrêt *Nungesser c. Commission (Maize Seed)*, aff. 258/78, Rec. 1982, p. 2015.

95 CJCE, arrêt *RTE and ITP c. Commission (Magill)*, aff. C-241 et 242/91, Rec. 1995 I-743.

au commerce⁹⁶. Etant applicable à la fois au commerce de biens et des services, l'Accord TRIPS occupe une position centrale dans la discussion relative au droit de la concurrence⁹⁷. L'Accord TRIPS règle, de manière ponctuelle, certaines questions de droit de la concurrence. En effet, lors de la négociation de l'Accord TRIPS, certains pays, en particulier les pays en développement, ont voulu contrebalancer les engagements en matière de protection de la propriété intellectuelle par la reconnaissance du droit des Membres d'empêcher les pratiques anticoncurrentielles supposant l'utilisation des droits de propriété intellectuelle⁹⁸.

Le préambule de l'Accord TRIPS énonce que les droits de propriété intellectuelle ne doivent pas devenir des obstacles au commerce légitime («that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade»). Cette phrase fait, de manière générale, référence au rapport entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence⁹⁹. En effet, uniquement le «commerce légitime» («*legitimate trade*») doit être protégé. Ce qu'il faut entendre par commerce légitime résulte d'une pondération entre, d'une part, la nécessaire protection de la propriété intellectuelle et, d'autre part, les besoins d'une concurrence effective.

96 Th. COTTIER, *Intellectual Property in International Trade Law and Policy: The GATT Connection*, *Aussenwirtschaft* 1992 n° 1, p. 75 ss.; Th. COTTIER, *The Prospects for Intellectual Property in GATT*, op. cit., p. 383 s.

97 P.M. SMITH, *A Long and Winding Road: TRIPS and The Evolution of an International Competition Framework*, *JIEL* 1999, p. 435 ss.

98 R. ANDERSON, *The interface between competition policy and intellectual property in the context of the international trading system*, *JIEL* 1998, p. 655 ss., p. 661.

99 A. HEINEMANN, *Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im TRIPS-Übereinkommen der Welthandelsorganisation*, *GRUR Int.* 7/1995, p. 535 ss., p. 535; A. HEINEMANN, *Antitrust Law of Intellectual Property in the TRIPS Agreement of the World Trade Organization*, in: F.-K. BEIER/G. SCHRÜCKER (eds.), *IIC Studies*, Vol. 18, *From GATT to TRIPS, - The Agreement on Trade related Aspects of Intellectual Property Rights*, published by the Max-Planck-Institute for foreign and international patent, copyright and competition law, Munich 1996, p. 239 ss.

Il est reconnu à l'article 8: 2 que

Des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie.

Les Membres sont libres d'agir afin d'empêcher que les titulaires de droits de la propriété intellectuelle, (i) soit abusent de leurs droits de propriété intellectuelle, (ii) soit aient recours à des pratiques qui restreignent le commerce de manière déraisonnable, en affectant par exemple le transfert international de technologie. La notion d'usage abusif des droits de propriété intellectuelle n'est pas définie. Elle ne présuppose pas, contrairement à l'article 82 (ex 86) CE, une position dominante¹⁰⁰.

La réglementation la plus détaillée est l'article 40 TRIPS, qui constitue à lui seul un chapitre spécial de l'accord au sujet des pratiques restrictives dans les licences contractuelles¹⁰¹. Cette disposition a été introduite pour faciliter le transfert de technologie des pays industrialisés vers les pays en développement. Elle permet, mais n'oblige pas les Membres d'interdire les pratiques anticoncurrentielles dans le domaine des licences. Elle contient des règles matérielles et des règles de procédure.

En ce qui concerne les règles matérielles, l'article 40: 1 n'est pas une norme juridique au sens classique du terme, mais la déclaration d'un consensus des Membres au sujet des conséquences négatives pour les échanges et le transfert et la diffusion de la technologie, de certaines pratiques dans le domaine des licences. Le deuxième paragraphe précise que les Membres sont libres de spécifier dans leur législation les pratiques ou conditions en matière de concession de licences qui peuvent, dans des cas particuliers, constituer un usage abusif de droits de propriété intellectuelle sur le marché

100 A. HEINEMANN, *Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im TRIPS-Übereinkommen der Welthandelsorganisation*, op. cit., p. 537.

101 A. STAHELIN, *Wettbewerbs- und Kartellrecht im TRIPS Abkommen der WTO*, RSDA (SZW) 3/1997, p. 97 ss.

considéré. Comme à l'article 8: 2 TRIPS, il n'est pas créé de réglementation supranationale du droit de la concurrence, mais renvoyé au droit régional ou national des Membres. Celui-ci ne doit toutefois pas contrevenir aux autres dispositions de l'Accord. Le deuxième alinéa in fine mentionne trois exemples qui peuvent constituer des limitations de la concurrence dans les contrats de licence: les clauses de rétrocession exclusive («*exclusive grantback conditions*»), les conditions empêchant la contestation de la validité du brevet qui fait l'objet de la licence («*conditions preventing challenges to validity*») et le régime coercitif de licences groupées («*coercive package licensing*»).

En ce qui concerne les règles de procédure, les paragraphes 3 et 4 contiennent des engagements de coopération internationale et envisagent la situation où les effets d'une pratique restrictive se produisent dans un autre Etat que celui où elle est mise en œuvre. La situation est la suivante: un titulaire de droits de propriété intellectuelle du pays A a inséré des clauses limitant la concurrence dans ses contrats de licence et contrevient ainsi au droit de la concurrence de l'Etat B. Ce dernier veut intervenir contre cette restriction de la concurrence. En vertu de l'article 40 paragraphe 3, l'Etat A est tenu de se soumettre à des consultations à la demande de l'Etat B,

sans préjudice de toute action que l'un ou l'autre membre pourrait engager conformément à la loi et de son entière liberté de prendre une décision définitive.

Ces termes signifient que l'Etat B peut requérir des consultations, mais peut aussi ne pas le faire et appliquer son droit de la concurrence de manière extraterritoriale.

En plus de se prêter à des consultations, l'Etat B doit coopérer en fournissant les renseignements non confidentiels à la disposition du public, et sous réserve d'accords bilatéraux de coopération internationale et de sa législation interne, des renseignements confidentiels. Selon l'article 40 paragraphe 4, une entreprise d'un Membre de l'OMC soumise à une procédure dans un autre Membre de l'OMC peut demander à son gouvernement de s'engager dans des consul-

tations. Chaque Membre à qui la demande est faite doit s'engager à des consultations avec tout autre Membre qui a des raisons de croire qu'un titulaire de droits de propriété intellectuelle ressortissant du Membre auquel la demande de consultation a été adressée, se livre à des pratiques en violation des lois et réglementations du Membre qui a présenté la demande. Le Membre à qui la demande a été adressée doit ménager des possibilités adéquates de consultations au Membre qui l'a présentée. Il coopère en fournissant les renseignements non confidentiels à la disposition du public qui présentent un intérêt en l'espèce et les autres renseignements dont il dispose, sous réserve de la législation intérieure et de la conclusion d'accords concernant le respect du caractère confidentiel de ces renseignements par le Membre qui a présenté la demande.

(3) Un Accord TRIPS sans accord sur la concurrence?

La nécessité d'un accord international sur la concurrence peut être vue sous différentes perspectives. On peut argumenter que si les Membres de l'OMC ont jugé qu'une protection insuffisante de la propriété intellectuelle peut nuire au commerce international et nécessite la négociation d'un accord international, une conclusion similaire devrait s'imposer s'agissant de la négociation d'un accord sur la concurrence. Le droit de la concurrence a en effet une incidence tout aussi importante, voire même plus importante que le droit de la propriété intellectuelle sur le commerce international. Il est intéressant de noter à cet égard que, à l'inverse du droit du GATT/OMC, le droit européen a contenu dès ses origines une discipline sur la concurrence, alors qu'il a laissé la question de la propriété intellectuelle dans la compétence des Etats membres¹⁰².

Une autre perspective, qui n'est d'ailleurs par nouvelle, est de considérer que le droit de la concurrence fait partie intégrante de la propriété intellectuelle et qu'un accord sur la propriété intellectuelle qui n'aborde pas la concurrence n'est pas complet. Selon HEINEMANN,

102 Selon l'art. 295 (ex 222) CE: «*Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres.*».

Erst die Realisierung eines transnationalen Kartellrechts würde die Schwierigkeiten beseitigen, die sich aus der sporadischen Aufnahme kartellrechtlicher Vorschriften in einen Rechtstext ergeben, der den Schutz des geistigen Eigentums hat¹⁰³.

Enfin, une troisième approche est de considérer que l'Accord TRIPS a considérablement renforcé les standards internationaux dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle et que ces progrès devraient être accompagnés de règles sur la concurrence afin de garantir un équilibre entre la propriété intellectuelle et la concurrence. Le fait qu'il existe un Accord TRIPS, mais pas d'accord sur la concurrence au même niveau ne signifie toutefois pas à notre avis en soit qu'il y a un déséquilibre. L'Accord TRIPS renvoie en effet au droit régional ou national de la concurrence des Membres.

4. *L'Accord GATS*

Le GATS a pour but de parvenir à une libéralisation progressive des échanges des services. Les listes d'engagements contractés par les Membres spécifient les possibilités d'accès au marché garanties aux fournisseurs étrangers de services. L'article 8 GATS exige que les monopoles publics ou privés respectent, entre autres, le principe de la nation la plus favorisée énoncé à l'article 2 GATS. En ce qui concerne les secteurs couverts par la liste de concessions d'un Membre, ce dernier doit faire en sorte qu'un fournisseur monopolistique n'abuse pas de sa position monopolistique lorsqu'il est en concurrence pour la fourniture de services hors du champ de ses droits monopolistiques.

L'article 9: 1 GATS stipule que les Membres reconnaissent que certaines pratiques commerciales de fournisseurs de services peu-

103 A. HEINEMANN, *Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im TRIPS-Übereinkommen der Welthandelsorganisation*, op. cit., p. 539; A. STAHELIN, op. cit., p. 101; W. FIKENTSCHER, *Wettbewerbsrecht im TRIPS-Agreement der Welthandelsorganisation, Historische Anknüpfung und Entwicklungschancen*, op. cit., p. 534.

vent limiter la concurrence et par-là restreindre le commerce des services. L'article 9: 2 GATS prévoit que chaque Membre doit, à la demande de tout autre Membre, se prêter à des consultations en vue d'éliminer ces pratiques. Le Membre de l'OMC auquel la demande est adressée doit l'examiner de manière approfondie et coopérer en fournissant les renseignements non confidentiels à la disposition du public qui présentent un intérêt en l'espèce. Il n'existe pas d'obligation d'agir, mais seulement une obligation de fournir des informations. Comme le relèvent HOEKMAN et MAVROIDIS,

On peut donc s'interroger sur la manière dont une pratique restrictive sera éliminée et sur ce qui constitue une pratique restrictive. En fait, les Membres restent libres de ne pas appliquer aux services le droit et la politique de la concurrence¹⁰⁴

5. *L'Accord sur les télécommunications de base*

Le 15 février 1997, 69 Etats participant au groupe sur les télécommunications de base (*Group on Basic Telecommunications*), un groupe de négociation de l'OMC, sont parvenus à un Accord sur la libéralisation des services de télécommunication¹⁰⁵. 57 des Etats participant à l'Accord dont les marchés de télécommunication sont ouverts aux concurrents étrangers se sont mis d'accord sur des principes contraignants en matière de concurrence applicables au domaine des télécommunications¹⁰⁶. Ces principes sont dérivés de l'inclusion dans leurs engagements d'un document de référence

104 B. HOEKMAN/P. MAVROIDIS, *Externalités des politiques et compétition dans le secteur des technologies de pointe: Concurrence et coopération multilatérale au-delà de l'OMC*, in: OECD, *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay: Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie*, Paris 1996, p. 215 ss., p. 243.

105 Sur l'historique des négociations et sur cet Accord, cf. M. BRONCKERS/P. LAROUCHE, *Telecommunications Services and the World Trade Organization*, JWT 31/1997, p. 5 ss.

106 OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, *Dispositions des accords de l'OMC qui touchent à la concurrence*, Note informelle du Secrétariat, 17.6.1997, p. 5.

(*reference paper*) élaboré en avril 1996 (ci-après document de référence)¹⁰⁷.

Le but du document de référence est double: (i) assurer l'effectivité en droit national des garanties d'accès au marché et (ii) soumettre leur transposition à un contrôle dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC¹⁰⁸. La particularité du domaine des télécommunications est que, dans la plupart des pays au monde, il a opéré sous un régime de monopole légal qui conférerait à un ou seulement quelques opérateurs le droit de fournir des services. Lorsque la libéralisation a lieu, l'ancien monopoliste est fortement avantagé sur le marché, car il dispose d'une longue expérience, d'une clientèle et d'un réseau en place. Le document de référence contient des principes visant à assurer que les avantages de l'ancien monopoliste (fournisseur principal) ne tournent pas au détriment des concurrents qui cherchent à bénéficier de la libéralisation. Ces principes constituent un droit de la concurrence *sui generis* dans un domaine particulier. Lorsqu'un fournisseur est au bénéfice d'une position de monopole ou de droits spéciaux, les obligations du document de référence complètent celles de l'article 8 GATS.

Le document de référence contient des dispositions visant à prévenir des pratiques anticoncurrentielles dans les télécommunications. Des mesures appropriées doivent être appliquées afin d'éviter qu'un fournisseur principal adopte ou maintienne des pratiques anticoncurrentielles. Ces dernières consistent en particulier¹⁰⁹: a) à pratiquer un subventionnement croisé anticoncurrentiel; b) à utiliser les renseignements obtenus auprès d'autres concurrents d'une manière qui donne des résultats anticoncurrentiels; c) à ne pas mettre à la disposition des autres fournisseurs de service en temps

107 Au sujet du document de référence, cf. M. BRONCKERS/P. LAROUHE, *op. cit.*, p. 23 ss.

108 M. BRONCKERS, *Trade and Competition Interlinkages: The Case of Telecom*, document présenté au Symposium on Competition Policy and the Multilateral Trading System de l'OMC à Genève, le 17.4.1999.

109 Document de référence, ch. 1.2.

opportun les renseignements techniques et commerciaux nécessaires pour fournir des services. Ces notions ne sont pas définies¹¹⁰.

Le document de référence contient également des dispositions détaillées visant à assurer l'interconnexion des fournisseurs de service avec un fournisseur principal à des conditions et tarifs non-discriminatoires et d'une qualité non moins favorable que celles assurées par le fournisseur principal pour ses propres services¹¹¹. Un organe interne indépendant doit être établi afin de régler les différends en matière d'interconnexion¹¹².

Les règles de concurrence de l'Accord sur les télécommunications ne sauraient permettre de tirer des conclusions de portée générale au sujet de la concurrence dans le cadre de l'OMC. Elles renforcent les garanties d'accès au marché dans un domaine particulier. Elles montrent qu'aussi longtemps qu'il n'y a pas de réglementation sur la concurrence de portée générale dans le cadre de l'OMC, des réglementations spécifiques seront nécessaires¹¹³.

6. *Autres Accords*

Des dispositions relatives aux pratiques commerciales restrictives se trouvent dans différents Accords OMC¹¹⁴. On peut mentionner en particulier que:

- L'article 9 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce prévoit que la nécessité de dispositions de concurrence sera évaluée lors de l'examen du fonctionnement de l'Accord par le Conseil pour le commerce des

110 Pour une analyse de leur contenu, cf. M. BRONCKERS, op. cit.

111 Document de référence, ch. 2.

112 Document de référence, ch. 2.5.

113 B. HOEKMAN/P. LOW/P. MAVROIDIS, *Regulation, Competition Policy and Market Access Negotiations: Lessons From the Telecommunication Sector*, 1996.

114 Pour une énumération des règles de concurrence contenues dans les Accords OMC, cf. E.-U. PETERSMANN, *Proposals for negotiating International Competition Rules in the GATT/WTO World Trade and Legal System*, Aussenwirtschaft 1994, p. 231 ss., p. 253 ss.

marchandises, au plus tard cinq ans après la date de l'entrée en vigueur de l'Accord OMC.

- Les articles 2, 3, et 4 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) établissent que l'élaboration, l'adoption et l'application de règlements techniques et de normes ne doivent pas avoir des effets restrictifs sur les échanges plus importants que nécessaire.
- Le préambule de l'Accord sur les sauvegardes énonce que les Membres reconnaissent «l'importance de l'ajustement structurel et la nécessité d'accroître plutôt que de limiter la concurrence sur les marchés internationaux». L'article 11: 1 (b) prévoit qu'

un membre ne cherchera pas à prendre, ne prendra ni ne maintiendra de mesure d'autolimitation des exportations, d'arrangements de commercialisation ordonnée ou toute autre mesure similaire à l'exportation ou à l'importation.

Il est précisé que des mesures similaires comprennent:

La modération des exportations, les systèmes de surveillance des prix à l'exportation ou à l'importation imposés et les régimes de licences d'exportation ou d'importation discrétionnaires qui assurent une protection

au secteur d'activité du pays importateur.

- L'article VI GATT 1994 et de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI GATT 1994 (Accord antidumping) autorisent les Membres à prendre des mesures en réponse à certaines pratiques de prix des entreprises, c'est-à-dire le dumping dont les Membres reconnaissent qu'il est condamnable s'il cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production établie ou s'il retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale¹¹⁵.
- L'article XV de l'Accord sur les marchés publics fait référence aux soumissions concertées. Il définit les circonstances dans lesquelles les règles normales relatives aux procédures d'appel d'offres ouvertes ou sélectives ne sont pas nécessairement applicables, ce qui englobe le cas où des soumissions concertées ont été déposées.

115 Au sujet du lien entre le dumping et la concurrence, cf. ci-dessous p. 167 ss.

- Le mécanisme d'examen des politiques commerciales, établi à l'annexe 3 de l'Accord OMC fixe en mandat pour la surveillance des politiques et pratiques commerciales des Membres. Les questions de concurrence sont souvent soulevées en raison de leurs effets sur les importations et les exportations de marchandises et de services.

D. L'application du règlement des différends de l'OMC au droit de la concurrence

Les pratiques commerciales restrictives peuvent annuler les avantages découlant de la libéralisation du commerce international et compromettre les résultats du droit du GATT/OMC. Ainsi, par exemple, l'effet de la suppression d'un contingent à l'importation pour un produit X dans un Etat A peut être supprimé si: (i) les entreprises de l'Etat A forment un cartel d'importation dont le but est de limiter la quantité d'importation du produit X ou (ii) si elles s'entendent entre elles afin de boycotter le produit X. Est-ce que le système de règlement des différends en droit du GATT/OMC s'applique à ce type de pratiques commerciales restrictives, et à quelles conditions?

1. Principales caractéristiques du règlement des différends en droit du GATT/OMC

Les fondements de la procédure de règlement des différends en droit du GATT/OMC sont les articles XXII (consultations) et XXIII (protection des concessions et des avantages) GATT 1994, tels que modifiés par l'annexe 2 à l'Accord OMC, le «*Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*» (ci-après Mémoire d'accord), signé à Marrakech le 15 avril 1994. Il

constitue le point culminant de l'évolution du GATT, à l'origine basé sur des règlements négociés et des compromis, vers un système juridictionnel. Le système de règlement des différends est devenu une des pierres angulaires de la nouvelle OMC. Notre but n'est pas d'entrer ici dans les détails d'un vaste sujet mais de renvoyer le lecteur sur ce point à des études détaillées¹¹⁶.

En résumé, il existe un droit, après l'échec de consultations, à l'établissement d'un Groupe spécial, qui est établi par l'Organe de règlement des différends (ORD) à la requête unilatérale d'un Etat membre. Un Membre de l'OMC ne peut donc pas bloquer unilatéralement la procédure de règlement des différends. Seuls les Membres ont qualité pour déposer une plainte à l'OMC. Les particuliers n'ont pas directement accès au système de règlement des différends de l'OMC et dépendent par conséquent de la protection diplomatique¹¹⁷. Mais l'accès à la justice internationale est facilité par le fait que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas, contrairement au droit international public classique, dans le cadre du règlement des différends en droit du GATT/OMC¹¹⁸. Comme en droit interne, la procédure suit son cours dès l'ouverture de l'instance, le cas échéant, en l'absence de la partie défaillante.

116 Pour des études détaillées avec référence à d'autres contributions, cf. en particulier Th. COTTIER, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, CMLRev 35/1998, p. 325 ss; D. PALMETER/P. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Kluwer Law International, 1999; E.-U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1999; E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1997; E.-U. PETERSMANN, *From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration of Law: The WTO Dispute Settlement System*, JIEL 1998, p. 175 ss.

117 Th. COTTIER/B. MERKT, *La protection diplomatique des sociétés commerciales*, EJS n° 270, 1997; P. MAVROIDIS/W. ZDOUC, *Legal Means to Protect Private Parties' Interests in the WTO, The case of the EC New Trade Barriers Regulation*, JIEL (1998), p. 407 ss.

118 Th. COTTIER, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, op. cit., p. 341 s.

Elle est articulée selon la structure classique de la demande, suivie d'une réponse, réplique et duplique.

L'ORD établit les Groupes spéciaux, adopte les rapports, assure la surveillance de la mise en œuvre des décisions et recommandations, et peut autoriser la suspension de concessions et d'autres obligations prévues au titre des différends Accords de l'OMC.

Tous les rapports de Groupes spéciaux sont adoptés, sauf consensus au sein de l'ORD contre leur adoption ou si un Membre déclare son intention de faire appel dans un délai de 60 jours à compter de la date de l'ouverture de la procédure d'adoption. L'ODA est une des principales innovations apportées par le cycle d'Uruguay. Il s'agit d'une instance de recours, à laquelle les rapports des Groupes spéciaux peuvent en principe être soumis en appel. Les appels sont limités aux questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial. L'ODA se compose de sept personnes désignées pour un mandat de quatre ans renouvelable une fois.

Lorsqu'un Groupe spécial ou l'ODA conclut qu'une mesure est incompatible avec un Accord visé, ils recommandent au Membre concerné de la rendre conforme audit Accord. Outre les recommandations qu'il fait, le Groupe spécial ou l'ODA peuvent suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre ses recommandations. Un Membre ne peut pas écarter de manière définitive la décision d'un Groupe spécial. L'article 21 du Mémoire d'accord prévoit une procédure de surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions. L'obligation de mettre en œuvre les décisions en droit interne est renforcée par la menace que constitue la possibilité de prendre des sanctions à l'encontre d'un Membre défaillant. Il est prévu un délai raisonnable dans lequel la mise en conformité devra intervenir. Si aucune mesure de mise en conformité n'a été prise dans le délai raisonnable convenu, il est possible de recourir à la compensation ou à la suspension des concessions conformément l'article 22 du Mémoire d'accord. Il s'agit dans les deux cas de mesures temporaires en attendant la mise en conformité totale avec les recommandations. La compensation est volontaire. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans le délai de 20 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, il est pos-

sible de recourir à la suspension de concessions¹¹⁹. L'ampleur de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisées par l'ORD doit être équivalente en valeur à celle de l'annulation ou de la réduction des avantages. La menace de suspension de concessions permet de faire pression sur un Membre pour qu'il se conforme aux recommandations des Groupes spéciaux.

2. *L'article XXIII GATT 1994 et les pratiques commerciales restrictives*

L'article XXIII: 1 GATT 1994 a la teneur suivante:

Article XXIII

Protection des concessions et des avantages

1. Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est compromis du fait

- a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord;
- b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord;

119 Cette possibilité a été utilisée pour la première fois dans l'histoire du GATT et de l'OMC en 1999 par les Etats-Unis, dans le conflit qui les oppose à l'UE au sujet du régime d'importation des bananes (WT/DS27). En mai 1997, un Groupe spécial a établi l'incompatibilité du régime communautaire d'importation des bananes avec le droit du GATT/OMC, conclusion confirmée dans son résultat dans un rapport de l'ODA adopté en septembre 1997 par l'ORD. Un délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD a été fixé dans la période du 25.9.1997 au 1.1.1999. L'UE ne s'est pas conformée aux recommandations et décisions de l'ORD dans le délai fixé. En janvier 1999, la procédure a donc repris son cours, lorsque les Etats-Unis ont annoncé une suspension des concessions pour un montant de 520 mio. USD. Le 9.4.1999, les Etats-Unis ont demandé à l'ORD d'autoriser la suspension de concessions à l'égard de l'UE d'un montant équivalent à la réduction des avantages, montant fixé à 191,4 mio. USD. Le 19.4.1999, l'ORD a autorisé les Etats-Unis à suspendre des concessions à l'égard de produits en provenance de l'UE à concurrence de ce montant.

c) ou qu'il existe une autre situation, ladite partie contractante pourra, en vue d'arriver à un règlement satisfaisant de la question, faire des représentations ou des propositions écrites à l'autre ou aux parties contractantes qui, à son avis, seraient en cause. Toute partie contractante ainsi sollicitée examinera avec compréhension les représentations ou propositions qui lui auront été faites».

Il résulte de cette disposition qu'un Membre peut requérir des consultations, et en cas d'échec des consultations, porter l'affaire devant l'ORD de l'OMC, dans le cas où un avantage découlant directement ou indirectement de l'Accord est annulé ou compromis ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est compromis comme résultat soit:

- a) d'une violation de l'Accord (plainte en cas de violation);
- b) de l'application par un autre Membre d'une mesure, contraire ou non aux dispositions de l'Accord (plainte en cas de non-violation) ou
- c) de l'existence d'une autre situation (plainte en cas de situation).

Les obligations résultant du droit du GATT/OMC s'appliquent aux Etats et pas aux entreprises, d'où l'impossibilité de principe de soumettre les pratiques commerciales restrictives à un contrôle dans le cadre de la procédure de règlement des différends¹²⁰. Il est en revanche possible de rattacher le comportement de l'Etat à des pratiques commerciales restrictives et de cette manière de porter des cas relatifs à des pratiques commerciales restrictives dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC. C'est ce que nous voudrions maintenant illustrer à l'aide d'exemples dans les trois domaines d'application de l'article XXIII: 1 GATT 1994.

(1) La plainte en cas de violation (art. XXIII : 1a)

Environ 90% des procédures de règlement des différends engagées au titre de l'article XXIII: 1 GATT 1994 sont des plaintes en cas de violation. Dans ce cas, il est présumé que l'Etat défendeur a effectivement enfreint une obligation lui incombant. S'il ne parvient pas à renverser cette présomption et si l'annulation ou la réduction des

120 J. JACKSON, op. cit., p. 238.

avantages est établie, il lui sera demandé de respecter les dispositions du GATT 1994.

Plusieurs accords de l'OMC contiennent des dispositions de concurrence. Ainsi, par exemple, les articles 2, 3 et 4 de l'Accord OTC prévoient que l'élaboration, l'adoption et l'application de règlements techniques et de normes ne doivent pas avoir des effets restrictifs sur les échanges plus importants que nécessaire. Si un Membre encourage, par exemple au moyen de circulaires ou de recommandations administratives, l'élaboration par un organisme non gouvernemental de procédures d'évaluation de la conformité formulées de façon à traiter les produits étrangers de manière moins favorable que les produits domestiques, un tel encouragement peut constituer une violation de l'Accord¹²¹.

L'Accord sur les sauvegardes interdit l'adoption par les Membres de mesures d'autolimitation des exportations, de même que l'encouragement aux entreprises d'adopter des mesures similaires à l'exportation¹²². Par conséquent, si le gouvernement d'un Membre encourage des entreprises privées à limiter les exportations, un tel encouragement peut constituer une violation de l'Accord¹²³.

Le droit de la concurrence fait partie de la réglementation intérieure des Etats. De ce fait, il est soumis à la règle de non-discrimination de l'article III GATT 1994. On peut en déduire que l'application discriminatoire par un Etat de son droit de la concurrence pourrait faire l'objet d'une plainte en cas de violation¹²⁴.

On peut également imaginer que la non-application discriminatoire, par un Etat, de son droit de la concurrence fasse l'objet d'une plainte pour violation. MATSUSHITA donne l'exemple suivant:

121 M. MATSUSHITA, *Restrictive Business Practices and the WTO/GATT Dispute Settlement Process*, in: E.-U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer International Law, 1999, p. 359 ss., p. 367 s.

122 Cf. ci-dessus p. 82.

123 M. MATSUSHITA, *Restrictive Business Practices and the WTO/GATT Dispute Settlement Process*, op. cit., p. 367 ss.

124 P. MAVROIDIS/S. VAN SIELEN, *The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues*, JWT 1997, p. 5 ss., p. 10.

In country A, the competition law authority has stringently and consistently prohibited buying cartels including import cartels. Under the circumstances, there is reasonable expectation that the authority proceeds against such a cartel if it can catch one or if there is a complaint with sufficient evidence. In the past, many complaints were filed and the authority had acted vigorously on the basis of such complaints. Exporters of country B intended to export a product to country A but the buying cartel in country A refused to purchase the product. Exporters filed a complaint with the competition authority in country A. However, in this particular case, the authority refused to take action¹²⁵.

Dans une constellation de ce type, la simple inaction de l'Etat, à savoir la non-application de son droit de la concurrence, pourrait constituer une violation de l'article III GATT 1994.

La plainte pour violation pourrait également permettre de contester les cartels d'importation qui sont de nature à supprimer les avantages découlant d'une concession tarifaire. Au Japon, les cartels d'importation doivent faire l'objet d'une notification au Département du commerce (*Ministry of International Trade and Industry*) qui peut, dans certaines circonstances, les exempter en application de l'*Import and Export Transaction Law*¹²⁶. Or, exempter un cartel à l'importation équivaut à encourager une pratique commerciale restrictive. Une telle mesure pourrait faire l'objet d'une plainte en cas de violation du fait que l'article 11:3 de l'Accord sur les sauvegardes interdit aux Etats membres de l'OMC d'encourager ou de soutenir («*encouragement or support*») l'adoption ou le maintien de cartels d'importation¹²⁷. Ainsi, selon ROESSLER,

If the terms «encouragement and support» are interpreted broadly to cover the non-application of existing anti-cartel legislation to a specific import cartel and the enforcement of private import cartel agreements through the domestic legal system, and if it is true that import cartels can function in practice only with governmental support, then this type of restrictive business practice

125 M. MATSUSHITA, *Restrictive Business Practices and the WTO/GATT Dispute Settlement Process*, op. cit., p. 370.

126 M. MATSUSHITA, *International Trade and Competition Law*, Oxford University Press, Oxford 1993, p. 182 ss.

127 Pour d'autres exemples en rapport avec le droit japonais, cf. M. MATSUSHITA, *Restrictive Business Practices and the WTO/GATT Dispute Settlement Process*, op. cit., p. 368.

could be addressed effectively through violation complaints. Here panels and the Appellate Body have received clear normative guidance on which they could build a jurisprudence¹²⁸.

Les exemples ci-dessus montrent qu'il est possible d'imaginer un certain nombre de situations dans lesquelles des pratiques commerciales restrictives pourraient faire l'objet, aujourd'hui déjà, d'un contrôle dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC en application de la plainte en cas de violation dans la mesure où elles contreviennent à une disposition spécifique d'un Accord OMC. Il y a toutefois lieu de préciser que l'existence d'une pratique commerciale restrictive n'est pas suffisante en soi pour déclencher la procédure (comme c'est le cas en droit de la concurrence) mais qu'il convient de pouvoir en imputer la responsabilité à un Etat membre de l'OMC, soit que ce dernier l'ait autorisée ou encouragée, par son action ou son inaction.

(2) *La plainte en cas de non-violation (art. XXIII: 1b)*

La plainte en cas de non-violation de l'article XXIII: 1 b) GATT 1994 est une particularité du système de règlement des différends en droit du GATT/OMC. Elle va en effet au-delà des dispositions traditionnelles d'accords internationaux en matière de règlement des différends. Cette disposition reconnaît qu'un Etat, par une mesure, peut manquer à ses obligations, sans pour autant contrevenir à une disposition spécifique d'un accord international. Ceci reflète un des premiers objectifs du GATT 1994, celui d'instaurer un équilibre des avantages entre les parties contractantes. Les dispositions relatives à des situations de non-violation ont le plus souvent été invoquées lorsqu'une réduction tarifaire négociée et consolidée avait été annulée par l'octroi de subventions nationales sur les mêmes produits par le pays importateur¹²⁹. En quelque sorte, la plainte en cas de

128 F. ROESSLER, *Should Principles of Competition Policy Be Incorporated Into WTO Law Through Non-Violation Complaints?*, JIEL 1999, p. 413 ss.

129 Pour une analyse de la jurisprudence du GATT relative aux plaintes en cas de non-violation, cf. E.-U. PETERSMANN, *Violation-complaints and non-violation Complaints in Public International Trade Law*, German Yearbook of International Law 34/1991, p. 175 ss.

non-violation vise à protéger les attentes légitimes («*legitimate expectations*») des parties contractantes¹³⁰.

Dans un cas de non-violation, c'est à la partie requérante qu'il incombe de fournir une justification détaillée de l'annulation ou de la réduction de ses avantages. Les mesures prises visent à octroyer une compensation afin de restaurer l'équilibre des avantages.

Les dispositions relatives aux situations de non-violation font l'objet d'un large débat, dans la mesure où elles pourraient créer des obligations pour les parties sans pour autant que celles-ci n'y aient souscrit formellement. C'est pourquoi plusieurs auteurs se montrent sceptiques quant à l'utilisation de la plainte en cas de non-violation dans le domaine du droit de la concurrence afin de pallier l'absence de codification internationale du droit de la concurrence¹³¹. Selon BLACKHURST,

*The non-violation option suffers from vagueness or ambiguity of the concept of nullification and impairment. Countries would be very wary of this option because of its great potential to become a slippery slope. To put it slightly differently, if the WTO members hold attitudes which make it difficult to agree to create a new set of multilateral rules to deal with RBPs, then it seems that those same attitudes would block the creative use of existing WTO rules to deal with RBPs*¹³².

D'autres auteurs sont d'avis que la plainte en cas de non-violation est la voie la plus prometteuse de développer une jurisprudence relative au droit de la concurrence en droit du GATT/OMC. Selon HOEKMAN/MAVROIDIS, il suffit pour ce faire de considérer que le sup-

130 Cf. en particulier Th. COTTIER/K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *Non-violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future*, in: E.-U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1999, p. 143 ss.

131 F. ROESSLER, *Should Principles of Competition Policy Be Incorporated Into WTO Law Through Non-Violation Complaints?*, op. cit., p. 413 ss.

132 R. BLACKHURST, *Competition Policies: National versus Multilateral Jurisdiction*, *Aussenwirtschaft* 1994, p. 223 ss., p. 225; cf. aussi F. ROESSLER, *The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization*, in: E.-U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1999, p. 125 ss.

port d'un Etat à des pratiques commerciales restrictives ou l'application du droit national de la concurrence peut, dans certains cas, constituer une « mesure » en violation de l'engagement pris dans le GATT 1994 de ne pas fermer le marché national¹³³. Cette approche pourrait s'avérer plus efficace que de s'engager dans une entreprise d'harmonisation internationale du droit de la concurrence.

Trois conditions doivent être remplies pour satisfaire aux exigences de la plainte en cas de non-violation: (i) l'application d'une « mesure » par un Membre de l'OMC; (ii) l'existence d'un bénéfice résultant de l'Accord; (iii) la réduction ou l'annulation du bénéfice doit être la conséquence de la « mesure » (lien de causalité). Prenons l'exemple suivant: un cartel d'exportation dans un pays A restreint la quantité de biens X à exporter dans un pays B afin d'augmenter le prix des biens X dans le pays B. Imaginons que le cartel d'exportation est formellement exempté du droit de la concurrence du pays A par les autorités du pays A (selon une procédure d'exemption des cartels d'exportation, telle qu'il en existe une par exemple aux Etats-Unis¹³⁴). L'article XI GATT 1994 interdit en principe les restrictions quantitatives à l'exportation. Selon MAVROIDIS, si l'on qualifie l'exemption de mesure et si les conditions de l'article XI sont réunies, il est possible de contester une législation nationale qui exempte les cartels qui ne produisent des effets que sur les marchés d'exportation¹³⁵.

(3) L'existence d'une autre situation (article XXIII: 1c)

Les conditions nécessaires pour invoquer l'article XXIII: 1 c) GATT 1994 n'ont jamais été clarifiées dans la pratique du GATT. Aucune demande d'établissement d'un panel n'a été formulée sur la base de cette disposition. On a d'ailleurs soutenu qu'elle est tombée en

133 B. HOEKMAN/P. MAVROIDIS, *Competition, Competition Policy and the GATT*, *The World Economy* 17/1994, p. 121 ss.; cf. aussi H. HAUSER/R. SCHÖNE, *Is there a Need for International Competition Rules?*, *Aussenwirtschaft* 1994, p. 205 ss.

134 Cf. ci-dessous p. 192 ss.

135 P. MAVROIDIS, *Les pratiques commerciales restrictives et la question de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses Etats membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce*, op. cit., p. 870.

désuétude¹³⁶. Selon ROESSLER, elle est d'une utilité limitée dans le cas de pratiques commerciales restrictives du fait que, ni les Groupes spéciaux, ni l'ODA n'ont des pouvoirs d'investigation comparables à celui des autorités nationales¹³⁷. La partie plaignante supporterait donc seule la charge de la preuve de l'existence d'une pratique commerciale restrictive sur le territoire d'un autre Etat membre. Une difficulté supplémentaire serait pour l'Etat demandeur de démontrer que, à l'époque où la concession a été accordée, il aurait raisonnablement pu s'attendre à ce que l'Etat défendeur agisse pour empêcher la pratique commerciale restrictive en cause. La démonstration sera rendue difficile par le fait que non seulement le contenu des législations sur la concurrence, mais aussi leur mise en œuvre, peuvent fortement varier dans le temps.

3. *L'affaire Fuji c. Kodak*

En 1995, l'entreprise américaine Kodak a invoqué, sur la base de la section 301 de la loi américaine sur le commerce (*US Trade Act*), que différentes pratiques d'exclusion par des entreprises japonaises et le fait que le Japon les ait tolérées, ont restreint de manière importante l'accès de produits américains au marché japonais. L'entreprise Kodak a choisi de ne pas porter l'affaire devant les

136 E.-U. PETERSMANN, *Violation Complaints and Non-violation Complaints in Public International Trade Law*, op. cit., p. 175 ss.; d'un autre avis, P. MAVROIDIS, *Les pratiques commerciales restrictives et la question de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses Etats membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce*, op. cit., p. 868.

137 F. ROESSLER, *The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization*, op. cit., p. 140: selon l'art. 13 : 1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, chaque Groupe spécial peut demander à toute personne ou à tout organisme des renseignements et des avis techniques. Avant de faire une telle demande, il doit en aviser les autorités de l'Etat membre en question. Les renseignements confidentiels ne peuvent être divulgués sans l'autorisation préalable de la personne, de l'organisme ou du Membre qui les a fournis. Selon l'art. 13 : 2 du Mémoire d'accord, un Groupe spécial peut également demander des expertises.

autorités japonaises ou américaines de la concurrence, qui traitent normalement de tels cas, mais devant les autorités commerciales. La plainte de Kodak sur la base de la section 301 fut basée sur une définition nationale des pratiques commerciales de l'entreprise Fuji et de son abus de position dominante sur le marché japonais¹³⁸.

En juin 1996, les Etats-Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec le Japon, conformément à l'article 4: 4 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et à l'article XXIII: 1 GATT 1994. Dans leur demande, les Etats-Unis ont allégué que, par une série de « mesures » de distribution, le Japon a compromis ou annulé les bénéfices qui auraient dû résulter des concessions tarifaires dans le domaine du papier et du film photographique. Les consultations n'ont pas permis de résoudre le différend.

En septembre 1996, les Etats-Unis ont demandé l'établissement d'un Groupe spécial conformément aux articles 4 et 6 du Mémorandum d'accord, en invoquant que le Japon avait mis en œuvre et maintenait un certain nombre de lois, règlements, prescriptions et mesures touchant la distribution, la mise en vente et la vente sur le marché intérieur de pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs. Les Etats-Unis estimaient que ces mesures annulaient ou compromettaient leurs avantages au sens de:

- l'article XXIII: 1 a) GATT 1994, du fait que le Japon ne s'était pas conformé à ses obligations;
- au titre de l'article III GATT 1994 (traitement national) et
- au titre de l'article X GATT 1994 (publication et application des règlements)
- l'article XXIII: 1 b) GATT 1994, du fait que, par ces mesures, le Japon annulait ou compromettait les concessions tarifaires que le Japon avait accordées pour les pellicules et papiers photographiques noir et blanc ou couleur destinés aux consommateurs dans le cadre des négociations commerciales multilatérales du *Kennedy Round*, du *Tokyo Round* et de l'*Uruguay Round*.

138 E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, op. cit., p. 222. Cet auteur observe que les tribunaux américains ont qualifié le marché géographique des films couleurs de mondial; cf. *United States v. Eastman Kodak Co.*, F.3d, No. 1364 (2nd Cir., 4.8.1995).

Les allégations des Etats-Unis concernaient en particulier deux organismes publics, le Ministère du commerce extérieur et de l'industrie et la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales, des associations professionnelles et des mesures spécifiques qui peuvent être divisées en trois grandes catégories: des mesures en matière de distribution, la loi sur les grandes surfaces qui aurait empêché le développement d'un réseau de distribution pour les films et des mesures en matière de promotion.

Le Groupe spécial a remis son rapport aux parties le 30 janvier 1998. Le rapport du Groupe spécial du 31 mars 1998 intitulé «*Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*» est le premier cas de différend lié à la politique de la concurrence soumis à un Groupe spécial de l'OMC¹³⁹. Il est long de 597 pages, dont la plupart comportent des éléments factuels. Sur le plan juridique, l'aspect principal du rapport, auquel les parties ont consacré l'essentiel de leurs arguments est la plainte en cas de non-violation (art. XXIII: 1 b).

Le Groupe spécial est arrivé aux conclusions que les Etats-Unis n'ont pas démontré que:

- les «*mesures*» japonaises annulaient ou compromettaient leurs avantages, au sens de l'article XXIII: 1 b) GATT 1994;
- les «*mesures*» japonaises invoquées en matière de distribution soumettaient les pellicules et papiers photographiques importés à un traitement moins favorable que les produits similaires d'origine nationale, au sens de l'article III: 4 GATT 1994;
- le Japon n'a pas publié des décisions administratives d'application générale en violation de l'article X: 1 GATT 1994.

139 OMC, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44/R (Rapport *Fuji c. Kodak*). Le rapport du Groupe spécial a été distribué aux Membres le 31.3.1998. Il a été adopté par l'ORD le 22.4.1998. Il est publié sur le site Internet de l'OMC et dans *World Trade and Arbitration Materials*, Vo. 10 n° 4, 1998, p. 1 ss.; pour une description de ce cas, cf. M. FURSE, *Competition Law and the WTO Report: «Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper»*, ECLR 1999, p. 9 ss.

(1) L'interprétation de l'article XXIII: 1 b) GATT 1994

Les États-Unis ont soutenu que les conditions permettant de faire recours à l'article XXIII: 1 b) GATT 1994 étaient réunies: (i) des concessions tarifaires ont été négociées, le Japon ayant accordé diverses concessions sur les pellicules et papiers photographiques durant les cycles de négociations du *Kennedy Round*, *Tokyo Round* et de l'*Uruguay Round*; (ii) des mesures gouvernementales ont été instituées qui bouleversent le rapport de concurrence entre le produit consolidé et les produits directement concurrents, le Japon ayant introduit des mesures en matière de distribution et de promotion; (iii) ces mesures n'auraient pas pu être prévues au moment de l'octroi des concessions tarifaires. Pour analyser cette allégation en situation de non-violation, le Groupe spécial a étudié pour chaque mesure ces trois éléments, soit: (i) l'application d'une mesure par la Japon; (ii) l'existence d'un avantage résultant du GATT 1994; (iii) l'annulation ou la réduction de cet avantage du fait de l'application de cette mesure. Chaque élément soulève un certain nombre de questions.

(2) Une interprétation large de la notion de « mesure »

Quel degré d'intervention de l'État est-il nécessaire pour qu'une pratique puisse être qualifiée de mesure? Le terme « mesure » suggère qu'une action positive, même sous la forme d'une exemption du type de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE est nécessaire. En d'autres termes, une simple inaction ne suffit pas¹⁴⁰. Faut-il que la mesure soit contraignante?

Le Groupe spécial donne une définition large du terme mesure:

Le sens ordinaire du terme mesure, tel qu'il est employé à l'article XXIII: 1 b), englobe assurément une loi ou un règlement promulgué par un gouvernement. Cela étant, il est à notre avis plus large encore et englobe d'autres interventions gouvernementales qui restent en deçà des actes ayant une force exécutoire. En même temps, il est aussi vrai qu'une déclaration faite par un haut

140 P. MAVROIDIS, *Les pratiques restrictives du commerce: la question de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce*, op. cit., p. 869.

fonctionnaire ou une étude établie par un organisme non public à la demande du gouvernement ou avec un certain appui de sa part ne peut pas être toujours considérée comme une mesure d'un gouvernement membre¹⁴¹.

Ainsi, une simple directive administrative, sans force contraignante, mais qui crée pour des parties privées des incitations ou des désincitations à agir d'une manière particulière peut être considérée comme une mesure gouvernementale¹⁴².

Le Groupe spécial explique également pour quelles raisons il entend donner une interprétation large du terme mesure. L'article XXIII: 1 b) GATT 1994 a pour but

de protéger l'équilibre des concessions consenties au titre du GATT en offrant un moyen de réparation pour des actions gouvernementales qui ne sont pas assujetties à un autre titre aux règles du GATT mais n'en annulent ou compromettent pas moins les avantages qu'un Membre attend légitimement des négociations tarifaires. Pour que ce but soit atteint, il importe, selon nous, que les catégories d'actions gouvernementales considérées comme des mesures... ne soient pas définies trop restrictivement. Autrement, il risque d'y avoir des cas où des gouvernements se trouvent mêlés d'une manière ou d'une autre à l'annulation ou à la réduction d'avantages sans qu'il y ait la possibilité de réparation au titre de l'article XXIII: 1 b), ce qui empêchera la réalisation de son but¹⁴³.

En ce qui concerne la question de savoir si la « mesure » doit encore être en vigueur pour satisfaire la condition de l'article XXIII: 1 b) GATT 1994, le Groupe spécial a confirmé la pratique antérieure selon laquelle les Groupes spéciaux de l'OMC, comme ceux du GATT n'ont en principe pas à statuer sur des mesures qui sont venues à expiration ou qui ont été abrogées¹⁴⁴.

141 Rapport *Fuji c. Kodak*, op. cit., p. 465, n° 10.42.

142 *Idem*, p. 466, n° 10.45.

143 *Idem*, p. 467 s, n° 10.50.

144 *Idem*, p. 470, n° 10.58.

(3) L'existence d'un avantage résultant du GATT 1994

S'agissant de l'existence d'un avantage résultant du GATT 1994, le Groupe spécial a rappelé que dans toutes les affaires (à l'exception d'une seule) où la plainte en cas de non-violation a été invoquée dans la pratique du GATT, l'avantage revendiqué consistait en l'attente légitime de possibilités d'accès au marché accrues découlant de concessions tarifaires pertinentes¹⁴⁵. Il a précisé que, pour qu'une attente soit légitime,

il faut qu'elle tienne compte de toutes les mesures prises par la partie auteur de la concession qui auraient pu être raisonnablement prévues au moment de l'octroi de la concession¹⁴⁶.

En d'autres termes, pour que l'attente d'un avantage soit légitime, il faut que les mesures contestées n'aient pas pu être raisonnablement prévues au moment où la concession tarifaire a été négociée. Si une mesure a été prévue, un Membre ne saurait s'être légitimement attendu à une amélioration de l'accès au marché correspondant à la réduction de cet avantage causée par ladite mesure¹⁴⁷. Sur ce point, les Etats-Unis se sont heurtés à des difficultés insurmontables. En effet, le Groupe spécial a considéré que les attentes légitimes des Etats-Unis étaient limitées car ils auraient «*raisonnablement pu prévoir*» la plupart des mesures, puisqu'elles étaient en place au moment où les concessions tarifaires pertinentes ont été faites.

(4) Le lien de causalité entre l'application d'une mesure et la réduction d'un avantage

Enfin, la question de la causalité entre l'application d'une «*mesure*» et la réduction d'un avantage s'est révélée particulièrement complexe et nécessitant l'examen du degré de causalité à définir, la question de la pertinence de la neutralité d'une mesure, la question de la pertinence de l'intention et enfin jusqu'à quel point des mesures

145 Idem, p. 471, n° 10.61; affaire *CE-agrumes*, document du GATT L/5776, 7.2.1985 (non adopté).

146 Idem.

147 Idem, p. 477, n° 10.76.

peuvent être envisagées collectivement dans l'analyse de la causalité. Toutes ces questions montrent la complexité de l'analyse de l'article XXIII: 1 b), ce d'autant plus qu'il incombe à la partie plaignante de démontrer que toutes les conditions sont réunies. Le Groupe spécial a considéré qu'aucune des mesures citées n'avait, séparément ou collectivement, «bouleversé le rapport de concurrence» entre les produits importés et les produits d'origine nationale, car elles ne pouvaient pas avoir entraîné la formation d'une structure de marché déjà existante. En définitive, sur les huit mesures en matière de distribution, les restrictions touchant les grandes surfaces de vente et les huit mesures de promotion, les Etats-Unis n'ont, dans aucun cas, pu démontrer que l'une d'entre elle annulait ou compromettait des avantages au sens de l'article XXIII: 1 b).

(5) Les articles III: 4 et X GATT 1994

Selon l'article III: 4 GATT 1994,

Les produits du territoire de tout Membre importés sur le territoire de tout autre Membre ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur.

En ce qui concerne l'existence de lois, règlements ou d'autres prescriptions affectant la vente, la Groupe spécial a jugé que sur les huit «mesures» invoquées par les Etats-Unis, quatre n'étaient pas des mesures au sens de l'article XXIII: 1 b) et ne l'étaient pas non plus au sens de l'article III: 4 GATT 1994. Sur les quatre autres mesures, une mesure n'était plus en vigueur. En ce qui concerne les trois mesures restantes, les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence d'un traitement moins favorable accordé aux produits importés par rapport au traitement accordé aux produits similaires du Japon. Quant à l'article X: 1 GATT 1994, les Etats-Unis n'ont pas pu démontrer l'existence de décisions administratives non publiées tant dans le contexte de la loi sur les primes que dans celle sur les grandes surfaces.

4. *Potentialités réelles de la procédure de règlement des différends de l'OMC en relation avec les pratiques commerciales restrictives d'origine privée?*

Dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, et contrairement au droit de la concurrence en général, ce sont les Etats qui sont parties à la procédure et pas les entreprises, même si ce sont en définitive des intérêts privés qui sont en jeu.

La procédure de règlement des différends ne vise que l'action ou l'inaction de Membres. Contrairement aux législations sur la concurrence, le droit du GATT/OMC ne permet pas un contrôle direct des pratiques commerciales restrictives. La question pertinente est celle du degré d'intervention de l'Etat nécessaire pour qu'une pratique puisse être qualifiée de mesure. Lorsque aucune « mesure » étatique n'est impliquée, le système de règlement des différends de l'OMC trouve ses limites¹⁴⁸.

Dans l'affaire *Fuji c. Kodak*, le Groupe spécial a donné une interprétation large de la notion de mesure. Cette interprétation ouvre à notre avis la voie à un plus grand recours à la procédure de règlement des différends de l'OMC en rapport avec des pratiques commerciales restrictives.

Dans le cas d'une plainte pour violation ou d'une plainte pour non-violation, l'encouragement par l'Etat de pratiques commerciales restrictives, l'exemption de pratiques commerciales restrictives (par exemple l'exemption des cartels à l'exportation) ou même l'inaction discriminatoire de l'Etat peuvent faire l'objet d'une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Ces possibilités ont toutefois un caractère théorique. Mis à part l'affaire *Fuji c. Kodak*, le règlement des différends en droit du GATT/OMC n'a pas trouvé application à ce jour en relation avec des pratiques commerciales restrictives. Il reste à notre avis une voie limitée et insuffisante pour pallier à l'absence de règles sur la concurrence au niveau multilatéral. D'une part, les entreprises n'ont pas d'accès direct à la

148 M. MATSUSHITA, *Restrictive Business Practices and the WTO/GATT Dispute Settlement Process*, op. cit., p. 373.

procédure de règlement des différends. Par ailleurs, l'examen de pratiques commerciales restrictives nécessite la réunion d'informations commerciales sensibles et les règles actuelles du droit du GATT/OMC ne permettent pas de garantir la confidentialité des informations qui seraient transmises aux Groupes spéciaux¹⁴⁹. Enfin, les Groupes spéciaux ne disposent d'aucun moyen de contrainte pour obtenir les informations de la part d'entreprises et reposent donc sur les gouvernements participant à la procédure pour les obtenir¹⁵⁰. Pour ces raisons, d'autres voies doivent à notre avis être explorées pour développer un contrôle des pratiques commerciales restrictives à l'échelle multilatérale.

149 P. MAVROIDIS, *L'application du mécanisme de règlement des différends du GATT/OMC à des questions de concurrence*, OCDE, Paris, 1994, p. 38.

150 Idem.

Titre II

Les approches du droit international de la concurrence

Chapitre I

L'application extraterritoriale du droit national et supranational de la concurrence

A. Remarques préalables

Le problème principal du droit international de la concurrence réside dans le fait que les législations sur la concurrence ne sont pas appliquées de manière optimale dans un contexte international. Ceci a deux raisons: d'une part, le champ d'application des législations sur la concurrence ne permet pas d'appréhender des pratiques commerciales restrictives causées à l'étranger et qui produisent des effets sur le territoire national. D'autre part, les moyens procéduraux permettant de mettre en œuvre les législations sur la concurrence dans un contexte international font défaut. Ces deux limitations découlent de la territorialité de la souveraineté étatique. Même si les législations sur la concurrence avaient un contenu identique, cela ne signifierait pas que ces deux limitations pourraient être surmontées.

Le présent chapitre traite du champ d'application territorial des législations sur la concurrence. Quels principes permettent aux Etats, sous l'angle du droit international public, de fonder leur compétence juridictionnelle en droit de la concurrence¹⁵¹? Les principes de nationalité et de territorialité sont unanimement reconnus, tout comme le principe de protection (jurisdiction de l'Etat dans le cas d'actes commis à l'étranger dirigés à l'encontre du gouvernement de l'Etat

151 Cette séparation correspond à la distinction entre la compétence normative («*jurisdiction to prescribe*») et la compétence d'exécution («*enforcement jurisdiction*»). A ce sujet, cf. M. WAELBROECK/A. FRIGNANI, op. cit., p. 85; R. WHISH, op. cit., p. 374; P.J. SLOT/E. GRABANDT, *Extraterritoriality and Jurisdiction*, CMLRev 1986, p. 545 ss.

concerné) et celui d'universalité (compétence à l'égard d'actes particulièrement graves où qu'ils soient commis, comme par exemple les actes de terrorisme)¹⁵².

En droit de la concurrence, parmi les principes énumérés ci-dessus, seul celui de territorialité joue un rôle, certes limité. En réalité, la compétence juridictionnelle de l'Etat dans le domaine du droit de la concurrence se base sur un principe plus récent, et aussi plus controversé, celui des effets. Ce dernier permet, en l'absence de réglementation supranationale du droit de la concurrence, qu'une législation sur la concurrence appréhende des états de fait à l'étranger en raison des effets produits sur le marché intérieur. La doctrine parle à cet égard d'application extraterritoriale du droit de la concurrence¹⁵³.

B. Le principe de territorialité et ses dérivés

1. La territorialité stricte

Des actions peuvent être qualifiées de territoriale soit parce que la personne qui agit se situe sur le territoire de l'Etat (on parle alors de territorialité subjective), soit parce que l'objet et le but de l'action peuvent être rattachés au territoire de l'Etat (on parle alors de territorialité objective)¹⁵⁴. En droit de la concurrence, la territorialité sub-

152 Cf. en particulier, I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press 1998, p. 302 ss.

153 Cf. notamment E. FRIEDEL-SOUCHU, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, Bibliothèque de droit international et de droit communautaire, Tome 109, Paris 1994.

154 J. BASEDOW, *Weltkartellrecht, Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen*, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Nr. 63, herausgegeben vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mohr, Tübingen 1998, p. 12.

jective ne saurait suffire à elle seule comme critère de rattachement, car ce critère est beaucoup trop vaste. C'est pourquoi, les législations qui suivent le principe de territorialité retiennent comme critère de rattachement une cumulation de la territorialité subjective et de la territorialité objective. C'est le cas du Royaume-Uni qui a traditionnellement défendu le respect strict du principe de territorialité, en s'opposant à la reconnaissance de la théorie des effets¹⁵⁵.

Certains ordres juridiques justifient l'application du droit de la concurrence sur la base de notions dérivées du principe de territorialité subjective. Ils exigent comme condition d'application de leur droit de la concurrence l'existence d'une personnalité juridique sur leur territoire, qui peut être rattachée à celle de l'entreprise à l'étranger, ce qui permet, par l'intermédiaire de filiales sur le territoire national, d'appréhender les sociétés mères à l'étranger (théorie de l'unité économique). Une autre méthode est de rechercher une activité sur le territoire national. De cette manière, on ne se réfère plus aux actes qui constituent la formation d'une entente, mais on cherche à établir que l'entente a été mise en œuvre, d'une manière ou d'une autre, sur le territoire national (théorie de la mise en œuvre). Les ordres juridiques qui ont opté pour ces fictions ne sont pas nombreux¹⁵⁶. Il s'agit essentiellement de l'ordre juridique communautaire dans lequel la CJCE a évité de se prononcer sur la validité de la théorie des effets au regard du droit international public afin d'adopter une position conciliante entre la théorie des effets d'une part, reconnue par la plupart des ordres juridiques continentaux, et la territorialité stricte d'autre part, d'origine britannique.

155 I. BROWNIE, op. cit., p. 314 ss. : cet auteur reproduit l'aide-mémoire du gouvernement britannique dans l'affaire *Imperial Chemical Industries* et dans l'affaire *pâte de bois*. La position britannique est que (p. 317) : «On general principles, substantive jurisdiction in anti-trust matters should only be taken on the basis of either a) the territorial principle, or b) the nationality principle.»

156 J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, RCADI 1997, Tome 264, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London 1998, p. 9 ss., p. 82.

2. La théorie de l'unité économique

La théorie de l'unité économique a été appliquée par la CJCE dans l'affaire des colorants¹⁵⁷. Différents producteurs européens de colorants s'étaient entendus en 1967, en Suisse, sur une augmentation progressive des prix des colorants dans la Communauté. L'entreprise Imperial Chemical Industries (ICI), société anglaise, et les entreprises suisses Ciba-Geigy et Sandoz participaient à l'entente. A l'époque, le Royaume-Uni n'était pas encore Membre de la CEE. L'entreprise ICI chargeait ses filiales dans la Communauté de mettre en œuvre les augmentations de prix. La Commission européenne a prononcé une amende à l'encontre de la société mère anglaise. Cette dernière a recouru auprès de la CJCE en invoquant que le comportement de ses filiales indépendantes ne pouvait lui être imputé.

La CJCE a rejeté cet argument et jugé que le comportement de filiales dans la Communauté peut être imputé dans certains cas à la société mère établie en dehors de la Communauté¹⁵⁸. Elle a considéré que les sociétés mères étaient responsables des agissements de filiales dans la Communauté parce qu'elles avaient le pouvoir de fixer de manière déterminante la politique de vente des filiales dans le marché commun et avaient effectivement fait usage de ce pouvoir. L'«*unité économique*» existant entre les sociétés mères et leurs filiales a permis ainsi à la CJCE d'éviter de se prononcer sur la théorie des effets. L'affaire des colorants est le point de départ de plusieurs arrêts où la CJCE a appliqué la théorie de l'unité économique¹⁵⁹.

157 CJCE, arrêt *Imperial Chemical Industries (ICI) c. Commission* du 14.7.1972, aff. 48/69, Rec. 1972, p. 619 ss.; elle est aussi appliquée au Canada, cf. J.-G. CASTEL, *The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws*, RCADI 179/1983, p. 9 ss., p. 63.

158 CJCE, arrêt *ICI c. Commission* du 14.7.1972, aff. 48/69, Rec. 1972, p. 666.

159 CJCE, arrêt *Europemballage et Continental Can c. Commission* du 21.2.1973, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215 ss.; CJCE, arrêt *Istituto Chemioterapico et Commercial Solvents c. Commission* du 6.3.1974, aff. jointes 6 et 7/73, Rec. 1974, p. 223 ss.; J.-M. BISCIOFF/R. KOVAR, *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté*, JDI 1975, p. 675 ss.

3. La théorie de la mise en œuvre

La théorie de l'unité économique se heurte à des limites lorsque les restrictions à la concurrence pratiquées à l'extérieur du marché commun sont le fait d'entreprises qui n'ont pas de filiales, ni d'agence, ni de représentation pour exécuter leurs instructions dans le marché intérieur. Cette situation s'est présentée pour la première fois dans l'affaire *pâte de bois*. Des producteurs de pâte de bois canadiens, nord-américains et scandinaves avaient conclu une entente sur les prix de la pâte de bois vendue dans la Communauté. La Commission considéra qu'il s'agissait d'une entente contraire à l'article 81 (ex 85) CE et infligea des amendes aux membres de l'entente¹⁶⁰. Ces derniers firent recours auprès de la CJCE. Un des points centraux de leur argumentation était que la Commission avait violé le droit international public en appliquant la théorie des effets dans le cas particulier.

L'avocat général DARMON invita la CJCE à se prononcer en faveur de la théorie des effets, mais la CJCE s'y refusa. Elle qualifia le marché de la pâte de bois de mondial. Elle jugea que, lorsque les producteurs établis en dehors de la Communauté effectuent leurs ventes dans la Communauté à des acheteurs établis dans la Communauté, il y a concurrence dans la Communauté. Lorsque ces producteurs s'entendent sur les prix qu'ils fixent à leur clientèle établie dans la Communauté et mettent en œuvre cette entente en vendant effectivement à des prix coordonnés, ils restreignent le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun de manière contraire à l'article 81 (ex 85) CE. Puis, la CJCE jugea qu'une atteinte à l'article 81 (ex 85) CE implique deux éléments de comportement, à savoir la formation de l'entente et sa mise en œuvre. Elle ajouta que la référence au lieu de formation n'est pas déterminante car cela

aboutirait à l'évidence à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire aux dites interdictions: ce qui est déterminant est donc le lieu où l'entente est mise en œuvre¹⁶¹.

160 Décision *pâte de bois* du 19.12.1984, JO n° L 85 p. 1 ss.

161 CJCE, arrêt *pâte de bois* du 27.12.1988, aff. jointes 89/85, Rec. 1988, p. 5193 ss., att. n° 16-18.

Comme l'entente avait été mise en œuvre au moyen de ventes dans la Communauté, la CJCE jugea que la compétence juridictionnelle de la Communauté était couverte par le principe de territorialité, unanimement reconnu en droit international public¹⁶².

Cet arrêt a été critiqué, non pour son résultat, mais pour ses motifs. On a reproché à la Cour d'appliquer la théorie des effets sans toutefois l'affirmer. Une autre critique est que la théorie de la mise en œuvre ne permet pas d'appréhender les comportements par omission, comme par exemple le refus de livrer ou le boycott. Ainsi, selon LOWENFELD :

With omissions, there is no consummating act within the Community that can justify the assertion of jurisdiction relying on the principle of territoriality. A majority of authors considers, in my view rightly, that the question of anticompetitive conduct by omission is not answered by the Wood Pulp judgement¹⁶³.

Cette discussion revêt aujourd'hui un intérêt académique. Pratiquement, la Commission européenne a toujours appliqué la théorie des effets et a continué de le faire suite à l'arrêt *pâte de bois*.

C. La théorie des effets en droit antitrust américain

1. La portée du droit antitrust américain

La section 1 du *Sherman Act* fait référence au « *trade or commerce... with foreign nations* ». La section 2 détermine le champ d'application de l'interdiction des monopoles de manière identique. Cette référence est très large. Elle couvre le commerce d'importation et le commerce d'exportation ainsi que la formation d'entreprises à l'étranger qui

162 Idem, att. 18.

163 A. LOWENFELD, *Conflict, balancing of interests, and the exercise of jurisdiction to prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case*, AJIL 1995, p. 42 ss.; de l'avis opposé, cf. M. WAELEBROECK/A. FRIGNANI, op. cit., p. 89.

peuvent tomber sous le coup de ces dispositions. Durant plus d'un siècle, les tribunaux ont interprété la portée géographique du droit antitrust américain. En 1982, cette jurisprudence a été codifiée dans le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*¹⁶⁴. En ce qui concerne les exportations des Etats-Unis, seules les pratiques commerciales restrictives qui ont des effets directs, substantiels et pratiquement prévisibles aux Etats-Unis, que ce soit sur le commerce d'importation ou sur le commerce intérieur ou que ce soit sur le commerce d'exportation à l'égard d'un concurrent américain, tombent dans le champ d'application du *Sherman Act*¹⁶⁵.

2. La jurisprudence des tribunaux

(1) Les débuts et Alcoa

La théorie des effets est une création des tribunaux américains¹⁶⁶. La portée du droit antitrust américain a d'abord été interprétée de

164 B. HAWK, *United States, Common Market and International Antitrust*, I, Second édition, Clifton, 1987, p. 174 ss.

165 Selon le § 6 a :

«Sections 1 to 7 of the Sherman Act shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless –

(i) such conduct has a direct, substantial and reasonably foreseeable effect –

(A) on trade and commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(ii) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1) (B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.»

166 Au sujet de la jurisprudence des tribunaux, W. DODGE, *Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism*, HILJ 39/1998, p. 101 ss.; J.P. GRIFFIN/M.R. CALABRESE, *Coping with Extraterritoriality Disputes*, World Competition 33/1998, p. 75 ss.; M.-A. RENOLD, op. cit., p. 91 ss.; J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés*, op. cit., p. 137 ss.

manière restrictive au début du siècle dans l'affaire *American Banana Co. v. United Fruit. Co.*¹⁶⁷. Ce cas est peut-être même celui dans lequel le principe de territorialité est exprimé avec le plus de vigueur:

the general and almost universal rule... that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done...¹⁶⁸.

La jurisprudence *American Banana* n'a pas résisté longtemps. Le point de départ de la théorie des effets est le fameux arrêt *Alcoa*¹⁶⁹. Le monopole de la société américaine Alcoa était la question centrale de cette affaire. Alcoa avait fondé une filiale au Canada, qui s'était détachée de la société mère. Cette société canadienne avait participé en Suisse avec des producteurs anglais, français, allemands et suisses, à des négociations d'ententes visant à limiter mondialement, donc également aux Etats-Unis, la production et la vente d'aluminium. Mis à part un bureau de la filiale canadienne à New York, il n'y avait pas de points de contacts avec les Etats-Unis. La Cour d'appel du deuxième circuit jugea que:

...it is settled law ...that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends...¹⁷⁰.

En 1962, la Cour suprême des Etats-Unis a enlevé toute valeur à l'arrêt *American Banana* en écrivant noir sur blanc que

reliance upon *American Banana* is misplaced. A conspiracy to monopolize or restrain the domestic or foreign commerce of the United States is not outside the reach of the Sherman Act just because part of the conduct occurs in foreign countries¹⁷¹.

167 Arrêt *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 1909.

168 Idem, 213 U.S. 356.

169 Arrêt *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2nd 416 2nd Cir. (1945).

170 Idem, 148 F. 2nd 443.

171 Arrêt *Continental Ore Co. v. Union Carbide Corp.*, 370 U.S. 690, 704, 1962.

(2) La balance des intérêts: *Timberlane* et *Mannington Mills*

A partir des années 80, les tribunaux américains ont introduit une balance des intérêts reposant sur l'idée que le champ d'application territorial du droit de la concurrence doit être fixé dans chaque cas d'espèce en tenant compte des différents rattachements de l'affaire et des intérêts des Etats concernés. C'est l'arrêt *Timberlane* qui consacra le principe de la pondération des intérêts¹⁷². La Cour proposa une liste d'éléments à prendre en considération:

The elements to be weighed include the degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and the locations or principal places of business of corporations, the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, the foreseeability of such effect, and the relative importance to the violations charged of conduct within the United States as compared with conduct abroad¹⁷³.

Dans l'arrêt *Mannington Mills*, la jurisprudence élargit encore la liste des éléments qui doivent être pris en compte et fit place à des considérations d'ordre diplomatique et de politique étrangère¹⁷⁴. La doctrine de la balance des intérêts en présence a également reçu un soutien dans le *Restatement Third of the Foreign Relations of the United States* de 1986, élaboré par l'*American Law Institute*¹⁷⁵. Mais elle n'a pas fait l'unanimité de la doctrine en raison de son caractère imprécis et du risque que les tribunaux favorisent systématiquement les intérêts nationaux¹⁷⁶.

172 Arrêt *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, N.T. & S.A.*, 549 F. 2nd 597 9th Cir. (1977).

173 *Idem*, 549 F. 2nd 614.

174 Arrêt *Mannington Mills v. Congoleum Corp.*, 595 F. 2nd 1287 (3rd Cir. 1979).

175 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement Third of the Foreign Relations of the United States*, St. Paul, Minn. 1987, section 403; J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés*, op. cit., p. 145 ss.

176 Cf. en particulier H. MAJER, *Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction*, AJCL 31/1983, p. 579; P.M. ROTH, *Reasonable Extraterritoriality: Correcting the Balance of Interests*, ICLQ 41/1992, p. 245 ss.

Le principe de la balance des intérêts a été rejeté notamment dans la fameuse affaire *Laker Airways*¹⁷⁷. L'administration de la faillite de Laker Airways portait plainte contre des compagnies concurrentes et des constructeurs d'avions en demandant 10,5 milliards de dollars de dommages-intérêts, en alléguant que ces entreprises avaient convenu de pratiquer des prix en dessous de leur prix de revient afin d'éliminer Laker et de pouvoir ensuite augmenter les prix. Ce conflit fut à la base de nombreuses procédures aux Etats-Unis et en Angleterre. La Cour d'appel d'un district fédéral jugea que le conflit relevait de la compétence des tribunaux américains, bien qu'une procédure soit également ouverte devant les tribunaux anglais. La cour se jugea mal placée pour procéder à une balance des intérêts:

The court... cannot choose between two competing, mutually inconsistent legislative policies. We are in no position to adjudicate the relative importance of antitrust-regulation or non-regulation to the United States and the United Kingdom¹⁷⁸.

Cette décision fut motivée par le fait que les tribunaux ne sont pas aussi bien placés que la branche exécutive pour apprécier des intérêts de droit international public et par le fait que le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire doit être respecté.

Il résulte de cet aperçu que la jurisprudence des tribunaux américains n'a pas été uniforme en rapport avec la balance des intérêts. Certaines cours ont procédé à une balance des intérêts alors que d'autres ont estimé qu'il n'était pas de leur ressort de mettre en balance les intérêts d'Etats étrangers. La question est aujourd'hui résolue par l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis de 1993 dans l'affaire *Hartford Fire Insurance Company*.

177 Arrêt *Laker Airways Ltd. v. Sabena Belgian World Airways*, 731 F. 2nd 909 (DC Cir. 1984).

178 *Idem* 731 F. 2nd 948, 949.

(3) *Hartford Fire Insurance Company et le retour à Alcoa*

En 1993, la Cour Suprême des Etats-Unis a confirmé que il est

... well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States¹⁷⁹.

En l'espèce, il était reproché à des entreprises de réassurance établies à Londres d'avoir convenu de limiter la réassurance accordée à des compagnies d'assurance établies aux Etats-Unis. En première instance, un tribunal de district jugea, après avoir mis en balance les huit facteurs préconisés dans l'arrêt *Timberlane*, qu'il n'était pas compétent en raison du risque de conflit avec le droit anglais, du fait que les pratiques en cause étaient conformes au droit anglais¹⁸⁰. Sur recours, la Cour d'appel arriva à la conclusion inverse, après avoir évalué les mêmes critères de l'arrêt *Timberlane*, ce qui illustre le caractère imprévisible de la balance des intérêts.

L'affaire fut portée devant la Cour suprême des Etats-Unis¹⁸¹. Une petite majorité de la Cour suprême, composée de 5 juges, représentés par le juge Souter, considéra que le principe de la balance des intérêts ne devait pas être appliqué en l'espèce. Elle jugea que «the only substantial question in this case is whether there is in fact a true conflict between domestic and foreign law»¹⁸². Elle dé-

179 Arrêt *Hartford Fire Insurance Company v. California*, 113 S. Ct. 2891 (1993); au sujet de cet arrêt, cf. en particulier A. LOWENFELD, *Conflict, balancing of interests, and the exercise of jurisdiction to prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case*, op. cit., p. 42 ss.; P. TRIMBLE, *The Supreme Court and International Law: The Demise of Restatement Section 403*, AJIL 1995, p. 53 ss.; L. KRAMER, *Extraterritorial Application of American Law After The Insurance Antitrust Case: A Reply to Professors Lowenfeld and Trimble*, AJIL 1995, p. 750 ss.; M. DEMETRIOU/A. ROBERTSON, *US Extraterritorial Jurisdiction in Antitrust Matters*, ECLR 8/1995, p. 461 ss.; A. ROBERTSON/M. DEMETRIOU, «*But that was in another country...*»: *The extraterritorial application of US antitrust laws in the US Supreme Court*, ICLQ 43/1994, p. 417 ss.; P.M. ROTH, *Jurisdiction, British Public Policy and the United States Supreme Court*, LQR 110/1994, p. 194 ss.

180 Arrêt *Insurance Antitrust Litigation*, 723 F. Supp. 464 (ND Cal. 1989).

181 Arrêt *Insurance Antitrust Litigation*, 938 F. 2nd 919 (9th Cir. 1991).

182 Arrêt *Hartford Fire Insurance Company v. California*, 113 S. Ct. 2891 (1993), p. 2909, p. 2910.

finit la notion de vrai conflit comme celle dans laquelle le même comportement prescrit par un Etat est interdit par un autre Etat, de telle sorte qu'il n'est pas possible pour un particulier de se conformer aux deux ordres juridiques. Une minorité de la Cour suprême composée de 4 juges, représentés par le juge Scalia, était d'avis que la notion de conflit proposée était beaucoup trop large et qu'il convenait d'appliquer la balance des intérêts en l'espèce, selon les principes du *Restatement*, ce qui avait pour conséquence la non-application du *Sherman Act*.

L'arrêt *Hartford* signifie un retour à *Alcoa*. L'application extraterritoriale du droit antitrust américain reçoit l'aval de la Cour suprême des Etats-Unis. Depuis lors, un nouveau pas a été franchi en 1997, par une Cour d'appel à Boston, qui a appliqué les dispositions pénales du *Sherman Act* de manière extraterritoriale dans le cadre d'une entente sur les prix mise en œuvre l'étranger et destinée à produire des effets aux Etats-Unis¹⁸³.

3. La pratique administrative

(1) *Les Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*

La pratique des autorités antitrust américaines est résumée dans les *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* de 1988, qui ont été révisées au lendemain de l'arrêt *Hartford* en 1995¹⁸⁴.

183 Arrêt *U.S. v. Nippon Paper Industries Co. Ltd.*, 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997): ce jugement a renversé le jugement de l'autorité de première instance qui avait jugé que les dispositions du *Sherman Act* ne peuvent pas être appliquées de manière extraterritoriale dans le cadre d'une action pénale. Au sujet de cette affaire, cf. R. REYNOLDS/J. SICIUAN/P.S. WELLMANN, *The Extraterritorial Application of the U.S. Antitrust Laws to Criminal Conspiracies*, ECLR 3/1998, p. 151 ss; J.P. GRIFFIN, *Foreign Governmental Reactions to U.S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction*, ECLR 2/1998, p. 64 ss., p. 68 ss.

184 DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION OF THE UNITED STATES, *Guidelines for International Operations (Antitrust Guidelines for International Operations)*, Antitrust and Trade Regulation Reports, Special Supplement, (April 6, 1995), Washington D.C. Ces lignes directrices remplacent une version antérieure de 1988. Elles sont publiées sur le site Internet: www.usdoj.gov.

Elles esquissent les principes qui guident l'application du droit antitrust américain en rapport avec les différents types de restrictions à la concurrence. Elles confirment que le droit antitrust américain s'applique aux restrictions à l'étranger qui ont un effet actuel, intentionnel et substantiel sur le commerce d'importation aux USA (*Hartford Fire*), mais également à celles qui ont un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible sur le commerce domestique, le commerce d'importation ou sur le commerce d'exportation d'exportateurs américains. Le *Foreign Trade Antitrust Enforcement Act* (FTAIA) de 1982 interprète le *Sherman Act* de façon à contrôler les pratiques commerciales restrictives à l'étranger qui limitent les exportations depuis les Etats-Unis.

De 1988 à 1992, aucune procédure n'a été ouverte dans ce dernier type de cas. En effet, les *Antitrust Guidelines for International Operations* de 1988 déclaraient, dans une note 159 que:

the Department is concerned only with adverse effect on competition that would harm U.S. consumers by reducing outputs or raising prices.

Cette note annonçait que les autorités antitrust n'appliqueraient pas le droit antitrust américain de manière extraterritoriale aux pratiques limitant les exportations depuis les Etats-Unis, à moins d'un effet négatif pour les consommateurs aux Etats-Unis. En 1992, dans le contexte de la *Structural Impediment Initiative* avec le Japon, la note 159 a été retirée avec la précision que le droit antitrust américain s'applique au commerce intérieur et extérieur. Depuis lors, les autorités antitrust américaines s'estiment compétentes pour engager des poursuites à l'encontre de cartels d'importation à l'étranger qui limitent les exportations des Etats-Unis, si ces cartels sont illégaux selon la législation de l'Etat d'importation et que ce dernier n'intervient pas¹⁸⁵.

185 E. FOX, *Towards World Antitrust and Market Access*, AJIL 91/1997, p. 1 ss., p. 10 ss.; E. FOX, *Competition Law and The Millennium Round*, JIEL 1999, p. 665 ss.; E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON, *Conclusions and Recommendations*, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 547 ss., p. 573.

Selon les *International Guidelines* de 1995,

Two categories of export cases fall within the FTAA's jurisdictional test: First, the Agencies may, in appropriate cases, take enforcement action against anti-competitive conduct, wherever occurring, that restrains U.S. exports, if (1) the conduct has a direct substantial and reasonably foreseeable effect on exports of goods or services from the United States, and (2) the U.S. courts can obtain jurisdiction over persons or corporations engaged in such conduct... Second, the Agencies may in appropriate circumstances take enforcement action against conduct by U.S. exporters that has a direct, substantial and directly foreseeable effect on trade or commerce with the United States, or on import trade or commerce¹⁸⁶.

Les *International Guidelines* donnent deux exemples illustratifs de l'application du droit antitrust américain dans le cas de pratiques commerciales restrictives à l'étranger qui limitent, voire empêchent les exportations depuis les Etats-Unis¹⁸⁷.

(2) *La balance des intérêts*

Les *International Guidelines* retiennent la balance des intérêts. Elles précisent que:

186 DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION OF THE UNITED STATES, *Anti-trust Guidelines for International Operations*, op. cit., p. 16 ss.

187 Selon l'exemple D, idem: «Companies E and F are the only producers of product Q in country Epsilon, one of the biggest markets for sales of Q in the world. E and F together account for 99 percent of the sales of product Q in Epsilon. In order to prevent a competing U.S. producer from entering the market in Epsilon, E and F agree that neither of them will purchase or distribute the U.S. products, and that they will take all feasible measures to keep the U.S. company out of their market».

Selon l'exemple E, idem, p. 17: «Companies P, Q, R, and S are organized under the laws of country Alpha, all manufacture and distribute construction equipment. Much of the equipment is protected by patents in the various countries where it is sold, including Alpha. The companies all belong to a private trade association, which develops industry standards that are often (although not always) adopted by Alpha's regulatory authorities. Feeling threatened by competition from the United States, the companies agree at a trade association meeting (1) to refuse to adopt any U.S. company technology as an industry standard, and (2) to boycott the distribution of U.S. construction equipment. The U.S. companies have taken all necessary steps to protect their intellectual property under the law of Alpha».

...in determining whether to assert jurisdiction or investigate or bring an action, or to seek particular remedies in a given case, each Agency takes into account whether significant interests of any foreign sovereign would be affected¹⁸⁸.

La prise en compte d'intérêts étrangers n'est justifiée que si le droit antitrust américain et le droit étranger sont véritablement en conflit. Avant de constater l'existence d'un véritable conflit, les autorités de la concurrence prennent en considération si un Etat encourage un certain comportement, s'il laisse la liberté aux parties de choisir parmi plusieurs stratégies ou s'il interdit certains comportements. Elles indiquent que l'appréciation d'intérêts étrangers relève de la compétence du pouvoir exécutif, et non des tribunaux. Ainsi, lorsque la division antitrust porte plainte, les tribunaux ne devraient pas rejeter cette plainte en vertu de considérations de courtoisie internationale.

D. La théorie des effets en droit européen de la concurrence

1. *Le champ d'application géographique du droit européen de la concurrence*

Les articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE ne déterminent pas leur champ d'application géographique. En revanche, le règlement sur le contrôle des concentrations suit pratiquement la théorie des effets¹⁸⁹. Il s'applique lorsque certaines valeurs seuils sont atteintes à l'intérieur du marché commun en ce qui concerne les chiffres

188 DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION OF THE UNITED STATES, *Anti-trust Guidelines for International Operations*, op. cit., § 3.2.

189 U. IMMENGA, *Zur extraterritorialen Anwendung der europäischen Fusionskontrolle*, in: *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift ZÄCH, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p. 347 ss.

d'affaires des entreprises participantes au niveau mondial, à l'intérieur du marché commun et à l'intérieur d'un seul Etat membre¹⁹⁰. En 1997, les valeurs seuils déterminantes ont été abaissées, ce qui a élargi le champ d'application du règlement n° 4064/89¹⁹¹.

Même si elles réunissent des entreprises d'Etats tiers n'ayant pas de siège dans la Communauté, les concentrations d'entreprises doivent être notifiées à la Commission, lorsque les valeurs seuils susmentionnées sont atteintes. Dans la pratique, il n'est pas rare qu'une opération de concentration à laquelle ne participent que des entreprises d'Etat tiers par exemple de Suisse¹⁹², d'Asie¹⁹³, des USA¹⁹⁴ ou d'Afrique¹⁹⁵ doive être notifiée à la Commission en raison de ses effets dans la Communauté. En 1997, la Commission a

190 Art. 1 al. 2 du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21.12.1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO n° L 385, du 31.12.1989 (ci-après règlement n° 4064/89).

191 Règlement (CE) n° 1310/97 du 30.6.1997 modifiant le règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO n° L 180, du 9.11.1997, p. 1. Ces conditions sont les suivantes (art. 1 al. 3): «Aux fins de l'application du présent règlement, une opération de concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque: a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'écus; b) dans chacun d'au moins trois Etats membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'écus; c) dans chacun d'au moins trois Etats membres inclus aux fins du point b), le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'écus et d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'écus, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre».

192 Cf. par exemple *Schweitzer Rück/Elvita*, *Crédit suisse/Banque populaire suisse*, *Ciba-Geigy/Sandoz* («Novartis») ou encore *UBS/SBS*.

193 Cf. par exemple *Kyowa/Sattama Banks*, *Matsushita/MCA* ou *Mitsubishi Bank/Bank of Tokyo*.

194 Cf. par exemple *Delta Air Lines/Pan Am*, *Bank America/Security Pacific* ou *Boeing/McDonnell Douglas*.

195 Cf. par exemple *Gencor/Lonbro*.

prononcé pour la première fois une amende à l'encontre d'une entreprise d'un Etat tiers pour violation de l'obligation de notification préalable d'une concentration¹⁹⁶.

Les règlements d'application relatifs aux transports maritimes et aériens délimitent chacun leur champ d'application géographique. Le règlement n° 4056/86 sur les transports maritimes ne porte que sur les transports de lignes maritimes et seulement sur les transports au départ ou à destination des ports de la Communauté¹⁹⁷. Le règlement sur les services de transports aériens est encore plus étroit: il ne vise que le trafic entre les aéroports de la Communauté et n'est donc pas applicable aux liaisons aériennes avec les Etats tiers, ni aux liaisons entre les Etats tiers¹⁹⁸.

2. La pratique administrative

Depuis ses premières décisions¹⁹⁹, et depuis 1988 de manière subsidiaire, la Commission applique la théorie des effets²⁰⁰. Le critère

196 C. BAUDENBACHER, *Von Farbstoff zu Boeing – Extraterritoriale Anwendung des Europakartellrechts*, Internationales Kartellrechtforum, St-Gall 1998, p. 16; l'entreprise sud-coréenne Samsung n'avait pas notifié à la Commission l'acquisition de l'entreprise américaine AST Research Inc. et déjà réalisé cette opération. Une amende de 22'000 ECU a été prononcée.

197 Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22.12.1986 déterminant les modalités d'application des art. 85 et 86 du Traité aux transports maritimes, JO n° L 378 du 31.12.1986, p. 4. (art. 1 al. 2).

198 Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14.12.1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports maritimes, JO n° L 374, p. 1. (art. 1 al. 2).

199 Décisions *Grosfillex/Filtstorf* du 11.3.1964, JO du 4.4.1964, p. 915 ss., *Continental Can* du 9.11.1971, JO n° L 1972 du 8.1.1972, p. 7 ss., *Zofa/Commercial Solvents Corporation* du 14.12.1972, JO n° L 1972 du 31.12.1972, p. 299 ss., *Hugin-Liptons* du 8.12.1977, JO n° L 1978 du 27.1.1978, p. 22 ss., *parchemin végétal* du 23.12.1977, JO n° L 70 du 13.3.1978, p. 54, *Zinc Producer Group* du 6.8.1984, JO n° L 1984 du 17.8.1984, p. 220 ss., *Importations d'aluminium d'Europe de l'Est* du 19.12.1984, JO n° L 1985 du 30.3.1985, p. 92 ss., *pâte de bois* du 19.12.1984, JO n° L 85, p. 1 ss., et *polypropylène* du 23.4.1986.

200 J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés* op. cit., p. 96 ss.; C. BAUDENBACHER, *Von Farbstoff zu Boeing – Extraterritoriale Anwen-*

décisif est de savoir si l'accord, la décision ou la pratique en cause a pour objet ou pour effet, de restreindre la concurrence dans le marché commun. Fréquemment, des entreprises établies en Suisse font l'expérience de l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence²⁰¹. Dans plusieurs décisions, la Commission retient comme critère l'existence d'un effet « notable » sur la concurrence dans le marché commun²⁰².

La Commission a appliqué dans sa décision *pâte de bois* les critères suivants:

les effets des accords et pratiques sur les prix annoncés et/ou facturés aux clients, et sur les reventes de pâte dans la Communauté, ont été non seulement substantiels, mais encore intentionnels, et ont été la conséquence première et directe des accords et pratiques²⁰³.

Inversement, la Commission écarte l'application du droit européen de la concurrence lorsque des accords ou pratiques ne produisent des effets que dans des pays tiers²⁰⁴. Elle a par exemple considéré que l'article 81 (ex 85) paragraphe 1 CE est inapplicable dans le cas où une entreprise japonaise avait acquis d'une entreprise française une licence exclusive de fabrication et de vente pour le Japon, car l'octroi de la licence exclusive n'avait aucun effet sur les conditions

ding des Europakartellrechts, op. cit.; Th. CORTIER, *Die Extraterritorialität des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union*, in: H.-J. MEYER-MARSILIUS/W.R. SCHLUEP/W. STAUFFACHER (Hrsg.), *Beziehungen Schweiz-EG-Abkommen, Gesetze, Richtlinien, Kommentare*, Zürich 1991; E. FRIEDEL-SOUCU, op. cit., p. 112 ss.

201 Pour un aperçu des décisions de la Commission à l'encontre d'entreprises suisses, cf. J. BOURGEOIS/H. JOHANNES, *Blitz und Donner aus Brüssel, Die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechtes auf Schweizer Unternehmen – Kleine Boshafthetten, erzählt von ehemaligen Eurokraten*, in: *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift ZÄCH, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p. 227 ss.

202 Cf. par exemple décision *Grosfillex/Fittistorf* du 11.3.1964, JO du 4.4.1964, p. 915 ss., p. 916; décision *Transocean II* du 21.12.1973, JO n° L 19, 18 ss., p. 19; décision *pâte de bois* du 19.12.1984, JO n° L 85, p. 1 ss., p. 14 s.

203 Décision *pâte de bois* du 19.12.1984, JO n° L 85, p. 15.

204 Décisions *DECA* du 22.10.1964, JO du 31.10.1964, p. 2761, *AEG/Elotherm* du 6.11.1968, JO n° L 1968 du 14.11.1968, p. 276 ss., *Raymond/Nagoya* du 9.6.1972, JO n° L 143/1972, p. 39 ss.

de la concurrence à l'intérieur du marché commun²⁰⁵. La Commission n'a pas non plus appliqué l'article 81 (ex 85) paragraphe 1 CE à un accord de non-exportation vers des pays tiers qui avait été conclu entre deux entreprises communautaires, et qui ne produisait pas d'effet dans la Communauté²⁰⁶.

3. La jurisprudence de la CJCE et du TPI

La CJCE a régulièrement confirmé les décisions de la Commission relatives au champ d'application territorial du droit européen de la concurrence. Dans l'arrêt *Béguelin* qui concernait un contrat de distribution exclusive entre un fournisseur japonais et un commerçant belge, la CJCE a jugé que:

Le fait, par l'une des entreprises participant à un accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de l'article 85 du Traité CEE, dès lors que l'accord produit ses effets sur le territoire du Marché commun²⁰⁷.

Mais, ni dans ce cas, ni dans aucun autre cas, la CJCE ne s'est fondée uniquement sur la théorie des effets pour justifier l'application du droit européen de la concurrence. Elle a toujours cherché à justifier sa compétence juridictionnelle sur la base de la territorialité subjective.

Quant au TPI, il a appliqué pour la première fois, dans un jugement du 25 mars 1999, la théorie des effets dans le contrôle européen des concentrations²⁰⁸. Le TPI se prononçait sur un recours à l'encontre de la décision de la Commission interdisant la concentration entre *Gencor* et *Lonbro*, deux entreprises sud-africaines, en raison des effets de la concentration dans le marché commun. En ce

205 Décision *Raymond/Nagoya* du 9.6.1972, JO n° L 143/1972, p. 39 ss., p. 41.

206 Décision *Babelmetall/Luchatre* du 18.7.1975, JO n° L 222/1975, p. 34 ss., p. 37.

207 CJCE, arrêt *Béguelin Import Co. c. SA G.L. Import Export* du 25.11.1971, aff. 22/71, Rec. 1971, p. 949 ss., p. 959 s.

208 TPI, arrêt *Gencor c. Commission* du 25.3.1999, aff. T-102/96; pour un commentaire, cf. L. Ibor, *Le Tribunal et le contrôle des concentrations: A propos des arrêts Gencor et Generali de Mars 1999*, in: Europe, n° 5 mai 1999, p. 4 ss.

qui concerne la compatibilité de la décision de la Commission avec le droit international public, le TPI a jugé que:

Application of the Regulation is justified under public international law when it is foreseeable that a proposed concentration will have an immediate and substantial effect in the Community²⁰⁹.

C'est la première fois que le TPI applique la théorie des effets directs, substantiels et raisonnablement prévisibles.

En ce qui concerne la condition d'effet direct, le TPI a jugé que

It is true that the concentration would not necessarily lead to abuses immediately, since that depends on decisions which the parties to the duopoly may or may not take in the future. However, the concentration would have had the direct and immediate effect of creating the conditions in which abuses were not only possible but economically rational, given that the concentration would have significantly impeded effective competition in the market by giving rise to a lasting alteration to the structure of the markets concerned²¹⁰.

S'agissant de la condition d'effet substantiel et prévisible, ces conditions sont également satisfaites selon le TPI en raison de l'effet dans la Communauté d'un duopole durable sur le marché mondial du platine et du rhodium²¹¹.

Le recourant a soutenu que, en vertu du principe de non-ingérence, la Commission aurait dû s'abstenir d'interdire la concentration du fait qu'elle avait été approuvée au préalable sans conditions par l'autorité de la concurrence sud-africaine. Le TPI a rejeté cet argument, sans toutefois se prononcer sur l'existence d'un tel principe en droit international. Son argumentation sur ce point comporte trois branches: d'une part, il n'y a pas eu de conflit entre le gouvernement sud-africain et la Communauté du fait que l'autorité sud-africaine de la concurrence a autorisé la concentration mais n'a pas requis que celle-ci soit réalisée²¹². D'autre part, il n'y a pas eu

209 *Idem*, att. 90.

210 *Idem*, att. 94.

211 *Idem*, att. 96-100.

212 *Idem*, att. 103.

de conflit, du fait que le gouvernement sud-africain n'a jamais contesté dans le cadre de la procédure la compétence juridictionnelle de la Commission²¹³. Enfin, il n'y a pas eu de conflit du fait que ni le recourant, ni le gouvernement sud-africain n'ont montré en quoi la concentration pouvait affecter les intérêts économiques et/ou commerciaux vitaux de l'Afrique du Sud.

Ce jugement constitue un pas important dans la direction d'une reconnaissance formelle de la théorie des effets en droit européen de la concurrence. Sa portée pour le droit européen de la concurrence devra encore être précisée. Il n'y a à notre avis pas de raison qu'une approche différente soit adoptée dans le contexte des articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE²¹⁴. Plus délicate est la question du devoir de courtoisie internationale. On peut en effet se demander si le TPI serait arrivé à la même conclusion dans le cas de l'interdiction par la Commission européenne de la concentration de deux entreprises américaines ayant reçu au préalable le feu vert des autorités américaines.

E. La théorie des effets en droit suisse de la concurrence

1. Avant la LCart 1995

La théorie des «effets directs sur le jeu de la concurrence à l'intérieur du territoire suisse» a été consacrée par le TF dans une affaire où étaient invoquées les dispositions civiles de la LCart 1962²¹⁵. Elle a ensuite été reprise en des termes similaires dans l'article 137 de la

213 Idem, att. 104.

214 T. BERGAU, *EuG anerkennt Auswirkungsprinzip in der Fusionskontrolle*, European Law Reporter, Avril 1999.

215 Arrêt *Hachette*, ATF 93 II 192, 196.

loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)²¹⁶.

2. La LCart 1995

La LCart 1995 a écarté tout doute quant à son champ d'application géographique²¹⁷. Selon l'article 2 alinéa 2 LCart 1995, la loi est applicable «aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger»²¹⁸.

L'avant-projet du 23 novembre 1994 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence prévoyait qu'une concentration n'est pas soumise au régime de l'autorisation lorsque

216 RS 291; l'art. 137 LDIP a la teneur suivante: «1. Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel l'entrave produit directement ses effets sur le lésé. 2. Si des prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit étranger, on ne peut, en Suisse, accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour une entrave à la concurrence en vertu du droit suisse». Au sujet de la théorie des effets en Suisse, en particulier sous l'angle du droit international privé, cf. R. BÄR, *Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht*, in: R. VON BÜREN/Th. COTTIER (Hrsg.), *Die neue Wettbewerbsordnung der Schweiz im internationalen Umfeld*, Stämpfli, Bern 1997, p. 87 ss; R. BÄR, *Kartellrecht und internationales Privatrecht*, Habilitationsschrift, Bern 1965; M.-A. RENOLD, op. cit.; A. RIGOZZI, *L'art. 85 CE devant le juge civil suisse*, Schweizer Schriften zur europäischen Integration, Bd. 2, Bern/Zürich 1996.

217 Sous l'empire de la LCart 1985, la CCart avait pris position en faveur de la théorie des effets: «Für die Anwendung des Kartellgesetzes ist hinreichend, dass Auswirkungen in der Schweiz vorliegen. Praktische Schwierigkeiten können sich aus dem Prinzip der Inlandsauswirkung ergeben, wenn die beteiligten Unternehmen keinen Sitz in der Schweiz haben. Im vorliegenden Fall haben die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen je eine Tochtergesellschaft in der Schweiz. Die Kartellkommission hat nach ständiger Praxis ihre Auskunftsbegehren an diese beiden Tochtergesellschaften gerichtet. Probleme könnten sich ergeben, wenn die Kartellkommission im Ausland tätig werden müsste», Publ. CCSPr 1991 I a, p. 77 ss., p. 80.

218 Le droit allemand de la concurrence reconnaît également expressément la théorie des effets (§ 98 al. 2, 1^{ère} phrase GWB).

toutes les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et ne sont pas affiliées à une entreprise ayant son siège en Suisse, ni ne disposent d'un établissement en Suisse. Cet article a été supprimé par la Commission de l'économie et des redevances (CER) du Conseil national et les chambres fédérales ont repris cette proposition²¹⁹. Ainsi, une opération de concentration à laquelle participent des entreprises étrangères qui ne sont pas présentes en Suisse, doit être notifiée lorsque, avant le dernier exercice précédant la concentration: a) les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et b) au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs²²⁰. Cette constellation s'est présentée à quelques occasions depuis l'entrée en vigueur de la LCart 1995²²¹.

Dans le cas de l'entreprise commune *Merial*, la Commission de la concurrence a, pour la première fois, en 1998, condamné deux entreprises étrangères, non présentes en Suisse, au paiement d'une amende en raison de la violation de l'interdiction de réalisation préalable de la concentration²²². Le seul lien de rattachement de l'opération avec le marché suisse était constitué par des ventes effectuées en Suisse. Les sociétés *Rhône-Poulenc* en France et *Merck* aux Etats-Unis, ont été astreintes au paiement d'un montant de 60'000 francs chacune²²³.

219 CER, procès-verbal du 20.2.1995, p. 88 s.

220 Art. 9 al. 1 LCart 1995; B. SCHMIDHAUSER, in: HOMBURGER/B. SCHMIDHAUSER/HOFFET/P. DUGREY, *Kommentar zum schweizerischem Kartellgesetz*, Zürich 1996, ad art. 2, ch. 37 ss.

221 Cf. par exemple *Merial*, prise de position de la Commission de la concurrence du 18.8.1997, DPC 1997/3, p. 35; *Thyssen/Krupp*, prise de position de la Commission de la concurrence du 8.7.1998, DPC 1998/3, p. 415.

222 Décision *Merial* du 16.2.1998, DPC 1998/1, p. 98 ss.

223 La décision fait l'objet d'un recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence.

F. La théorie des effets et le droit international public

La Cour internationale de justice ne s'est jamais prononcée expressément au sujet de la théorie des effets. Son jugement dans l'affaire *Lotus* suggère que les Etats sont libres d'étendre leur compétence juridictionnelle, à moins que cela ne soit interdit par une norme de droit international public²²⁴. Or le droit international public ne contient pas de règles détaillées qui définissent la sphère de compétence juridictionnelle des Etats. Cette situation est décrite dans un dictum du Juge FITZMAURICE dans l'affaire *Barcelona Traction*:

It is true that, under present conditions, international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction in such matters (and there are of course others – for instance in the fields of shipping, “anti-trust” legislation, etc.), but leaves to States a wide discretion in the matter. It does, however,

- a) postulate the existence of limits – though in any given case it may be for the tribunal to indicate what these are for the purposes of that case; and
- b) involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint as to the extent of the jurisdiction assumed by its courts in cases having a foreign element, and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State²²⁵.

Le dictum précité est toujours d'actualité aujourd'hui²²⁶. Il en découle que le droit international public présuppose l'existence de limites à l'exercice de la compétence juridictionnelle des Etats. En droit de la concurrence, ces limites se manifestent tout d'abord par le fait que n'importe quels effets ne sont pas suffisants. Ces effets doivent être qualifiés. Par ailleurs, un Etat doit faire preuve de modération dans l'exercice de sa compétence juridictionnelle lorsque cet exercice peut entrer en conflit avec un autre Etat.

224 CPJI, affaire *SS Lotus*, 1927, Série A, n° 10, p. 19.

225 CIJ, affaire *Barcelona Traction*, 1970, Rep. 3, p. 105.

226 INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Committee on Extraterritorial Jurisdiction, *Final Report*, Helsinki Conference 1996, p. 2 s.

1. La qualification des effets

Le critère des effets est problématique puisqu'une même pratique restrictive de concurrence peut produire des effets dans différents Etats. A partir de quel moment peut-on admettre que les effets sont suffisants pour justifier la compétence juridictionnelle de l'Etat? La limitation de la qualification des effets aux effets directs, substantiels et raisonnablement prévisibles est largement répandue. Elle est supportée par des considérations de droit international public opposées à une expansion de la compétence juridictionnelle des Etats²²⁷.

(1) L'effet direct

De simples effets indirects ne sont pas suffisants. Des effets secondaires ou des répercussions lointaines, qui, dans le cas d'ententes horizontales, peuvent couvrir le monde entier, rendraient impossible un rattachement aux effets, qui serait imprévisible pour les entreprises et impraticable pour les autorités administratives et les tribunaux. Comme le relève BÄR,

Wollte man den Marktbegriff auf Weiterwirkungen ausrufen, befände sich der Markt der bloss mittelbaren Auswirkung überall... Die Zuordnung der Wettbewerbsbeschränkung zu einer nationalen Kartellordnung... würde unpraktikabel, weil sich die Widerrechtlichkeiten unendlich kumulierten. Art. 2 Abs. 2 KG ist also ebenfalls im Sinne der Unmittelbarkeit zu verstehen²²⁸.

On a également soutenu que le caractère direct ou indirect de l'effet n'est pas déterminant, mais que seule compte l'intensité de la restriction²²⁹.

227 J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés*, op. cit., p. 44.

228 R. BÄR, *Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht*, op. cit., p. 92.

229 J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés*, op. cit., p. 44.

(2) L'effet substantiel

Le critère de l'effet substantiel est plus difficile à cerner. Qu'est-ce qu'un effet substantiel? Sur ce point, il est utile de se référer à l'étude de RENOLD qui distingue entre quatre interprétations possibles²³⁰. La première est de considérer qu'est substantiel tout effet qui est de nature à porter atteinte à la concurrence. Selon cette interprétation, l'autorité suisse de la concurrence devrait se demander si l'effet est tel qu'il affecte la concurrence « *de manière notable* » conformément à l'article 5 alinéa 1 LCart 1995. Cette interprétation ne saurait être adoptée, car cette question se pose à un stade ultérieur de l'analyse, mais pas au moment de la décision d'exercer la compétence juridictionnelle. Une deuxième interprétation est de ne prendre en compte l'effet que s'il constitue un élément constitutif de l'atteinte. Cette interprétation ne saurait pas non plus être la bonne, pour deux raisons. D'une part, à ce stade on ne sait pas encore si le droit de fond est applicable. D'autre part, le droit de la concurrence serait inapplicable à des restrictions à la concurrence présumées illicites indépendamment de leurs effets. On peut penser ici aux ententes présumées illicites *per se* ou au caractère préventif de l'interdiction des ententes en droit européen de la concurrence²³¹. Une troisième interprétation est celle de l'effet prépondérant. Lorsque des effets se produisent sur plusieurs marchés, il ne se justifierait pas d'appliquer le droit national de la concurrence, si l'effet n'est pas prépondérant. D'abord, comment mesurer la prépondérance de l'effet? Ensuite, pourquoi ne pas appliquer le droit de la concurrence lorsque l'effet est important, mais pas prépondérant?

L'interprétation qui s'impose est que l'effet doit être important. L'effet est important s'il est suffisamment substantiel pour pouvoir constituer a priori une violation possible du droit de la concurrence²³². Une autorité administrative de la concurrence n'a pas de

230 M.-A. RENOLD, op. cit., p. 120 ss.

231 L'art. 81 (ex 85) CE interdit « *les accords... qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet, de restreindre...* ».

232 M.-A. RENOLD, op. cit., p. 122.

raison d'intervenir si l'effet est direct mais pas suffisamment important. Dans la décision *pâte de bois*, la Commission européenne a considéré que les

...livraisons affectées par les accords et pratiques représentaient quelques deux tiers des fournitures totales de pâte à bois... à destination de la Communauté et quelque 60% de la consommation dans la Communauté.

Elle en a déduit que l'effet était suffisamment important pour justifier l'application du droit européen de la concurrence.

(3) *L'effet raisonnablement prévisible*

L'exigence de prévisibilité de l'effet doit être comprise en rapport avec celle d'effet direct. Les pratiques commerciales restrictives sont des activités volontaires. A condition que l'effet de ces pratiques soit direct, il est difficile de concevoir que leur auteur n'ait pas pu raisonnablement prévoir le lieu où il se produit. Le critère de l'effet direct incorpore donc l'élément de prévisibilité²³³. Ce critère sert à préciser qu'il n'est pas nécessaire d'établir que l'auteur a voulu que l'effet se réalise. Il suffit qu'il ait pu raisonnablement le prévoir.

2. *La courtoisie internationale et la balance des intérêts*

La question de savoir si le principe de courtoisie internationale est un principe de droit international public est controversée²³⁴. Le Committee on Extraterritorial Jurisdiction de l'INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION note à ce propos que:

The role of comity and interest balancing remains controversial...

- Positivists will give little credit to rules of law as elusive as comity and interest balancing; matters are viewed differently by those who are prepared to consider law as a social phenomenon developing in an open-ended process.

233 Idem, p. 119.

234 C. BAUDENBACHER, *Von Farbstoff zu Boeing – Extraterritoriale Anwendung des Europakartellrechts*, op. cit., p. 13.

- National courts, in contrast to diplomats, are not ideally suited to undertake a weighing of the political and other interests of foreign States against those of their own State²³⁵.

Du point de vue de la systématique du droit, il est secondaire de savoir s'il faut considérer le principe de courtoisie comme faisant partie du droit interne ou comme une partie du droit international. La portée donnée à ce principe peut varier d'un ordre juridique à l'autre. En Allemagne, où les tribunaux appliquent directement le droit international en lui donnant la priorité sur le droit national contraire, on considère facilement le devoir de courtoisie comme un principe de droit international²³⁶. En 1980, le *Kammergericht* de Berlin a annulé une décision du *Bundeskartellamt* qui interdisait la fusion entre Bayer France SA et Firestone France SA, au motif qu'elle violait le devoir de non-ingérence en droit international public, du fait que la fusion se déroulait en France, entre deux entreprises françaises, et qu'elle avait été autorisée par les autorités françaises de la concurrence²³⁷. En 1983, le *Kammergericht* a annulé une décision du *Bundeskartellamt* interdisant la fusion entre Philip Morris et Rothmans Tobacco. Le *Bundeskartellamt* avait interdit la fusion des deux sociétés étrangères, car elle aurait eu pour conséquence un renforcement de la position dominante des filiales allemandes de ces deux sociétés²³⁸. Le *Kammergericht* a annulé l'interdiction de fusion des sociétés étrangères et n'a admis l'interdiction de fusion que pour les filiales allemandes, car, en prononçant une interdiction de fusion des sociétés étrangères, le *Bundeskartellamt* était allé au-delà de ce qui était nécessaire et avait contrevenu de ce fait au principe de non-ingérence²³⁹.

235 INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Committee on Extraterritorial Jurisdiction, *Final Report*, Helsinki Conference 1996, p. 4.

236 J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés*, op. cit., p. 160.

237 *Kammergericht*, arrêt *Bayer/Firestone* du 26.11.1980, WuW 1981, p. 453.

238 *Bundeskartellamt*, décision *Philip Morris/Rothmans Tobacco* du 24.2.1982.

239 *Kammergericht*, arrêt *Philip Morris/Rothmans Tobacco* du 1.7.1983, WuW 1984, p. 233.

Le devoir de non-ingérence interdit qu'un Etat procède à des actes de puissance publique sur territoire étranger. Selon REHBINDER,

Das Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten umfasst nur qualifizierte Formen der Einwirkung durch Ausübung von Druck oder Beeinflussung der Willensbildung des fremden Staates. Den durch das Auswirkungsprinzip entstehenden Jurisdiktionskonflikten fehlt das Element der Einflussnahme: die bloße Wirkung auf die ordnungs- und wirtschaftspolitischen Entscheidungen des Veranlasserstaates stellt noch keine Einflussnahme dar²⁴⁰.

Mis à part la jurisprudence allemande évoquée ci-dessus, l'importance donnée à la courtoisie internationale est faible. Ni la Cour suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Hartford*, ni la CJCE dans l'arrêt *pâte de bois* ne se sont prononcées au sujet de l'existence d'un principe de courtoisie internationale en droit international public. Les deux juridictions ont interprété la notion de conflit de manière étroite. Dans l'arrêt *pâte de bois*, la CJCE a jugé qu'il n'y avait pas de contradiction entre le droit européen et le *Webb-Pomerene Act* qui exempte les cartels à l'exportation du champ d'application du droit antitrust américain, du fait que le droit antitrust américain n'oblige pas (mais autorise) ce type d'ententes. Comme nous avons vu²⁴¹, le TPI a adopté une approche similaire dans l'arrêt *Gencor Lonbro*. La Cour suprême des Etats-Unis a également interprété le principe de courtoisie internationale de manière restrictive dans l'affaire *Hartford Fire Insurance Company*, en définissant la notion de vrai conflit comme celle dans laquelle un même comportement interdit par un Etat est requis par un autre Etat. En raison de cette interprétation, la portée réelle du devoir de courtoisie internationale se rétrécit considérablement, car de vrais conflits sont rares.

Le principe de territorialité équivaut à la portée réelle de la force étatique. La théorie des effets est une réponse du droit à la globalisation de l'économie. Dans son étude sur la souveraineté territoriale et la globalisation des marchés, BASEDOW relève que la

240 M. REHBINDER, *Einleitung*, in: U. IMMENGA/E. MESTMÄCKER (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, Beck, Munich 1997, p. 75, n° 66.

241 Cf. ci-dessus p. 123 ss.

balance des intérêts est une ultime tentative de modération et d'équilibre et que le principe des effets

constitue une véritable réponse du droit aux tendances des entreprises multinationales de se répartir les marchés mondiaux. Il est ainsi un moyen pour contrôler le pouvoir. Dans la mesure où il contribue à ce que les marchés restent ouverts, le principe de l'effet incident favorise la paix et l'intégration économique dans le monde²⁴².

242 J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés*, op. cit., p. 163.

Chapitre II

L'application du droit étranger de la concurrence

A. La méthode du droit international privé

Le droit international privé cherche à déterminer la loi qui est la plus proche au cas particulier. En droit international privé, l'ordre juridique étranger a en principe la même valeur que l'ordre juridique du for. La méthode de la recherche de la loi applicable peut tout naturellement conduire à l'application d'un droit étranger de la concurrence²⁴³.

Même si ces principes ne sont pas controversés, leur application dans le domaine du droit de la concurrence est d'une importance limitée. BASEDOW observe que :

Es lassen sich kaum Gerichtsentscheide darüber nachweisen, und es gibt bislang nur ein einziges Gesetz, das die Anwendung ausländischen Kartellrechts ausdrücklich vorschreibt²⁴⁴.

La loi à laquelle il est fait référence est la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), dont l'article 137 prévoit, en matière délictuelle, la bilatéralisation de la règle de conflit basée sur la théorie des effets. Selon le chiffre 1 de cette disposition :

Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel l'entrave produit directement ses effets sur le lésé.

Ainsi, un juge suisse ou un arbitre international siégeant en Suisse peut appliquer un droit étranger de la concurrence, par exemple le droit européen de la concurrence ou le droit antitrust américain.

243 Cf. de manière générale, R. BAR, *Kartellrecht und Internationales Privatrecht*, op. cit.

244 J. BASEDOW, *Wettkartellrecht*, op. cit., p. 39 s.

Une explication du fait que l'article 137 LDIP est rarement invoqué peut être trouvée dans le fait que la garantie du domicile du défendeur prévue à l'article 59 cst, ne s'applique pas, en vertu de l'article 5 alinéa 3 de la convention de Lugano en rapport avec le protocole n° 1, en matière délictuelle²⁴⁵. La possibilité de l'application en Suisse par le juge suisse d'un droit étranger de la concurrence sur la base de l'article 137 LDIP a par conséquent une importance pratique limitée. En effet, en vertu de la convention de Lugano, une partie à l'étranger qui est lésée par un acte illicite du droit de la concurrence n'a plus de raison de craindre que le jugement rendu dans un pays européen ne soit pas reconnu et exécuté en Suisse. En plus, une action à l'étranger permettra souvent une compensation optimale.

B. La méthode du droit administratif international

Les restrictions à la concurrence qui produisent des effets sur un marché dans un Etat B et dont l'origine est dans un Etat A, échappent souvent à tout contrôle. L'autorité de la concurrence de l'Etat B a certes la compétence d'appliquer son droit de la concurrence, en raison des effets sur son territoire, mais ne dispose généralement pas des moyens procéduraux nécessaires pour résoudre le cas. Quant à l'autorité de la concurrence de l'Etat A, elle n'a pas de compétence juridictionnelle en raison de l'absence d'effets sur son territoire.

On peut se poser la question de savoir si, pour résoudre un tel cas, il ne faudrait pas adopter une approche similaire à celle du

245 M.-A. RENOLD, *op. cit.*, p. 194 ss; P. DUCREY, *Die Kartellrechte der Schweiz und der EWG im grenzüberschreitenden Verkehr*, Fribourg 1991; A. RIGOZZI, *op. cit.*; R. ZÄCH, *Swiss International Arbitration – Civil Claims Arising from Restraints of Competition Affecting Markets Outside Switzerland*, in: H. ULLRICH (ed.), *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Anti-trust Law*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998, p. 267 ss.

droit international privé, consistant à appliquer le droit étranger de la concurrence. Selon une telle approche, l'autorité de la concurrence de l'Etat A pourrait appliquer le droit de la concurrence de l'Etat B, où les effets se font sentir. Comme l'autorité de la concurrence de l'Etat A est la plus proche du comportement à contrôler, elle aurait moins de difficulté à réunir les informations nécessaires sur son territoire et il n'y aurait pas non plus de difficulté au stade de la reconnaissance et de l'exécution forcée. Elle serait en quelque sorte prédestinée à se saisir du cas. Cette solution permettrait de résoudre la lacune qui résulte de la non-application du droit de la concurrence aux restrictions à la concurrence dont les effets ne se produisent qu'à l'étranger²⁴⁶.

Une telle solution n'est prévue dans aucun système juridique et se heurte à la structure même du droit administratif. En effet, aucune législation sur la concurrence et aucune autorité de la concurrence n'ont la compétence de veiller au respect de la concurrence sur le territoire d'un autre Etat. L'application d'un droit étranger de la concurrence est tout simplement exclue du fait que la compétence d'une autorité de la concurrence ne va pas au-delà du domaine d'application géographique du droit matériel. On peut toutefois se demander si le droit administratif international ne devrait pas un jour, en raison de l'interdépendance économique accrue, évoluer sur la base de principes similaires à ceux qui se sont développés en droit international privé, et ne pas exclure d'emblée l'application du droit économique étranger. En droit européen, les autorités nationales de la concurrence peuvent appliquer non seulement le droit national de la concurrence, mais aussi le droit européen de la concurrence. Même si le droit européen de la concurrence n'est pas un droit «étranger», mais fait partie de l'ordre juridique des Etats membres, il s'agit néanmoins d'un exemple de l'amorce d'une approche conflictualiste en droit administratif international de la concurrence²⁴⁷.

246 J. BASEDOW, *Weltkartellrecht*, op. cit., p. 38.

247 Cf. ci-dessous p. 254 ss.

Chapitre III

Le droit supranational de la concurrence

A. L'objectif d'intégration du droit européen de la concurrence

Le droit européen de la concurrence est un modèle unique de droit supranational. Tout d'abord, et le lecteur excusera cette répétition, la principale caractéristique du droit européen de la concurrence est la complémentarité entre les dispositions au sujet de la libre circulation des biens (art. 30–36), des personnes (art. 48–58), des services (art 58–66) et des capitaux (art. 67–73 H) et les articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE. L'objectif de réalisation du marché commun a façonné non seulement les structures institutionnelles et les rapports entre les autorités communautaires et les Etats membres, mais aussi le développement et l'application des règles matérielles²⁴⁸. Ainsi, la CJCE a jugé, en rapport avec l'article 81 (ex 85) CE que cette disposition

should be read in the context of the provisions of the Preamble of the Treaty which clarify it and reference should particularly be made to those relating to the elimination of barriers and to fair competition both of which are necessary for bringing about a single market²⁴⁹.

Comme le relève WESSLING, «In the EEC the significance of antitrust policy has always been relative to its role in integration»²⁵⁰. A certaines occasions, des arguments d'intégration économique l'ont

248 D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford 1998, p. 335 ss., en particulier p. 347 ss.

249 CJCE, arrêt *Italie c. Conseil et Commission* du 13.7.1966, affaire 32/65, CJCE 1966, p. 389, p. 405.

250 R. WESSLING, *Substidarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda*, *ELRev* 2/1997, p. 35 ss., p. 38.

emporté sur des considérations d'efficacité économique. La politique de la Communauté à l'égard des restrictions verticales fournit des exemples de cas où des raisons d'intégration économique l'ont emporté sur des objectifs de distribution effective dans le marché commun. L'arrêt *Consten Grundig* est un exemple classique²⁵¹. La CJCE a jugé dans ce cas que

... for the purpose of applying Article 85(1), there is no need to take account of the concrete effects of an agreement once it appears that it has as its object the prevention, restriction or distortion of competition. Therefore the absence in the contested decision of analysis of the effects of the agreement on competition between similar products of different markets does not, of itself constitute a defect in the decision²⁵².

B. Le rôle centralisateur de la Commission européenne

Les pouvoirs de la Commission européenne sont importants. Ils n'ont pas été consacrés par le Traité CEE, mais par le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE²⁵³. L'article 9 alinéa 3 du règlement n° 17/62 énonce que, lorsque la Commission engage une procédure en application du droit européen de la concurrence, les autorités des Etats membres doivent cesser leurs propres mesures d'instruction en vertu de ce droit en rapport avec la procédure en question. Cette disposition a enlevé aux Etats membres la motivation d'engager des procédures en vertu du droit européen de la concurrence dans la mesure où ils auraient dû les interrompre en cas d'action subséquente de la Commission. Cette règle a été justi-

251 CJCE, arrêt *Consten c. Grundig* du 13.7.1966, aff. 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 429 ss.

252 Idem.

253 D. GERBER, op. cit., p. 349.

fiée par la crainte que les Etats membres interprètent le droit européen de la concurrence de manières différentes en fonction de leurs législations nationales, ce qui aurait porté préjudice à l'objectif d'intégration du droit européen de la concurrence.

L'article 9 alinéa 1 du règlement n° 17/62 confère à la Commission, sous réserve du contrôle de la CJCE, la compétence exclusive d'appliquer l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE. Cette disposition a réduit l'intérêt pour les particuliers de porter une affaire devant les juridictions nationales, dans la mesure où celles-ci n'auraient pas pu traiter les cas portés à leur connaissance dans leur intégralité. L'effet combiné de l'article 9 alinéas 1 et 3 du règlement n° 17/62 a fortement réduit la portée de l'application du droit européen de la concurrence au niveau national.

D'autres dispositions du règlement n° 17/62 renforcent les pouvoirs de la Commission, en particulier:

- l'article 4 a consacré la règle de la notification obligatoire à la Commission des accords, décisions et pratiques concertées en vue d'une exemption en vertu de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE;
- les articles 14, 15 et 16 du règlement n° 17/62 ont conféré à la Commission des pouvoirs d'instruction et de sanction importants sur toute l'étendue du marché commun;
- l'article 10 a établi qu'un comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, composé de représentant des Etats membres, doit être consulté avant toute décision en application des articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE. La France aurait voulu à l'origine que la DG IV ne doive pas seulement consulter le comité consultatif, mais obtenir l'approbation préalable d'une majorité de ses membres avant de pouvoir prendre une décision²⁵⁴.

En 1965, le Conseil a renforcé l'autonomie de la Commission en lui déléguant le pouvoir de légiférer sans son approbation. En effet, le système de notification obligatoire en vue de l'octroi d'exemptions individuelles a très vite produit une surcharge de travail pour la DG IV. Pour y remédier, le règlement n° 19/65 du

254 D. GOYDER, *EEC Competition Law*, Clarendon, Oxford 1988, p. 41.

Conseil du 2 mars 1965 a confié à la Commission la compétence d'adopter elle-même des règlements d'exemption par catégorie sur la base de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE, pouvoir dont elle a régulièrement fait usage depuis lors.

Plus récemment, d'autres actes législatifs ont renforcé les pouvoirs de la Commission, en particulier le règlement n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises, qui lui a confié la compétence exclusive de traiter des concentrations d'entreprises de dimension communautaire.

Dans ce système centralisateur, la coopération entre la Commission et les Etats membres est verticale. Les autorités de la concurrence des Etats membres se voient en principe transmettre les pièces essentielles de chaque dossier, y compris certaines informations confidentielles recueillies par la Commission auprès des entreprises. Elles peuvent, à la demande de la Commission, assister cette dernière lors de vérifications effectuées dans les locaux des entreprises ou procéder elles-mêmes à des vérifications demandées par la Commission. Les Etats membres peuvent faire valoir leur avis sur les avant-projets de décisions dans le cadre des comités consultatifs en matière d'ententes et de positions dominantes et du comité consultatif en matière de contrôle des concentrations. Ainsi, quelques-uns des principaux aspects de la coopération internationale en matière de concurrence comme la transmission d'informations confidentielles, la possibilité pour une autorité de la concurrence de faire entendre son point de vue à une autre autorité de la concurrence chargée du traitement d'une affaire affectant les intérêts de la première autorité sont expérimentés dans l'UE.

Dans l'arrêt *Banca Privada*, la CJCE devait juger, dans le cadre d'une question préjudicielle, si l'autorité de la concurrence d'un Etat membre est en droit d'utiliser comme moyen de preuve, dans le cadre d'une procédure nationale de sanctions, les informations qui lui ont été transmises par la Commission. La CJCE a jugé que les informations non publiées contenues dans les réponses aux demandes de renseignements adressées aux entreprises en application de l'article 11 du règlement n° 17, ainsi que celles obtenues

suite aux vérifications effectuées en vertu de l'article 14 dudit règlement, ne peuvent pas être utilisées par une autorité nationale de la concurrence comme moyen de preuve à l'encontre d'une entreprise, tant dans le cadre d'une procédure nationale que dans une procédure en vertu du droit européen de la concurrence. Cependant, ces informations constituent des indices qui peuvent être, le cas échéant, pris en compte pour justifier l'ouverture d'une procédure nationale²⁵⁵. Cette règle s'applique aux procédures devant les autorités judiciaires nationales²⁵⁶.

L'étendue du devoir d'information de la Commission à l'égard des Etats membres a été précisée par la CJCE dans l'arrêt *SEP c. Commission*. Dans ce cas, la CJCE a jugé que, bien que la Commission est tenue de transmettre aux autorités compétentes des Etats membres des copies des pièces que, parmi celles qui lui ont été adressées, elle estime être les plus importantes, cette obligation peut être limitée par le principe général du droit des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires. Tel peut être le cas dans une situation où une entreprise invoque devant la Commission le caractère confidentiel, vis-à-vis des autorités nationales compétentes, d'un certain document²⁵⁷. Il appartient à la Commission d'apprécier si un document déterminé contient ou non des secrets d'affaires. Après avoir mis l'entreprise concernée en mesure de faire valoir son point de vue à ce sujet, la Commission est tenue de rendre une décision dûment motivée. En raison du caractère grave qui pourrait résulter de la communication irrégulière de documents, la Commission, si elle souhaite transmettre un document aux autorités nationales, malgré l'allégation selon laquelle ce document aurait un caractère

255 CJCE, arrêt *Dirección General de Defensa de la Competencia y Asociación Española de Banca Privada (AEB)* du 16.7.1992, aff. C-67/91, Rec. 1992 I, p. 4820 ss.

256 C.O. LENZ, *Die Anwendung des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaft durch die Gerichte der Mitgliedstaaten aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Gerichts Erster Instanz (EuG)*, in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998 (IV), p. 26 ss., p. 34.

257 CJCE, arrêt *Samenwerkende Elektriciteits-produktiebedrijven NV (SEP) c. Commission des Communautés européennes* du 19.5.1994, aff. C-36/92 P, Rec. 1994 I, p. 1932 ss.

confidentiel, doit, avant d'exécuter sa décision, donner à l'entreprise la possibilité de saisir la CJCE pour faire contrôler les appréciations portées par la Commission.

C. La théorie de l'application cumulative

La théorie de l'application cumulative souligne les objectifs différents poursuivis par le droit communautaire et les droits nationaux de la concurrence. Le Traité n'a pas limité la compétence des législateurs nationaux pour réglementer le droit de la concurrence. Dans l'arrêt *Walt Wilhelm*, la CJCE a affirmé qu'une même entente peut faire l'objet de procédures parallèles, l'une devant les autorités communautaires en application de l'article 81 (ex 85) CE et l'autre devant les autorités nationales en application du droit national de la concurrence. La possibilité d'un cumul des sanctions n'est pas de nature à faire obstacle à des procédures parallèles. En revanche, l'exigence générale d'équité implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction²⁵⁸. La CJCE apporte néanmoins une réserve importante à la théorie de l'application cumulative. Il ne faut pas que l'application parallèle du droit national porte préjudice à l'application uniforme, dans tout le marché commun, des règles communautaires.

Dans l'arrêt *Guerlain*, la CJCE a confirmé la jurisprudence *Walt Wilhelm*, et précisé que le fait que la Commission a classé une affaire en déclarant qu'il n'y avait pas lieu d'intervenir sur la base de l'article 81 (ex 85) paragraphe 1 CE à l'égard d'une entente, n'empêche pas les autorités nationales d'appliquer les dispositions

258 CJCE, arrêt *Walt Wilhelm* du 13.2.1969, aff. 14/68, Rec. 1969, p. 1 ss., att. 3 et 11.

du droit national, éventuellement plus strictes, à l'égard de cette entente²⁵⁹.

La situation qui résulte des arrêts *Walt Wilhelm* et *Guerlain* peut être résumée comme suit:

- Les autorités nationales ne peuvent, en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, déclarer licite un comportement prohibé par le Traité CE; en revanche, la Commission peut interdire un comportement autorisé en vertu du droit national.
- Les autorités nationales peuvent interdire et sanctionner un comportement: (i) qui n'est pas visé par le Traité CE ou (ii) qui a donné lieu à une attestation négative de la part de la Commission ou à une décision de classement.
- Si le comportement visé par le droit interne résulte d'un accord exempté en vertu de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE, les autorités nationales ne peuvent pas le réprimer en vertu du droit national.

La théorie de l'application cumulative n'a pas donné lieu à des difficultés pratiques. Le conflit potentiel entre le droit communautaire et le droit national est d'ailleurs appelé à s'atténuer à mesure que les Etats membres adaptent leurs législations sur la concurrence sur le modèle du droit européen.

D. L'interprétation de la notion d'affectation du commerce entre Etats membres

Les articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE s'appliquent lorsqu'un accord, respectivement une pratique abusive sont «susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres». La notion d'affectation du commerce entre Etats membres remplit une fonction juridiction-

259 CJCE, arrêt *Guerlain* du 10.7.1980, aff. 253/78 et 1-3/79, Rec. 1980, p. 2327 ss.

nelle. Elle sert à distinguer la sphère d'application du droit national de la concurrence, de celle du droit européen de la concurrence²⁶⁰. Un accord qui n'affecte pas le commerce entre Etats membres n'est d'aucun intérêt pour la Communauté, mais peut très bien retenir l'attention des autorités nationales. Malgré son apparente simplicité, la notion d'affectation du commerce entre Etats membres a donné lieu à une abondante jurisprudence. Cette notion s'est prêtée à une interprétation extensive de la part de la Commission et de la CJCE à une époque où la Communauté poursuivait un objectif de centralisation de la politique européenne de la concurrence²⁶¹.

Ce n'est certainement plus le cas aujourd'hui. Comme le relèvent GREEN/ROBERTSON,

It is sometimes said that the Commission and Courts readily assume an effect upon trade. Whether or not it was true in the past, it is certainly not true now. The Commission, partly to avoid being swamped by over-work, is careful to examine the inter-state effects of an agreement before assuming jurisdiction²⁶².

E. L'importance limitée de l'entraide administrative internationale

En droit européen, l'entraide administrative internationale a une importance limitée, car :

- la Commission a des compétences exclusives importantes, en particulier celle d'appliquer l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE;
- l'interprétation de la notion d'affectation du commerce entre Etats membres peut contribuer à étendre la portée du droit européen de la concurrence;

260 N. GREEN/A. ROBERTSON, *op. cit.*, p. 306.

261 R. WHISH, *op. cit.*, p. 215, observe que le principe de subsidiarité peut entraîner une approche plus restrictive; M. WAELBROECK/A. FRIGNANI, *op. cit.*, p. 200 ss.

262 N. GREEN/A. ROBERTSON, *op. cit.*, p. 306, n° 6.38.

- la Commission dispose de pouvoirs d'instruction et de sanctions sur toute l'étendue du marché commun;
- les décisions de la Commission sont directement applicables pour leurs destinataires au niveau national.

Les autorités nationales de la concurrence peuvent avoir une connaissance plus approfondie et plus précise que la Commission des marchés à contrôler, en particulier de ceux présentant d'importantes spécificités nationales ou locales et être mieux à même que la Commission de détecter des ententes ou des abus de position dominante déployant des effets sur leur territoire. C'est pourquoi, le modèle supranational et centralisateur de mise en œuvre du droit européen de la concurrence est remis en question depuis les années 1990 par la nécessité d'une application décentralisée du droit européen de la concurrence et d'une coopération accrue entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence²⁶³.

263 COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission relative à la coopération entre la Commission et les autorités de la concurrence des Etats membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 du Traité*, JO n° C 313 du 15.7.1997, p. 3 ss., ch. 12.

Chapitre IV

L'harmonisation internationale du droit de la concurrence, en particulier en droit du GATT/OMC

A. Les premières tentatives en dehors du GATT

Les premières initiatives d'harmonisation internationale du droit de la concurrence ont eu lieu après la Première guerre mondiale. En 1927, dans le cadre de la Société des Nations, deux rapports recommandèrent de procéder à une harmonisation du droit national des ententes dans le cadre d'une convention internationale et l'instauration d'un contrôle international des ententes²⁶⁴. Ces tentatives ont été stoppées par la crise économique mondiale. Suite à l'échec de la réglementation du droit de la concurrence dans la Charte de la Havane, ce fut au tour du Conseil économique et social des Nations-Unies de se lancer dans une tentative d'harmonisation du droit de la concurrence. Ce dernier prépara un projet fortement inspiré par le projet de la Charte de la Havane, qui fut abandonné en cours de travaux en raison des conceptions différentes des Etats participants au sujet de la politique de la concurrence. En 1951, le Conseil de l'Europe élaborera un projet de convention européenne pour le contrôle des ententes internationales, lui aussi fortement influencé par le projet de la Charte de la Havane. Une procédure prévoyait la notification des ententes à une autorité internationale des ententes, qui aurait eu la compétence d'en déclarer le caractère nuisible. Mais ce projet fut également abandonné en faveur des

264 J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés*, op. cit., p. 166 ss.

travaux dans le cadre du GATT. Ce fut donc dans les années 50 qu'on s'aperçut des difficultés de parvenir à une harmonisation internationale du droit de la concurrence à une échelle mondiale. C'est à ce moment que les travaux prirent d'autres directions et se concentrèrent au niveau régional.

A partir des années 70, les initiatives d'harmonisation internationale du droit de la concurrence ont pris la forme de codes de conduites non contraignants. On peut mentionner en particulier une déclaration de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Economique (OCDE) de 1976 et de 1984 sur les investissements internationaux et les entreprises multinationales, à laquelle sont joints en annexe des principes directeurs sur les pratiques commerciales restrictives.

B. Le Code des Nations-Unies sur les pratiques commerciales restrictives (1980)

Le 5 décembre 1980, l'Assemblée générale des Nations-Unies a adopté, à l'unanimité, sous forme d'une résolution, un code de conduite sur les pratiques commerciales restrictives²⁶⁵. Ce texte, comme son nom l'indique, est sans force obligatoire. Il énonce plusieurs principes que les entreprises devraient respecter dans le cadre de leurs relations commerciales. Il définit également les mesures que devraient prendre les Etats sur le plan interne ou international²⁶⁶.

265 CNUCED, *Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives*, Résolution n° 35/63 adoptée par l'Assemblée Générale des Nations-Unies à sa trente-cinquième session le 5.12.1980.

266 E. ATHOS, *United Nations Guidelines*, HILJ, Vol. 22 N° 2 1981, p. 407 ss.; S. ARIOLI/M. BALDI, *The UN-Code on Restrictive Business Practices: A Quixotic Dulcinea or a Real Beauty?*, RSDIC 1980, p. 25 ss.

Il concerne les actes ou comportements d'entreprises qui, par l'abus ou l'acquisition et l'abus d'une position dominante, limitent l'accès au marché ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant ou risquant d'avoir des effets préjudiciables pour le commerce international, notamment pour celui des pays en développement et pour le développement économique de ces pays.

Le code définit des normes et procédures visant à faciliter la coopération. Il s'adresse d'une part aux entreprises, d'autre part aux Etats. Tout comme les principes de l'OCDE, il recommande aux premières de collaborer avec les autorités étrangères, aussi longtemps que cela est permis par le droit national. Quant aux Etats, ils devraient respecter le caractère confidentiel des informations transmises et mettre en place un mécanisme approprié destiné à favoriser l'échange de renseignements sur les pratiques commerciales restrictives²⁶⁷. Ils devraient fournir aux autres Etats sur demande ou de leur propre initiative, les renseignements auxquels le public a accès²⁶⁸.

C. Le Draft International Antitrust Code de 1993

De 1991 à 1993 un groupe d'experts issus des milieux académiques a rédigé, sous l'égide du Max-Planck-Institut de l'Université de Munich, un projet d'accord plurilatéral sur la concurrence dans le cadre de l'OMC²⁶⁹. Ce projet prévoit non seulement une harmonisation internationale des règles de concurrence applicables sur le plan international, mais aussi l'établissement d'une autorité antitrust internationale (*International Antitrust Authority*) et d'une autorité judiciaire antitrust internationale (*International Antitrust Panel*) et

267 *Code de conduite sur les pratiques commerciales restrictives*, Section E (5).

268 *Idem*, Section E (7) et (9).

269 Les Membres du groupe sont J. Drexler, W. Fikentscher, E. Fox, A. Fuchs, A. Heinemann, U. Immenga, P. Kunz-Hallenstein, E.-U. Petersmann, W.R. Schlueter, A. Shoda, S. Soltysinski et L. Sullivan.

la tenue d'un registre des pratiques commerciales restrictives de la concurrence notifiées par les Etats membres contenant également les pratiques non notifiées qui viennent à la connaissance de l'autorité antitrust internationale²⁷⁰.

Le préambule évoque principalement deux raisons en faveur d'une harmonisation internationale du droit de la concurrence. Il mentionne en premier lieu le risque que des pratiques commerciales restrictives portent atteinte à l'ouverture des marchés voulue par le droit du GATT/OMC. En second lieu, il fait référence au droit commercial international («*law merchant*», «*lex mercatoria*»), élaborée par les commerçants dans l'intérêt du commerce international, et à la nécessité de compléter celle-ci par des règles qui tiennent également compte de l'intérêt des consommateurs. D'autres raisons sont évoquées comme le fait que: (i) dans une économie globale, il devient de plus en plus important aux commerçants d'un pays d'avoir accès aux marchés d'un autre pays, sans en être exclu en raison de pratiques commerciales restrictives; (ii) il est important de supprimer les pratiques commerciales restrictives qui ont lieu dans un autre pays, comme les cartels à l'exportation; (iii) en raison de l'interdépendance économique des Etats, l'existence simultanée du droit du dumping et du droit du libre-échange devient de plus en plus difficile à justifier; (iv) il est de plus en plus fréquent que plusieurs législations contenant des standards différents s'appliquent à une même transaction; (v) dans un régime global, les autorités devraient être en mesure d'apprécier les effets d'une transaction ou d'un comportement du point de vue «*citizen of the world*»; (vi) un code pourrait favoriser la convergence internationale des législations sur la concurrence.

270 W.R. SCHLUEP, *Das GATT und das übernationales Kartell- und Monopolrecht*, in: D. THÜRER/S. KUX (Hrsg.), *GATT 94 und die Welthandelsorganisation, Herausforderung für die Schweiz und Europa*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996, p. 93 ss.; W. FIKENTSCHER/U. IMMENGA (eds.) *Draft International Antitrust Code*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1995; D. RHINER, *Von der Vision eines Weltkartellrechts*, in: A. KELLERHALS (ed.), *Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht*, Festschrift SCHLUEP, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1996, p. 217 ss.

Le projet de code de Munich fait référence au lien entre le droit de la concurrence et la *lex mercatoria*. Les règles du commerce international, élaborées par les commerçants, reflètent les intérêts de ces derniers, et pas suffisamment ceux de tiers, en particulier des consommateurs, raison pour laquelle il faudrait les compléter par des règles de concurrence²⁷¹. Selon les auteurs du projet de code:

For the time being initiatives are left to a growing law merchant in international trade through which the internationally active corporations try to settle their issues and disputes among themselves without state interference. Little can be said against having transnational corporations regulate their problems on their own as long as third party interests are safeguarded in this process of creating an international set of legal rules on market behavior. But in most cases, law merchant runs the risk of working against the interests of third parties who, not being merchants, cannot argue their case. It is not the job of transnational enterprises to create laws to protect everyone engaged in and dependant on international trade and commerce... Competition rules in international trade and commerce can only be established and perpetuated by taking due account of all interests, including third parties such as consumers²⁷².

Le projet du code de Munich est articulé autour de principes pour la plupart empruntés à la codification internationale du droit de la propriété intellectuelle²⁷³. Il s'agit des principes suivants: (i) l'application du droit matériel national pour la solution des problèmes de dimension internationale; (ii) le traitement national, c'est à dire, la non-discrimination, en vertu du droit national, entre les nationaux et les étrangers; (iii) l'incorporation en droit national des

271 W. FIKENTSCHER, *The Draft International Antitrust Code (DIAC) in the Context of International Technological Integration*, in: F. ABBOTTI/D. GERBER (eds.), *Public Policy and Global Technological Integration*, Kluwer Law International, 1997, p. 211 ss., p. 213.

272 *Draft Antitrust Code*, Introduction, chiffre 1.

273 W. FIKENTSCHER, *The Draft International Antitrust Code (DIAC) in the Context of International Technological Integration*, op. cit., p. 214; cf. W. FIKENTSCHER, *Antitrust, Market Conceptualization and the World Trade Organization – The Convention Approach*, in: R. ZÄCH (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Stämpfli, Berne, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999, p. 73 ss.

standards minimaux convenus au niveau international; (iv) la mise en œuvre des standards minimaux n'est pas assurée, contrairement aux conventions internationales dans le domaine de la propriété intellectuelle, par l'effet direct des règles, mais repose sur l'initiative procédurale d'une autorité antitrust internationale et des Etats parties qui sont affectés par des pratiques commerciales restrictives; (v) le code s'applique uniquement aux situations internationales, c'est-à-dire aux restrictions à la concurrence qui affectent au moins deux Etats parties.

En résumé, le code de Munich repose sur l'articulation suivante: (i) chaque Etat membre applique son propre droit national de la concurrence qui doit être adapté aux standards internationaux énoncés dans le code; (ii) les Etats membres doivent adapter leur législation interne en fonction de leur propre ordre constitutionnel et le droit national doit être appliqué de manière non-discriminatoire aux nationaux et aux étrangers. En ce qui concerne les institutions, le projet prévoit d'une part la création d'une autorité antitrust internationale, assistée d'un Conseil antitrust international composé d'une trentaine de membres (*International Antitrust Council*) et, d'autre part d'une instance judiciaire internationale spécialisée dans le domaine antitrust. L'autorité antitrust internationale aurait les compétences suivantes²⁷⁴: (a) le droit de demander à une autorité de la concurrence d'intenter une action dans un cas particulier; (b) le droit d'intenter elle-même une action devant une juridiction nationale contre une autorité nationale de la concurrence qui refuserait d'agir à l'encontre de restrictions illicites à la concurrence; (c) le droit de requérir devant des juridictions nationales des injonctions visant à la non-exécution de pratiques commerciales restrictives à laquelle sont parties des personnes privées et des entreprises; (d) le droit de recourir selon les procédures nationales à l'encontre des décisions nationales, aux mêmes conditions que les parties à la procédure; (e) le droit et le devoir d'intenter action devant l'instance judiciaire internationale contre un Etat membre lorsque ce dernier ne respecte pas les obligations internationales de l'accord; (f) enfin,

274 Art. 19.

un devoir général d'assistance en faveur des Etats membres dans l'adoption de leurs législations sur la concurrence. La juridiction antitrust internationale pourrait être saisie par tout Etat membre qui estime qu'un autre Etat membre ne respecte pas les obligations de l'accord international, et ce 60 jours après l'échec d'une procédure de consultation entre l'autorité antitrust internationale et les parties concernées²⁷⁵.

Le Code contient un projet de codification des accords horizontaux et verticaux (deuxième partie), du contrôle des concentrations d'entreprises (troisième partie) et de l'abus de position dominante (quatrième partie). En ce qui concerne les accords horizontaux, le projet prévoit que ceux qui fixent les prix, divisent les marchés selon les territoires ou fixent des quotas de production sont illégaux *per se*²⁷⁶. En ce qui concerne les autres accords horizontaux, qui ne sont pas illicites *per se* et qui sont donc évalués selon la règle de raison, la section 2 de l'article 4 du projet présume qu'ils sont illicites, à moins que les parties démontrent leurs effets positifs. Il s'agit d'un renversement du fardeau de la preuve puisque, en principe, il appartient aux autorités de la concurrence de démontrer que les effets négatifs d'un accord horizontal justifient une interdiction²⁷⁷. On peut se demander comment un tel système pourrait fonctionner en pratique puisque les autorités de la concurrence seraient appelées à examiner toutes les formes d'accords horizontaux. En ce qui concerne les accords verticaux, l'article 5 du projet déclare un certain nombre d'accords illégaux. Or il n'existe pas de consensus sur la manière de les traiter. Selon Fox,

Many rules in the Munich Code would be entirely unacceptable to many nations. For example, the proposed rules... on vertical restraints would be unacceptable to (at least) the United States²⁷⁸.

275 Art. 20.

276 Art. 4 section 1.

277 B. PHILLIPS, *Comments on the Draft International Antitrust Code*, Aussenwirtschaft 1994, p. 327 ss., p. 329.

278 E. FOX, *Towards World Antitrust and Market Access*, op. cit., p. 16.

Dans le domaine du contrôle des concentrations d'entreprises, le projet prévoit un contrôle des concentrations de dimension internationale (définies à l'art. 9) par les autorités nationales, l'obligation de notification à l'autorité antitrust internationale et la possibilité pour celle-ci d'intervenir à la procédure (art. 19). En ce qui concerne l'appréciation matérielle des concentrations d'entreprises, l'article 11 section 1.b.1 requiert la prise en compte par les autorités nationales des effets dans tous les marchés concernés

(the competitive structure of all the markets concerned, including the actual or potential competition from undertakings located either within or outside the territory of the National Antitrust Authority),

et pas uniquement dans le marché sur lequel l'autorité de la concurrence est localisée. A nouveau, on peut se demander comment un tel système pourrait fonctionner. Est-ce que l'autorité nationale devrait mettre en balance les effets positifs de la concentration sur certains marchés avec d'éventuels effets négatifs sur d'autres marchés? Selon quels critères? Comment obtenir les informations pertinentes sur les marchés à l'étranger en l'absence de coopération internationale entre autorités de la concurrence et de possibilité d'échanger des informations confidentielles?

A plus d'un égard, le projet du groupe de Munich est plus détaillé qu'une codification nationale comme le *Sherman Act* ou régionale comme le Traité CE. Or le droit de la concurrence est un droit évolutif, perméable aux changements économiques et sociaux et qui laisse une grande place à la pratique et à la création jurisprudentielle. Elaborer à l'échelle internationale une codification aussi détaillée risque d'avoir un effet asphyxiant.

Le projet de Code ne contient pas de définition de concepts centraux comme par exemple la notion de marché relevant. Il repose sur une structure institutionnelle peu réaliste. Comment, par exemple, imaginer le fonctionnement d'un droit de recours de l'autorité antitrust internationale dans le cadre des procédures nationales, lorsque celle-ci n'est pas partie à la procédure nationale? Le projet de Code ne résout pas non plus la question de l'obtention des preuves à l'étranger par les autorités nationales de la concurrence et

ne traite pas de l'échange d'informations commerciales entre l'autorité antitrust internationale, l'autorité antitrust judiciaire internationale et les autorités nationales. Il laisse subsister les législations nationales sur la concurrence et ne résout pas la question de l'entraide administrative internationale entre autorités de la concurrence dans l'application des législations nationales sur la concurrence.

D. Le rapport du groupe d'experts de l'UE de 1995 sur « la politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial »

La Commission européenne a invité un groupe d'experts à exposer les raisons pour lesquelles la globalisation de l'économie et la libéralisation du commerce international rendent nécessaire un renforcement des législations sur la concurrence et de la coopération internationale entre les autorités de la concurrence. Le rapport décrit les raisons d'un renforcement de la coopération internationale en matière de politique de la concurrence, les expériences de coopération bilatérale de l'Union européenne et le caractère insuffisant de la coopération internationale actuelle. Il présente les grandes lignes d'une approche possible de la concurrence dans le cadre de l'OMC²⁷⁹. Il formule dans cette perspective un certain nombre de recommandations pour améliorer la coopération internationale et l'application des règles en matière de politique de la concurrence. Contrairement au projet du groupe de Munich, le Groupe d'experts de l'UE

279 COMMISSION EUROPÉENNE (DG IV), *La politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, op. cit. Les experts externes sont: U. Immenga, F. Jenny et E.-U. Petersmann; les experts de la Commission européenne qui ont participé à titre personnel aux travaux: C.-D. Ehlermann, J.-F. Pons, R. Abbott, F. Lamoureux, J.-F. Marchipont, A. Jacquemin.

n'envisage pas une harmonisation détaillée du droit de fond au niveau international à court ou moyen terme. Il n'envisage pas non plus la création d'une autorité antitrust internationale ni celle d'une autorité judiciaire antitrust internationale.

Une voie plus pragmatique est proposée, qui consiste à renforcer la coopération bilatérale existante et à adapter le système de règlement des différends de l'OMC aux pratiques commerciales restrictives. Un cadre plurilatéral devrait inclure les éléments conclus dans les accords bilatéraux de coopération auxquels il faudrait ajouter un certain nombre de règles minimales et un mécanisme contraignant de courtoisie positive et de règlement des différends.

En ce qui concerne l'harmonisation des règles de fond, les règles convenues au niveau international devraient être intégrées dans les ordres juridiques des Etats membres, à la manière de directives européennes. Pour ce qui est des accords horizontaux, la solution proposée est de rechercher un consensus au sujet de l'interdiction *per se* des accords de fixation des prix, la restriction de l'offre ou le partage des marchés et l'interdiction des cartels à l'exportation. Les autres accords horizontaux devraient être évalués selon la règle de raison («*rule of reason*»). S'agissant des accords verticaux, une solution pourrait être d'interdire les accords dont l'effet restrictif sur la concurrence ne serait pas compensé par un avantage pour le consommateur et/ou qui constitueraient un obstacle à l'entrée sur le marché. L'abus de position dominante devrait être évalué selon une règle inspirée de l'article 82 (ex 86) CE. Enfin, dans le domaine du contrôle des concentrations d'entreprises, il faudrait harmoniser les procédures de contrôle sur le plan international, sans pour autant créer un contrôle supranational, contrairement à ce que propose le groupe de Munich.

Trois fonctions devraient être confiées à un organisme international: servir de forum au sein duquel seraient élaborés, revus et adaptés, les principes communs destinés à être repris dans les législations nationales; constituer un fichier des pratiques ayant un effet restrictif sur la concurrence, qui se ferait sur la base de notifications des Etats membres et offrir une structure de règlement des différends entre Etats. Le règlement des différends en droit du GATT/OMC

devrait permettre de résoudre quatre types de différends internationaux: (i) les différends portant sur des obligations internationales en matière de procédure (comme le non-respect de l'obligation de notification et d'information ou de l'obligation de courtoisie positive); (ii) les différends concernant les interdictions internationales *per se* (non application par un Membre de sa législation sur la concurrence à l'encontre d'une pratique faisant l'objet d'une interdiction *per se*); (iii) les différends concernant les règles de raison internationales et (iv) les différends sur le fait que l'accès au marché est « *annulé ou compromis* » à la suite de pratiques anticoncurrentielles. Ce dernier type de différend supposerait une règle dans le cadre de l'OMC qui prévoit que le fait « *d'annuler ou de compromettre* », par des pratiques commerciales privées, les engagements en matière d'accès au marché négociés dans le cadre du GATT 1994 ou du GATS, pourrait donner lieu à une action, sauf si des mesures appropriées sont prises par le pays concerné pour y remédier.

E. Le groupe de travail sur les interactions entre le commerce et la concurrence de l'OMC

Lors de la première conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue à Singapour en 1996, les ministres ont décidé d'établir un groupe de travail chargé d'étudier les questions relatives à l'interaction du commerce et de la politique de concurrence. La décision précise que les travaux ne préjugeront pas l'éventualité de négociations futures et que celles-ci ne seront engagées qu'après une décision expresse des Membres de l'OMC prise par consensus. La décision ministérielle précise que le Conseil général doit suivre les travaux du groupe de travail et déterminer la procédure à suivre après une période initiale de deux ans. Pour l'heure, aucune décision n'a été prise à cet égard.

Le groupe de travail s'est réuni pour la première fois en juillet

1997 et se réunit régulièrement depuis lors²⁸⁰. Les travaux du groupe de travail évoluent dans quatre directions sur la base d'une liste récapitulative de questions à examiner qui a été établie lors de la première réunion²⁸¹. Le groupe examine s'il est possible que les Etats membres de l'OMC s'engagent à se doter d'une législation nationale de concurrence, comprenant les trois piliers traditionnels du droit de la concurrence (lutte contre les ententes, abus de position dominante et contrôle préventif des concentrations d'entreprises). Un deuxième domaine est l'identification de principes communs au niveau international. Il s'agit de parvenir à un consensus au sujet d'un noyau dur de pratiques néfastes pour l'économie (comme p. ex. les ententes horizontales sur les prix, les accords de division géographique des marchés ou les cartels à l'exportation). Un troisième domaine est la création d'un instrument de coopération entre les autorités de concurrence. Enfin, le groupe étudie la question de l'adaptation du système de règlement des différends au domaine de la concurrence. Une bonne vue d'ensemble des travaux est fournie dans le rapport annuel 1998 du groupe de travail²⁸².

Les travaux du groupe de travail traitent un éventail très large de questions liées à l'interaction entre la politique commerciale et la concurrence. Les questions examinées concernent des thèmes aussi variés que les objectifs, les principes, les concepts, la portée et les instruments du droit de la concurrence et leur rapport avec le développement et la croissance économique, l'incidence des pratiques anticoncurrentielles des entreprises sur les commerce international, l'incidence des monopoles d'Etat et des droits d'exclusivité sur le commerce international, les rapports entre la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence ou l'incidence de la politique commerciale sur la politique de la concurrence.

280 Pour une description des thèmes traités lors des différentes réunions, cf. OMC, *Rapport annuel 1998*, p. 88 ss.; OMC, *Rapport 1999 au Conseil Général du Groupe de travail de l'interaction du Commerce et de la Politique de la Concurrence* (WT/WGTCP/3).

281 La liste récapitulative est reproduite dans, OMC, *Rapport annuel 1997*, op. cit., encadré V.2.

282 OMC, *Rapport annuel 1998*, op. cit.

F. Les propositions de l'UE de 1999 en faveur de négociations sur la concurrence dans le cadre de l'OMC

En vue de la conférence ministérielle de l'OMC de 1999, la Commission européenne a proposé la négociation d'un accord mondial sur la concurrence²⁸³. L'approche proposée s'articule autour de quatre piliers: (a) des règles communes relatives à l'adoption au niveau national d'une législation sur la concurrence et de son application; (b) une discipline commune au sujet des pratiques anticoncurrentielles qui ont un effet négatif sur le commerce international et l'investissement international, qui devrait donner la priorité à une interdiction des ententes injustifiables; (c) des règles de coopération internationale qui contiennent des dispositions relatives à la notification, aux consultations, à la courtoisie négative et positive et à l'échange d'informations non confidentielles entre autorités de la concurrence; (d) l'adaptation du système de règlement des différends de l'OMC aux différends dans le domaine des pratiques commerciales restrictives.

Un Accord OMC sur la concurrence ne lierait que les Etats, qui devraient incorporer les engagements internationaux dans leurs législations nationale. Il n'imposerait donc pas d'obligations aux entreprises. Il incorporerait des règles sur l'entraide internationale entre les Etats membres de l'OMC et ne confierait donc pas de compétences d'instruction ou décisionnelles à une nouvelle entité supranationale dans le cadre de l'OMC. Les règles multilatérales devraient être contraignantes et par conséquent pouvoir faire l'objet d'un contrôle dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC. Enfin, l'objectif de l'Accord serait de traiter des pratiques commer-

283 COMMISSION EUROPÉENNE, *Discussion Paper, Trade and Competition*, mars 1999, accessible sur le site Internet de la DG IV. Pour une étude détaillée des propositions de réglementation de la concurrence à l'OMC, cf. E.-U. PETERSMANN, *Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System: Proposals and Policy Options*, in: R. ZÄCH (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Stämpfli, Berne, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999, p. 43 ss.

ciales restrictives qui ont un effet négatif pour le commerce international et l'investissement et qui affectent les objectifs d'ouverture des marchés de l'OMC. L'OMC ne traiterait donc pas des pratiques commerciales restrictives de dimension purement nationale, ni de celles qui ne sont pas directement pertinentes dans la perspective des objectifs du commerce international.

La question de l'application du système de règlement des différends de l'OMC dans le domaine des pratiques commerciales restrictives reste délicate. La Commission européenne précise qu'il ne s'agit pas de créer une instance de recours de niveau mondial qui serait chargée de contrôler l'application du droit de la concurrence au niveau national ou régional. Les Groupes spéciaux de l'OMC ne seraient donc pas amenés à se prononcer sur des cas particuliers ni à revoir l'appréciation en fait ou en droit qui a été faite à un niveau inférieur. Selon la Commission européenne:

Many of the circumstances in which WTO dispute settlement could possibly be invoked would be geared to ensuring that domestic legislation is in conformity with the multilaterally agreed framework and that Members fulfil their obligations in good faith... in such a case a finding of non-conformity by a WTO panel would not require a complex factual assessment or trying to determine how broad concepts of competition law should be interpreted in a particular case. The remedy would be an obligation by the government to bring domestic law in accordance with the multilaterally agreed framework²⁸⁴.

Une autre question est de savoir si un Groupe spécial devrait avoir la possibilité de se prononcer dans une situation où un Etat membre se plaint du fait qu'un Etat membre n'applique pas son droit de la concurrence dans un cas qui affecte le commerce et l'investissement d'autres Membres de l'OMC. Dans ce cas, la Commission note que

An option that could be explored is the establishment of a panel to consider alleged patterns of failure to enforce competition law to cases affecting trade and investment of other WTO members. In this connection, further discussion is also needed on appropriate means to ensure enforcement, which

284 COMMISSION EUROPÉENNE (DG IV), *La politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, op. cit., p. 11.

could include a surveillance mechanism. In any event there will be no review of individual decisions²⁸⁵.

Deux principales différences peuvent être notées en rapport avec l'approche du groupe d'experts de l'Union européenne de 1995: (i) il n'est plus question de règles de substance en droit du GATT/OMC relatives aux accords horizontaux, verticaux et à l'abus de position dominante, mais uniquement de règles minimales qui devraient aller dans la direction d'une interdiction des ententes injustifiables; (ii) en ce qui concerne le système de règlement des différends, il est d'une portée plus limitée puisqu'il est conçu comme devant s'appliquer uniquement au cas où un Etat membre n'incorpore pas en droit national les règles convenues au niveau international.

G. Des intérêts divergeants

La conclusion d'un accord sur la concurrence à l'OMC est rendue difficile par plusieurs facteurs. L'industrie se montre en général peu enthousiaste, voire réticente, contrairement à d'autres domaines, où elle a trouvé un intérêt direct dans des négociations (comme par exemple celui de la propriété intellectuelle)²⁸⁶. Les négociations dans

285 Idem, p. 12.

286 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Competition and trade in the global arena: an international business perspective*, A draft report of the International Chamber of Commerce, 12.2.1998, p. 1 ss., par exemple p. 81 s.: «In contrast to its considerable experience in the trade field, the WTO lacks institutional experience in the antitrust field. It seems unlikely that the WTO will be able to make significant strides on this issue until it, like the OECD, has built a significant foundation of knowledge through studies and roundtables... The WTO is not well suited to provide a dispute resolution function for private anticompetitive restraint practices... Any attempt to develop minimum standards would be of questionable utility as these standards would most likely be based on a very low common denominator».

le cadre de l'OMC fonctionnent sur une base de concessions réciproques. Or, ce modèle est mal adapté au droit de la concurrence²⁸⁷. Ces obstacles pourraient facilement être surmontés si les Etats avaient des intérêts convergents or tel n'est manifestement pas le cas²⁸⁸.

1. Les pays industrialisés en général

Les pays industrialisés peuvent trouver un intérêt à développer une discipline multilatérale sur la concurrence à l'OMC afin d'améliorer les conditions d'accès aux marchés étrangers et d'obtenir un titre en droit international afin d'intervenir contre les restrictions à la concurrence sur des marchés étrangers. Ils peuvent également trouver un intérêt à intervenir contre les cartels d'exportation à l'étranger qui produisent des effets sur leurs marchés. Des règles multilatérales sur la concurrence pourraient enfin limiter l'application extraterritoriale du droit étranger de la concurrence (ce qui est une des raisons qui a justifié l'Accord bilatéral de coopération USA-CE de 1998 relatif à la courtoisie active)²⁸⁹.

Sur un plan défensif (contre des règles sur la concurrence à l'OMC), les Etats industrialisés peuvent reposer sur l'application extraterritoriale de leur droit de la concurrence pour remédier aux effets négatifs des restrictions à la concurrence ressentis sur leur territoire. Ils peuvent aussi avoir intérêt de permettre leurs propres cartels d'exportation ou préserver leur propre modèle de droit de la concurrence.

287 B. HINDLEY, *Competition Law and the WTO: Alternative Structures for Agreement*, in: J. BHAGWATI/R. HUDEC, *Fair Trade and Harmonization*, Cambridge, Massachusetts 1996, p. 333 ss., p. 343.

288 F. JENNY, *Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges*, in: R. ZÄCH (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Stämpfli, Berne, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999, p. 3 ss.

289 Cf. ci-dessous p. 343 ss.

2. Les Etats-Unis

Les divergences d'intérêts quant à la négociation de règles sur la concurrence à l'OMC sont apparentes aux Etats-Unis. L'autorité chargée de la politique des échanges (*United States Trade Representative*) s'est déclarée favorable à des négociations sur la concurrence dans le cadre de l'OMC²⁹⁰. Des négociations sur la concurrence figurent en deuxième place parmi les cinq priorités de négociations dans le cadre de l'OMC selon le Sous-secrétaire d'Etat au commerce²⁹¹. A l'inverse, les autorités de la concurrence, conscientes des possibilités que leur offre l'application extraterritoriale du droit antitrust américain, se montrent beaucoup plus critiques²⁹². Leur position est justifiée par différents arguments, comme l'hétérogénéité difficilement conciliable de l'OMC, la crainte du plus petit dénominateur commun ou celle que les Groupes spéciaux de l'OMC se transforment en juridiction de recours internationale qui pourrait empiéter sur la souveraineté étatique. Ce dernier argument n'est certainement pas fondé dans la mesure où, dans un premier temps, la fonction des Groupes spéciaux se limiterait à contrôler la transposition en droit national des principes et de règles convenus au niveau international²⁹³.

290 P. ARHEL, *Droit international de la concurrence, S'orienté-t-on vers des négociations?*, RMC 1999, p. 84 ss., p. 87.

291 USA Text, 19.3.1998, *Remarks of Under Secretary Aaron on Future WTO Issues*.

292 Cette réserve est le fil conducteur de diverses déclarations de représentants des autorités de concurrence; cf. par exemple J. KLEIN, *A Note of Caution With Respect to a WTO Agenda on Competition Policy*, Address presented at the of Royal Institute of International Affairs, London on 18.11.1996, *Financial Times*, 13.2.1998; C. STARK, *International Aspects of Antitrust Enforcement: A U.S. Perspective, Outline of remarks*, European & US Competition Law, London, 13-14.2.1995; A. K. BINGAMAN, *Antitrust Policy for the 21st Century*, Address before the Antitrust Section of the American Bar Association, Washington 1994; R. PIROWSKY, *Competition Policy in a Global Economy - Today and Tomorrow*, JIEL 1999, p. 403 ss.

293 Cf. en particulier D. WOOD, *Effective Enforcement of Antitrust Law for International Transaction*, Business Development Associates, Washington 1995; D. WOOD, *A cooperative framework for national regulators*, in: F. ABBOTT/D. GERBER (eds.), *Public Policy and Global Technological Integration*, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston 1997, p. 195 ss.

3. *L'Union européenne*

L'Union européenne est, comme nous avons vu, à la base des réflexions préparatoires et des propositions de négociation de règles sur la concurrence à l'OMC²⁹⁴. Le moteur de la politique européenne de concurrence a été, depuis plus de 40 ans, de fournir un support à l'intégration du marché intérieur européen. La réalisation progressive du marché intérieur remet en question le but d'intégration du droit européen de la concurrence et peut expliquer, comme l'écrit GERBER, pourquoi l'UE cherche aujourd'hui à réorienter sa politique de concurrence vers le nouveau défi de l'intégration commerciale multilatérale:

The globalisation of economic activity may also challenge competition law in Europe by shifting the focus of response to competition problems from the national and regional levels to the international level. If restraints or the competitive process are created by conduct that stretches beyond the border of existing national and regional competence, the responses may increasingly have to be international²⁹⁵.

4. *Les pays en développement*

Les pays en développement, qui ne disposent souvent pas d'une législation nationale sur la concurrence, et encore moins de la possibilité de l'appliquer de manière extraterritoriale, pourraient tirer des avantages immédiats de règles multilatérales sur la concurrence, par exemple en utilisant les instruments d'entraide administrative internationale ou de règlement des différends, afin d'intervenir à

294 Le Commissaire VAN MIERT déclarait en avril 1998 à l'OMC, à Genève: «So far, the extensive discussions in the WTO working group look very promising. But, as you know, the working group has been mandated only "to study" the interaction between trade and competition policy. I believe we must go beyond this stage. At the end of the present mandate, we must seriously consider negotiations on the development of a multilateral framework of competition rules», Address before Ambassadors to the WTO, Geneva, 21.4.1998.

295 D. GERBER, *op. cit.*, p. 435.

l'encontre de cartels formés par des entreprises d'Etats tiers ou de l'abus de position dominante d'entreprises étrangères²⁹⁶. L'article 40 TRIPS a été adopté à la demande des pays en développement afin de contrebalancer les engagements en matière de protection de la propriété intellectuelle par la reconnaissance du droit des Membres d'empêcher les pratiques anticoncurrentielles supposant l'utilisation des droits de propriété intellectuelle. Des règles multilatérales sur la concurrence pourraient également servir de support à l'adoption de législations nationales sur la concurrence, même si ce rôle est déjà assumé aujourd'hui par la CNUCED.

Sur le plan défensif, leur priorité peut être de préserver leurs propres traditions et approches et de permettre leurs propres cartels d'exportation. Les pays en développement peuvent également considérer que les pays industrialisés se sont développés sans règles de concurrence.

5. Les pays asiatiques et la question du dumping

Pour les pays asiatiques (notamment le Japon, Hong-Kong/Chine et la Corée), les négociations sur la concurrence devraient être liées à la question de l'impact de certaines mesures commerciales, et notamment de dumping sur les échanges et la politique de la concurrence. Dans le cadre des travaux du groupe de travail sur le commerce et la concurrence, les Etats-Unis et l'Union européenne ont interprété le mandat du groupe de travail comme excluant la question du dumping alors que les pays asiatiques, ainsi que les pays en développement ont soutenu que ces questions devraient être traitées en parallèle²⁹⁷.

296 Pour une analyse de l'intérêt des pays en développement, cf. F. SCHERRER, *International Competition Policy and Economic Development*, Zentrum für europäische Wirtschaftsforschung, Discussion Paper n° 96-26, 1996; TH. COTTIER/I. MEITINGER, *The TRIPS Agreement without a Competition Agreement?*, in: F. ABBOTT/TH. COTTIER/F. GURRY, *The international intellectual property system, Commentary and Materials*, 1999, p. 8 s.

297 P. ARHEL, *op. cit.*, p. 89.

On se trouve ici au cœur d'un large débat au sujet de la légitimité du dumping. On peut en effet se demander pourquoi les pays ont adopté une législation contre le dumping, dans la mesure où les législations sur la concurrence pourraient servir à contrôler les pratiques de fixation de prix anormalement bas. Selon le rapport de l'OMC sur l'interaction entre le commerce et la concurrence,

un certain nombre de motifs a été avancé pour justifier l'existence d'un régime établissant ses propres critères et procédures, applicable en cas de fixation «déloyale» des prix des importations et différent de celui qui est prévu pour les produits semblables d'origine nationale²⁹⁸.

A l'origine, la législation antidumping est née des craintes que les sociétés d'autres pays, situées à l'abri de barrières protectrices et ayant peut-être formé une entente sur le marché intérieur de leur pays, profitent d'un avantage économique déloyal en subventionnant leurs exportations à l'aide des bénéfices résultant des prix élevés qu'elles pratiquent sur le marché intérieur.

Les avocats du dumping invoquent le fait qu'il est un moyen pour l'Etat importateur d'éliminer les barrières d'accès au marché dans l'Etat exportateur, qui sont à la base de la faculté pour les entreprises exportatrices de pratiquer le dumping. De telles restrictions d'accès au marché peuvent résulter de barrières à l'importation ou refléter la non-existence ou la non-application du droit de la concurrence dans l'Etat exportateur. Une autre justification du dumping est le risque de monopolisation par des prix d'éviction, ces derniers pouvant contribuer, par l'élimination des concurrents, à la création de monopoles. On peut douter du bien-fondé de cet argument. En effet, les partisans du dumping sont en général d'avantage préoccupés par le maintien d'entreprises nationales que par le risque de création d'un monopole dans l'Etat importateur.

L'application du droit de la concurrence à l'encontre d'importations à prix bas est limitée du fait que les entreprises exportatrices en cause ne relèvent pas de la juridiction du pays importateur. Les renseignements nécessaires à la conduite d'une action

298 OMC, *Rapport annuel 1997*, op. cit., p. 81.

sur la base du droit de la concurrence seraient difficiles à obtenir et les décisions résultant difficiles à exécuter.

Le dumping est controversé dans la mesure où on reproche à cette institution d'être un instrument de protectionnisme qui fausse la concurrence²⁹⁹. Comme moyen de protection de l'industrie d'importation à l'encontre de prix bas pratiqués par des exportateurs étrangers, les législations antidumping sont incompatibles avec les objectifs du droit de la concurrence:

- les législations sur la concurrence aux USA et dans l'UE ne sont pas concernées par des prix bas discriminatoires en tant que tels. En droit européen de la concurrence, la vente en dessous des coûts est interdite uniquement si une entreprise en position dominante (i) a vendu en dessous de ses coûts moyens variables, ce qui est abusif *per se* ou (ii) a vendu en dessous de ses coûts moyens totaux avec l'intention d'éliminer un concurrent³⁰⁰;
- les législations antidumping protègent les entreprises d'importation et non les consommateurs, contrairement aux législations sur la concurrence;
- les mesures antidumping frappent l'ensemble des importations des produits similaires en provenance du pays concerné, sans se limiter aux entreprises qui ont fait l'objet de l'enquête, à la différence des sanctions pour violation du droit de la concurrence qui ne frappent que les entreprises qui ont contrevenu au droit de la concurrence;
- la plupart des mesures antidumping aux USA et dans l'UE sont décidées dans des circonstances qui ne justifieraient pas un remède antitrust en cas de prix d'éviction.

Par ailleurs, les législations antidumping ne résolvent pas le problème du dumping directement à la source. Comme le relève HOEKMAN/MAVROIDIS:

299 P. MESSERLIN, *Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?*, World Competition 18/1995, p. 37 ss.

300 E.-U. PETERSMANN, *International Competition Rules for Governments and for Private Business: A « Trade Law Approach » for Linking Trade and Competition Rules in the WTO*, op. cit., p. 247 ss.

If market entry restrictions are held to justify antidumping, it should be ascertained that there are indeed such restrictions³⁰¹.

Le droit de la concurrence pourrait être un moyen plus efficace et plus équitable de lutter contre la segmentation internationale des marchés par des politiques de prix différentes et pour lutter contre le risque de monopolisation lié au dumping³⁰². La théorie économique suggère d'ailleurs que seul ce dernier objectif devrait être protégé.

Selon MESSERLIN,

It remains that the long-term goal is a unique set of (international) competition rules. Such rules are the only «first best» remedies since they are the only ones attacking the distortions where they arise. But it has to be made clear that such a set of competition rules will not be achieved before the next millenium and that antidumping regulations are so harmful to world trade that action cannot wait for perfection³⁰³.

L'abolition des mesures antidumping et leur remplacement par le droit de la concurrence n'a été possible à ce jour que dans un contexte régional, dans l'UE, l'EEE et entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie (ANZCERTA). Au niveau multilatéral, le remplacement du dumping par le droit de la concurrence n'est pas une option réaliste à court ou moyen terme. C'est pourquoi une réforme devrait assurer que le droit de la concurrence soit mieux pris en compte dans le cadre des actions antidumping³⁰⁴. Le dumping repose sur

301 B. HOEKMAN/P. MAVROIDIS, *Dumping, Antidumping and Antitrust*, JWT Vol. 30/1996, p. 42.

302 E.-U. PETERSMANN, *International Competition Rules for Governments and for Private Business: A «Trade Law Approach» for Linking Trade and Competition Rules in the WTO*, op. cit., p. 246 ss.

303 P. MESSERLIN, op. cit., p. 53.

304 E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON, *Conclustons and Recommendations*, op. cit., p. 574 ss; B. HOEKMAN/P. MAVROIDIS, *Dumptng, Antidumping and Antitrust*, op. cit., p. 27 ss., p. 36 ss.; A. LIPSTEIN, *Using Antitrust Principles to Reform Antidumping Law*, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 405 ss.; M.C. MALAGUTTI, *Restrictive Business Practices in International Trade and the Role of the World Trade Organization*, JWT 1998, p. 151; E.-U. PETERSMANN, *International Competition Rules for Governments and for Private Business: A «Trade Law Approach» for Linking Trade and Competition Rules in the WTO*, op. cit., p. 252.

l'idée que les conditions de la concurrence dans le pays exportateur sont imparfaites. Ceci peut aussi être le cas dans la branche de production nationale qui dépose la plainte. A cet égard, l'article 3.5 de l'Accord antidumping de l'OMC prévoit que, pour déterminer s'il existe un lien de causalité entre les importations faisant l'objet d'un dumping et le dommage causé à la branche de production nationale, les autorités devraient examiner au cas par cas d'autres facteurs qui peuvent causer un dommage à la branche de production nationale, notamment les pratiques commerciales restrictives des producteurs étrangers et nationaux et la concurrence entre ces mêmes producteurs.

La prise en compte du droit de la concurrence devrait intervenir avant l'initiation d'une enquête antidumping et pourrait jouer une fonction de filtrage. Une solution serait que les autorités de la concurrence des Etats importateur et exportateur procèdent à un examen de la structure concurrentielle dans les marchés d'exportation et d'importation³⁰⁵.

En l'absence de réglementation supranationale du droit de la concurrence, comment parvenir à un tel examen? Les autorités de la concurrence de l'Etat importateur n'ont pas la compétence d'appliquer leur législation sur la concurrence de manière extraterritoriale (absence d'effets directs, substantiels et raisonnablement prévisibles), et même si elles l'avaient, elles se heurteraient à des obstacles pratiques, en l'absence d'entraide administrative internationale. Une solution serait de recourir au principe de courtoisie active. Les autorités de la concurrence de l'Etat exportateur devraient procéder à un examen, à la demande des autorités de la concurrence de l'Etat importateur et transmettre les informations issues de leur enquête aux autorités de l'Etat importateur. Cela présuppose que soit résolue la question des obstacles à la transmission d'informations à l'étranger, et le problème de la transmis-

305 F. ENGERING/H. DE BRABANDER/E. VERMULST, *EC Antidumping Policy in a Globalizing World - A Dutch Perspective*, JWT 32/1998, p. 155 ss., p. 126.

sion des informations confidentielles. Comme le relève le Secrétaire de l'OMC,

dans la mesure où la coopération internationale se renforce dans le domaine du droit de la concurrence, le besoin d'assurer une protection contre le dumping devrait diminuer³⁰⁶.

H. L'absence de consensus au sujet des règles de concurrence les plus appropriées

L'harmonisation du droit de la concurrence est difficile à réaliser non seulement car il existe des intérêts divergeants mais aussi en raison de l'absence de consensus au sujet du modèle de règles de concurrence le plus approprié. Nous avons vu dans la partie introductive de ce travail qu'il existe des différences importantes entre le droit antitrust américain, le droit européen et le droit suisse de la concurrence. Un bon exemple est celui des restrictions verticales³⁰⁷. Depuis l'arrêt *Consten-Grundig*, les restrictions verticales qui comportent une interdiction d'exporter entre Etats membres de l'UE sont interdites *per se* car elles vont à l'encontre de l'objectif de création du marché intérieur³⁰⁸. En droit antitrust américain, depuis le jugement de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Sylvania*, les restrictions verti-

306 OMC, *Rapport annuel 1997*, op. cit., p. 82.

307 P. B. MARSDEN, *The Impropriety of WTO «Market Access» Rules on vertical Restraints*, *World Competition* 21/6 1998, p. 5 ss.

308 R. WHISH/W. BISHOP, *The Treatment of vertical agreements under the Competition Bill: a report for the Competition Bill Team of the Department of Trade and Industry*, London 1998. Cette étude montre que sur 30 cas d'amendes prononcées par la Commission européenne en rapport avec des restrictions verticales, 29 concernaient une interdiction d'exporter ou d'importer à l'intérieur du marché commun.

cales sont soumises à la règle de raison³⁰⁹. Ainsi, des restrictions verticales qui sont en principe licites aux Etats-Unis, comme le fait d'assigner des territoires qui correspondent aux frontières des différents Etats, sont illicites en droit européen de la concurrence³¹⁰. La politique européenne est certes aujourd'hui remise en question, ainsi qu'en témoigne le livre vert de la Commission européenne qui plaide en faveur d'une approche économique vis-à-vis des restrictions verticales³¹¹. Il n'en demeure pas moins que cet exemple est symptomatique de la complexité de définir les règles de concurrence les plus appropriées.

Il est également intéressant d'observer que droit de la concurrence ne s'est pas développé sur la base de codifications détaillées. Bien au contraire, les textes qui sont à la base du droit contemporain de la concurrence, le *Sherman Act* et le Traité de Rome, sont rédigés en des termes très généraux³¹². Une codification détaillée du droit de la concurrence à l'échelle internationale paraît ainsi curieuse. Comme l'écrit ULLRICH,

As long as it cannot be shown that the GATT/WTO will have more authority as an umpire and as a guardian of the public interest than its Members have, it might be prudent not to engage in harmonisation beyond what is presently required for the good functioning of the existing GATT/WTO trading system³¹³.

309 Arrêt *Continental T. V. v. Sylvania* du 28.2.1977, 433. U.S. 36, 97 S. Ct. 2549, page 22: «We conclude that the appropriate decision is to return to the rule of reason that governed vertical restraints prior to *Schwinn*. When anticompetitive effects are shown to result from particular vertical restrictions they can adequately be policed under the rule of reason, the standard generally applied for the majority of anticompetitive practices challenged under §1 of the Act.»

310 D. WOOD, *International Standards for Competition Law: An Idea Whose Time Has Not Come*, Graduate Institute of International Studies, Genève, Juin 1996, p. 19.

311 COMMISSION EUROPÉENNE, *Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*, COM(96)721 final.

312 F. SOUTY, *Can Competition Policy Institutions and Objectives converge in the WTO Perspective?*, Seminar on Competition Policy, Florence, 13-14.6.1997.

313 H. ULLRICH, *International Harmonisation of Competition Law: Making Diversity a Workable Concept*, in: H. ULLRICH (ed.), *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998, p. 43 ss., p. 74.

L'absence de consensus au sujet de règles de concurrence les plus appropriées trouve également son expression dans la diversité et le foisonnement des propositions de codification internationale. La littérature est également très partagée. Pour certains auteurs, dont notamment FOX et ORDOVER, un code international sur la concurrence devrait se limiter à des principes généraux de non-discrimination et de transparence³¹⁴. FOX a également proposé la codification d'un principe général d'accès au marché qui aurait le rang d'un principe constitutionnel en droit du GATT/OMC et qui serait applicable à la fois aux restrictions étatiques et aux restrictions privées à l'accès au marché³¹⁵. En raison de la difficulté pour les Membres de définir la formulation exacte d'un tel principe,

Each nation would define for itself what it means by an «injustifiable» market access restraint. Simply, it must formulate its law in a credible, nondiscriminatory, clear and understandable way³¹⁶.

GRAHAM/RICHARDSON recommandent quant à eux qu'un accord international sur la concurrence se concentre dans un premier temps sur une interdiction des cartels les plus néfastes pour l'économie, les ententes dures ou injustifiables et les cartels d'exportation³¹⁷. D'autres auteurs préconisent une codification détaillée du droit de la concurrence et la création d'une autorité internationale de la concurrence

314 E. FOX/J. ORDOVER, *The Harmonization of Competition and Trade Law, The Case for Modest Linkages and Limits to Parochial State Action*, World Competition 1995, p. 5 ss.

315 E. FOX, *Towards World Antitrust and Market Access*, op. cit., p. 19 ss. Il faudrait se concentrer sur les restrictions à la concurrence qui sont problématiques sous l'angle de l'accès au marché, soit selon cet auteur, en priorité, les cartels accompagnés de boycotts, les restrictions verticales qui tendent à exclure des participants du marché et les discriminations de nature monopolistique.

316 Idem, p. 24.

317 E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON, *Conclusions and Recommendations*, op. cit., p. 567: «Virtually all competition-policy specialists agree that under most circumstances, cartels are bad. Thus, nearly all competition laws in place include anticartel provisions. Furthermore, convergence already exists. Thus, it would be relatively easy to achieve international consensus on a world-wide agreement to ban most cartels...».

dans le cadre de l'OMC³¹⁸. Cette approche repose sur l'idée que le système commercial multilatéral sera incomplet tant et aussi longtemps que les principes de la concurrence efficace n'y auront pas été ancrés³¹⁹. Malgré les tentatives infructueuses par le passé, une véritable constitution mondiale du droit de la concurrence devrait être entreprise en droit du GATT/OMC et soumise à la supervision d'une autorité supranationale rattachée à l'OMC (*International Antitrust Authority*)³²⁰.

Les propositions formulées par SCHERER vont également dans ce sens³²¹. Selon cet auteur, les candidats les plus probables de l'harmonisation internationale sont les cartels d'exportation et d'importation, les abus de position dominante sur des marchés mondiaux et les procédures de contrôle des concentrations. Une autorité supranationale (*International Competition Office*) devrait mettre en œuvre les standards internationaux sept ans après sa création.

Selon BASEDOW³²², un accord sur la concurrence à l'OMC devrait être contraignant, sans toutefois énoncer des règles directement applicables. Il devrait contenir une interdiction *per se* des ententes horizontales dures. Les autres ententes horizontales devraient être soumises à la règle de raison. Les restrictions verticales devraient être évaluées au cas par cas, à l'exception de celles qui fixent les prix de revente et celles qui dissimulent des ententes horizontales dures, qui devraient être interdites *per se*. L'abus de position dominante devrait être réglé de manière similaire à l'article 82 (ex 86) CE. Un contrôle matériel des concentrations d'entreprises ne

318 P. NICOLAIDES, *For a World Competition Authority: The Role of Competition Policy in Economic Integration and the Role of Regional Blocks in internationalizing Competition Policy*, JWT 30/1996, p. 131.

319 Cf. ci-dessus p. 151 ss.

320 W.R. SCHLIEP, *Das GATT und das übernationale Kartell- und Monopolrecht*, op. cit., p. 93 ss., p. 107; D. RHINER, op. cit., p. 217 ss.

321 F. SCHERER, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, The Brookings Institution, Washington D.C. 1994.

322 J. BASEDOW, *Weltkartellrecht*, op. cit., p. 109 s.; ses recommandations «... sind im Materiellen wie im Prozeduralen nicht auf die Herstellung eines Idealzustandes gerichtet, sondern als pragmatischer Leitfaden für Gespräche über den Einstieg in die Kartellrechtsvereinheitlichung gedacht».

serait pas nécessaire, mais une harmonisation des procédures de notification. Une autorité internationale de la concurrence devrait être instituée («*Internationale Wettbewerbsagentur*»), qui n'aurait pas de pouvoir décisionnel mais des compétences pour recevoir des notifications, des compétences de conseil et d'enquête. Le droit matériel de la concurrence devrait être mis en œuvre selon la procédure de règlement des différends de l'OMC qui devrait être adaptée aux spécificités du droit de la concurrence. Non seulement les Etats, mais également l'autorité internationale de la concurrence et/ou des particuliers devraient se voir reconnaître un droit d'action dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC.

La procédure de règlement des différends de l'OMC devrait être adaptée sur plusieurs points aux particularités du droit de la concurrence. Selon BASEDOW³²³: (i) les délais sont trop courts pour permettre la recherche d'informations auprès des entreprises; (ii) il faudrait que tous les Etats membres de l'OMC, et pas seulement les Etats parties à un Accord plurilatéral sur la concurrence aient une obligation de coopération dans le cadre de la procédure d'instruction de la pratique commerciale restrictive en cause; (iii) comme la procédure concernerait en premier lieu des intérêts privés, il conviendrait de conférer aux entreprises un droit de demander l'ouverture d'une procédure de règlement des différends. Pour éviter une avalanche d'actions, une procédure de filtrage des cas importants du point de vue du commerce international devrait être mise en place; (iv) dans le cas d'une plainte d'un Etat, la procédure devrait être ouverte automatiquement; (v) un droit d'action devrait être conféré à une autorité internationale de la concurrence; (vi) la partie défenderesse serait toujours un Etat auquel il serait reproché soit une transposition insuffisante du droit international de la concurrence en droit national, soit une mise en œuvre insuffisante du droit national (qui transpose le droit international) dans un cas particulier.

En cas d'action par un particulier ou par l'autorité internationale de la concurrence, et au cas où un Groupe spécial ferait des recommandations à un Etat membre, il se poserait la question de savoir quel

323 J. BASEDOW, *Weltkartellrecht*, op. cit., p. 108 s.

Etat membre pourrait retirer des concessions conformément à l'article 22 du Mémorandum d'Accord, au cas où l'Etat membre défendeur ne mettrait pas en œuvre les recommandations du Groupe spécial. Selon BASEDOW, les recommandations du Groupe spécial n'auraient qu'une valeur constatatoire, mais elles ne seraient néanmoins pas dépourvues d'effet, car elles affaibliraient la position de l'Etat membre concerné dans le cadre des négociations commerciales internationales³²⁴.

I. Des lois uniformes et des marchés non uniformes

L'harmonisation internationale du droit de la concurrence n'est pas suffisante³²⁵. Une même pratique commerciale restrictive peut produire des effets différents sur les marchés de différents Etats. Dans la mesure où les faits à évaluer ne seront pas les mêmes sur les différents marchés pertinents, une législation, même uniforme, produira inévitablement des résultats différents. C'est dire que l'harmonisation internationale n'est pas apte, dans le domaine du droit de la concurrence, à produire des résultats uniformes. Si deux entreprises fusionnent dans un Etat, leurs parts de marché dans cet Etat peuvent être insignifiantes et ne soulever aucune objection, mais être importantes dans un autre Etat et nécessiter un examen approfondi. ULRICH observe très justement que :

... antitrust rules will produce uniform, i.e., non-conflicting, results only if the markets they govern are uniform in terms of conditions of entry, structure, legal regulation etc... Antitrust harmonisation will never produce more harmony than the divergences of the frameworks allow... Therefore, as a

324 Idem.

325 Cf. aussi D. WOOD, *International Standards for Competition Law: An Idea Whose Time Has Not Come*, op. cit.; D. WOOD, *A Cooperative Framework For National Regulators*, Chicago-Kent Law Review 1996, p. 521 ss.

matter of principle and factual reality, generalized antitrust harmonisation is of little promise³²⁶.

Prenons l'exemple de la fusion entre l'UBS et la SBS qui a fait l'objet d'un contrôle aux Etats-Unis, en Europe et en Suisse. Elle concernait avant tout des marchés internationaux, mais aussi, dans une moindre mesure, des marchés ayant des spécificités locales importantes, comme le marché des crédits hypothécaires et celui des crédits aux entreprises. Si la concentration avait fait l'objet d'un examen unique par une autorité supranationale au niveau mondial, le résultat aurait été certainement très différent, en particulier en Suisse. En effet, il est douteux qu'une autorité supranationale eût été mieux à même qu'une autorité nationale pour délimiter les marchés en fonction des spécificités linguistiques, culturelles et économiques et pour analyser les effets de la concentration sur les différents marchés pertinents en Suisse³²⁷. Le fait que les législations sur la concurrence ont un contenu différent n'est à notre avis pas le problème principal du droit international de la concurrence³²⁸. Les difficultés trouvent à notre avis essentiellement leur origine dans l'absence d'entraide administrative internationale entre autorités de la concurrence. L'harmonisation internationale devrait se limiter à ce qui est nécessaire pour permettre une entraide administrative internationale efficace.

326 H. ULLRICH, *International Harmonisation of Competition Law: Making Diversity a Workable Concept*, op. cit., p. 55 s.

327 Décision UBS/SBS, DPC 1998/2, p. 278.

328 H. FIRST, *Theories of Harmonization, a Cautionary Tale*, in: H. ULLRICH (ed.), *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998, p. 17 ss.; D. MELAMED, *International Cooperation in Competition Law and Policy: What Can Be Achieved at The Bilateral, Regional and Multilateral Levels*, JIEL 1999, p. 423 ss.; R. PIROWSKI, op. cit., p. 403 ss.

Chapitre V

L'entraide administrative internationale en droit de la concurrence

A. Les limites procédurales à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence

Ni l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, ni l'application du droit étranger de la concurrence, ni l'harmonisation internationale ne permettent à notre avis de résoudre les problèmes du droit international de la concurrence en l'absence d'entraide administrative internationale. Dans une économie globalisée, les autorités de la concurrence ne « luttent » pas à arme égale avec les acteurs du secteur privé lorsque ces derniers cherchent à fausser le jeu de la concurrence à l'échelle internationale.

L'application extraterritoriale du droit de la concurrence n'est pas suffisante car elle présente des lacunes d'exécution qui peuvent être résumées comme suit :

- la non-application du droit national de la concurrence aux pratiques commerciales restrictives qui produisent des effets à l'étranger, en particulier les cartels d'exportation³²⁹;
- les limites naturelles auxquelles la théorie des effets se heurte lorsque le centre des activités constituant les pratiques commerciales restrictives se situe à l'étranger;
- les limites procédurales qui en résultent, du fait que l'Etat des effets ne peut pas procéder à des notifications, à des recherches de preuves ou à des mesures d'exécution sur territoire étranger.

329 Cf. ci-dessus p. 190 ss.

1. La notification d'actes de procédure à l'étranger

Des difficultés peuvent déjà se produire au stade de la notification à l'étranger de l'ouverture d'une enquête. Les procédures en droit de la concurrence commencent en général, dans les systèmes européens, par une enquête préalable, suivie, s'il existe suffisamment d'indices d'une restriction illicite à la concurrence, par une enquête ordinaire. La décision d'ouvrir une enquête ordinaire doit être notifiée aux entreprises concernées afin de garantir leur droit d'être entendu.

En droit européen, la question se pose de savoir si la communication des griefs à une entreprise à l'étranger peut constituer une violation du droit international public dans la mesure où elle devrait être qualifiée d'acte de puissance publique sur territoire étranger³³⁰. Dans l'affaire *Geigy SA c. Commission*, la Commission avait envoyé la communication des griefs directement à l'entreprise Geigy en Suisse. L'entreprise l'avait retournée, sur instruction des autorités suisses, en alléguant que la notification violait la souveraineté de la Suisse et était contraire à la fois au droit suisse et au droit international public. La CJCE a rejeté cet argument³³¹. Elle a jugé que, à condition que l'entreprise située dans un Etat tiers ait effectivement reçu la notification lui permettant de prendre connaissance de la communication des griefs, la notification est valable. Il est par conséquent suffisant, sous l'angle du droit européen, de notifier directement la communication des griefs à une entreprise à l'étranger. En cas de notification adressée à une filiale ou à un établissement

330 R. WHISH, op. cit., p. 382, relève l'incertitude de la question tout en répondant plutôt par l'affirmative; M. REHINDER, op. cit., p. 90, n° 119 est du même avis: «Bei Unternehmen aus Drittstaaten kann eine Übermittlung an die inländische Niederlassung oder Vertretung erfolgen, sofern das Verfahren im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Stützpunktes in der Gemeinschaft steht. Fehlt es an einem solchen persönlich-räumlichen Gemeinschaftsbezug, so ist zweifelhaft, ob die Mitteilung durch Einschreiben mit Rückschein an den Sitz des Drittlandunternehmens erfolgen kann».

331 CJCE, arrêt *Geigy SA c. Commission* du 14.7.1972, aff. 52/69, Rec. 1972, p. 787.

d'une société étrangère dans l'UE, la société étrangère ne saurait se prévaloir du fait que la notification aurait dû avoir lieu par la voie diplomatique³³².

Dans l'affaire *Volkswagen*, ce sont les autorités suisses de la concurrence qui, à leur tour, pour la première fois, ont fait l'expérience des limites procédurales au stade de la notification. Dans ce cas, les autorités suisses ont cherché à notifier l'ouverture de l'enquête au sens de l'article 27 LCart 1995 à l'entreprise Volkswagen, en Allemagne, du fait que celle-ci n'avait pas de filiale en Suisse. Or, l'entreprise Volkswagen a refusé la notification. Par la suite, la notification par la voie diplomatique par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) au gouvernement allemand n'a pas non plus fonctionné car ce dernier s'est refusé à transmettre l'ouverture de l'enquête à l'entreprise Volkswagen³³³. Ce cas montre les limites qui existent actuellement déjà au stade de la notification de l'enquête.

Plus importantes encore sont les limites au stade de la notification d'une demande de renseignements à une entreprise à l'étranger. Si une entreprise située dans le marché commun ne fournit pas les renseignements demandés de manière spontanée, la Commission européenne peut les requérir formellement par la voie d'une décision administrative sujette à recours, assortie d'une menace de sanction³³⁴. Cette décision est envoyée par courrier recommandé avec accusé de réception. Or il est généralement considéré que la notifi-

332 CJCE, arrêt *ICI c. Commission* du 14.7.1972, aff. 48/69, Rec. 1972, p. 619; cf. aussi arrêt *Europemballage et Continental Can c. Commission* du 21.2.1973, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215.

333 C. BAUDENBACHER, *Von Farbstoff zu Boeing – Extraterritoriale Anwendung des Europakartellrechts*, op. cit., p. 25 ss.

334 Selon l'art. 11 ch. 5 du règlement n° 17 du Conseil du 6.2.1962, «Si une entreprise ou association d'entreprises ne fournit pas les renseignements requis dans le délai imparti par la Commission, ou les fournit de manière incomplète, la Commission les demande par voie de décision. Cette décision précise les renseignements demandés, fixe un délai approprié pour y répondre et indique les sanctions prévues à l'article 15 paragraphe 1 alinéa b, et à l'article 16 paragraphe 1 alinéa c, ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre cette décision».

cation directe d'une décision sur la base de l'article 11 chiffre 5 du règlement n° 17/62 à une entreprise située dans un Etat tiers équivaut à un acte de puissance public sur territoire étranger contraire au droit international public³³⁵. En l'absence de traité international autorisant expressément une telle notification, celle-ci doit se faire par la voie diplomatique.

Enfin, des difficultés peuvent survenir au stade de la notification d'une décision finale à l'étranger. BAUDENBACHER écrit à ce sujet que

Sie fällt angesichts des Zwangscharakters unter die Ausübung von Hoheitsgewalt, weshalb sie in Drittstaaten ohne Zustimmung des Souveräns nicht ohne Verletzung völkerrechtlicher Grundsätze erfolgen kann. Theoretisch ist es zwar möglich, auf den Weg der diplomatischen Zustellung auszuweichen. Die Bereitschaft von Drittstaaten, diesem Ansinnen nachzukommen, wird sich freilich in Grenzen halten³³⁶.

2. La recherche de preuves à l'étranger

Pour réunir des informations à l'étranger, une autorité de la concurrence peut reposer sur la coopération spontanée des entreprises. Elle peut aussi demander aux entreprises des informations sans faire usage de contrainte, mais en faisant allusion à des moyens de contrainte de nature juridique ou économique³³⁷. Lorsqu'elle ne parvient pas à obtenir les informations désirées, elle peut faire usage des moyens de contrainte mis à sa disposition par la loi (injonction de présenter des documents, inspections sur place, etc.). Or c'est là que, dans un contexte international, ses moyens d'action trouvent leurs limites. En effet, l'exécution, sur territoire étranger,

335 C. BAUDENBACHER, *Von Farbstoff zu Boeing – Extraterritoriale Anwendung des Europakartellrechts*, op. cit., p. 22 s.; R. WHISH, op. cit., p. 383.

336 C. BAUDENBACHER, *Von Farbstoff zu Boeing – Extraterritoriale Anwendung des Europakartellrechts*, op. cit., p. 23 ss.

337 P. MOZET, *Die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991, p. 8 s. avec exemple d'une demande d'information de la Division antitrust du Département de Justice des Etats-Unis.

sans autorisation, d'actes relevant de la puissance publique, est contraire au droit international public³³⁸.

En pratique, cette limitation réduit fortement les moyens d'action des autorités de la concurrence dans un contexte international. Selon BINGAMAN,

The Antitrust Division currently has some thirty active Sherman Act investigations and cases with substantial international aspects. The most difficult challenge in these matters – and too often the biggest frustration – is getting information and documents from outside the United States³³⁹.

Le rapport du groupe d'experts de l'Union européenne au sujet de la politique de la concurrence dans le nouvel ordre commercial multilatéral souligne que:

la recherche sur un territoire étranger des informations nécessaires pour établir l'existence d'infractions se heurte, en l'absence d'une coopération internationale, à des obstacles légaux et pratiques; l'autorité de la concurrence risque alors de devoir renoncer, faute d'éléments de preuve suffisants à poursuivre les infractions alléguées³⁴⁰.

Dans la mesure où la théorie de l'unité économique est reconnue, un moyen de contourner cet obstacle est d'ordonner à la filiale (sur territoire national) d'une société mère (à l'étranger) de produire les documents en possession de la maison mère à l'étranger ou, à l'inverse, d'ordonner à la maison mère (sur territoire national) de produire des documents en possession d'une filiale (à l'étranger)³⁴¹.

338 CPJI, affaire *SS Lotus*, 1927, Série A, n° 10, p. 19.

339 A.K. BINGAMAN, *Statement Before the Committee on the Judiciary, US Senate, concerning the International Antitrust Enforcement Act of 1994*, 4.8.1994.

340 COMMISSION EUROPÉENNE (DG IV, éd.), *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international*, Rapport du Groupe des Experts, Office des publications officielles des Communautés européennes, Bruxelles, Luxembourg 1995, p. 8.

341 Pour la pratique du Bundeskartellamt allemand, cf. P. MOZET, *Die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, op. cit. p. 6 ss.; pour la pratique de la Commission européenne, cf. E. FRIEDEL-SOUCHU, op. cit. p. 198 ss.; pour la pratique des autorités de la concurrence aux Etats-Unis, cf. Th. O. KUHMAN, *Das Ermittlungsverfahren im internationalen Kartellrecht der USA, Eine Unter-*

Cette manière de procéder ne fait toutefois pas l'unanimité. BAUDENBACHER observe, en rapport avec la pratique de la Commission européenne, que:

Was die Fälle der belastenden Entscheidungen anlangt, so wurde vereinzelt die Auffassung vertreten, die Kommission könne im Rahmen einer Nachprüfung nach Art. 14 Vo Nr. 17 bei einem Tochterunternehmen oder allgemein einer Geschäftsstelle des betroffenen Drittstaat-Unternehmens mit Sitz in der Gemeinschaft auch die Vorlage von ausserhalb der Gemeinschaft belegenden Dokumenten verlangen. Dem kann nicht zugestimmt werden, auch wenn die Auffassung trifft, dass hier eine "echte Lücke" im Ermittlungsverfahren der Kommission besteht ... Das Vorlagerecht umfasst nur Unterlagen, die im Unternehmen aufbewahrt werden. Weder sind die Betroffenen zu einer Tatsachenermittlung ausserhalb ihres Unternehmensbereichs verpflichtet noch kann ihnen eine Beschäftigungspflicht für Unterlagen ausserhalb ihres Unternehmens auferlegt werden³⁴².

D'autres faiblesses sont inhérentes à la théorie de l'unité économique. Elle est inapplicable en l'absence de présence physique sur le territoire national³⁴³. Ensuite, elle n'est d'aucune utilité lorsque les rapports entre les différentes sociétés qui composent un même groupe sont éloignés, de sorte que la filiale agit de manière tout à fait indépendante par rapport à la maison mère³⁴⁴.

suchung zur Praxis der amerikantschen Kartellbehörden bei der inländischen und grenzüberschreitenden Sachverhaltsaufklärung im Kartellverfahren, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1986; *Alcan International Ltd v. S.A. Day*, 94-CV-286 (WDNY) avec commentaire dans ECLR 1/1997 R-18: «a magistrate judge presiding over a discovery dispute in a deceptive trade practices case between two US corporations recently held that the plaintiff could be compelled to obtain relevant documents from its German affiliate even though that affiliate is not a party to the dispute».

342 C. BAUDENBACHER, *Von Farbstoff zu Boeing – Extraterritoriale Anwendung des Europakartellrechts*, op. cit., p. 22 s.

343 Cf. par exemple l'arrêt (CJCE) *plûte de bois* du 27.12.1988, aff. jointes 89/85, Rec. 1988, p. 5193 ss. ou la décision *Volkswagen* du 28.1.1998, JO n° L 124 du 25.4.1998, p. 60.

344 J. BASEDOW, *Weltkartellrecht*, op. cit., p. 32: «Je kleiner, mittelbarer und weiter verstreut die Beteiligungen und Schachtelbeteiligungen an Gesellschaften im Konzernverbund sind, desto schwerer fällt es, dem einen oder anderen Unternehmen die wirtschaftliche Leistungsmacht zuzuschreiben.»

L'entraide administrative internationale se révèle alors nécessaire. Elle devrait prévoir soit que l'autorité de la concurrence de l'Etat des effets puisse procéder à des actes d'instruction sur le territoire de l'Etat d'origine, soit que l'autorité de la concurrence de l'Etat des effets puisse demander à l'autorité de la concurrence de l'Etat d'origine de procéder elle-même aux actes d'instruction et de lui en transmettre le résultat.

3. *L'absence de reconnaissance et d'exécution forcée de décisions étrangères*

En l'absence d'entraide administrative internationale, il n'existe pas de moyen permettant d'assurer la reconnaissance et l'exécution des décisions à l'étranger. Trois types de décisions peuvent être distingués: (i) celles prononçant une amende, (ii) celles ordonnant un certain comportement ou une abstention, (iii) celles prononçant une exemption.

Dans le cas de décisions prononçant une amende, cette lacune peut être comblée lorsque l'entreprise étrangère dispose d'actifs sur le territoire national³⁴⁵. L'expérience montre toutefois que, dans les cas où la Commission européenne a prononcé une amende à

345 Exemples de condamnations d'entreprises suisses à des amendes par la Commission européenne:

- en 1969, la Commission a condamné le cartel des colorants pour pratique concertée s'agissant des prix. Parmi les entreprises condamnées: Ciba, Geigy et Sandoz;
- en 1991, la Commission a condamné le groupe Tatra Pak dont le siège est à Pully, pour abus de position dominante, à une amende de 75 mio. ECU;
- en 1994, la Commission a condamné le cartel du ciment pour un montant total de 248 mio. ECU. Parmi les entreprises condamnées, la société Holderbank financière SA à Glaris, pour un montant de 5,33 mio. ECU (décision *ciment* du 30.11.1994, JO n° L 343 du 30.12.1994, p. 1; NZZ du 1.12.1994, n° 281, p. 21);
- en 1994, la Commission a condamné le cartel du carton pour un montant total de 132 mio. ECU (décision *carton* du 13.7.1994, JO n° L 243 du 19.9.1994, p. 28).

l'encontre d'entreprises ne disposant pas d'actifs dans l'UE, il n'y a en général pas eu de difficultés au stade de la reconnaissance et de l'exécution forcée³⁴⁶. Il n'est bien sûr pas possible d'exclure qu'un cas problématique se présente à l'avenir. A ce jour, le seul cas problématique connu est l'affaire *Tretorn*³⁴⁷.

Plus délicate est la situation dans laquelle une autorité de la concurrence ordonne un comportement positif ou la cessation d'un comportement à l'étranger. *Exemple*: dans l'affaire *Gillette*, la Commission européenne a ordonné à l'entreprise Gillette, aux Etats-Unis, de réassigner des marques sur le marché dans des Etats tiers afin de supprimer les distorsions de concurrence à l'intérieur du marché commun³⁴⁸. Dans ce type de situation, il n'existe pas de moyen juridique pour faire assurer le respect de la décision à l'étranger.

Dans le cas d'une décision d'exemption de la Commission européenne déclarant qu'un accord n'est pas contraire à l'article 81 (ex 85) paragraphe 1 CE en vertu de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE, il est dans l'intérêt des entreprises que cette décision soit reconnue dans les Etats tiers. Si les autorités de la concurrence des Etats membres de l'UE ont un jour la compétence de prononcer des exemptions sur la base du droit européen de la concurrence, il sera également dans l'intérêt des entreprises que la décision nationale d'exemption soit reconnue dans les autres Etats membres de l'UE. Pour l'heure, aucun mécanisme ne garantit une telle reconnaissance automatique.

346 Décision *parchemin végétal* du 23.12.1977, JO n° L 70 du 13.3.1978, p. 54; la Commission n'a pas eu de difficultés à obtenir le paiement d'une amende de 15'000 ECU par une entreprise finlandaise qui n'avait pas de filiale ni de bureau à l'intérieur du marché commun.

347 Décision *Tretorn* du 21.12.1994, JO n° L 378, p. 45 note 152.

348 Décision *Warner-Lambert/Gillette* du 10.11.1992, JO n° L 116 du 12.5.1993, p. 61.

B. L'avis de la *Monopolkommission* allemande de 1997 en faveur d'un accord plunilatéral de coopération internationale en droit du GATT/OMC

La *Monopolkommission* élabore tous les deux ans, en vertu de la *GWB*, un avis principal au sujet de questions actuelles de la politique de la concurrence. L'avis 1996/1997, consacré à l'ouverture internationale des marchés, contient un chapitre spécial sur le développement du droit international de la concurrence. A cette occasion, la *Monopolkommission* a formulé des recommandations très intéressantes en vue de règles plunilatérales sur la concurrence dans le cadre de l'OMC³⁴⁹.

La *Monopolkommission* est d'avis que l'action internationale dans le cadre de l'OMC devrait, en priorité, contribuer à renforcer l'efficacité des législations nationales sur la concurrence en renforçant l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Elle ne préconise pas l'adoption de règles de fond au niveau multilatéral, si ce n'est sous forme de principes généraux comme la transparence et la non-discrimination. Un accord sur la concurrence pourrait contenir l'obligation pour les Etats de réduire la portée des exemptions au droit de la concurrence, de les revoir périodiquement et de limiter leur application dans le temps. Mais il ne devrait pas empiéter sur la souveraineté des Etats en droit de la concurrence. La MONOPOLKOMMISSION souligne que

Die Entwicklung detaillierter Einzelbestimmungen auf breiter Basis ist auf absehbare Zeit nicht konsensfähig und durchführbar. Innerhalb der Staatengemeinschaft bestehen gravierende wettbewerbspolitische Divergenzen. Ferner besteht derzeit keine erkennbare Bereitschaft, kartellrechtliche Kompetenzen an eine internationale Behörde abzugeben. Eine einheitliche Anwendungspraxis kann daher nicht entstehen. Ebensowenig liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass Staaten in Zukunft auf ihre wettbewerbspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten verzichten werden³⁵⁰.

349 BUNDESKARTELLAMT, *Monopolkommission*, *Markttöffnung umfassend verwirklichen*, op. cit.

350 Idem, p. 34.

La reconnaissance internationale de la théorie des effets pourrait contribuer à améliorer le contrôle des restrictions à la concurrence de dimension internationale. Dans les cas de discrimination évidente des marchés étrangers (comme par exemple celui des cartels d'exportation), un autre critère de rattachement que la théorie des effets devrait s'appliquer. Cette dernière n'est d'aucune aide puisqu'elle ne protège que la concurrence sur le marché intérieur. Selon la MONOPOLKOMMISSION:

Zielen Wettbewerbsbeschränkungen auf einen Auslandsmarkt und haben sie auch keinen mittelbaren negativen Rückwirkungen auf den Inlandsmarkt, werden sie in aller Regel nicht verfolgt. Darin kommt deutlich Wertungswiderspruch zum Ausdruck: Staaten, die ihren Inlandsmarkt in Anwendung des Auswirkungsprinzips schützen, erlauben inländischen Unternehmen wettbewerbsverzerrende Praktiken, die sich im Ausland nachteilig auswirken. Offensichtlich wird dies bei reinen Exportkartellen, aber auch Zusammenschlüsse und vertikale Absprachen können ausländische Konsumenten und Produzenten mit Nachteilen belasten... Besserung könnte insofern die Anwendung des Inländerkonzepts bieten. Dieses knüpft an ein Handeln oder eine Niederlassung im Inland an und könnte das Auswirkungsprinzip ergänzen³⁵¹.

Mais la *Monopolkommission* constate également que l'application simultanée de la théorie des effets et du rattachement national peut conduire à des conflits de compétence et augmenter les coûts de transaction. C'est pourquoi, le rattachement national devrait s'appliquer uniquement aux cas patents de discrimination des marchés étrangers, c'est-à-dire dans un premier temps aux cartels à l'exportation³⁵².

En ce qui concerne le renforcement de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence, plusieurs éléments pourraient faire l'objet d'un accord dans le cadre de l'OMC:

Zum einen ist dafür zu sorgen, dass Wettbewerbsbehörden Ermittlungshandlungen auch zum Schutz ausländischer Märkte vornehmen dürfen und unter bestimmten Voraussetzungen durchführen müssen. Zum anderen ist der Informationsaustausch – unter Berücksichtigung von Gegenseitigkeit und Zweckbindung sowie berechtigter Interesse betroffener Unternehmen – auf vertrau-

351 Idem, p. 489.

352 Ibidem.

liche Daten auszudehnen. Zunächst könnten derartige Vereinbarungen auf Staaten beschränkt bleiben, die über nationale Geheimhaltungsvorschriften verfügen und deren Einhaltung auch in der Praxis gewährleisten. Echte Amtshilfeabkommen sollten ferner die Zustellung und Vollstreckung ausländischer Hoheitsakte ermöglichen³⁵³.

Par ailleurs, un consensus au sujet de l'interdiction des ententes injustifiables («*hard core cartels*») qui recouvrent les ententes sur les prix, les ententes de partage des marchés et de restriction de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir, devrait former le point de départ de discussions au sujet de règles matérielles dans le cadre de l'OMC³⁵⁴.

C. Les pratiques commerciales restrictives produisant des effets dans plusieurs pays

Lorsqu'une même même pratique commerciale restrictive à laquelle déploie des effets dans plusieurs pays, il est possible qu'elle fasse l'objet de procédures parallèles. *Exemple*: deux entreprises dans deux pays A et B ont formé une entente horizontale pour fermer le marché des deux pays et fixer les prix dans ces deux pays. Les effets se font sentir dans les deux pays A et B. Dans ce cas, il est dans l'intérêt commun des autorités de la concurrence des pays A et B de coopérer entre elles afin d'éliminer cette entente, d'éviter des conflits de juridiction et d'échanger les informations pertinentes en leur possession, et il n'y a, a priori, pas de raison que ces deux pays ne co-opèrent pas. De même, lorsqu'une entreprise ayant une position dominante dans un pays A abuse de sa position dominante et que ce comportement produit des effets dans les pays A et B, il est dans l'intérêt des deux pays de remédier à cette situation.

353 Idem, p. 506.

354 Idem, p. 507.

Les entreprises concernées n'ont, quant à elles, pas forcément intérêt à fournir les informations demandées. Leur motivation à coopérer variera d'un cas à l'autre en fonction de critères comme le risque d'une condamnation ou du prononcé d'une amende ou la probabilité que les autorités de la concurrence ne parviennent pas à réunir les informations nécessaires. Dans certains cas, les entreprises concernées autorisent les autorités de la concurrence à échanger des informations entre elles, y compris des informations de nature confidentielle. Cette manière de procéder peut comporter certains avantages qui l'emportent sur une attitude non coopérative: réduire les frais engendrés par des procédures parallèles, simplifier la procédure ou réduire le risque de s'exposer à des sanctions multiples.

Un autre exemple est celui des concentrations d'entreprises. Du fait qu'elles produisent de plus en plus souvent des effets dans plusieurs pays, elles entrent dans le champ d'application de plusieurs législations sur la concurrence. Ceci augmente le risque de décisions contradictoires et de conflits. Un exemple classique est la fusion *Gillette/Wilkinson* qui a fait l'objet d'un contrôle simultané par quatorze autorités de la concurrence³⁵⁵. Dans ce domaine, il est dans l'intérêt des autorités de la concurrence et aussi des entreprises de coopérer entre elles.

D. Les pratiques émanant d'entreprises d'un même pays et produisant des effets à l'étranger: l'exemple des cartels d'exportation

Certaines pratiques commerciales restrictives produisent des effets à l'étranger, mais seulement dans une moindre mesure, voire pas

355 Pour une description de l'analyse dans les différentes juridictions concernées, cf. D. WOOD/R. WHISH, *Merger Cases in the Real World: A Study of Merger Control Procedures*, OCDE, 1994, p. 53 ss.

du tout dans l'Etat d'origine. L'exemple type est celui des cartels d'exportation. Mais il peut également s'agir d'autres types de restrictions à la concurrence, par exemple un abus de position dominante ou une concentration d'entreprise produisant des effets à l'étranger.

Exemple: une entreprise exportatrice est située dans le pays A. Elle dispose d'une position dominante dans le pays B et abuse de sa position dominante dans le pays B. L'autorité de la concurrence du pays B, où les effets de l'abus de position dominante se font sentir, n'a pas les moyens d'instruire et de sanctionner l'abus de l'entreprise située dans le pays A. Le problème est que, même si l'autorité de la concurrence du pays A est prête à voler au secours de l'autorité de la concurrence du pays B où les effets se font sentir, elle n'est pas en mesure de le faire, du fait qu'il n'y a pas d'effets sur son territoire. Pour résoudre un tel cas, l'entraide administrative internationale est nécessaire. Elle devrait prévoir soit que (i) l'autorité de la concurrence du pays A instruit le cas avec l'aide de l'autorité de la concurrence du pays B, soit que (ii) l'autorité de la concurrence du pays B est compétente pour instruire le cas, bien qu'aucun effet ne se fasse sentir sur son territoire.

Les pratiques commerciales restrictives qui produisent des effets à l'étranger ont les caractéristiques suivantes. Le problème de concurrence a lieu dans le pays d'origine mais les effets se font sentir à l'étranger. L'Etat où les effets se font sentir ne dispose généralement pas de moyens de preuve suffisants sur son territoire pour établir une infraction et prononcer une interdiction ou une sanction.

Pour des raisons commerciales, les cartels à l'exportation sont en principe exemptés du champ d'application du droit de la concurrence des pays exportateurs. Cette solution est la conséquence du fait que le droit de la concurrence vise essentiellement à protéger le bien-être du consommateur dans l'économie nationale, et pas dans les marchés étrangers. L'exemption des cartels à l'exportation est censée permettre aux petites et moyennes entreprises de collaborer entre elles afin de conquérir les marchés étrangers.

1. Le droit antitrust américain

L'exonération des cartels à l'exportation remonte au *Webb-Pomerene Act* de 1918³⁵⁶. A l'origine, l'adoption de cette loi a été encouragée par la FTC afin de permettre aux entreprises nationales de concurrencer les ententes étrangères³⁵⁷. Cette loi exempte les associations d'entreprises qui répondent aux conditions suivantes: (i) les exportations ne doivent pas avoir d'autre but que le commerce d'exportation et n'exercer aucune autre activité; (ii) l'exportation doit porter exclusivement sur des marchandises; (iii) les associations ne doivent pas gêner les exportations de leurs concurrents américains; (iv) elles ne doivent pas entraîner des modifications de prix ou des pratiques commerciales restrictives sur le marché américain.

Les *Webb-Pomerene associations* doivent être notifiées à la FTC et notifier des rapports périodiques. L'avantage est que cela les immunise d'actions en vertu du *Sherman Act*. Mais en pratique, deux principaux obstacles ont limité l'intérêt de cette procédure. D'abord, les exportations ne doivent porter que sur des marchandises. Ensuite, les conditions pour obtenir l'immunité ont été interprétées de manière restrictive³⁵⁸. Ainsi, par exemple, il est interdit aux associations d'exportation de racheter des concurrents étrangers aux fins de les écarter du marché américain³⁵⁹. Les consommateurs américains doivent bénéficier de la chute des prix consécutive à des excédents de production sur le marché américain³⁶⁰. La part des

356 B. HAWK, *United States, Common Market, and International Antitrust*, op. cit., p. 264 ss.; J. R. ATWOOD/K. BREWSTER, *Antitrust and American Business Abroad*, 2 vol., 2nd ed., Colorado Springs 1981, p. 312 ss.; S. WALLER, *International Trade and U.S. Antitrust Law*, CBC, Deerfield, New York, Rochester, Release 1995, § 6.05.

357 FEDERAL TRADE COMMISSION, *Report on Cooperation in American Export Trade*, 1916; FEDERAL TRADE COMMISSION, *Webb-Pomerene Associations: A 50 Years Review*, 1967.

358 J. BASEDOW, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés*, op. cit., p. 134; E. FRIEDL-SOUGHU, op. cit., p. 69; S. WALLER, op. cit., § 6.05, p. 6 ss.

359 Décision *Export Screw Association*, 43 FTC 980 (1947).

360 Décision *US v. US Alkali Export Association*, 86 F. Supp. 59 (SDNY, 1949).

exportations exonérées dans le cadre du *Webb-Pomerene Act* est tombée de 20% dans les années trente, pour l'ensemble des exportations américaines, à 2% seulement dans les années 80³⁶¹.

Afin de renforcer les faiblesses du *Webb-Pomerene Act*, l'exemption des cartels à l'exportation a été étendue par le Congrès en 1982 par le *Export Trading Company Act*. Cette loi a pour but d'améliorer les conditions juridiques des exportations américaines. Elle prévoit une procédure de déclaration et d'exonération pour les pratiques restrictives de la concurrence sur les marchés étrangers. Elle s'applique non seulement aux exportations de marchandises, mais aussi aux prestations de service et aux transferts de technologie. Elle n'est pas uniquement ouverte aux seules associations d'exportation pure, mais elle est limitée aux activités d'exportation. La procédure est appliquée par le Ministère du commerce en accord avec le Ministère de la justice, qui peut délivrer un certificat (*export trade certificat of review*). Ce sont donc des autorités chargées de la politique gouvernementale qui l'appliquent et non pas les autorités de concurrence. L'exonération entraîne une présomption réfutable de légalité. Une action antitrust étatique est exclue et l'action privée ne peut aboutir qu'à des dommages-intérêts simples. Le certificat n'immunise bien sûr pas contre des actions d'autorités étrangères de la concurrence.

Les certificats permettent aux entreprises de fixer les prix, de partager les territoires ou de fixer les quantités de biens ou de services à produire, pour autant que cela concerne les marchés étrangers³⁶². Ils permettent aussi aux membres de l'association d'exportation d'échanger des informations relatives aux ventes, aux stratégies d'entreprises et aux prix, pour autant que ces informations se réfèrent uniquement aux exportations.

361 J. BASEDOW, *Weltkartellrecht*, op. cit., p. 234.

362 S. WALLER, op. cit., § 6.05, p. 6 ss.

2. Le droit européen de la concurrence

En droit européen, comme en droit antitrust américain, les cartels d'exportation sont licites lorsque leurs effets se produisent exclusivement à l'extérieur du territoire de la Communauté³⁶³. L'exemption des cartels d'exportation résulte de la jurisprudence de la CJCE, selon laquelle une pratique commerciale restrictive destinée à ne produire des effets que sur les marchés étrangers, n'affecte pas le commerce entre Etats membres au sens du droit européen de la concurrence³⁶⁴. Dans le cas de l'entente du sucre, les entreprises participantes s'étaient entendues sur les prix et les quantités de leurs exportations dans des Etats tiers afin d'exercer une influence sur les subventions à l'exportation octroyées par la Communauté. La CJCE a jugé que sans cet accord, quelques entreprises auraient été obligées de vendre plus de sucre dans la Communauté, ce qui aurait intensifié la concurrence. De ce fait, l'article 81 (ex 85) CE a été déclaré applicable³⁶⁵.

La Commission a également considéré de manière constante que le droit européen de la concurrence ne s'applique pas aux ententes qui produisent exclusivement leurs effets à l'extérieur du territoire de la Communauté. Ainsi, par exemple, dans la décision *DECA*, la Commission a considéré que l'article 81 (ex 85) est inapplicable à une entente devant permettre à ses Membres la conclusion de marchés publics en dehors de la Communauté³⁶⁶. Dans la décision *Grosfillex*, qui concernait un contrat au moyen duquel une entreprise française conférait à une entreprise suisse une concession exclusive pour la vente de ses produits en dehors de la Communauté, la Commission a considéré que le contrat n'avait pas pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence à

363 E. FRIEDEL-SOUCHU, op. cit., p. 78 ss.

364 CJCE, arrêt *Bulk Oil c. Sun International* du 18.2.1986, aff. 174/84, Rec. 1986, p. 559 ss.; CJCE, arrêt *Sulker Unte c. Commission* (arrêt sucre) du 16.12.1975, aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, Rec. 1976, p. 1663 ss., p. 2038.

365 CJCE, arrêt *Sulker Unte c. Commission* (arrêt sucre) du 16.12.1975, aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, Rec. 1976, p. 1663 ss.

366 Décision *DECA* du 22.10.1964, JO du 31.10.1964, p. 2761, p. 2762.

l'intérieur du marché commun³⁶⁷. Dans une autre décision concernant un contrat d'exclusivité de fabrication et de vente accordé à une entreprise à l'extérieur de la Communauté, la Commission a considéré que l'exclusivité n'affecte pas la concurrence à l'intérieur du marché commun, lorsqu'elle a pour effet d'éliminer les concurrents potentiels sur les marchés à l'extérieur de la Communauté³⁶⁸. La Commission a toutefois précisé que les cartels d'exportation mixte sont soumis à l'interdiction de l'article 81 (ex 85) paragraphe 1 CE, alors que les cartels d'exportation pure n'y sont soumis que s'ils ont des effets secondaires notables sur le marché commun³⁶⁹.

Dans l'arrêt *Javico International c. Yves Saint-Laurent*, la CJCE devait, sur la base d'une question préjudicielle au sens de l'article 234 (ex 177) CE, déterminer si un contrat par lequel un fournisseur établi dans la Communauté confie à un distributeur situé dans un Etat tiers la distribution exclusive de ses produits est contraire à l'article 81 (ex 85) CE dans la mesure où il interdit au distributeur de procéder à toute vente dans l'Union européenne, tant par commercialisation directe que par réexpédition depuis le territoire contractuel. La CJCE a jugé qu'un tel contrat n'a pas pour objet de restreindre la concurrence dans la Communauté, mais d'assurer au producteur la pénétration d'un marché à l'extérieur de la Communauté³⁷⁰. Quant à la question de savoir si le contrat a pour effet de restreindre la concurrence dans le marché commun, la CJCE a jugé qu'il appartient à la juridiction nationale de le déterminer. Pour ce faire, la juridiction nationale doit vérifier si le marché communautaire du produit en cause est caractérisé par une structure oligopolistique laissant un faible degré de concurrence dans la Communauté, et s'il existe un différentiel des prix pratiqués à l'extérieur de la

367 Décision *Grosfillex/Fillistorf* du 11.3.1964, JO du 4.4.1964, p. 915.

368 Décision *Raymond/Nagoya* du 9.6.1972, JO n° L 143/1972, p. 39 ss.

369 Décision *Centraal Stikstof Verkoop-kantoor* du 20.7.1978, JO n° L 242/1978, p. 37. Selon la Commission, l'interdiction d'exporter à l'extérieur de la Communauté n'est pas susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres lorsqu'en raison de leurs caractéristiques, les produits en cause ne peuvent faire l'objet d'une réimportation dans la Communauté et qu'il existe une réelle concurrence sur ce marché entre les produits en cause.

Communauté par rapport à ceux pratiqués dans la Communauté. Ensuite, la juridiction nationale doit déterminer si le commerce intra-communautaire est susceptible d'être affecté de manière sensible, ce qui n'est pas le cas si les produits destinés aux marchés situés à l'extérieur de la Communauté ne représentent qu'un faible pourcentage du marché de l'ensemble de ces produits dans le territoire du marché commun. Cet arrêt récent confirme une nouvelle fois que le droit européen de la concurrence ne se préoccupe des accords qui restreignent la concurrence à l'extérieur de la Communauté que dans la mesure où ces accords sont susceptibles de produire également des effets à l'intérieur de la Communauté.

3. *Le droit allemand de la concurrence*

Le droit allemand exemptait les cartels d'exportation qui ne produisaient des effets qu'à l'étranger (cartels d'exportation pure)³⁷¹. Lorsque le cartel restreignait en plus la concurrence sur un marché national (cartel d'exportation mixte), une autorisation pouvait être accordée sur demande (la notification n'était pas obligatoire). La dernière réforme du droit allemand de la concurrence («*Sechste GWB-Novelle*»), a supprimé l'exemption en faveur des cartels à l'exportation. Toutefois, selon le paragraphe 98 alinéa 2 deuxième phrase de la loi allemande sur la concurrence, («*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*»), le champ d'application de la loi est limité au marché allemand. Les autorités allemandes de la concurrence ne peuvent par conséquent pas poursuivre les cartels d'exportation pure, qui ne produisent des effets qu'à l'étranger. Cette situation est critiquée par la MONOPOLKOMMISSION qui observe que :

Bei den Exportkartellen handelt es sich überwiegend um Preiskartelle, in etwa einem Drittel der Fälle verbunden mit Exportquoten. Die Kartelle fungieren nur in ganz seltenen Fällen als gemeinschaftliche Vertriebsorganisationen,

370 CJCE, arrêt *Javitco International c. Yves Saint Laurent Parfums SA* du 28. 4. 1998, aff. C-303/96, GRUR Int. 7/1998, p. 598 ss.

371 J. BASEDOW, *Weitkartellrecht*, op. cit., p. 28.

die kleineren Unternehmen, die nicht selbständig exportieren können, eine Beteiligung am Exportgeschäft erst ermöglichen oder erleichtern. Überdies sind deutsche Unternehmen zu einem erheblichen Teil an internationalen Exportkartellen beteiligt, bei denen die Aufteilung der Auslandsmärkte im Vordergrund steht³⁷².

Elle poursuit en soulignant que:

Die allgemeine Freistellung von Exportkartellen führt darüber hinaus zu einer Vermachung von Märkten und einer daraus resultierenden Reduzierung der Wettbewerbsintensität. Um den aufgezeigten Wertungswiderspruch aufzulösen, erscheint es daher angebracht, die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts im Sinne des Inländerkonzepts auf Exportkartelle auszudehnen und ihre generelle Freistellung aufzuheben. Bedauerlicherweise verfolgte der deutsche Gesetzgeber diesen Ansatz im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle nicht³⁷³.

4. *Le droit suisse de la concurrence*

En Suisse, la LCart 1962 privilégiait les cartels à l'exportation qui produisaient des effets à l'étranger au moyen d'une présomption de licéité³⁷⁴. Cette règle a été supprimée dans la LCart 1985. La LCart 1995 ne prévoit pas un régime spécial en faveur des cartels d'exportation. En raison de l'article 2 alinéa 2 LCart 1995, les cartels d'exportation n'entrent tout simplement pas dans le champ d'application de la loi, puisque leurs effets se font sentir à l'étranger. La situation est donc identique à celle qui prévaut dans les autres systèmes juridiques: à défaut de produire des effets sur le marché intérieur, les cartels d'exportation échappent au contrôle des autorités de la concurrence du pays exportateur.

372 BUNDESKARTELLAMT, Monopolkommission, *Marktoöffnung umfassend verwirklichen*, Zwölftes Hauptgutachten gemäss § 24 b Abs. 5 Satz 1 GWB, 1996/1997, Hauptband, Kapitel VII, Internationale Wettbewerbsordnung, p. 490.

373 Idem.

374 L'art. 5 al. 2 lit. c prévoyait que: «Peuvent notamment être justifiées par des intérêts légitimes prépondérants les mesures qui visent: ...d) à assurer l'application d'un cartel sur les marchés étrangers».

E. Les pratiques émanant d'entreprises d'un même pays et qui ont un effet de verrouillage du marché national

Un autre cas problématique est celui des pratiques commerciales restrictives qui émanent d'entreprises d'un même pays et qui ont un effet de verrouillage du marché national. *Exemple*: plusieurs entreprises opérant sur le même marché dans le pays B protègent leur marché domestique au moyen d'un cartel à l'importation, ce qui rend l'accès au marché d'entreprises du pays A vers le pays B extrêmement difficile, voire impossible. Ce type de constellation est à la base de l'affaire *Fuji c. Kodak*.

Aujourd'hui, seuls les Etats-Unis appliquent leur droit de la concurrence de manière extraterritoriale de façon à appréhender ce type de situation. Dans ce contexte, se pose la question de savoir si les entreprises du pays A ont la compétence, directement ou par l'intermédiaire de l'exercice de la protection diplomatique du pays A, de contester les pratiques commerciales restrictives qui empêchent l'accès au marché du pays B³⁷⁵. Il est possible que les entreprises du pays B n'aient pas limité la concurrence entre elles, de sorte que leurs pratiques ne tombent pas dans le champ d'application du droit de la concurrence du pays B.

375 Cf. ci-dessus p. 93 ss.

Titre III

*Les différentes formes d'entraide internationale
en droit de la concurrence*

Le droit de la concurrence est à cheval entre le droit privé et le droit public. Il régle des faits qui relèvent du droit privé. Mais il se sert à la fois des moyens du droit privé, du droit administratif et du droit pénal pour atteindre ses buts. Lorsque les législations prévoient la nullité des accords contraires au droit de la concurrence, la réparation des dommages subis, le droit d'exiger une abstention ou un comportement, elles reposent sur l'initiative privée des personnes victimes de restrictions à la concurrence qui font valoir leurs droits devant les tribunaux. Lorsque les législations sur la concurrence prévoient une surveillance du marché, la possibilité d'enquêtes qui peuvent aboutir à des décisions et des sanctions administratives ou pénales en cas de violation des règles de concurrence, elles reposent sur le contrôle d'autorités administratives, qui veillent dans l'intérêt public au respect de la législation sur la concurrence. Du fait de l'appartenance du droit de la concurrence à la fois au droit privé et au droit public, l'entraide internationale en droit de la concurrence peut prendre différentes formes. Lorsqu'un système accorde une plus grande importance à la mise en œuvre privée du droit de la concurrence par rapport à la mise en œuvre administrative, cela peut avoir pour conséquence de limiter l'efficacité de l'entraide administrative internationale³⁷⁶.

376 A. D. HAM, *International Cooperation in the Anti-Trust Field and in Particular the Agreement Between The United States Of America and the Commission of the European Communities*, CMLRev 1993, p. 571 ss., p. 597.

Chapitre I

L'entraide judiciaire internationale en matière civile

A. La notion de matière civile et commerciale

L'entraide judiciaire internationale est

une coopération inter-étatique qui vise l'accomplissement d'un acte de procédure dans le cadre largement compris d'un procès à l'étranger dont certaines opérations doivent être accomplies au-delà des frontières nationales³⁷⁷.

Au sens étroit, l'entraide judiciaire internationale est l'accomplissement d'actes publics sur requête d'un tribunal étranger en faveur d'une procédure qui y est pendante. Elle peut avoir pour objet la notification d'actes de procédure ou la recherche de preuves. Dans un sens plus large, l'entraide judiciaire internationale comprend également la coopération inter-étatique visant à assurer la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers de même que le respect de certaines garanties procédurales comme l'égalité de traitement des étrangers et des nationaux³⁷⁸.

Les termes de « *matière civile et commerciale* » sont d'un usage fréquent dans les conventions d'entraide judiciaire internationale, que ce soit dans les conventions de la Haye, les conventions de Bruxelles et de Lugano ou encore des traités bilatéraux de reconnaissance et d'exécution des jugements. La fonction de la notion de

377 F. KNOEFLER/Ph. SCHWEIZER, *Précis de droit international privé suisse*, Deuxième édition, Stämpfli, Berne 1995, p. 295, n° 671.

378 P. NOBEL, *Die Rechtshilfe in Zivilsachen im Lichte der Ratifikation der Haager Konvention von 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handessachen*, RSDA (SZW) 2/95, p. 72 ss., p. 75.

« *matière civile et commerciale* » est d'exclure du champ d'application de ces instruments internationaux les procédures relevant du droit public ou du droit pénal. Le contenu des termes matière civile et commerciale varie d'une convention à l'autre. Il arrive qu'une même procédure échappe à la convention de Bruxelles mais qu'elle soit assujettie à une convention bilatérale³⁷⁹. Au demeurant, l'interprétation de la notion de matière civile et commerciale au sein des Etats parties à une même convention peut aussi fortement varier. Finalement, l'interprétation de la notion de matière civile peut varier dans le temps au sein d'un même Etat. La Suisse a longtemps qualifié la conclusion de contrats de marchés publics de contrats de droit privé ce qui excluait le recours de droit public au TF³⁸⁰.

Ces divergences d'interprétation ont conduit la Commission spéciale de la Conférence de la Haye de droit international privé à émettre une recommandation favorisant une interprétation autonome, libérée des particularités nationales³⁸¹. La CJCE a également opté en faveur d'une interprétation autonome de la notion de matière civile et commerciale en faisant appel aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes de droit nationaux :

est exclue du champ d'application de la convention une décision rendue dans un litige opposant une autorité publique à un particulier où l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique. On admet qu'une procédure fait intervenir l'autorité publique lorsque l'une des parties jouit de la prérogative, découlant du droit public, d'imposer unilatéralement sa décision³⁸².

379 O. MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*, Etudes suisses de droit international, Volume 86, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1993, p. 78; cf. CJCE, arrêt *Eurocontrol II* du 14.7.1977, aff. jointes 9 et 10-77, Rec. 1977, p. 1517: l'exécution en Allemagne d'une décision belge a été accordée en application de la convention bilatérale entre les deux Etats, bien qu'elle ne corresponde pas à la notion de matière civile et commerciale de la convention de Bruxelles.

380 O. MERKT, *idem*.

381 Publiée notamment in: RabelZ 1990 p. 370 ss.

382 CJCE, arrêt *Eurocontrol I* (*L. T. U. Lufttransportunternehmen GmbH/Eurocontrol*) du 14.10.1976, aff. 29-76, Rec. 1976, p. 1541.

Selon les conclusions de la Conférence de la Haye sur le droit international privé,

dans la zone grise des matières qui se situent entre le droit privé et le droit public, l'évolution historique devrait aboutir à une conception plus large de la notion de matière civile et commerciale³⁸³.

Pour les pays de common law, en particulier les Etats-Unis, est qualifiée de matière civile et commerciale toute affaire qui n'est pas pénale³⁸⁴. C'est pourquoi, les Etats-Unis n'excluent pas d'emblée l'application de la convention de la Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger aux procédures engagées par des autorités de la concurrence³⁸⁵. Elle pourrait donc à première vue s'appliquer aux « *civil investigative demands* » de la division antitrust ou aux « *subpoenae* » de la FTC mais pas aux procédures de grand jury qui ont un caractère pénal³⁸⁶. La doctrine aux Etats-Unis considère toutefois que la convention de la Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger ne s'applique pas aux procédures d'autorités de la concurrence³⁸⁷. Les tribunaux, se fondant sur la pratique des Etats européens, ont également nié l'application de la convention de la Haye sur la recherche de preuve à l'étranger aux procédures introduites par des autorités de la concurrence³⁸⁸.

En droit suisse, on retrouve cette conception dans la directive relative à l'entraide internationale en matière civile de l'Office fédéral de justice et police de 1996. Selon cette dernière, le critère décisif

383 P. NOBEL, *Die Rechtsbilfe in Zivilsachen im Lichte der Ratifikation der Haager Konvention von 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen*, op. cit., p. 75; O. MERKT, op. cit., p. 78.

384 *Report of the United States Delegation to the Special Commission on the Operation of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence abroad in Civil or Commercial Matters*, ILM 1978, 1417, 1418.

385 E. FRIEDEL-SOUCHU, op. cit., p. 397; P. MOZET, *Die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, op. cit., p. 46.

386 Th. O. KUHMANN, op. cit., p. 503 ss.

387 J. P. GRIFFIN, *Possible Resolutions of International Disputes over Enforcement of U.S. Antitrust Laws*, 18 SJIL 1982, p. 279 ss., p. 307.

388 Th. O. KUHMANN, op. cit., p. 504.

est l'objet de la procédure étrangère pour laquelle l'entraide judiciaire en matière civile est requise:

Il doit toujours s'agir d'une créance ou d'un litige de droit privé. Par conséquent, il est possible d'octroyer l'entraide pour des procédures devant un tribunal arbitral, lors de litiges entre personnes privées relatifs à la concurrence déloyale ou au droit des cartels³⁸⁹.

La directive poursuit en précisant que:

ne font pas en revanche partie des affaires civiles ou commerciales les procédures qui sont désignées comme civiles dans l'Etat requérant mais qui représentent des aspects indiscutables de droit administratif. Il s'agit là de litiges devant les tribunaux où, pour sauvegarder des intérêts publics, une autorité intente une action civile à un particulier. Exemples: les procédures introduites par les autorités américaines telles que l'administration fiscale ou la division antitrust du Département de Justice³⁹⁰.

Il résulte de ce qui précède que l'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale s'applique aux litiges de droit privé dans le domaine du droit de la concurrence, mais pas aux procédures intentées par des autorités de la concurrence, même si celles-ci sont des procédures civiles devant les tribunaux. Ainsi, l'entraide judiciaire internationale en matière civile offre des potentialités intéressantes dans le contexte d'actions civiles pour violation du droit de la concurrence. En fonction des parties au litige et des juridictions civiles concernées, les moyens existants de recherche des preuves à l'étranger et de reconnaissance et d'exécution de décisions étrangères peuvent être utilisés. Il n'empêche que l'on peut toutefois se demander s'il est justifié de créer différentes voies d'entraide internationale dans le domaine du droit de la concurrence³⁹¹.

389 OFFICE FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Directive sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile*, éd. 1996, p. 4.

390 Idem.

391 P. NOBEL, *Die Rechtshilfe in Zivilsachen im Lichte der Ratifikation der Haager Konvention von 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen*, op. cit., p. 26.

B. La convention de la Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale

La convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger concilie les systèmes de common law avec les systèmes civilistes dans le domaine des enquêtes internationales. Les Etats européens ont ratifié cette convention du fait qu'elle leur donnait, en échange de l'obligation faite à leurs nationaux de fournir l'information, un moyen de contrôler la recherche de l'information sur leur territoire par les autorités américaines. La convention est en vigueur entre les Etats-Unis, la Suisse et la plupart des Etats européens³⁹². Elle met en place deux procédures d'enquête à l'étranger. La première est la commission rogatoire, familière aux Etats de tradition civiliste. La seconde est l'intervention d'agents diplomatiques et consulaires et se rapproche plutôt de la pratique des Etats de common law.

1. La commission rogatoire

L'autorité judiciaire d'un Etat peut, sur commission rogatoire, demander à un autre Etat de faire pour son compte tout acte d'instruction, afin de permettre aux parties à un litige, commencé ou à venir, d'obtenir des moyens de preuve. Par cette procédure, l'Etat requérant peut demander que lui soient fournis des documents ou que des témoins soient interrogés. La demande de commission rogatoire est envoyée à une autorité centrale qui la transmet aux autorités compétentes aux fins d'exécution. La commission

392 La convention de la Haye de 1970 est en vigueur entre les Etats-Unis, la France, la Barbade, Chypre, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, Israël, l'Italie, le Luxembourg, Monaco, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal, Singapour, la Suède, l'Argentine, l'Espagne, le Mexique, le Royaume-Uni, l'Australie, la Tchéquie, le Venezuela. Elle est en vigueur pour la Suisse depuis le 1.1.1995, RS 0.274.132.

rogatoire ne peut être exécutée si la personne visée invoque une dispense ou une interdiction de déposer en vertu de la loi de l'Etat requis ou de celle de l'Etat requérant³⁹³. Tout Etat partie à la convention peut déclarer qu'il refusera d'exécuter la commission rogatoire ayant pour objet la procédure connue aux Etats-Unis sous le terme de « *pre-trial discovery of documents* »³⁹⁴.

La Suisse a fait usage de cette possibilité et se réserve le droit de refuser la demande d'entraide ayant pour objet une recherche de preuves avant procès³⁹⁵. Ainsi, la Suisse refusera la demande d'entraide lorsque le rapport direct et nécessaire de la demande avec la procédure en question fait défaut. Il en va de même lorsqu'il est attendu d'une personne en Suisse de présenter tout autre document que ceux spécifiés dans la demande d'entraide judiciaire. Enfin de telles demandes ne doivent pas nuire aux intérêts dignes de protection des personnes concernées. Cette clause générale est destinée à tenir compte des secrets bancaires et professionnels propres à la Suisse. Ceci étant, il est clair que la convention de la Haye offre des possibilités intéressantes pour un demandeur étranger d'obtenir des preuves qui se situent en Suisse dans le cadre d'une procédure cartellaire étrangère et, inversement, pour un demandeur suisse d'obtenir des preuves qui se situent à l'étranger.

2. *L'intervention d'agents diplomatiques ou consulaires*

En vertu des articles 15 et 16 de la convention, un agent diplomatique ou consulaire peut procéder sans contrainte sur le territoire de l'Etat requis à des actes d'instruction concernant une procédure engagée devant un tribunal de l'Etat requérant et visant des ressortissants de cet Etat. L'Etat requis garde la faculté de déclarer que ces

393 Art. 11.

394 Art. 23.

395 OFFICE FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Directive sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile*, op. cit., p. 20.

actes ne peuvent être effectués que sur autorisation (art. 15). Celle-ci est nécessaire, sauf déclaration contraire, lorsque les actes d'instruction visent des ressortissants de l'Etat requis ou d'un Etat tiers (art. 16).

La procédure prévue aux articles 15 à 22, faisant intervenir des agents diplomatiques ou consulaires, voire des commissaires, oblige la Suisse à accepter que des actes d'instruction soient effectués en Suisse dans le cadre d'un procès à l'étranger. Depuis l'entrée en vigueur de la convention de la Haye de 1971, des agents diplomatiques ou consulaires ou des commissaires peuvent désormais procéder à des actes d'instruction, pour autant qu'il ne soit jamais recouru en Suisse à la contrainte. Certes, l'article 18 dispose que les Etats peuvent, dans une déclaration, donner la faculté aux personnes étrangères autorisées à procéder à des actes d'instruction de s'adresser directement à l'autorité compétente pour obtenir l'assistance nécessaire à l'accomplissement de tels actes par voie de contrainte. Toutefois l'article 18 n'est pas applicable en Suisse, qui n'a fait aucune déclaration en la matière.

La demande d'obtention autonome des preuves doit être adressée à l'autorité cantonale concernée. La citation devrait en particulier indiquer que le témoin cité collabore de son plein gré, qu'il ne peut faire l'objet d'aucune mesure de contrainte et qu'il ne peut être obligé de comparaître. Les garanties de procédure des articles 11 et 21 doivent être respectées. Il en résulte que des actes d'instruction peuvent être accomplis en Suisse, dans le cadre d'une procédure cartellaire étrangère, pour autant que la procédure étrangère ne soit pas administrative mais civile

3. Caractère exclusif des procédures de la convention

Le caractère exclusif ou facultatif des procédures de la convention de la Haye a donné lieu à un conflit entre les Etats-Unis et les Etats européens. En effet, les autorités judiciaires américaines ont continué de faire usage des procédures fédérales alors que, selon les Etats européens, les procédures de la convention avaient un carac-

tère exclusif³⁹⁶. Selon l'arrêt *Laker*, rien dans l'histoire législative de la convention, ni dans les rapports législatifs du Congrès n'indiquerait que celui-ci a eu l'intention de remplacer, modifier ou abroger les règles de procédures civiles³⁹⁷. Sachant que les recherches d'informations à l'étranger sont souvent décisives pour les parties à un litige antitrust international, la juridiction conclut que le Congrès ne pouvait avoir eu pour intention, en ratifiant la convention, de priver les parties d'une procédure juste en vertu des règles de procédure civile.

En 1987, la Cour suprême des Etats-Unis décida dans l'affaire *Aérospatiale* que l'emploi des procédures mises en place par la convention pour obtenir des preuves à l'étranger n'était pas obligatoire et que les tribunaux devaient, en appliquant le principe de courtoisie, analyser les faits de chaque espèce avant de recourir à la convention³⁹⁸.

C. La convention de Lugano sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

La convention de Lugano a été conclue dans l'intention de transposer la convention de Bruxelles en vigueur entre les Etats membres de la CEE et de promouvoir un « espace » judiciaire européen³⁹⁹.

396 L'Allemagne, la France et la Suisse ont toujours affirmé que les procédures de la convention de la Haye ont un caractère exclusif.

397 Arrêt *Laker Airways Ltd. v. PanAm World Airways*, 103 FRD 42 (DDC 1984), publié dans ILM, 1984, p. 748 ss., p. 754.

398 Arrêt *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court*, 107 S. Ct. 2542 (1987).

399 *Convention du 16.9.1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (avec prot. et décl.), dite *convention de Lugano*, RS 0.275.11.

La convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives (art. 1). Elle traite de la compétence des tribunaux et de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères.

Le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être actionné, dans un autre Etat contractant, en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée (art. 5 al. 1) et en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit (art. 5 al. 3).

Selon l'article 26 de la convention de Lugano,

Les décisions rendues dans un Etat contractant sont reconnues dans les autres Etats contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure.

Par décision au sens de la convention, il faut entendre

toute décision rendue par une juridiction d'un Etat contractant quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, telle qu'arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution, ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès.

La possibilité de l'application en Suisse par le juge suisse d'un droit étranger de la concurrence sur la base de l'article 137 LDIP a une importance pratique limitée. En effet, en vertu de la convention de Lugano, une partie à l'étranger qui est lésée par un acte illicite du droit de la concurrence n'a plus de raison de craindre que le jugement rendu dans un pays européen ne soit pas reconnu et exécuté en Suisse. Encore une fois, il doit s'agir d'un jugement civil étranger et non pas d'une décision administrative étrangère. Dans ce dernier cas, la convention de Lugano n'est en principe pas applicable.

Il existe toutefois deux types de situations dans lesquelles se pose la question de la reconnaissance en Suisse d'une décision administrative d'une autorité étrangère de la concurrence sur la base de la convention de Lugano. Il s'agit premièrement des décisions qui constituent la *question principale* d'une procédure de reconnaissance. *Exemple*: est-ce qu'une décision de la Commission

européenne interdisant la concentration de deux entreprises suisses est reconnaissable et exécutable en Suisse sur la base de la convention de Lugano? Dans l'arrêt *Eurocontrol I*, la CJCE a jugé qu'

est exclue du champ d'application de la Convention une décision rendue dans un litige, opposant une autorité publique à une personne privée, où l'autorité publique a agi dans l'exercice de la puissance publique⁴⁰⁰.

Selon cette interprétation autonome, une décision administrative étrangère en matière cartellaire serait en principe exclue du champ d'application de la convention de Lugano. Il devrait toutefois être possible de développer des critères qui n'excluent pas d'emblée une reconnaissance. Dans cette perspective, SCHNYDER propose:

In Übereinstimmung mit Art. 137 IPR-Gesetz fremde Verfügungen und Urteile von der Anerkennung auszuschliessen, wenn sie weitergehende staatliche Ansprüche als im Inlandsrecht vorgesehen sanktionieren⁴⁰¹.

Une autre question est celle de la reconnaissance des décisions de droit public qui constituent une *question annexe* dans le cadre d'une procédure de reconnaissance d'une décision étrangère ou d'actes administratifs qui déploient des effets de droit privé. *Exemple*: si la Commission européenne décide qu'une entente entre deux entreprises est contraire à l'article 81 (ex 85) CE, cette décision produit des effets de droit privé pour les entreprises concernées et aussi pour des tiers qui traitent avec ces entreprises. La décision de nullité de l'accord peut former le point de départ d'une action en dommages-intérêts ou être invoquée comme exception dans le cadre d'une action en exécution de l'entente. Elle peut aussi être invo-

400 CJCE, arrêt *Eurocontrol I* (*L. T. U. Lufttransportunternehmen GmbH/Eurocontrol*) du 14. 10. 1976, aff. 29-76, Rec. 1976, p. 1541. arrêt *Eurocontrol I* (*L. T. U. Lufttransportunternehmen GmbH/Eurocontrol*) du 14. 10. 1976, aff. 29-76, Rec. 1976, p. 1541.

401 A. K. SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht, Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990, p. 230 ss., p. 242.

quée comme point de départ d'une action en dommages-intérêts par un tiers⁴⁰². Qu'en est-il lorsque ce n'est pas la décision en elle-même qui doit être reconnue en Suisse, mais ses effets de droit privé (c'est-à-dire la nullité de l'entente)? La question décisive est de déterminer si les aspects de droit privé d'une décision administrative étrangère tombent dans le champ d'application de la convention de Lugano et la notion de matière civile et commerciale.

Selon DUCREY, une reconnaissance partielle d'une décision administrative étrangère pourrait avoir lieu par le biais de l'article 42 de la convention de Lugano. Il faudrait examiner si les aspects de droit privé d'une décision administrative entrent dans la notion de matière civile et commerciale de l'article 1^{er} de la convention et que soit surmontée la question de l'ordre public⁴⁰³. A notre connaissance, la question ne s'est encore jamais posée dans la pratique.

D. La convention de la Haye sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

La convention et son protocole additionnel n'ont pas encore été ratifiés par les Etats-Unis, la Suisse et la plupart des Etats européens. Néanmoins, son étude offre un modèle intéressant de ce que pourrait être une coopération entre ces Etats dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des décisions rendues en application du droit de la concurrence.

402 E. STEINDORF, *Die Anerkennung amerikanischer Kartellentscheidungen*, NJW 1954, p. 374 ss.; M. Ph. WYSS, *Die Berücksichtigung ausländischen öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht am Beispiel von Artikel 13 IPRG*, in: S. BERTI u.a. (Hrsg.), *Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts*, Zürich 1991, p. 97 ss.

403 P. DUCREY, *op. cit.*, p. 236.

La convention exclut de son champ d'application les décisions ayant pour objet le paiement d'une amende et celles rendues par une autorité administrative. Ainsi, les décisions rendues aux Etats-Unis par la FTC ne devraient pas être reconnues et exécutées en vertu de ce texte, ni les jugements américains prononçant une amende suite à l'intervention du Département de justice. La convention pourrait toutefois s'appliquer lorsqu'un tribunal américain rend, en vertu du droit antitrust américain, une décision ordonnant à une entreprise située à l'étranger d'adopter ou de cesser un comportement⁴⁰⁴.

Les conditions nécessaires à la reconnaissance sont les suivantes: la décision doit avoir été rendue par un tribunal compétent et ne doit plus pouvoir faire l'objet d'un recours dans l'Etat d'origine⁴⁰⁵. Le tribunal de l'Etat d'origine est compétent envers le défendeur qui y réside, qui y a son siège, son établissement principal ou tout autre établissement dont l'activité est contestée⁴⁰⁶. Le tribunal est aussi compétent lorsque le fait dommageable sur lequel est fondée l'action et qui a causé un préjudice matériel est survenu sur son territoire et que son auteur y était présent au moment du fait⁴⁰⁷. En vertu de ces dispositions, il est improbable que les autorités de l'Etat requis reconnaissent des décisions prises en vertu de la théorie des effets. En effet, la convention de 1971 est attachée au principe de territorialité selon lequel le défendeur ou son activité doit être localisé sur le territoire de l'Etat qui exerce sa compétence.

Cependant, si le défendeur a procédé au fond sans décliner la compétence du tribunal d'origine, celle-ci peut être reconnue à moins que le droit de l'Etat requis ne s'y oppose à raison de la matière⁴⁰⁸. Dans cette situation, il est possible qu'une décision prise en vertu d'une compétence fondée sur les effets anticoncurrentiels puisse

404 E. FRIEDEL-SOUCHU, *op. cit.*, p. 418.

405 Art. 4.

406 Art. 10 al. 1 et 2.

407 Art. 10 al. 4.

408 Art. 10 al. 6.

être reconnue⁴⁰⁹. La reconnaissance ou l'exécution de la décision de l'Etat d'origine peut toutefois être refusée si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'Etat requis⁴¹⁰.

Dans le cadre des accords complémentaires que les Etats doivent signer afin de permettre entre eux l'application de la convention, ces Etats ont la possibilité d'admettre d'autres chefs de compétence. Dès lors que la convention est reconnue applicable en droit de la concurrence, les Etats devraient reconnaître la compétence des tribunaux sur la base de la théorie des effets, dans la mesure où ce chef de compétence est généralement admis en droit international économique.

409 J.-G. CASTEL, *The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws*, op. cit., p. 9 ss., p. 116; J.-G. CASTEL, *Extraterritoriality in international trade*, 1988, p. 264.

410 Art. 5.

Chapitre II

L'entraide judiciaire internationale en matière pénale

Parallèlement à l'entraide judiciaire internationale en matière civile, se pose la question de la portée de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale en droit de la concurrence.

A. L'exclusion du droit de la concurrence

L'article 3 alinéa 3 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) exclut l'entraide en cas de violation de dispositions de droit économique⁴¹¹. Est-ce que le droit de la concurrence entre dans la notion de « *dispositions de droit économique* » ? C'est en tout cas l'opinion qui a été exprimée dans le message à la loi fédérale de 1976 sur l'entraide internationale en matière pénale⁴¹². Cette vue a été reprise dans la Directive du Département fédéral de justice et police (DFJP) sur l'entraide internationale en matière pénale du 1.7.1990. Selon cette directive :

Conformément à l'article 3, 3^{ème} alinéa, 1^{ère} phrase EIMP, l'entraide n'est, en principe, pas octroyée si la procédure étrangère vise un acte qui enfreint des

411 *LF du 20.3.1981 sur l'entraide internationale en matière pénale* (loi sur l'entraide pénale internationale), RS 351.1.

412 *Message du Conseil fédéral du 8.3.1976 relatif à la loi sur l'entraide internationale en matière pénale*, FF 1976 II 444, 445; cf. aussi A.K. SCHNYDER, *Internationale Amts- und Rechtilf in Wirtschaftssachen*, Schweizerische Aktiengesellschaft 1988, p. 5.

prescriptions fiscales, douanières ou relatives au trafic des devises ou qui contrevient à des prescriptions en matière de politique commerciale ou économique (par exemple le droit antitrust)⁴¹³.

Le TF a jugé en 1983 dans l'affaire *Santa Fé*⁴¹⁴ que la *Securities and Exchange Commission (SEC)* des Etats-Unis est une autorité administrative selon le Traité d'entraide entre les Etats-Unis et la Suisse de 1973⁴¹⁵. Bien que la SEC n'a pas la compétence de mener des procédures pénales à proprement parler, le TF a jugé que, en raison de ses vastes pouvoirs d'investigation, elle pouvait être assimilée à une autorité pénale. De ce fait, la SEC pouvait requérir l'assistance de la Suisse en matière pénale. On peut se demander si le même raisonnement ne devrait pas s'appliquer aux autorités antitrust américaines. Cette question ne se pose toutefois pas dans la mesure où le Traité du 25 mai 1973 entre la Suisse et les Etats-Unis sur l'entraide judiciaire en matière pénale (TEJUS) prévoit expressément qu'il ne trouve pas application dans le domaine du droit de la concurrence⁴¹⁶.

B. Le principe de double incrimination comme obstacle à l'entraide internationale en matière pénale

Le principe de la double incrimination est l'une des conditions spécifiques de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Selon l'article 64 EIMP,

les mesures qui impliquent la contrainte prévues par le droit de la procédure ne peuvent être ordonnées que si l'état de fait exposé dans la demande

413 Directive relative à l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, état au 1.7.1990, p. 20.

414 ATF 109 I b 47.

415 RS 0.351.933.

416 RS 0.351.933.6, Art. 2 § 1 e) (4).

correspond aux éléments objectifs d'une infraction réprimée par le droit suisse.

Une identité des normes n'est pas nécessaire⁴¹⁷. Il suffit que les faits décrits dans la demande d'entraide soient punissables en vertu des deux droits. Il est ainsi nécessaire d'examiner dans quelle mesure l'état de fait correspond aux éléments constitutifs d'une infraction réprimée par le droit suisse. La double incrimination ne suppose pas que les deux pays aient des dispositions pénales identiques mais il faut que l'état de fait tombe sous le coup d'une disposition de droit pénal suisse. Or, le droit pénal suisse ne contient pas de dispositions réprimant les infractions au droit de la concurrence, ce qui exclut d'emblée et par principe l'entraide internationale en matière pénale.

En matière administrative, l'octroi de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence n'est pas explicitement conditionné au respect du principe de double incrimination. Ainsi, par exemple, l'Accord USA-Australie de 1997 précise expressément que l'assistance peut être accordée indépendamment du fait que le comportement en cause pourrait constituer une violation de la législation sur la concurrence de la Partie requise (cf. art. II F)⁴¹⁸. L'Accord UE-USA de 1998 relatif à la courtoisie positive s'applique

lorsque les activités en question sont contraires aux règles de concurrence de la Partie sur le territoire de laquelle ils sont commis (art. 1 b)⁴¹⁹.

L'entraide judiciaire internationale en matière pénale peut être refusée si l'exécution de la requête est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à d'autres intérêts essentiels de la Suisse. Il appartient au DFJP de statuer dans ces cas⁴²⁰. Le Conseil fédéral examine sur recours, si une prestation d'entraide, en soit admissible, doit être refusée au vu de l'atteinte que celle-ci porterait à des intérêts suisses de nature générale décisifs pour l'existence

417 ATF 110 I b 173, 181.

418 Cf. ci-dessous p. 339 ss.

419 Cf. ci-dessous p. 343 ss.

420 Art. 4 TEJUS; art. 17 al. 1 EIMP.

même du pays. Doivent être pris en compte non pas les intérêts des particuliers, mais ceux de l'ensemble de l'économie suisse et seulement dans ce qu'ils ont d'essentiel pour l'existence du pays. La violation de ces principes peut entraîner un refus de reconnaissance ou d'exécution forcée en Suisse d'un acte entaché d'irrégularité. Elle peut également entraîner des suites pénales. Selon l'article 271 du code pénal suisse (CPS), sera puni de l'emprisonnement, et, dans les cas graves de la réclusion,

celui qui, sans y être autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics.

Un avocat qui transmet les déclarations d'un témoin à un tribunal étranger, sans avoir obtenu une autorisation préalable, viole cette disposition⁴²¹. Une autorisation préalable doit être obtenue auprès du DFJP conformément à l'ordonnance du 7 juillet 1971 relative à l'autorisation selon l'article 271 CPS⁴²².

C. Le cas particulier de la coopération entre le Canada et les Etats-Unis

La coopération entre le Canada et les Etats-Unis est une exception notable à la non-application de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale dans le domaine du droit de la concurrence. Avant une révision de 1986, le droit canadien de la concurrence était essentiellement mis en œuvre sur le plan pénal⁴²³. Depuis 1986,

421 ATF 114 IV 128 ss.

422 RS 172.012.

423 Pour une description de la mise en œuvre pénale du droit canadien de la concurrence avant 1986, C. GOLDMAN/J.D. BODRUG/M.A. WARNER, *Canada*, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 47 ss., p. 50.

seules certaines violations du droit canadien de la concurrence sont poursuivies pénalement⁴²⁴. Les violations de la section 45 du *Competition Act* peuvent faire l'objet d'amendes jusqu'à 10 millions de dollars pour les entreprises et d'emprisonnement pour les particuliers. La première peine d'emprisonnement pour une violation du droit canadien de la concurrence a été prononcée en 1996⁴²⁵.

Le fait que le droit canadien de la concurrence prévoit des sanctions pénales a pour conséquence que le *Canada-US treaty on mutual legal assistance in criminal matters (MLAT)*, en vigueur depuis 1990, s'applique dans le domaine du droit de la concurrence⁴²⁶. En vertu de ce traité, les autorités des deux pays peuvent se fournir une assistance réciproque dans l'obtention des preuves au sujet d'éventuelles infractions pénales, ce qui peut les amener à échanger des informations confidentielles ou à prendre des mesures contraignantes de recherche de preuves ou encore à délivrer des mandats de perquisition. Les dispositions du MLAT entre le Canada et les USA ont été appliquées dans le cas d'ententes sur les prix entre entreprises canadiennes et américaines⁴²⁷. Ces dernières avaient fixé le prix du papier à fax dans un cas et de la vaisselle en plastique dans l'autre lors de rencontres secrètes qui avaient lieu au Canada et aux Etats-Unis. Dans ces deux cas, les autorités cartellaires américaines et canadiennes ont joint leurs efforts d'instruction. Les témoins ont

424 *Idem*; ces auteurs mentionnent les pratiques suivantes: «Conspiracy, bid rigging, price discrimination, predatory pricing, price maintenance, misleading advertising...».

425 C. GOLDMAN/J. D. BODRUG/M. A. WARNER, *op. cit.*, p. 55, mentionnent un cas où une peine d'emprisonnement d'un an a été prononcée pour fixation des prix (*R. v. Perrault*, Quebec Superior Court, File 450-27-005489-983, 15.6.1996, unreported).

426 *Treaty Between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*; cf. C. GOLDMAN/J. D. BODRUG/M. A. WARNER, *op. cit.*, p. 47 ss; J. RILL/C. GOLDMAN, *A U.S. and Canadian Perspective on International Antitrust Enforcement Post LAEAA*, *The 1995 International Guidelines and the Canada-US MLAT*, Symposium on Competition Policy in a Global Economy, Taipei 1995, p. 223 ss.

427 Antitrust & Trade Reg. Report 66/1994, p. 661; Antitrust & Trade Reg. Report 67/1994, p. 108.

été interrogés en commun, les preuves écrites ont été échangées, les actes d'instruction coordonnés. Les autorités ont même élaboré un système informatique commun afin de faciliter les échanges d'informations⁴²⁸.

428 M. Howe, *Cooperation between Competition Authorities*, Speech to the 11th Commonwealth Law Conference, Vancouver, 27.8.1996; F. MATTE, *Business Across Borders: Competition Law Enforcement in a Global Environment*, Bureau de la politique de concurrence du Canada, Ottawa.

Chapitre III

L'entraide administrative internationale

A. Absence de réglementation internationale de portée générale

Contrairement à l'entraide judiciaire internationale en matière civile et pénale, il n'existe pas de réglementation de portée générale (en Suisse ou sur le plan international) dans le domaine de l'entraide administrative internationale. Les ouvrages généraux de droit public ne traitent pas, à quelques exceptions près, de cet aspect de la pratique administrative. Seules quelques rares études ont ouvert la voie en Suisse à la réflexion doctrinale sur ce sujet⁴²⁹.

La Suisse a signé, mais n'a pas ratifié les deux conventions du Conseil de l'Europe relatives à l'entraide administrative internationale. Il s'agit de la convention n° 100 sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves et de la convention n° 94 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative⁴³⁰. Ces conventions s'appliquent à toute matière administrative, à l'exception des matières fiscales et pénales. Elles sont donc applicables dans le domaine du droit de la concurrence et pourraient être utilisées par les autorités de la concurrence. Pratiquement, leur rôle est très limi-

429 W. DE CAPITANI, *Internationale Rechtsilfe, Eine Standortbestimmung*, Rapport à la SSJ, RDS (ZSR) 100 (1981) II, p. 481 ss.; P.-L. MANFRINI, *Entratde administrative internationale*, in: Ch.-A. JUNOD/A. HIRSCH (éds.), *Colloque, L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale*, Etudes suisses de droit européen, Volume 30, Goerg Editeur SA Genève, 1986, p. 115 ss.

430 Le texte de ces conventions est reproduit dans Ch.-A. JUNOD/A. HIRSCH (éds.), *op. cit.*

té. En effet, elles n'ont été ratifiées que par l'Allemagne, la Belgique, l'Italie, le Luxembourg et le Portugal, pays pour lesquels le droit européen a résolu le problème de l'entraide administrative internationale.

La convention n° 100 sur l'obtention à l'étranger d'informations et de preuves en matière administrative du 13 mars 1960 institue plusieurs mécanismes d'obtention des preuves à l'étranger par une autorité administrative: (i) l'échange d'informations à disposition d'une autorité administrative à la demande de l'Etat requérant (art. 15); (ii) la Commission rogatoire en matière administrative (art. 19). En ce qui concerne les motifs de refus d'exécution d'une demande, la convention en énonce quatre: (i) la matière n'est pas une matière administrative au sens de la convention; (ii) l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de l'Etat; (iii) elle est de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux ou aux intérêts essentiels de la personne à qui se réfère l'information demandée ou porte sur des informations confidentielles qui ne peuvent pas être divulguées; (iv) son droit ou son usage interne s'oppose à l'assistance demandée (art. 7).

La convention n° 94 sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative du 24 novembre 1977 prévoit différents modes de notification des documents en matière administrative: (i) la notification à l'autorité centrale de l'Etat requis; (ii) la notification par le fonctionnaire consulaire; (iii) la voie diplomatique ou consulaire (art. 12); (iv) la notification directe par la poste. En ce qui concerne la notification directe par voie postale, la convention distingue entre (i) la notification directe à des personnes se trouvant sur le territoire d'autres Etats contractants et (ii) la notification directe d'une autorité d'un Etat contractant à une autorité d'un autre Etat contractant. Dans le premier cas (notification à des personnes), l'article 11 établit le principe que

tout Etat contractant a la faculté de faire procéder directement par la voie de la poste aux notifications de documents à des personnes se trouvant sur le territoire d'autres Etats contractants.

Il est toutefois précisé que chaque Etat peut, lors de la signature ou du dépôt de l'instrument de ratification, s'opposer, par déclaration, d'une façon générale ou partielle, à l'usage de cette faculté sur son territoire, soit en raison de la nationalité du destinataire, soit pour certaines catégories de documents. Tout Etat contractant peut se prévaloir du défaut de réciprocité. Dans le deuxième cas (notification directe d'une autorité à l'autre), la convention précise qu'elle ne s'oppose pas à ce que les Etats contractants s'entendent pour admettre, aux fins de notification, d'autres voies de transmission que celles prévues, et notamment la communication directe entre les autorités respectives (art. 12 al. 2).

B. Exemples de réglementations spécifiques

S'il n'existe pas de réglementation de portée générale de l'entraide administrative internationale, il existe en revanche des réglementations spécifiques. Ces dernières ont en commun non seulement le fait qu'elles sont relativement récentes, mais aussi le fait qu'elles concernent des matières économiques en général. Sans nécessairement qualifier l'entraide administrative internationale de « *nouvelle religion interétatique* » selon les termes de NOBEL⁴³¹, il est indéniable que la globalisation et l'interdépendance économique ont rendu nécessaire une coopération accrue entre les autorités de surveillance des marchés, que ce soit en droit antidumping, en matière de surveillance des marchés boursiers et financiers ou en matière douanière. De manière surprenante, le droit de la concurrence échappe, pour l'heure, à cette évolution.

431 P. NOBEL, *Die Rechtsbilfe in Zivilsachen im Lichte der Ratifikation der Haager Konvention von 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen*, op. cit., p. 127.

1. En droit antidumping

Un modèle intéressant d'entraide administrative internationale est celui de l'entraide administrative internationale en droit antidumping. L'Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI GATT 1994 (l'Accord antidumping) est, comme partie intégrante de l'Accord OMC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995⁴³². Une enquête visant à déterminer l'existence, le degré et l'effet d'un dumping est généralement ouverte sur demande écrite de la branche de production nationale affectée au sens de l'article 4 de l'Accord antidumping. La demande doit comporter des éléments de preuve suffisants de l'existence a) d'un dumping, b) d'un préjudice, c) d'un lien de causalité entre les importations faisant l'objet d'un dumping et le prétendu préjudice (art. 5.1).

Des questionnaires sont envoyés aux parties intéressées afin d'obtenir les informations nécessaires pour établir l'existence d'un dumping et, en particulier, déterminer la valeur normale et la marge de dumping⁴³³. Il est ensuite procédé à la vérification des réponses données par les entreprises exportatrices au moyen d'enquêtes sur le territoire d'autres Membres. Un délai de 30 jours est aménagé aux exportateurs ou aux producteurs étrangers pour répondre aux questionnaires utilisés dans une enquête antidumping. Le délai imparti aux exportateurs court à partir de la date de la réception du questionnaire qui est réputé reçu à compter de la date de l'envoi à l'intéressé ou de la transmission au représentant diplomatique approprié du Membre exportateur. Sous réserve de l'obligation de protéger les renseignements confidentiels, les éléments de preuve présentés par

432 *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, RS 0,62.20.

433 Les parties intéressées sont définies (art. 6.11) comme étant «i) un exportateur ou producteur étranger ou l'importateur d'un produit faisant l'objet d'une enquête ou un groupement professionnel commercial ou industriel dont la majorité des Membres produisent, exportent ou importent ce produit, ii) le gouvernement du Membre exportateur et, iii) un producteur du produit similaire dans le Membre importateur ou un groupement professionnel commercial ou industriel dont la majorité des Membres produisent le produit similaire sur le territoire du Membre importateur».

écrit par une partie intéressée sont mis dans les moindres délais à la disposition des autres parties intéressées participant à l'enquête.

Selon l'article 6.7 de l'Accord,

pour vérifier les renseignements fournis ou pour obtenir plus de détails, les autorités pourront, selon qu'il est nécessaire, procéder à des enquêtes sur le territoire d'autres Membres, à condition d'obtenir l'accord des entreprises concernées et d'en aviser les représentants du gouvernement du Membre en question, et sous réserve que ce Membre ne s'y oppose pas. Les procédures décrites à l'Annexe I seront applicables aux enquêtes effectuées sur le territoire d'autres Membres.

Les enquêtes sur le territoire d'autres Membres ont donc lieu sans exercice de contrainte et sont subordonnées à l'accord préalable des entreprises concernées et de l'Etat membre concerné.

La procédure qui gouverne les enquêtes sur le territoire d'un autre Membre est décrite dans l'Annexe I de l'Accord («*Procédures à suivre pour les enquêtes sur place menées conformément au § 7 de l'art. 6*»). Les autorités chargées de l'enquête devraient obtenir l'accord des entreprises concernées, et ensuite aviser les autorités du Membre exportateur des noms et adresses des entreprises qui doivent être visitées, ainsi que des dates convenues.

Dans le cas où une partie intéressée refuse de donner accès aux renseignements nécessaires ou ne les communique pas dans un délai raisonnable ou entrave le déroulement de l'enquête de façon notable, des déterminations peuvent être établies sur la base des données de fait disponibles (art. 6.8). L'utilisation de l'information disponible dans le cas du Tokyo Round était une source de préoccupation pour de nombreux Etats⁴³⁴. C'est pourquoi des limitations ont été placées à cette pratique dans l'annexe II de l'Accord (meilleurs renseignements disponibles pour les besoins du § 8 de l'art. 6). Si une partie intéressée ne coopère pas et que de ce fait des renseignements pertinents ne sont pas communiqués, il pourra en résulter une situation moins favorable que si elle coopérait effec-

434 D. PALMETER, *A Commentary on the WTO Anti-Dumping Code*, JWT Vol. 30 No. 4.8.1996, p. 57.

tivement. Il s'agit là d'une différence importante avec l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Dans le domaine de l'entraide administrative internationale en droit antidumping, il est dans l'intérêt des entreprises de fournir les renseignements demandés de manière spontanée afin d'éviter l'imposition de mesures antidumping et de réduire l'importance des mesures antidumping. En droit de la concurrence, il n'est souvent pas dans l'intérêt des entreprises de fournir des renseignements dans la mesure où ces dernières pourraient conduire à une condamnation.

L'Accord définit les renseignements confidentiels comme ceux dont la divulgation avantagerait de manière notable un concurrent ou aurait un effet défavorable notable pour la personne qui a fourni les renseignements ou pour celle auprès de qui elle les a obtenus ou qui seraient fournis à titre confidentiel par les parties à une enquête (art. 6.5). Ces renseignements ne seront pas divulgués sans l'autorisation expresse de la partie qui les a fournis. Les autorités peuvent exiger des parties qui fournissent des renseignements confidentiels, qu'elles en donnent un résumé non confidentiel. Dans les cas où certains renseignements ne peuvent pas être résumés, les raisons pour lesquelles un résumé ne peut pas être fourni doivent être exposées (art. 6.5.1).

2. En droit bancaire et financier

(1) Généralités

Depuis une décennie, l'entraide administrative internationale en droit bancaire et financier s'est fortement développée au niveau international et en Suisse⁴³⁵. L'article 23 sexies alinéas 1 et 2 de la loi

435 Cf. à ce sujet A. ALTHAUS, *Amthilfe und Vor-Ort-Kontrolle, Rechtsfragen der internationalen Zusammenarbeit unter Bank- und Finanzaufsichtsbehörden mit besonderer Berücksichtigung der Regelung in der Schweiz*, Thèse, Stämpfli, Bern 1997; R. SANSONETTI, *L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, Standards internationaux et réception en droit suisse*, Etudes suisses de droit bancaire, Volume 50, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998.

fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB)⁴³⁶ prévoit que

1. La Commission des banques peut demander aux autorités étrangères de surveillance des banques ou des marchés financiers de leur transmettre les *informations et les documents nécessaires à l'application de la présente loi*. 2 La Commission des banques peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des banques ou des marchés financiers des informations et des documents non accessibles au public si ces autorités a) utilisent ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe des banques ou d'autres intermédiaires financiers soumis à autorisation; b) sont liées par le secret professionnel ou le secret de fonction et c) ne transmettent ces informations à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public qu'avec l'assentiment préalable de la Commission des banques ou une autorisation générale contenue dans un traité international. Lorsque l'entraide internationale en matière pénale est exclue, aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales. L'autorité de surveillance décide en accord avec l'Office fédéral de la police.

Les conditions de l'entraide administrative internationale sont également précisées dans la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM)⁴³⁷. L'article 38 alinéa 2 LBVM confère à la Commission fédérale des banques (CFB) la compétence de transmettre aux autorités étrangères de surveillance des bourses et du commerce de valeurs mobilières des informations et des documents liés à une affaire, non accessibles au public à des conditions identiques à celles de l'article 23 sexies LB mentionnées ci-dessus.

La loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier⁴³⁸ prévoit également que l'autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent

peut transmettre aux autorités étrangères de surveillance des marchés financiers des informations et des documents non accessibles au public que si ces autorités a) utilisent ces informations exclusivement à des fins de surveillance directe des intermédiaires financiers; b) sont liées par le secret de fonction

436 *Loi sur les banques*, RS 952.0.

437 *Loi sur les bourses*, RS 954.1.

438 *Loi sur le blanchiment d'argent (LBA)*, RS 955.0.

ou par le secret professionnel; c) ne transmettent ces informations à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public qu'avec l'autorisation préalable de l'autorité de contrôle ou une autorisation générale contenue dans un traité international. Lorsque l'entraide internationale en matière pénale est exclue, aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales. L'autorité de contrôle décide en accord avec l'Office fédéral de la police.

(2) Les conditions de l'entraide

La pratique de la CFB en relation avec l'article 38 LBVM est déjà abondante et le TF a rendu treize arrêts concernant l'assistance administrative⁴³⁹. Les conditions de l'entraide administrative internationale ont été précisées en détail par la CFB pour une première fois dans une décision du 10 décembre 1997⁴⁴⁰.

Dans le cadre d'une enquête en Angleterre, l'autorité britannique de surveillance des bourses (*Securities and Investment Board, SIB*) demandait à la CFB des renseignements au sujet de possibles contraventions à la loi anglaise par le client H., qui avait une relation bancaire auprès de la banque suisse X. Le SIB demandait à la CFB des informations au sujet de cette relation bancaire, en particulier des détails au sujet de tous les montants crédités et débités de ce compte depuis son ouverture et au sujet des relations entre les comptes des clients H. et S. auprès de la banque X. Dans la décision susmentionnée, la CFB a donné droit à cette requête. Cette décision fixe de manière générale les conditions de l'entraide administrative internationale. Les conditions énoncées par la CFB pour la transmis-

439 P. NOBEL, *Les règles sur l'assistance administrative internationale en matière boursière et bancaire: premières expériences sur un texte difficile*, in: L. THÉVENOZ/C. BOVER (éds.), *Journée de droit bancaire et financiers 1999*, CEJF Droit bancaire & financier, Université de Genève, Stämpfli, Berne 2000, p. 125 ss. En relation avec l'entraide administrative internationale, le TF a récemment prononcé ce qui suit: «en matière d'entraide, la globalisation et l'internalisation des marchés financiers nécessitent une surveillance générale et, partant, une collaboration étroite entre autorités de surveillance» (ATF du 30.8.1999, 2A.17/1999, considérant 3b).

440 Décision de la CFB du 10.12.1997 dans l'affaire «*Bank X betreffend internationale Amtshilfe für das britische Securities and Investments Board*», Bulletin de la Commission fédérale des banques, Fascicule 36/1998, p. 25 ss.

sion d'informations confidentielles à une autorité étrangère dans le domaine de la surveillance des bourses sont les suivantes:

- i) l'autorité étrangère doit être «une autorité de surveillance des bourses et du commerce des valeurs mobilières»;
- ii) les informations doivent être utilisées «exclusivement à des fins de surveillance directe des bourses et du commerce des valeurs mobilières» (art. 38 al. 2 lit. a LBVM);
- iii) les autorités étrangères doivent être liées par le secret de fonction ou le secret professionnel (art. 38 al. 2 lit. b LBVM);
- iv) les informations ne doivent pas être transmises plus loin à des organismes ayant des fonctions similaires, sans l'assentiment préalable de l'autorité de surveillance suisse ou en vertu d'une autorisation générale contenue dans un traité international (art. 38 al. 2 lit. b LBVM);
- v) même lorsque ces conditions sont réunies, la CFB est libre de ne pas donner suite à la demande. Mais,

Angesichts ihrer gesetzlichen Aufgabe zur internationalen Zusammenarbeit wird die EBK dies aber nur tun, wenn sachlich zwingende Gründe vorliegen⁴⁴¹.

Des raisons impératives justifiant un refus existent lorsque:

- l'exécution de la requête ne serait pas proportionnée (principe de proportionnalité). Serait disproportionnée la transmission d'informations au sujet de personnes qui ne sont manifestement pas liées à l'objet de l'enquête⁴⁴²;
- la CFB ne pourrait pas obtenir l'entraide administrative de l'autorité requérante (principe de réciprocité). Le principe de réciprocité n'est pas mentionné comme condition à l'entraide administrative internationale dans la LBVM. Toutefois, selon la CFB,

Erhielte die EBK auf ein konkretes Amtshilfeersuchen von einer ausländischen Aufsichtsbehörde ohne zureichende Gründe keine Informationen, könnte sie der betreffenden ausländischen Behörde in der Zukunft die Amtshilfe verweigern oder diese nur noch mit grosser Zurückhaltung gewähren⁴⁴³;

441 Idem, p. 29.

442 Idem, p. 33.

443 Idem, p. 35.

- enfin, l'entraide administrative internationale ne doit pas être un moyen de contourner l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Lorsque l'entraide judiciaire internationale en matière pénale est exclue, aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales (art. 38 al. 2 lit. c LBVM). Par ailleurs, est également exclue la transmission d'informations à une autorité de surveillance étrangère qui demande des informations pour le compte d'une autorité pénale étrangère. En cas de transmission d'informations à une autorité pénale, la CFB décide en accord avec l'Office fédéral de la police.

(3) Les contrôles transfrontaliers

La dernière modification du 22 avril 1999 de la LB et de la LBVM a introduit la possibilité de contrôles transfrontaliers. Ainsi, le nouvel article 23 septies alinéa 2 LB (l'art. 38 a LBVM est équivalent) prévoit que la CFB

peut autoriser les autorités étrangères de surveillance des banques ou des marchés financiers à procéder à des contrôles directs auprès des établissements en Suisse de banques étrangères si ces autorités:

a. assument la surveillance consolidée incombant au pays d'origine sur les banques examinées;

b. utilisent les informations obtenues exclusivement à des fins de surveillance consolidée des banques ou d'autres intermédiaires financiers soumis à autorisation;

c. sont liées par le secret professionnel ou par le secret de fonction, et

d. ne transmettent les informations obtenues à des autorités compétentes et à des organismes ayant des fonctions de surveillance dictées par l'intérêt public qu'avec l'autorisation de la Commission fédérale des banques. Lorsque l'entraide internationale en matière pénale est exclue, aucune information ne peut être transmise à des autorités pénales. La Commission des banques décide en accord avec l'autorité compétente⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ Message du Conseil fédéral du 27.5.1998 sur la révision de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF 1998 3349, 3386, 3414 s.

3. En droit douanier

La Suisse et l'UE ont signé le 9 juin 1997 un accord sur l'assistance mutuelle en matière douanière, sous forme de protocole additionnel à l'Accord de libre-échange de 1972⁴⁴⁵. Ce texte reprend le contenu du protocole n° 11 relatif à l'Accord EEE. Il a été étendu à l'Association européenne de libre-échange (AELE) par une modification de la convention de 1972 instituant l'AELE, ce qui permet une réglementation uniforme de l'assistance administrative douanière entre les Etats de l'UE et de l'AELE⁴⁴⁶. Il est appliqué par la Suisse depuis le 1^{er} juillet 1997.

Le protocole de 1997 permet à l'administration de s'assurer que la législation douanière est correctement appliquée. Toute information utile à la prévention ou à la constatation d'infractions peut être demandée ou faire l'objet d'une assistance spontanée. Le protocole prévoit la transmission de documents et la notification de décisions à un destinataire résidant ou établi sur le territoire de l'Etat requis. L'Etat requérant peut demander qu'un de ses fonctionnaires participe à l'exécution de demandes sur le territoire de l'Etat requis.

L'assistance peut être refusée lorsque: a) la souveraineté de l'un des Etats liés peut être atteinte; b) l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels sont mis en péril; c) l'exécution de l'entraide fait intervenir l'application d'une réglementation fiscale ou de change autre que douanière; d) un secret industriel, commercial ou de fonction pourrait être violé⁴⁴⁷.

445 *Protocole n° 11 concernant l'assistance mutuelle en matière douanière*, FF 1992 IV 947 et le *Message du Conseil fédéral du 19.1.1998 concernant un protocole additionnel à l'accord de libre-échange entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne relatif à l'assistance administrative en matière douanière*, FF 1998 776 ss. L'arrêté fédéral relatif au protocole additionnel a été adopté le 10.3.1998 par l'Assemblée fédérale, FF 1998 1214.

446 *Message du Conseil fédéral du 19.1.1998 concernant une modification de la convention AELE au sujet de l'assistance en matière douanière*, FF 1998 790 ss; arrêté fédéral adopté le 10.3.1998 par l'Assemblée fédérale, FF 1998 1214.

447 Art. 9 du protocole additionnel.

L'autorité requérante est tenue de respecter le secret. Elle ne peut utiliser l'information demandée qu'aux fins visées par le protocole (principe de spécialité). L'autorité requérante peut utiliser les informations reçues dans le cadre d'actions judiciaires ou administratives pour non-respect de la législation douanière. Le protocole de 1997 permet donc à la fois l'entraide administrative et pénale internationale.

Chapitre IV

Les obstacles à l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence

Le fait que l'entraide administrative internationale se soit renforcée depuis les années 90 dans plusieurs domaines importants du droit économique nous conduit à nous poser la question de savoir pourquoi le droit de la concurrence n'a pas connu la même évolution. Ceci nous amène à traiter des obstacles à l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence.

Il existe principalement trois obstacles à l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence: (i) les différences de sanctions entre les législations sur la concurrence; (ii) la protection des renseignements confidentiels et l'obligation de secret imposée aux autorités de la concurrence; (iii) les règles nationales empêchant la transmission d'informations à l'étranger.

A. Les différences de sanctions

Les sanctions pour violation du droit de la concurrence varient fortement en fonction du modèle de législation considéré. Comme nous l'avons vu⁴⁴⁸, le droit antitrust américain connaît des sanctions pénales qui n'existent pas en droit européen de la concurrence. Par ailleurs, le droit européen de la concurrence repose sur un système de sanctions administratives alors que le droit suisse ne prévoit pas de

448 Cf. ci-dessus p. 39 s.

sanctions directes en cas de violation du droit suisse de la concurrence.

Dans quelle mesure l'entraide administrative internationale est-elle possible tant et aussi longtemps que les sanctions varieront aussi fortement d'un système à l'autre? ZÄCH observe à ce sujet que:

...under one legal system a practice may constitute a crime and under another system be nothing more than a simple violation. Accordingly, the sanctions may range from the imposition of simple fines and the surrender of illicitly earned profits to the award of triple damages and/or imprisonment... As long as the substantive rules and the procedures vary to such a large extent, it seems unreasonable to expect a country to cooperate in enforcement of another's antitrust law unless it has the opportunity thoroughly to examine the substantive rules (often on a case-by-case) and procedures involved⁴⁴⁹.

Ainsi, un degré minimum d'harmonisation du droit de la concurrence est nécessaire pour que l'entraide administrative internationale soit effective. Ceci sera confirmé par l'étude des accords suivants:

- Entre les Etats-Unis et le Canada, il existe une coopération approfondie, de nature contraignante et permettant l'échange d'informations confidentielles, car aussi bien le droit antitrust américain que le droit canadien de la concurrence prévoient des sanctions pénales⁴⁵⁰.
- Dans l'Accord EEE, il existe une coopération approfondie de nature contraignante et permettant l'échange d'informations confidentielles, car les règles de concurrence de l'Accord EEE sont une reprise de l'acquis communautaire européen en droit de la concurrence⁴⁵¹;
- L'Accord bilatéral d'entraide administrative internationale entre les Etats-Unis et l'UE prévoit une coopération administrative de nature non contraignante, et qui ne permet pas l'échange d'informations confidentielles. Selon GRAHAM/RICHARDSON,

449 R. ZÄCH, *International Cooperation Between Antitrust Enforcement Agencies: A View From a Small Country*, in: H. ULLRICH, *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998, p. 257 ss., p. 259.

450 Cf. ci-dessus p. 218 ss.

...EU authorities have been unwilling to consider information-sharing co-operative agreements because information disclosed by DGIV to the Anti-trust Division of the US Department of Justice could lead to criminal charges against European nationals for violations that could not be considered criminal in Europe⁴⁵².

- Entre la Suisse et l'UE, il n'existe pas d'accord bilatéral d'entraide administrative internationale. La principale raison est certainement que le droit suisse ne connaît pas de sanctions directes en cas de violation du droit de la concurrence.

B. Les règles sur la confidentialité des informations commerciales

Les informations réunies durant le cours d'une enquête ou fournies spontanément par les entreprises à une autorité de la concurrence sont en général confidentielles, ce qui fait obstacle à l'échange d'informations entre autorités de la concurrence⁴⁵³.

Aux États-Unis, la FTC ne peut pas dévoiler les informations qu'elle obtient en usant de ses pouvoirs d'instruction, à moins que l'entreprise concernée y consente⁴⁵⁴. La seule exception à cette règle

451 Cf. ci-dessous p. 273 ss.

452 E. E. GRAHAM/J. D. RICHARDSON, *Conclusions and Recommendations*, op. cit., p. 570.

453 OCDE, *Mise en œuvre du droit de la concurrence, Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, Paris 1994, p. 58 ss.; OCDE, *Coopération efficace en matière de mise en œuvre internationale du droit de la concurrence: échange d'informations confidentielles et autre assistance mutuelle*, Rapport du groupe de travail n° 3, DAF/CLP/WP3(94)1; OCDE, *Impediments to co-operative gathering and sharing information and other forms of co-operation in curbing hard core cartels*, DAF/CLP/WP3(99)5.

454 Selon le paragraphe 7 a (h) du *Clayton Act*: «Any information or documentary material filed with the Assistant Attorney General or the Federal Trade Commission pursuant to this section shall be exempt from disclosure..., and no such information or documentary material may be made public, except as may be relevant to any administrative or judicial action or proceeding...».

gle est que les informations obtenues peuvent être communiquées à certaines conditions aux autorités fédérales ou celles des Etats⁴⁵⁵. Les informations transmises par les entreprises dans le cadre de la notification préalable de concentrations ne peuvent être divulguées ni par la FTC, ni par la division antitrust. Les informations que la division antitrust obtient à la suite d'une *Civil Investigative Demand* ne peuvent être utilisées que dans le cadre d'une procédure judiciaire, devant un grand jury ou par certaines autorités fédérales⁴⁵⁶. Les *Federal Rules of Criminal Procedure* imposent la confidentialité en rapport avec toutes informations obtenues dans le cadre d'un grand jury⁴⁵⁷.

En droit européen, l'article 287 (ex 214) CE énonce que

Les membres des institutions de la Communauté, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de la Communauté sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient.

Cette règle générale du droit primaire est concrétisée à l'article 20 du règlement n° 17/62. Selon cette disposition,

455 N. HADJIGAN, *Essential Mutual Assistance in International Antitrust Enforcement*, *The International Lawyer*, 1995, Vol. 29, N° 1, p. 117 ss., p. 128. Le paragraphe 6 f du *Federal Trade Commission Act* a la teneur suivante: «The Commission shall have power to make public from time to time such portions of the informations obtained by it hereunder as are in the public interest... provided, that the Commission shall not have any authority to make public any trade secret or any commercial or financial information which is obtained from any person and which is privileged or confidential, except that the Commission may disclose such information to officers and employees of appropriate Federal law enforcement agencies or to any officer or employee of any State law enforcement agency upon the prior certification of an officer or any such Federal or State law enforcement agency that such information will be maintained in confidence and will be used only for official law enforcement purposes.»

456 *Antitrust Civil Process Act*, Section 4 (c).

457 *Federal Rules of Criminal Procedure*, § 6 e (2).

1. Les informations recueillies en application des articles 11, 12, 13 et 14 ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été demandées. 2. Sans préjudice des articles 19 et 21, la Commission et les autorités compétentes des Etats membres ainsi que les fonctionnaires et autres agents sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel. 3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'opposent pas à la publication de renseignements généraux ou d'études ne comportant pas d'indications individuelles sur les entreprises ou associations d'entreprises.

Le règlement n° 3384/89 sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 21 décembre 1994 contient une règle identique⁴⁵⁸.

Les règles très strictes énumérées ci-dessus visent à empêcher que les entreprises hésitent à notifier des informations de crainte qu'elles soient transmises à un concurrent. Ainsi, les informations recueillies par la Commission européenne dans le cadre de ses pouvoirs d'instruction ou celles qui lui sont notifiées spontanément par les entreprises ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été demandées. Or le but auquel il est fait référence est l'application par la Commission européenne dans un cas particulier du droit européen de la concurrence. La CJCE a déduit de ces principes qu'une autorité nationale de la concurrence appliquant le droit national ou le droit européen de la concurrence ne peut pas utiliser des informations qui lui seraient remises comme moyen de preuve par la Commission, mais tout au plus comme base de départ pour ses propres investigations⁴⁵⁹. La doctrine dé-

458 Selon l'article 17, «Les informations recueillies, y compris les documents annexes, ne peuvent en aucun cas être communiquées ou rendues accessibles lorsqu'elles contiennent des secrets d'affaires d'une personne ou d'une entreprise, y compris les parties notifiantes, les autres parties intéressées ou des parties tierces, ou des informations confidentielles dont la divulgation n'est pas considérée par la Commission comme nécessaire pour les besoins de la procédure, ou lorsqu'il s'agit de documents internes de l'administration».

459 Dans l'arrêt *Banca Prvada*, la CJCE a jugé qu'une autorité de la concurrence d'un Etat membre n'est pas en droit d'utiliser comme moyen de preuve, pour l'application tant des règles nationales que des règles communautaires de la concurrence, les informations non publiées contenues dans les réponses aux demandes de renseignements adressées aux entreprises en application de l'article 11 du règlement n° 17, ainsi que celles obtenues suite aux vérifica-

duit que cette règle est également applicable en relation avec les informations transmises aux autorités de la concurrence d'Etats tiers⁴⁶⁰. D'autre part, les informations qui contiennent des secrets d'affaires ne peuvent en principe pas être transmises. Seules les informations recueillies qui sont de notoriété publique ou déjà publiées peuvent être échangées.

Dans l'affaire *Akzo*, la CJCE a jugé que le principe général de protection des secrets d'affaires, applicable durant tout le déroulement de la procédure administrative, s'oppose à ce qu'un tiers plaignant reçoive communication des documents contenant des secrets d'affaires. Il appartient à la Commission européenne de déterminer si un document contient un secret d'affaires. Après avoir mis l'entreprise en mesure de faire valoir son point de vue, la Commission européenne est tenue de prendre une décision dûment motivée. En raison du préjudice extrêmement grave qui pourrait résulter de la communication irrégulière de documents, la Commission doit, avant d'exécuter sa décision, donner à l'entreprise la possibilité de saisir la CJCE afin de faire contrôler l'appréciation de la Commission, par le jeu des articles 230 (ex 173) et 242 (ex 185) CE⁴⁶¹.

De manière similaire, les articles 24 alinéas 1 et 2 LCart 1995 prévoient que les autorités en matière de concurrence sont assujetties au secret de fonction et que les informations recueillies dans l'exercice de leurs fonctions ne peuvent être utilisées qu'à des fins de renseignement ou d'enquête.

tions effectuées en vertu de l'article 14 dudit règlement. Cependant, ces informations constituent des indices qui peuvent être, le cas échéant, pris en compte pour justifier l'ouverture d'une procédure nationale; CJCE, arrêt *Dirección General de Defensa de la Competencia et Asociación Española de Banca Privada (AEB)* du 16.7.1992, aff. C-67/91, Rec. 1992 I, p. 4820 ss.

460 U. IMMENGA/E. J. MESTMÄCKER (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, Beck, Munich 1997, p. 1980, n° 28 in fine; en rapport avec l'Accord USA-UE, cf. ci-dessous p. 315 ss.

461 CJCE, arrêt *Akzo Chemie BV/Commission* du 24.6.1986, aff. 53/85, REC 1986, p. 1965.

C. Les lois de blocage et les règles nationales empêchant la transmission d'informations à l'étranger

1. Les lois de blocage

Vers la fin des années 70 et le début des années 80, plusieurs Etats ont adopté des lois de portée générale visant à limiter ou à empêcher la communication d'informations à des autorités administratives ou judiciaires à l'étranger (*blocking statutes*)⁴⁶².

En Australie, le *Foreign Proceeding (prohibition of certain evidence) Act* de 1976 habilite le procureur général à interdire la production de renseignements destinés à être utilisés lors de procédures devant des tribunaux étrangers, s'il est convaincu que l'exercice ou l'exercice probable, de la compétence ou des pouvoirs d'un tribunal étranger n'est pas conforme au droit international ou à la courtoisie internationale ou qu'une telle mesure est nécessaire pour protéger l'intérêt national.

En Grande-Bretagne, le *Protection of Trading Interests Act* de 1980 permet au Secrétaire d'Etat d'interdire à des entreprises de donner suite à des requêtes d'autorités étrangères prises sur la base d'un droit étranger, qui affectent le commerce international et qui menacent de porter atteinte aux intérêts commerciaux de l'Angleterre (section 1). Cette compétence n'a que rarement été utilisée⁴⁶³. La loi prévoit que les décisions octroyant des dommages-intérêts multiples ne doivent pas être exécutées en Grande-Bretagne. Enfin, dans le cas où une entreprise anglaise aurait dû s'acquitter de dommages-intérêts multiples aux Etats-Unis, la section 5 de la loi prévoit que

462 OCDE, *Mise en œuvre du droit de la concurrence, coopération internationale pour la collecte de renseignements*, Paris 1984, p. 48 ss.; R.E. PRICE, *Foreign Blocking Statutes and the GATT: State sovereignty and the enforcement of U.S. economic laws abroad*, *George Washington Journal of International Law & Economics* 1995, p. 315 ss.

463 R. WISH, *op. cit.*, p. 386.

cette dernière peut intenter une action en Grande-Bretagne en paiement du montant qui excède le dommage actuellement subi.

En France, la *loi relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères* de 1980 interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives, lorsque la demande, la recherche ou la communication sont effectuées dans des formes non prévues par les traités ou accords internationaux et les lois et règlements applicables en France (art. 1 bis). En tout état de cause, la communication de renseignements ou de documents est interdite lorsqu'elle serait de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public (art. 1^{er}). Une peine d'emprisonnement de 2 à 6 mois est prévue en cas d'infraction ou une amende de 10'000 francs français.

En Nouvelle-Zélande, l'*Evidence Amendment Act* de 1980 interdit à tout tribunal néo-zélandais de répondre à une demande de production de documents formulée par une autorité étrangère, qui enfreint la juridiction de la Nouvelle-Zélande ou porte préjudice à sa souveraineté, à ses intérêts commerciaux ou économiques. Les infractions sont passibles d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende.

2. Les dispositions du code pénal suisse qui font obstacle à l'entraide administrative internationale

En Suisse, il n'existe pas de loi de blocage, mais plusieurs dispositions du CPS⁴⁶⁴ qui font obstacle non seulement aux enquêtes d'autorités étrangères de la concurrence en Suisse (art. 271 CPS), mais aussi aux enquêtes des autorités suisses de la concurrence à

464 *Code pénal suisse du 21 décembre 1937*, RS 311.

l'étranger (art. 299 CPS), et à la transmission d'informations à une autorité étrangère de la concurrence (art. 162 et 273 CPS)⁴⁶⁵. Nous n'abordons pas ici la question du secret bancaire. En l'absence d'accords internationaux, ces dispositions limitent fortement les possibilités d'action des autorités étrangères de la concurrence en Suisse et des autorités suisses de la concurrence à l'étranger.

(1) Les articles 271 et 299 CPS

L'article 271 chiffre 1 CPS réprime celui qui aura procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes de puissance publique, sans y être autorisé, de l'emprisonnement et, dans les cas graves, de la réclusion. Cette disposition ne vise pas seulement les fonctionnaires étrangers, mais également toute personne, par exemple un avocat étranger, qui accomplirait en Suisse un acte qui, en droit suisse, est de nature officielle. Une autorité étrangère de la concurrence qui procéderait, *sans autorisation*, en Suisse à des actes officiels violerait ainsi la souveraineté territoriale de la Suisse et l'article 271 CPS⁴⁶⁶. Cette disposition fait également obstacle à la courtoisie active en faveur d'une autorité étrangère de la concurrence, c'est-à-dire à l'exercice par les autorités suisses de la concurrence d'actes de puissance publique pour le compte d'une autorité étrangère de la concurrence.

Du fait des compétences du Conseil fédéral dans le domaine des relations économiques extérieures, ce dernier est compétent pour l'octroi de l'autorisation susmentionnée. Cette compétence a été déléguée aux départements dans un arrêté du Conseil fédéral du 7 juillet 1971⁴⁶⁷. Selon l'article 1 alinéa 1 de cet arrêté,

⁴⁶⁵ M. HAYMANN, *Extraterritorial Application of Antitrust Law, The Swiss Approach*, RSDIC 1990, p. 17 ss., p. 38 ss.

⁴⁶⁶ En revanche, la possibilité d'inspections d'autorités étrangères sur territoire suisse est expressément prévue dans le domaine de la surveillance des banques; cf. A. ALTHAUS, op. cit., Stämpfli, Bern 1997, p. 241.

⁴⁶⁷ Arrêté du Conseil fédéral du 7.7.1971 donnant pouvoir aux départements et à la chancellerie fédérale d'accorder l'autorisation prévue à l'art. 271 ch. 1 CPS, RS 172.012.

Dans le cadre de leurs attributions respectives, les départements et la Chancellerie fédérale ont le pouvoir d'accorder eux-mêmes l'autorisation de procéder pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics (art. 271 ch. 1 CP).

Le DFJP doit donner un préavis dans tous les cas et le DFAE doit être consulté par le DFJP en cas d'incidence particulière sur la politique étrangère⁴⁶⁸. Dans les cas qui ont un caractère politique ou posant d'importantes questions de principe, l'ensemble des départements doivent être consultés⁴⁶⁹.

L'arrêté de 1971 confère aux départements la possibilité de délégations subséquentes, dans un cas particulier ou de manière générale, aux divisions qui leur sont subordonnées⁴⁷⁰. Dans le domaine de la surveillance des activités financières, cette compétence appartient au Département fédéral des finances (DFF). Une délégation subséquente du DFF à la CFB est exclue, du fait que cette dernière n'est pas soumise hiérarchiquement au Département⁴⁷¹. En droit de la concurrence, la compétence d'accorder l'autorisation appartient au DFE. Du fait que la Commission de la concurrence est indépendante de l'administration, une délégation de compétence en sa faveur est également exclue. La seule manière de contourner l'article 271 CPS consisterait en un accord international qui lui déroge expressément.

L'article 299 CPS est le pendant de l'article 271 CPS:

1. Celui qui aura violé la souveraineté territoriale d'un Etat étranger, notamment en procédant indûment à des actes officiels sur le territoire de cet Etat, celui qui aura pénétré sur le territoire d'un Etat étranger contrairement au droit des gens, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.

Selon cette disposition, les autorités suisses de la concurrence doivent s'abstenir d'actes officiels sur territoire étranger en l'absence du consentement de l'Etat concerné.

468 Art. 2 al. 1.

469 Art. 1 al. 2.

470 Art. 1 al. 3.

471 R. SANSONETTI, *op. cit.*, p. 520.

(2) L'article 162 CPS

L'article 162 CPS réprime celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il était tenu de garder secret en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, et celui qui aura utilisé cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers, de l'emprisonnement ou de l'amende. L'article 24 LCart 1995 soumet les autorités de la concurrence au secret de fonction. La transmission par les autorités suisses de la concurrence à une autorité étrangère d'informations couvertes par l'article 24 LCart 1995 pourrait par conséquent entraîner des suites pénales pour les fonctionnaires concernés.

(3) L'article 273 CPS

Selon l'article 273 CPS,

Celui qui aura cherché à découvrir un secret de fabrication ou d'affaires pour le rendre accessible à un organisme officiel ou privé étranger ou à une entreprise privée étrangère ou à leurs agents, celui qui aura rendu accessible un secret de fabrication ou d'affaires à un organisme officiel ou privé étranger ou à une entreprise privée étrangère ou à leurs agents, sera puni de l'emprisonnement ou, dans les cas graves, de la réclusion. Le juge pourra en outre prononcer l'amende.

Le but de l'article 273 CPS est d'empêcher des recherches de renseignements de nature économique au profit de l'étranger⁴⁷². La notion de secret est interprétée par la jurisprudence du TF comme englobant «tous les faits de la vie économique que les personnes en causent avaient un intérêt légitime à tenir secrets»⁴⁷³. Il faut que l'auteur agisse consciemment et volontairement et qu'il ait le dessein de rendre le secret accessible aux intéressés à l'étranger. Le ministère public de la Confédération a élaboré des directives qui permettent de déterminer dans quel cas l'infraction est réalisée⁴⁷⁴.

472 Idem.

473 ATF 74 IV 103, 211.

474 MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION, *Richtlinien der Bundesanwaltschaft über die Preisgabe von Wirtschaftsgeheimnissen an ausländische Adressaten*, ZStR 93 1977, p. 289.

Selon celles-ci, il faut distinguer le cas où la personne qui divulgue le secret est la seule à avoir intérêt à le maintenir secret. Dans ce cas:

Soweit eine Auskunft ausschliesslich Verhältnisse betrifft, an denen einzig der Auskunftserteilende ein Geheimhaltungsinteresse hat, kann der Entscheid über die Preisgabe derartiger Belangen dem Betreffenden selbst überlassen werden⁴⁷⁵.

Une entreprise en Suisse est par conséquent libre de donner des renseignements qui la concerne à une autorité de la concurrence étrangère.

Dans le cas où il existe un intérêt national de la Confédération, comme par exemple la défense nationale («*gesamtschweizerisches Interesse*») ou si des tiers ont un intérêt digne de protection au maintien du secret et n'ont pas donné leur consentement préalable à la divulgation, il est, selon les directives du Ministère public, alors interdit et pénalement répréhensible de donner des renseignements économiques à l'étranger. Cette disposition empêche la transmission par des particuliers en Suisse de secrets de fabrication ou d'affaires à des autorités étrangères tout comme la recherche par les autorités suisses de renseignements pour le compte d'une autorité étrangère (courtoisie positive). Dans le cas où des renseignements sont transmis par une entreprise ou un particulier (dans le cadre d'une plainte ou d'une dénonciation) à une autorité administrative à l'étranger au sujet d'infractions par une entreprise suisse au droit étranger de la concurrence, l'article 273 CPS peut se révéler être extrêmement problématique⁴⁷⁶.

475 Idem.

476 Cf. ci-dessous l'affaire *Adams*, p. 287 ss.

Titre IV

*Le développement de l'entraide
administrative internationale
en droit de la concurrence*

Chapitre I

Les relations intérieures de l'Union européenne

L'évolution récente du droit européen de la concurrence est caractérisée par un mouvement de décentralisation de sa mise en œuvre⁴⁷⁷. Celle-ci est favorisée par la convergence de plusieurs facteurs. Les élargissements successifs de l'Union européenne remettent en cause l'idée de base selon laquelle la Commission européenne peut seule mener à bien la politique européenne de la concurrence⁴⁷⁸. L'adaptation progressive des législations nationales sur la concurrence au modèle européen a également créé un climat propice à la décentralisation.

En 1992, le Traité de Maastricht a introduit le principe de subsidiarité⁴⁷⁹. Ce dernier est défini par l'article 5 (ex 3 B) paragraphe 2 CE comme suit:

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

477 P. LÄSSIG, *Dezentrale Anwendung des europäischen Kartellrechts*, FIW-Schriftenreihe, Carl Heymanns Verlag, Heft 170, Köln, Berlin, Bonn, München 1997.

478 C.-D. EHLERMANN, *Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities*, ECLR 2/1996, p. 88 ss., p. 89: «The original idea that the Community competition law can be enforced by the Commission alone clearly is untenable. Effective enforcement in the larger EU requires more activity than the Commission and its staff could ever develop.»

479 Cf. en particulier J.P. GONZALEZ, *The Principle of Subsidiarity (A guide for lawyers with a particular Community orientation)*, ELRev 1995, p. 365 ss.; T. HARTLEY, *Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement*, ICLQ Vol. 42/1993, p. 213 ss., p. 214 ss.

Le principe de subsidiarité n'est pas uniquement un principe législatif. Comme le relève EMILIOU,

This provision does not refer to legislation but to action by the Community which makes it possible to argue that administrative action is covered as well⁴⁸⁰.

Selon les termes de GONZALEZ, le principe de subsidiarité

involves a measured approach on the part of the Commission in its implementation of common policies, and, as a corollary, a more significant role on the part of the national authorities in the adoption of decisions having an impact on the Community. An area in which this greater involvement of the national authorities is of particular importance is competition policy⁴⁸¹.

Le principe de subsidiarité s'applique en cas de compétence concurrente entre la Communauté et les Etats membres et non pas dans les cas de compétence exclusive. Les domaines de compétence exclusive en droit de la concurrence sont les suivants:

- La Commission a une compétence exclusive en ce qui concerne
 - (i) les concentrations de dimension communautaire (sous réserve des art. 9 et 21 du règlement sur le contrôle des concentrations),
 - (ii) l'octroi d'exemptions en vertu de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE, (iii) et les cas en vertu du Traité CECA.
- Les autorités nationales de la concurrence ont une compétence exclusive en ce qui concerne les conséquences civiles d'une violation du droit européen de la concurrence.
- Seules les autorités judiciaires nationales peuvent octroyer des dommages-intérêts en cas de violation du droit européen de la concurrence.

480 N. EMILIOU, *Subsidiarity: An Effective Barrier Against «the Enterprises of Ambition»?*, p. 383 ss., p. 400 s.

481 J.P. GONZALEZ, op. cit., p. 363. Au sujet du principe de subsidiarité en droit européen de la concurrence, cf. N. SCHOLL, *Europäisches und nationales Wettbewerbsrecht, Die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 85 f EG und das Subsidiaritätsprinzip*, Swiss Papers on European Integration, vol. 15, Bern 1998; R. WESSUNG, op. cit., p. 35 ss.

Tous les autres cas sont des cas de compétence concurrente, où le principe de subsidiarité s'applique. Le principe de subsidiarité ne permet pas de contester la juridiction de la Commission dans un cas particulier. Si tel était le cas, les autorités nationales de la concurrence auraient un devoir d'appliquer le droit communautaire conformément au protocole sur la subsidiarité du Traité d'Amsterdam.

La décentralisation de l'application du droit européen de la concurrence comporte cinq dimensions examinées de manière successive: (i) l'application du droit européen de la concurrence par les autorités judiciaires nationales; (ii) l'application du droit européen de la concurrence par les autorités nationales de la concurrence; (iii) la décentralisation de l'application de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE; (iv) l'harmonisation des législations nationales de la concurrence; (v) le renforcement de l'entraide administrative internationale entre autorités nationales de la concurrence.

A. L'application du droit européen de la concurrence par les autorités judiciaires nationales

Conséquence de l'effet direct du droit européen, les autorités judiciaires nationales, qui ont pour vocation de sauvegarder les droits subjectifs des particuliers dans leurs relations réciproques participent activement à la mise en œuvre du droit européen de la concurrence. Les méthodes législatives utilisées par la Communauté pour mettre en œuvre les articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE ont aidé à promouvoir ce but. En effet, le droit secondaire dans le domaine de la concurrence a été élaboré sous forme de règlements plutôt que de directives, qui ont été utilisées dans la plupart des autres domaines du marché intérieur.

Le juge national est amené à se prononcer sur l'application des articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE principalement dans le cadre de

l'action contractuelle et de l'action en dommages-intérêts⁴⁸². Dans la première, la partie défenderesse se prévaut en général de l'article 81 (ex 85) paragraphe 2 CE (nullité de l'accord) pour échapper aux prétentions contractuelles de la partie demanderesse. Dans la seconde, les interdictions des articles 81 (ex 85) paragraphe 1 et 82 (ex 86) CE permettent de déterminer si le comportement qui a donné lieu à un dommage est illégal.

A partir des années 80, l'application du droit européen de la concurrence par le juge national a été encouragée par la Commission⁴⁸³. Au début des années 90, cette stratégie a été clairement exprimée par la Commission dans une communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 CEE⁴⁸⁴. Cette communication remplit plusieurs fonctions. D'abord, elle signale l'importance que la Commission attache à l'application du droit européen de la concurrence par le juge national. Ensuite, elle établit, en conformité avec le principe de subsidiarité, que les plaintes ne représentant pas un intérêt politique, économique ou juridique particulier pour la Communauté devraient en principe trouver un dénouement devant les autorités ou juridictions nationales. Elle établit la procédure que les autorités judiciaires nationales doivent suivre dans l'application du droit européen de la concurrence. Enfin, elle prévoit une procédure d'assistance de la Commission aux autorités judiciaires nationales.

Les juridictions nationales doivent tout d'abord rechercher si l'accord en cause a fait l'objet d'une décision ou d'un avis de la

482 A ce sujet cf. R. WHISH, *The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States*, ECLR 2/1994, p. 60 ss.; I. VAN BAELE, *The Role of the National Courts*, ECLR 1/1994, p. 3 ss.; E.A. RAFFAELLI, *National Courts and EC Competition Law*, *Revue Internationale de la Concurrence* 3/1994, p. 53 ss.

483 C.-D. EHLERMANN, *Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities*, op. cit., p. 88; C.-D. EHLERMANN, *Eine Plädoyer für die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten*, in: *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre PESCATORE, 1987, p. 205 ss.

484 COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 CEE*, JO n° C 39 du 13.2.1993, p. 6 ss., p. 8.

Commission européenne. Une décision de la Commission constatant une violation du droit européen de la concurrence lie la juridiction nationale dans le cadre d'une action en dommages-intérêts devant une juridiction nationale⁴⁸⁵. Dans les cas où la Commission européenne n'a pas pris une décision, mais classé le dossier par lettre administrative, la CJCE a jugé que la juridiction nationale n'est pas liée par l'opinion de la Commission mais peut la prendre en compte comme un élément de fait dans l'examen de la compatibilité avec l'article 81 (ex 85) CE⁴⁸⁶.

Dans le cas où la Commission européenne ne s'est pas prononcée du tout sur un accord et la juridiction nationale éprouve des doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire, celle-ci peut se référer à la jurisprudence et à la pratique communautaires, en particulier aux diverses communications de la Commission qui définissent si un accord ne tombe pas sous l'interdiction de l'article 81 (ex 85) paragraphe 1 CE, comme par exemple la communication sur les accords d'importance mineure. Elle doit également déterminer si la pratique ou l'entente entre dans le champ d'application d'un règlement d'exemption par catégorie et est par conséquent exemptée de l'interdiction de l'article 81 (ex 85) paragraphe 1 CE. Si l'accord a été notifié à la Commission européenne en vue d'une exemption individuelle ou par catégorie, la juridiction nationale peut suspendre la procédure et attendre la décision de la Commission⁴⁸⁷.

Si malgré tout, la juridiction nationale éprouve toujours des doutes quant à la compatibilité d'un accord avec le droit communautaire, plusieurs options s'offrent à elle. Dans le cas où la Commission a ouvert une action, elle peut surseoir à statuer en attendant le résultat

485 High Court (Chancery Division), *Iberian UK Limited v. BPB Industries Plc and Another*, CMLRev 2/1996, p. 601 ss.; au sujet de cette décision, cf. R. P. GERRITS/K. MUYLLE, *The Effect of a Commission Infringement Decision in a National Action for Damages*, ELRev June 1997, p. 265 ss.

486 CJCE, arrêt *Lancôme c. Etos* du 10.7.1980, aff. 99/79, Rec. 1980, p. 2511.

487 COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 CEE*, op. cit., p. 9.

de la procédure si elle l'estime nécessaire pour des motifs de sécurité juridique⁴⁸⁸. Si la Commission n'a pas ouvert d'action, elle peut :

- soit, poser à la CJCE une question préjudicielle d'interprétation du droit communautaire sur la base de l'article 234 (ex 177) CE;
- soit, «interroger» la Commission conformément à la procédure exposée par la Commission dans sa communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86.

Cette procédure est fondée sur l'article 10 (ex 5) CE dont il découle une obligation de coopération loyale entre la Commission et les autorités judiciaires des Etats membres chargées de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national⁴⁸⁹. Elle permet aux autorités judiciaires nationales d'obtenir trois choses :

1. des renseignements d'ordre procédural si une affaire est pendante devant la Commission;
2. «consulter la Commission sur des questions juridiques... dans ses réponses la Commission n'aborde pas le fond de l'affaire... La Commission précise que sa position n'est pas définitive et que le droit de la juridiction nationale de saisir la CJCE, conformément à l'article 177 du traité CEE n'est nullement affecté»⁴⁹⁰;
3. des renseignements auprès de la Commission sur des données factuelles: statistiques, études de marché et analyses économiques.

Dans la pratique, la procédure d'assistance entre la Commission et les juridictions nationales n'est que rarement utilisée. D'abord, les renseignements procéduraux et factuels dont il est question sont des renseignements généraux qui peuvent généralement être obtenus de manière plus directe autrement. Si la juridiction nationale a des doutes au sujet de l'interprétation du droit communautaire, il

488 CJCE, arrêt *BRT c. SABAM* du 21.3.1974, aff. 127/73, Rec. 1974, p. 313.

489 CJCE, arrêt *Zwartveld* du 13.7.1990, aff. C-2/88, Rec. 1990, p. I-3365; CJCE, arrêt *Dellmits c. Henninger Bräu* du 28.2.1991, aff. C-234/89, Rec. 1991, p. I-935.

490 COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 CEE*, op. cit., p. 10, ch. 37-40.

lui faut plus qu'un avis non contraignant de la Commission, et qui n'aborde pas le fond de l'affaire, mais bien un avis définitif et contraignant de la CJCE sur la base de l'article 234 (ex 177) CE. Certes, cette dernière procédure risque de retarder la procédure nationale, mais une référence inutile à la Commission risque de la retarder plus encore. La procédure de coopération ne permet pas aux autorités judiciaires nationales d'obtenir des renseignements confidentiels puisque

l'article 214 du traité CEE, tel que précisé à l'article 20 du règlement n° 17 pour les règles de concurrence, oblige la Commission à ne pas divulguer des informations de caractère confidentiel⁴⁹¹.

La communication relative à la coopération entre la Commission et les autorités judiciaires nationales n'a pas produit une plus grande application du droit européen de la concurrence par les juridictions nationales⁴⁹². Selon EHLERMANN,

The application of EC competition law by national judges may help, but will never be sufficient because it depends on private enforcement and Europeans are not as litigious as Americans: their traditional social and cultural attitudes may even be opposed to recourse to the judiciary. Europeans are accustomed to and believe in the actions of governments and administrations⁴⁹³.

GERBER observe pour que ce ne sont pas seulement des facteurs socio-culturels qui expliquent ce fait, mais aussi que

...the inability of national courts to issue individual exemptions remain a major obstacle to increased use of national courts for enforcing Community competition law⁴⁹⁴.

491 Idem, p. 10, ch. 42.

492 U. ZINSMEISTER, *Die Anwendung der Artikel 81 und 86 EG-Vertrag durch die nationalen Behörden*, WuW 47/1997, n° 1, p. 5 ss., p. 5.

493 C.-D. EHLERMANN, *Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities*, op. cit., p. 88 ss., p. 88.

494 D. GERBER, op. cit., p. 398.

B. L'application du droit européen de la concurrence par les autorités nationales de la concurrence

Une deuxième forme de décentralisation est l'application du droit européen par les autorités nationales de la concurrence. Durant les premières décennies, cette possibilité n'était pas réaliste. En effet, la plupart des Etats membres disposaient de ressources et d'une expérience limitée (l'Italie n'avait même pas de législation sur la concurrence). La Commission a également montré peu d'intérêt à poursuivre cette stratégie. Par rapport à l'application du droit européen par les autorités judiciaires, elle implique en effet une coordination de la prise de décision à deux niveaux au moins (la Commission et une, voire plusieurs autorités nationales), chacune disposant d'une certaine discrétion. Elle implique par ailleurs des aménagements structurels au niveau national. Quant aux autorités nationales, elles n'ont pas perçu un intérêt à appliquer elles-mêmes le droit européen de la concurrence.

Depuis le milieu des années 90, la Commission encourage l'application décentralisée du droit européen de la concurrence par les autorités nationales⁴⁹⁵. En octobre 1997, elle a publié une communication relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres pour le traitement

495 P.V. BOS, *Towards a Clear Distribution of Competence between EC and National Competition Authorities*, ECLR 7/1995, p. 410 ss.; C.-D. EHLERMAN, *Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities*, op. cit., p. 88 ss.; J. TEMPLE-LANG, *L'application nationale du droit européen de la concurrence*, Rapport général, XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998, p. 265 ss.; C.S. KERSE, *Enforcing Community Competition Policy under Articles 88 and 89 of the E.C. Treaty - New Powers for U.K. Competition Authorities*, ECLR 1/1997, p. 17 ss.; R. WESSLING, op. cit., p. 35 ss.; D. WOLF, *Das Verhältnis des europäischen Kartellrechts zu den Kartellrechten der Mitgliedstaaten*, Vortrag anlässlich des Zweiten Internationalen Kartellrechtsforum, St-Gallen 1995; U. ZINSMEISTER, op. cit., p. 5 ss.

d'affaires relevant des articles 85 et 86 CEE⁴⁹⁶. Cette communication rappelle le rôle des Etats membres et de la Communauté, esquisse des lignes d'orientation pour la répartition des tâches, et décrit la coopération dans les affaires dont, soit la Commission, soit une autorité nationale, est saisie la première. Elle évoque les avantages d'une application décentralisée du droit européen de la concurrence:

- du fait de leur proximité des activités à contrôler, les autorités nationales sont souvent mieux à même de protéger la concurrence que la Commission (ch. 6);
- un contrôle unique est avantageux pour les entreprises dont les activités peuvent tomber à la fois dans le champ d'application du droit communautaire et dans celui des droits nationaux de la concurrence (ch. 10);
- les autorités nationales des Etats membres ont souvent une connaissance plus approfondie et plus précise que la Commission des marchés, notamment ceux présentant d'importantes spécificités nationales, et des entreprises en cause (ch. 12);
- dans beaucoup d'affaires traitées par les autorités nationales, des arguments tirés du droit communautaire sont invoqués parallèlement au droit national. Il est préférable que les autorités nationales appliquent directement le droit communautaire plutôt que d'obliger les entreprises à porter l'affaire devant la Commission.

La communication rappelle que la Commission et les autorités nationales agissent dans l'intérêt public, dans le cadre de leur mission de contrôle du marché. En vertu de l'article 9 paragraphe 3 du règlement n° 17,

496 COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 85 et 86 du Traité*, JO n° C 313 du 15.10.97, p. 3 ss.; J. DUBOIS, *Les nouvelles propositions de la Commission européenne concernant l'application du droit européen de la concurrence par les autorités nationales*, Revue internationale de la concurrence, n° 176 1995, p. 36.

aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3 ou 6, les autorités des Etats membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 et de l'article 86 conformément à l'article 88 du traité.

En principe donc, tant que la Commission n'a pas engagé de procédure, les autorités de la concurrence des Etats membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 (ex 85) paragraphe 1 et 82 (ex 86), mais pas l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE⁴⁹⁷. Cela signifie que le principe ne s'applique qu'au comportement qui n'est pas soumis à exemption (par exemple parce qu'il n'a pas été notifié) ou au comportement couvert par un règlement d'exemption par catégorie. En outre, la communication prévoit que la Commission peut rejeter une plainte et renvoyer l'affaire à l'autorité nationale, lorsque la notification est faite dans le but de retarder la procédure nationale).

Est-il nécessaire que le droit national des Etats membres confère effectivement aux autorités nationales la faculté d'appliquer le droit européen de la concurrence? La question n'est pas dénuée d'intérêt puisque, au 1^{er} juin 1998, seuls huit Etats membres (Allemagne, Belgique, France, Grèce, Italie, Pays-Bas, Portugal, et Espagne) ont expressément conféré ce pouvoir à leur autorité de la concurrence. Les législations nationales des sept autres Etats membres (Autriche, Danemark, Finlande, Irlande, Luxembourg, Royaume-Uni, Suède) ne contiennent pas de pouvoir exprès en ce sens⁴⁹⁸. Selon EHLERMANN, il est nécessaire que les législations nationales confèrent expressément à leur autorité nationale le pouvoir d'appliquer le droit européen de la concurrence⁴⁹⁹. D'un autre avis, TEMPLE-LANG et TESAURO

497 En vertu de l'art. 9 § 1 du règlement n° 17, la Commission a compétence exclusive pour déclarer les dispositions de l'art. 81 (ex 85) § 1 inapplicables conformément à l'art. 81 (ex 85) § 3 CE.

498 J. TEMPLE-LANG, *L'application nationale du droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 270.

499 C.-D. EHLERMANN, *Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities*, op. cit., p. 88 ss, p. 89: «Member States must enact the appropriate enabling legislation allowing their national authorities effectively to apply EC competition law and/or corresponding national competition rules, and Member States must establish their own national antitrust authorities which are in charge of implementing those rules».

considèrent que cette question relève du droit communautaire et qu'une base légale nationale n'est pas nécessaire en raison de l'effet direct du droit européen de la concurrence⁵⁰⁰. TEMPLE-LANG précise toutefois que cette compétence

...could not easily be used unless there are clauses in national legislation prescribing fines, powers to prohibit, etc., in case of infringements of Community law. Legal certainty makes national implementing measures desirable⁵⁰¹.

1. La répartition des tâches

Selon la communication de la Commission, trois critères devraient être utilisés pour déterminer la compétence des autorités nationales (à supposer que les conditions d'application des articles 81 (ex 85) paragraphe 1 et 82 (ex 86) CE sont réalisées, en particulier la condition d'affectation du commerce entre Etats membres).

Le premier se rapporte aux effets de l'accord ou de l'abus, qui doivent être ressentis principalement dans le marché correspondant au territoire d'un Etat membre (ch. 26–28). Lorsque les activités pertinentes s'exercent dans plusieurs Etats membres, la Commission devrait en principe traiter l'affaire puisque

la conduite d'une enquête par une autorité au-delà de ses frontières nationales, notamment lorsque les vérifications dans les entreprises sont nécessaires, se heurtent en effet à de grandes difficultés d'ordre juridique (ch. 24).

Or, c'est bien là le problème. Si l'on veut que la décentralisation soit effective, il faut que les autorités de la concurrence des Etats membres aient la faculté de mener des enquêtes dans les autres Etats

500 J. TEMPLE-LANG, *L'application nationale du droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 274. G. TESAURO, *The Relationship between the European Commission and the Competition Authorities of the EC Member Countries*, in: C. BAUDENBACHER (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht*, Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999, Helbing & Lichtenhahn, Basel Genf München 2000, p. 154 ss., p. 158–159.

501 J. TEMPLE-LANG, *L'application nationale du droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 274.

membres. Il faut aussi s'assurer que les décisions qu'elles rendent y seront effectivement appliquées. Or de tels mécanismes font défaut aujourd'hui, d'où l'importance grandissante de l'entraide administrative internationale.

Le deuxième critère concerne la nature de l'infraction : les autorités nationales ne peuvent pas traiter de cas déjà notifiés à la Commission en application de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE en vue d'une exemption (ch. 29–32).

Le troisième critère concerne les cas qui revêtent un intérêt particulier pour la Communauté, soit parce qu'ils soulèvent une nouvelle question de droit, soit parce qu'ils revêtent une importance économique particulière (ch. 33–36).

2. *Délégation aux autorités nationales*

Les actions de la Commission sont introduites d'office, suite à une notification ou sur plainte. Dans le premier cas, il est naturel que la cause ne soit pas déléguée aux autorités nationales et dans le deuxième, une délégation est exclue puisque la Commission a le monopole d'accorder des exemptions individuelles ou par catégorie. Reste le cas des plaintes. C'est dans cette hypothèse que la Commission souhaiterait pouvoir déléguer des affaires aux autorités nationales.

La jurisprudence de la CJCE et du TPI est propice à un tel développement. L'article 3 du règlement n° 17, base juridique du droit du plaignant d'introduire une plainte, ne confère pas à ce dernier le droit d'obtenir une décision de la Commission au sens de l'article 249 (ex 189) CE quant à l'existence ou non de l'infraction alléguée⁵⁰². Par ailleurs, le TPI a jugé que la Commission peut rejeter une plainte pour défaut d'intérêt communautaire en exposant au plaignant les considérants de fait et de droit qui l'ont conduite à conclure qu'il

502 CJCE, arrêt *GEMA c. Commission* du 18.10.1979, aff. 125/78, Rec. 1979, p. 3173; TPI, arrêt *Rendo et autres c. Commission* du 18.11.1992, aff. T-16/91, Rec. 1992, p. II-2417.

n'y a pas d'intérêt communautaire suffisant⁵⁰³. Enfin, le TPI a jugé dans l'affaire *Bemim* que lorsque les effets d'une infraction alléguée dans une plainte ne sont ressentis que sur le territoire d'un Etat membre, la Commission est en droit de rejeter la plainte pour défaut d'intérêt communautaire suffisant, à condition toutefois que les droits du plaignant puissent être sauvegardés par l'intervention de l'autorité nationale⁵⁰⁴.

Si ces conditions sont réalisées, la Commission peut demander à l'autorité de la concurrence de l'Etat membre dans lequel l'accord produit essentiellement ses effets d'instruire la plainte et de statuer à son sujet. Dans l'affirmative, la Commission va rejeter la plainte pour défaut d'intérêt communautaire suffisant et transmettre le dossier à l'autorité nationale. Il est précisé que lorsque le plaignant tient à rester dans l'anonymat, la Commission est tenue de ne pas divulguer en vertu de l'article 287 (ex 214) CE son identité à l'autorité nationale⁵⁰⁵.

3. *Affaires dont les autorités nationales de la concurrence sont saisies en premier*

Comme la communication entre la Commission et les autorités judiciaires nationales, la communication sur la coopération entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence établit que les autorités nationales peuvent interroger la Commission sur l'état de la procédure au niveau communautaire et lui demander des renseignements de nature économique ou juridique. Elle prévoit la possibilité de suspendre la procédure nationale au cas où une notification est faite à la Commission en vue d'une exemption en application de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE. Il arrive qu'une entreprise notifie un accord à la Commission pour retarder la procé-

503 TPI, arrêt *Automec c. Commission* (arrêt *Automec II*) du 18.9.1992, aff. T-24/90, Rec. 1992, p. II-2223.

504 TPI, arrêt *Bemim c. Commission* du 24.1.1995, aff. T-114-92, Rec. 1995, p. II-147.

505 CJCE, arrêt *Adams c. Commission* du 7.11.1985, aff. 145/83, Rec. 1985, p. 3539.

ture nationale. En cas de notification dilatoire, la Commission va prendre contact avec l'autorité nationale. Si les deux autorités partagent l'avis que la notification est dilatoire, la communication prévoit une procédure relativement compliquée, en raison de la compétence exclusive de la Commission. La Commission rend une décision provisoire et indique qu'il est improbable qu'elle prenne une décision avant que l'autorité nationale ait adopté une décision définitive à cet égard.

C. La décentralisation de l'application de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE

La compétence exclusive d'appliquer l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE est, selon la formule consacrée par EHLERMANN, un *monopole naturel* de la Commission⁵⁰⁶. Contrairement au monopole de la Commission pour déclarer qu'une aide d'Etat est incompatible avec le marché commun (qui découle de l'article 88 (ex 93) CE), le monopole pour accorder une exemption selon l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE a été établi par le règlement n° 17/62. Or ce dernier pourrait être modifié si cela permet une mise en œuvre plus efficace du droit européen de la concurrence. Cette réforme est défendue par l'Allemagne, et soutenue par la France, les autres Etats membres s'étant exprimés en faveur du statu quo⁵⁰⁷.

La compétence des Etats membres d'appliquer l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 risque de porter préjudice à l'application uniforme du droit communautaire. Si les Etats membres devaient partager avec la Commission la compétence d'appliquer l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE, il faudrait, selon TEMPLE-LANG, prévoir des règles

506 C.-D. EHLERMANN, *Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities*, op. cit., p. 93.

507 Idem.

de coordination des décisions des autorités nationales de la concurrence, afin d'assurer l'uniformité et d'éviter le forum shopping⁵⁰⁸. Selon EHLERMANN, il faudrait prévoir des règles permettant à la Commission de contrôler et de corriger, le cas échéant, les décisions prises par les autorités nationales de la concurrence⁵⁰⁹. Cette option impliquerait une subordination des autorités nationales de la concurrence qui ne cadre pas dans la réalité politique actuelle de l'Union. Il faudrait en outre que les décisions des autorités nationales de la concurrence soient reconnues sur tout le territoire de l'Union européenne et que toutes les autorités nationales de la concurrence aient la compétence de prendre de telles décisions. Or, aucune de ces deux conditions n'est remplie aujourd'hui. Enfin, d'autres problèmes pratiques se poseraient. Le règlement n° 17/62 prévoit la transparence. La Commission doit publier une notice dans le Journal officiel avant de prendre une décision d'exemption, afin de permettre aux tierces parties intéressées de présenter des observations. Les États membres sont consultés dans le cadre du comité consultatif. Comment est-ce que ces exigences pourraient être adaptées à une prise de décision par les autorités nationales⁵¹⁰?

Une solution envisagée par le SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN COMMUNITY OF THE HOUSE OF LORDS, publiée en 1993, serait que

where an exemption was sought in a case being determined by a national authority, that authority could reject it, without the right of the applicant to apply to the Commission for the exemption. If, however, it considered that there was or might be a strong case for an exemption, it should refer the case back to the Commission for a decision to grant or refuse the exemption. For these dual control cases, which would probably be relatively few, there would be provision for transfer of confidential information from the national authority to the Commission, if the Commission was not to re-open the entire procedure of investigation⁵¹¹.

508 J. TEMPLE-LANG, *L'application nationale du droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 278.

509 C.-D. EHLERMANN, *Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities*, op. cit., p. 88 ss.

510 Idem, p. 94.

511 HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE, *Enforcement of Community Competition Rules*, session 1993-1994, point 136.

Selon Tesauro, l'application décentralisée de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE pourrait, avec les ajustements nécessaires, permettre une plus grande uniformité dans l'application du droit européen de la concurrence, du fait que les mêmes dispositions s'appliqueraient, et non pas 15 législations nationales différentes⁵¹². Les autorités judiciaires et administratives nationales sont les principaux garants de l'exécution du droit européen. On peut prendre l'exemple de l'article 28 (ex 30) CE et de l'article 30 (ex 36) CE, et des exceptions inhérentes à ce dernier dégagées progressivement par la jurisprudence, et remarquer que ces dispositions ont été appliquées sans difficultés par les autorités judiciaires et administratives nationales. La jurisprudence développée en rapport avec ces dispositions a fait que les différences d'interprétation sont plutôt la règle que l'exception. Il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment s'agissant des règles de concurrence. TESAURO observe très justement que le problème réside ailleurs:

An effective and thorough decentralisation necessarily requires a strengthening of co-operation and of the circulation of information not only between Member States and the Commission, but also among the national authorities themselves⁵¹³.

D. L'application des législations nationales sur la concurrence

Depuis le milieu des années 80, les législations sur la concurrence des Etats membres ont été révisées sous l'influence du modèle du droit européen de la concurrence⁵¹⁴. Elles sont aujourd'hui le plus

512 G. TESAURO, *The Relationship between the European Commission and the Competition Authorities of the EC Member Countries*, op. cit., p. 165.

513 Idem.

514 D. GERBER, op. cit., p. 401 ss.; C. BAUDENBACHER/A. K. SCHNYDER, *Die Bedeutung des EG-Kartellrechts für Schiedsgerichte*, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main 1996, p. 64 ss.

souvent fondées sur le principe d'interdiction des ententes et opèrent selon un système similaire à celui des articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE. Les réformes ont également eu pour effet d'introduire un contrôle préventif des concentrations et de réduire la marge de discrétion de l'Etat dans l'appréciation des restrictions à la concurrence.

La France est le premier Etat membre qui a révisé, en 1986, son droit de la concurrence sur le modèle du droit européen⁵¹⁵. L'adhésion de l'Espagne à l'UE a eu pour conséquence une modification du droit espagnol de la concurrence et l'adoption, en 1989, d'une nouvelle législation inspirée du droit européen⁵¹⁶. En 1990, l'Italie⁵¹⁷ a adopté sa première législation sur la concurrence, également inspirée par le modèle du droit européen de la concurrence.

Puis ce fut successivement le tour de la Belgique⁵¹⁸ en 1991, de la Suède⁵¹⁹, du Portugal⁵²⁰ et de l'Autriche⁵²¹ en 1993, du Danemark⁵²² et des Pays-Bas⁵²³ en 1997, d'adapter leur législation nationale

- 515 *Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*; Pour une discussion, cf. F. JENNY, *French Competition Policy in perspective*, in: B. HAWK (ed.), 1987 Fordham Corporate Law Institute, New York, 1988, p. 301 ss; F. JENNY, *France 1987-94*, in: E. E. GRAHAM/J. D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D. C. 1997, p. 87 ss.
- 516 *Spanish Competition Act 1989*; A. CREUS/C. FERNANDEZ VICIEN, *Rapport espagnol*, in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998, p. 84 ss.
- 517 *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* du 27.9.1990; M. SIRAGUSA/G. SCASSELATI-SFORZIONI, *Italian and EC Competition Law: A New Relationship - Reciprocal Exclusivity and Common Principles*, CMLRev 93/1992.
- 518 *Trade Practices and Consumer Protection Act (TPCA 1991)*; J. STUYCK, *Rapport belge*, in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998, p. 40 ss.
- 519 Pour une discussion, cf. D. GERBER, op. cit., p. 410 ss.
- 520 *Decree-Law 371/93*; N. RUIZ, *Rapport portugais*, in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998, p. 229 ss.
- 521 Ph. GUGLIER/Ph. ZURKINDEN, *Das schweizerische, österreichische und das EG-Wettbewerbsrecht im Vergleich*, Wirtschaft und Gesellschaft 24/1998, Heft 3, p. 353 ss.
- 522 *New Competition Act 1997* (Statute N° 384/97). J. FEJO/K. LEVENSEN, *Rapport danois*, in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998, p. 72 ss.
- 523 *Dutch Competition Act of 22 May 1997*; I. W. VERLOREN VAN THEMAAT, *The Dutch Competition Act of 22 May 1997*, 6/ECLR 1997, p. 344 ss.

au droit européen. L'Allemagne et le Royaume-Uni ont résisté plus longtemps au changement. En 1998, une sixième réforme du droit allemand de la concurrence a été adoptée. Son aspect central est le rapprochement du droit allemand de la concurrence au droit européen. Elle est entrée en vigueur début 1999⁵²⁴. Enfin, en 1998, le Royaume-Uni a complètement révisé son droit de la concurrence sur le modèle des articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE et conféré de nouveaux pouvoirs à ses autorités de concurrence⁵²⁵. Cette dernière réforme est entrée en vigueur au 1^{er} mars 2000.

Ainsi, les législations des Etats membres sont comparables, dans la mesure où elles contiennent une interdiction de principe des cartels, interdiction tempérée par la possibilité d'exemptions. Le principe d'interdiction est ancré dans les législations de la Belgique, du Danemark, de l'Allemagne, de la Finlande, de la France, de la Grèce, de l'Irlande, de l'Italie, des Pays-Bas, du Portugal, de la Suède, de l'Espagne et du Royaume-Uni⁵²⁶. Seuls le Luxembourg et l'Autriche suivent le système de l'abus⁵²⁷. Une grande similarité avec l'article 81 (ex 85) CE peut être observée dans les législations de la Belgique, du Danemark, de l'Espagne, de la France, de la Grèce, de l'Irlande, de l'Italie, des Pays-Bas, du Portugal, du Royaume-Uni, et de la Suède⁵²⁸.

L'harmonisation des législations nationales sur la concurrence sur le modèle européen conduit à se poser la question de savoir si la décentralisation du droit européen de la concurrence ne devrait pas être réalisée au moyen de l'application, par les Etats membres, non pas du droit européen, mais du droit national de la concurrence.

524 *Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 8.5.1998.*

525 OFFICE OF FAIR TRADING, *A general introduction to the Competition Act 1998*, Fair Trading, Issue 18 1998, *The Competition Bill Examined*, p. 12 ss.; Financial Times, 20.11.1998, *A charter to catch cartels.*

526 H. SCHRÖTER, *Wettbewerbsregeln, Einführung ad Artikel 85*, in: H. VON DER GROEBEN/J. THIESING/C.-D. EHLERMANN (Hrsg.), *Kommentar zum EU/EG-Vertrag, Artikel 85-87 EGV*, Fünfte Auflage, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999, p. 2/130, n° 3.

527 *Idem.*

528 *Ibidem*, p. 2/130-131, n° 4.

Cette option n'a jamais été défendue par la Commission⁵²⁹. En effet, si une autorité judiciaire ou une autorité de la concurrence nationale décide une question de droit national de telle manière que le résultat n'est pas le même qu'il serait en droit communautaire, il n'y a pas de violation du droit communautaire. TEMPLE-LANG constate que, dans une telle situation :

There is no right under Community law to judicial review, no right to the protection of Community competition rules or fair procedures, no right to obtain a reference under Art. 177, and no assurance that there will in fact be uniform application of competition law throughout the Community... There is in fact less assurance of uniform interpretation than there would be in the case of an international agreement which is not part of Community law, but which had been adopted into national law by the ratifying States, because in that case the text being interpreted would be the same everywhere⁵³⁰.

Il résulte de ce qui précède que le risque de divergences d'interprétation (des lois nationales sur la concurrence, même similaires, risqueraient de produire des résultats différents⁵³¹) et surtout l'absence de contrôle juridictionnel communautaire rendent cette forme de décentralisation problématique.

E. La nécessité de l'entraide administrative internationale

La décentralisation de la mise en œuvre du droit européen de la concurrence fait apparaître la nécessité de l'entraide administrative internationale non seulement entre la Commission et les autorités de la concurrence des Etats membres mais aussi entre les autorités de la concurrence des Etats membres.

529 D. GERBER, *op. cit.*, p. 400.

530 J. TEMPLE-LANG, *L'application nationale du droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 272.

531 *Idem.*

Un Etat membre n'est pas en mesure de remédier de manière efficace aux restrictions à la concurrence dès qu'il doit obtenir des preuves dans un autre Etat membre. Les décisions rendues dans un Etat membre ne sont pas automatiquement reconnues dans les autres Etats membres. Ces difficultés ne pourront être surmontées que si les autorités de la concurrence appliquent des législations au contenu similaire, établissent des règles de partage de compétence, réglementent les questions d'obtention des preuves et de reconnaissance. Dans la mesure où les législations nationales sur la concurrence ont un contenu similaire, et dans la mesure où la décentralisation du droit européen de la concurrence s'intensifie, la question de l'entraide administrative internationale entre autorités de la concurrence devient incontournable⁵³². Comment surmonter les limites actuelles? Trois solutions sont envisageables: (i) le recours à l'article 10 (ex 5) CE dans un cas particulier, (ii) la réforme du règlement n° 17/62 et (iii) l'adoption d'une convention internationale sur la concurrence.

1. *L'article 10 (ex 5) CE*

Une solution est de faire appel aux principes généraux du droit communautaire. L'idée est que le Traité fournit déjà les instruments nécessaires pour résoudre les problèmes d'entraide internationale entre autorités de la concurrence. Selon l'article 10 (ex 5) paragraphe 1 CE,

Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.

532 D. GERBER, *op. cit.*, p. 401; C. KERSE, *op. cit.*, p. 23; P.B. MARSDEN, *Inducing Member State Enforcement of European Competition Law: A Competition Policy Approach to Antitrust Federalism*, ECLR 4/1997, p. 234 ss.

Selon l'article 10 (ex 5) paragraphe 2 CE, « Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ». Cette disposition énonce un devoir général de coopération. Elle est potentiellement intéressante non seulement dans la relation entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence, mais aussi dans la relation entre les autorités nationales de la concurrence dans l'application des articles 81 (ex 85) paragraphe 1 et 82 (ex 86) CE.

De la même manière que chaque juge national est un juge communautaire qui participe à la mise en œuvre du droit européen, chaque autorité nationale est une autorité communautaire qui a la compétence et le devoir, comme l'a montré TEMPLE LANG, d'appliquer le droit communautaire⁵³³. Dans plusieurs arrêts, la CJCE a jugé que des mesures nationales ne doivent pas rendre ineffective l'application du droit communautaire. Dans le contexte du droit de la concurrence, ce serait le cas si des mesures nationales requièrent ou encouragent un accord contraire à l'article 81 (ex 85) CE ou renforcent les effets d'un tel accord⁵³⁴. La CJCE a jugé dans l'affaire *Walt Wilhelm* qu'une autorité nationale doit veiller à ne pas adopter une décision contradictoire par rapport à celles des institutions communautaires en rapport avec un même cas⁵³⁵. Il a également été jugé dans l'arrêt *Abmed Saeed* qu'une autorité réglementaire nationale (une autorité responsable du transport aérien) ne doit pas approuver une pratique contraire au droit européen de la concurrence⁵³⁶. Il y a donc une obligation d'éviter des résultats incompatibles, même si formellement l'autorité nationale applique son propre droit, comme dans le cas *Walt Wilhelm*, et les institutions communautaires, bien sûr, le droit communautaire. Le principe de l'arrêt *Abmed Saeed* signifie notamment qu'une autorité nationale de la concurrence ne

533 Pour une liste des obligations découlant pour les autorités nationales du droit communautaire, cf. J. TEMPLE-LANG, *The Duties of National Authorities Under Community Constitutional Law*, ELRev 23/1998, p. 109 ss., en particulier, p. 113 ss.

534 Idem, p. 117.

535 CJCE, arrêt *Walt Wilhelm* du 13.2.1969, aff. 14/68, Rec. 1969, p. 1 ss.

536 CJCE, arrêt *Abmed Saeed* du 11.4.1989, aff. 66/86, Rec. 1989, p. 803 ss.

doit pas approuver une concentration qui est contraire à l'article 82 (ex 86) CE, même si elle est en dessous des seuils du règlement sur le contrôle des concentrations⁵³⁷.

Les obligations résultant de l'article 10 (ex 5) CE ne sont pas seulement des obligations négatives, mais également positives. La Commission a un devoir de prêter assistance à l'autorité nationale dans l'application du droit communautaire, et inversement⁵³⁸. La question n'est pas claire de savoir dans quelle mesure le devoir de coopération oblige les autorités nationales de la concurrence à transmettre à la Commission des renseignements, même confidentiels, obtenus dans le cadre d'une procédure en application des articles 81 (ex 85) paragraphe 1 ou 82 (ex 86) CE, et ce en dépit du fait que le droit national empêche la transmission d'informations obtenues dans le cadre d'enquêtes. Dans la mesure où la Commission pourrait se saisir de l'affaire en cas de non-coopération de l'autorité nationale et obtenir ces mêmes renseignements en vertu de ses propres pouvoirs d'investigation, il convient de répondre par l'affirmative. La conclusion inverse aurait à notre avis pour conséquence que les autorités nationales de la concurrence pourraient exercer un effet dilatoire sur la procédure communautaire, ce qui n'est certainement pas conforme à l'obligation de coopération loyale entre les autorités nationales et les autorités communautaires.

L'article 10 (ex 5) CE pourrait à notre avis également fonder une obligation de courtoisie active. *Exemple*: un accord dans un Etat membre empêche les importations parallèles de biens dans un autre Etat membre. L'autorité nationale de la concurrence de l'Etat d'importation, où les effets se font sentir, ne dispose pas des moyens de faire reconnaître sa décision dans l'Etat d'exportation. Comme il n'y a pas d'effets négatifs dans l'Etat d'exportation, l'autorité de la concurrence de ce dernier a ni un intérêt, ni la compétence en vertu du droit national, d'interdire l'accord sur son territoire. La solution,

537 J. TEMPLE-LANG, *The Duties of National Authorities Under Community Constitutional Law*, op. cit., p. 119.

538 CJCE, arrêt *Zwartveld* du 13.7.1990, aff. C-2/88, Rec. 1990, p. I-3365; CJCE, arrêt *Delimitis c. Henninger Bräu* du 28.2.1991, aff. C-234/89, Rec. 1991, p. I-935.

à moins que la Commission ne se saisisse du cas (ce qui est le plus probable en l'état actuel), est que les autorités de la concurrence appliquent le droit européen de la concurrence (et non leur droit national) et que l'autorité de la concurrence de l'Etat d'exportation doive accepter un devoir selon l'article 10 (ex 5) CE d'appliquer le droit européen de la concurrence, à la demande soit de la Commission, soit de l'autorité de la concurrence de l'Etat d'importation, dans l'intérêt de l'Etat d'importation. C'est une situation dans laquelle une autorité nationale de la concurrence pourrait avoir un devoir en vertu de l'article 10 (ex 5) CE d'appliquer le droit européen de la concurrence, dans l'intérêt d'un autre Etat membre, même s'il n'y a pas d'effet sur son territoire⁵³⁹.

D'autres obligations pourraient découler pour les autorités nationales de la concurrence de l'article 10 (ex 5) CE, comme par exemple l'obligation de consulter la Commission en cas de doute ou de difficulté dans l'application du droit européen de la concurrence ou l'obligation de consulter la Commission dans le cas où deux autorités nationales, qu'elles soient dans le même Etat membre ou pas, sont en désaccord au sujet de l'étendue d'une obligation découlant du droit européen de la concurrence.

On pourrait aussi imaginer, dans le cas où une restriction à la concurrence produit des effets dans plusieurs Etats membres, qu'un Etat membre doive reconnaître et exécuter la décision prononcée par l'autorité de la concurrence d'un autre Etat membre. Selon KERSE, l'assistance selon l'article 10 (ex 5) CE

...might extend to the use of investigatory powers and the provision of evidence as well as the recognition and enforcement of sanctions⁵⁴⁰.

On le voit, l'article 10 (ex 5) CE offre des possibilités intéressantes, qui n'ont pas encore été pleinement exploitées en relation avec la décentralisation de la mise en oeuvre du droit européen de la concurrence.

539 J. TEMPLE-LANG, *The Duties of National Authorities Under Community Constitutional Law*, op. cit., p. 274.

540 C. KERSE, op. cit., p. 19.

2. La réforme du règlement n° 17/62

Le règlement n° 17/62 fait obstacle à une décentralisation effective du droit européen de la concurrence car il confère à la Commission la compétence exclusive d'accorder une exemption en vertu de l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE. Le monopole d'exemption de la Commission empêche les autorités nationales de la concurrence et les autorités judiciaires nationales de faire une analyse complète, comprenant également les aspects positifs, d'un accord et conduit à une centralisation excessive et inefficace de l'application du droit européen.

Une solution pourrait être d'introduire une règle de raison en droit européen de la concurrence, qui tempérerait la rigidité de l'interdiction de l'article 81 (ex 85) paragraphe 1 CE. Cela impliquerait que la Commission mette en balance les aspects positifs et les effets négatifs d'un accord. Dans d'autres domaines du droit européen, en particulier dans celui de la libre circulation des marchandises, la CJCE s'est montrée disposée à modifier, dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, sa jurisprudence trop large relative à l'article 28 (ex 30) CE. Mais une telle réforme jurisprudentielle priverait l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE de son utilité et correspondrait en réalité à un amendement illicite du Traité⁵⁴¹.

Une autre possibilité serait de réformer le règlement n° 17/62 en conférant aux autorités nationales de la concurrence la compétence d'appliquer l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE. Mais cette option a également des inconvénients. D'abord, la compétence d'exempter n'est pas comparable à la compétence d'interdire. Il y a un risque que des décisions divergentes soient prises par les Etats membres dans des contextes similaires. Ensuite, la décision d'exemption prononcée par un Etat membre sera d'une utilité limitée pour les acteurs du secteur privé si elle ne déploie pas d'effets en dehors du territoire de l'Etat membre en question. C'est pourquoi la réforme du règlement n° 17/62 devrait être accompagnée de règles qui garantissent l'uniformité de la pratique des autorités

541 A. SCHAUB, *EC Competition System – Proposals for Reform*, Fordham Corporate Law Institute, 22.10.1998.

nationales⁵⁴² et de règles sur la reconnaissance automatique des décisions d'exemption rendues dans d'autres Etats membres. Le principe *Cassis de Dijon* élaboré en rapport avec la libre circulation des marchandises, serait en quelque sorte transposé en droit européen de la concurrence.

3. Une convention de Bruxelles sur la concurrence?

L'idée d'une convention de Bruxelles sur la concurrence fait peu à peu son chemin⁵⁴³. En vertu de la convention de Bruxelles sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, un jugement obtenu dans un Etat contractant est reconnaissable dans les autres Etats contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure. Comme nous avons vu, la convention de Bruxelles s'applique en matière civile et commerciale, et non en matière administrative et les décisions rendues par une autorité de la concurrence d'un Etat contractant n'entrent en principe pas dans son champ d'application.

Entre Etats membres de l'UE, l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence ne fait l'objet d'aucune réglementation, à l'exception de l'Accord bilatéral entre l'Allemagne et la France, lequel est toutefois d'une portée limitée et de nature non contraignante, tout comme les recommandations de l'OCDE. Comme le relève avec pertinence MARSDEN, cette situation est critiquable:

In its external relations, the Commission has been the most ardent promoter of increased bilateral co-operation among competition authorities. To preach this abroad but not practise it at home is hypocritical⁵⁴⁴.

542 P. LÄSSIG, op. cit., p. 86. Cet auteur propose une procédure dans laquelle l'autorité nationale devrait obtenir l'accord préalable de la Commission. Dans la plupart des cas, il s'agirait d'une simple formalité.

543 P. LÄSSIG, op. cit., p. 77; V. POWER, *Competition Law in the EU: Should there be a Convention?*, ECLR 2/1995, p. 75 ss.

544 P.B. MARSDEN, *Inducting Member State Enforcement of European Competition Law: A Competition Policy Approach to Antitrust Federalism*, op. cit., p. 234 ss., p. 240.

Une solution pour combler le vide juridique actuel pourrait être d'étendre la convention de Bruxelles aux décisions rendues par des autorités nationales de la concurrence. Selon TESAURO :

An effective and thorough decentralisation necessarily requires a strengthening of co-operation and of the circulation of information not only between Member Countries and the Commission, but also among the national authorities themselves. An idea that could solve part of the problem is represented by a sort of Brussels convention on Competition, whereas to solve all of them time is needed, as has occurred for other areas and rules of Community law⁵⁴⁵.

Ceci permettrait une coopération approfondie entre autorités nationales de la concurrence d'Etats membres de l'UE lorsque ces dernières appliquent le droit européen et/ou le droit national de la concurrence. Les difficultés devraient être plutôt la règle que l'exception en raison de la convergence des législations nationales sur la concurrence.

La convention de Lugano serait également déclarée applicable aux décisions rendues par des autorités de la concurrence, ce qui aurait l'avantage d'intégrer les autorités suisses de la concurrence dans cet espace judiciaire européen. En reprenant les critères de l'article 27 de la convention de Lugano, et en les adaptant à la procédure administrative, une décision ne devrait pas être reconnue : (1) «si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'Etat requis», (2) si l'ouverture de la procédure administrative n'a pas été signifiée ou notifiée à l'entreprise qui fait l'objet de la procédure, de sorte que son droit d'être entendu a été violé, (3) si la décision est inconciliable avec une décision rendue contre la même entreprise dans l'Etat requis ou (4) si la décision est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un Etat contractant dans la même espèce.

545 G. TESAURO, *The Relationship between the European Commission and the Competition Authorities of the EC Member Countries*, op. cit., p. 165.

Chapitre II

L'Accord EEE

A. Généralités

Le 2 mai 1992, les Etats membres de la CE et ceux de l'AELE ainsi que le Liechtenstein ont signé, à Porto, l'Accord instituant l'Espace économique européen. L'Accord EEE constitue une zone de libre-échange d'un type particulier, et pas un marché commun: les échanges sont libérés entre ses membres mais il n'est pas institué de frontière économique commune. L'Accord EEE prévoit une interdiction de la discrimination en raison de la nationalité, la reprise par les Etats membres de l'AELE des quatre libertés, un régime de concurrence commun et un renforcement de la coopération dans d'autres domaines, tels que la recherche et le développement, l'environnement, l'éducation et la politique sociale.

A la suite du vote du 6 décembre 1992, l'Accord EEE n'est pas entré en vigueur pour la Suisse. Il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 entre la CE et ses Etats membres d'une part, l'Autriche, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, d'autre part. Le 1^{er} janvier 1995, l'Autriche, la Finlande et la Suède ont adhéré à l'Union européenne.

B. Les règles de concurrence

Les dispositions matérielles de l'Accord EEE relatives à la concurrence correspondent à la réglementation communautaire⁵⁴⁶. En ce

546 Au sujet des règles de concurrence de l'Accord EEE, cf. les contributions de

qui concerne le régime applicable aux ententes, l'article 55 EEE est une copie de l'article 81 (ex 85) CE. L'article 54 EEE reproduit l'article 82 (ex 86) CE. Le régime applicable au contrôle des concentrations est identique dans les deux systèmes: c'est celui du règlement n° 4064/89 CEE.

Le système de contrôle de l'Accord EEE est mis en œuvre par deux autorités: la Commission et l'autorité de surveillance de l'AELE (ESA). Du fait que les deux autorités sont chargées de mettre en œuvre des règles au contenu identique, il fallait prévoir des règles de partage des compétences. A cet effet, l'article 56 EEE met en place le système suivant.

L'ESA décide: (a) des cas où seul le commerce entre Etats de l'AELE est affecté et (b) des cas où le chiffre d'affaires des entreprises concernées sur le territoire des Etats de l'AELE est égal ou supérieur à 33% de leur chiffre d'affaires sur le territoire couvert par l'accord. La Commission décide de tous les autres cas, de même que, dans la deuxième hypothèse envisagée ci-dessus (b), lorsque le commerce entre Etats membres de la CE est affecté.

En ce qui concerne les concentrations d'entreprises, elles sont soumises en principe à une seule procédure (système du «*one stop shop*»). Le mécanisme qui permet de décider laquelle des deux autorités est compétente est prévu à l'article 57 paragraphe 2 EEE. Selon cette disposition, la Commission est compétente dans tous les cas qui tombent dans le champ d'application du règlement n° 4064/89 CEE. L'Autorité de surveillance AELE n'a qu'une compétence résiduelle dans les cas qui échappent au règlement n° 4064/89 CEE, et uniquement lorsque les seuils déterminants fixés à l'annexe XIV sont atteints sur le territoire des Etats de l'AELE (sans préjudice des compétences des Etats membres de la CE).

C. La coopération entre la Commission et l'ESA

L'article 58 EEE évoque la nécessité d'une coopération entre autorités compétentes en vue d'une surveillance uniforme de la concurrence et d'une interprétation homogène des règles de concurrence EEE. Les détails de cette coopération sont prévus dans deux protocoles. Le protocole n° 23 concerne la coopération entre les autorités de surveillance en matière d'ententes et d'abus de position dominante. Le protocole n° 24 concerne la coopération dans le domaine du contrôle des opérations de concentration.

1. En matière d'ententes et d'abus de position dominante

La coopération envisagée dans le protocole n° 23 est applicable dans les cas énumérés à l'article 56 EEE⁵⁴⁷. Elle vise les aspects suivants :

- au début de la procédure, transmission des copies de notification et accès réciproque au dossier;
- consultation automatique de l'autre autorité lorsqu'une autorité publie son intention d'émettre une attestation négative, de prendre une décision en application de l'article 53 paragraphe 3 EEE ou adresse aux entreprises concernées son exposé des griefs. Les

547 J. RUSSOTTO, *Le régime des règles de concurrence (art. 53–56 EEE)*, in: O. JACOT-GUILLARMOD (éd.), *Accord EEE, Commentaires et réflexions*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, Stämpfli, Berne 1992, p. 301 ss, p. 311. Selon l'art. 1 § 2 du protocole n° 23, celui-ci s'applique aux art. 56 § 1 b (cas où les chiffres d'affaires des entreprises concernées sur le territoire des Etats de l'AELE est égal ou supérieur à 33% de leur chiffre d'affaires sur le territoire couvert par le présent Accord) et c (en cas d'affectation du commerce entre Etats membres de la CE), § 2, 2^e phrase (existence d'une position dominante sur le territoire des deux autorités de surveillance) et § 3 (cas décidés par l'Autorité de surveillance AELE où il y a affectation du commerce entre Etats membres de la CE, mais les effets à l'intérieur de la Communauté ne sont pas sensibles).

- observations reçues des entreprises concernées ou de tierces parties sont transmises à l'autre autorité de surveillance;
- invitation de l'autre autorité aux auditions des entreprises organisées par l'autorité compétente; l'invitation s'adresse également aux Etats relevant de la compétence de l'autre autorité de surveillance;
 - participation aux réunions du comité consultatif; chaque autorité de surveillance et les Etats qui relèvent de sa compétence ont le droit d'être représentés aux réunions des comités consultatifs de l'autre autorité de surveillance et d'y exprimer leur point de vue (sans droit de vote);
 - en matière de recherche de preuves;
 - l'autorité de la concurrence compétente peut notifier directement une demande de renseignements à une entreprise située sur le territoire de l'autre autorité en adressant une copie à cette dernière;
 - si l'entreprise ne fournit pas les renseignements requis dans le délai ou les fournit de façon incomplète, l'autorité de surveillance compétente les demande par voie de décision, en adressant une copie de cette décision à l'autre autorité de surveillance. Le protocole n'envisage pas les conséquences d'un refus d'une entreprise d'obtempérer à la demande par voie de décision;
 - à la demande de l'autorité de surveillance compétente, l'autre autorité de surveillance procède, conformément à son règlement intérieur, à des vérifications sur son territoire dans le cas où l'autorité de surveillance compétente qui le demande le juge nécessaire. L'autorité de surveillance compétente a le droit d'être représentée et de participer activement aux mesures d'instruction effectuées par l'autre autorité de surveillance. Toutes les informations obtenues dans le cadre de ces vérifications effectuées sur demande sont transmises à l'autorité de surveillance qui a demandé les vérifications immédiatement après leur accomplissement;
 - en matière d'échange de renseignements confidentiels, une dérogation est prévue à la réglementation communautaire: les règles concernant le secret professionnel et l'utilisation restreinte des

informations qui sont prévues par l'accord ou par la législation des parties contractantes, n'empêchent pas l'échange d'information⁵⁴⁸.

Les deux autorités de surveillance et les autorités compétentes des Etats membres de la CE et des Etats de l'AELE ainsi que leurs fonctionnaires sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies en application du protocole et qui sont couvertes par le secret professionnel⁵⁴⁹.

2. En matière de contrôle des concentrations

La coopération en matière de contrôle des concentrations est prévue dans le protocole n° 24. Elle a lieu lorsque:

- le chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées sur le territoire des Etats de l'AELE est égal ou supérieur à 25% de leur chiffre d'affaires total sur le territoire couvert par l'accord;
- le chiffre d'affaires réalisé individuellement sur le territoire des Etats de l'AELE par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'écus;
- l'opération de concentration est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante ayant pour conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative soit (i) sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats de l'AELE ou sur une partie substantielle de celui-ci ou (ii) sur un marché à l'intérieur d'un Etat de l'AELE qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct;
- lorsqu'un Etat de l'AELE souhaite adopter des mesures visant à protéger des intérêts légitimes comme la sécurité publique ou la pluralité des médias.

548 J. STRAGIER, *The competition Rules of the EEA Agreement and their Implementation*, ECLR 1993, p. 30.

549 J. DROHLSAMMER, *Die Zusammenschlusskontrolle im EWR-Vertrag aus schweizerischer Sicht*, in: Festschrift A.-C. GAEDERTZ, Beck, Munich 1992, p. 111 ss.; cf. aussi A. MC CLELLAN/P. JAMBRUN, *Fusions, entreprises communes et autres restrictions dans le marché commun*, RMC 1992, p. 234.

L'entraide entre l'ESA et la Commission est structurée de la même façon que dans le protocole n° 23. Elle revêt toutefois un caractère unilatéral en raison du principe du « *one stop shop* ». La Commission transmet à l'ESA dans un délai de trois jours copie des notifications qu'elle reçoit, et, le plus rapidement possible, copie des principaux documents qui lui ont été remis ou qui émanent d'elle. La Commission invite l'ESA à se faire représenter aux auditions des entreprises concernées. Les Etats de l'AELE peuvent également y être représentés. L'ESA et les Etats membres ont le droit d'être représentés aux réunions du comité consultatif des CE en matière de concentrations et d'y exprimer leur point de vue (sans droit de vote).

La Commission peut demander des renseignements aux entreprises établies sur le territoire de l'ESA. Si une entreprise ne fournit pas les renseignements requis dans le délai imparti ou les fournit de manière incomplète, la Commission peut les demander par voie de décision en adressant simultanément une copie à l'ESA. A la demande de la Commission, l'ESA procède à des vérifications sur son territoire. La Commission a le droit d'être représentée et de prendre part de manière active aux vérifications effectuées. Toutes les informations ainsi obtenues sont transmises à la Commission. Fait toutefois défaut la possibilité pour l'ESA de demander des renseignements aux autorités cartellaires des Etats membres⁵⁵⁰.

550 F. SCHERRER, *Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1996, p. 86.

Chapitre III

L'Accord de libre-échange entre la Communauté européenne et la Suisse de 1972

Des accords de libre-échange ont été conclus entre la Communauté et les pays membres et associés de l'AELE en 1972-73, à l'occasion du premier élargissement de la Communauté. Depuis l'adhésion à la Communauté du Portugal, de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède et la création de l'EEE, seul l'Accord entre la Suisse et la Communauté de 1972 (ALE) est encore en vigueur aujourd'hui⁵⁵¹. Il constitue le cadre juridique actuellement en vigueur des relations économiques entre l'UE et la Suisse.

A. L'article 23 ALE

L'article 23 ALE a la teneur suivante:

1. Sont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Suisse:

- i) tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en ce qui concerne la production et les échanges de marchandises;
- ii) l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur l'ensemble des territoires des parties contractantes ou dans une partie substantielle de celui-ci;

551 *Accord du 22. 7. 1972 entre la Confédération suisse et la CEE, entré en vigueur le 22. 7. 1972, RS 0.632.401.*

iii) toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

2. Si une partie contractante estime qu'une pratique donnée est incompatible avec le présent article elle peut prendre les mesures appropriées dans les conditions et selon les procédures prévues à l'article 27....

L'article 23 ALE s'applique au commerce de marchandises et non au domaine des services. Il est complété par l'article 27 ALE qui prévoit la procédure devant le comité mixte.

B. La procédure devant le comité mixte

Chaque partie contractante peut saisir le comité mixte si elle estime qu'une pratique donnée est incompatible avec le bon fonctionnement de l'Accord au sens de l'article 23 ALE. Les parties communiquent au comité mixte tout renseignement utile et lui prêtent l'assistance nécessaire en vue de l'examen du dossier et, le cas échéant, de l'élimination de la pratique incriminée⁵⁵².

Si la partie en cause ne met pas fin aux pratiques incriminées dans le délai qui lui est imparti par le comité mixte ou à défaut d'accord au sein de ce dernier dans un délai de trois mois à compter du jour où il est saisi, la partie contractante intéressée peut adopter les mesures de sauvegarde qu'elle estime nécessaires, notamment procéder à un retrait de concessions tarifaires. Le comité mixte ne peut donc pas enjoindre les entreprises qui sont à l'origine de la pratique incriminée d'y mettre fin. Il peut uniquement enjoindre la partie contractante dont les entreprises en cause sont ressortissantes de prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à la pratique, à défaut de quoi l'autre partie peut adopter des mesures de rétorsion.

552 Art. 27 al. 3 lit. a ALE.

1. Le cas des normes techniques dans la branche sanitaire

Lors de la séance du comité mixte du 8 juin 1990, la Commission européenne a invoqué pour la première fois dans l'histoire de l'ALE un problème cartellaire en rapport avec l'article 23 ALE. Un producteur italien de produits sanitaires se plaignait de difficultés d'accès au marché suisse du fait que les normes techniques applicables à l'examen de ces produits contenaient des éléments protectionnistes. Conformément à l'article 42 alinéa 1 de la LCart 1985, le DFE a chargé le Secrétariat de la CCart d'ouvrir une enquête. La procédure ne pouvait pas tarder en raison de la perspective de l'Accord EEE. Elle a d'ailleurs ranimé une ancienne enquête de la CCart relative à l'état de la concurrence dans la branche sanitaire, déjà ouverte sous l'empire de la LCart 1962⁵⁵³. Un accord a été trouvé en 1992 en application des articles 42 et 43 LCart 1985.

2. L'affaire Volkswagen

Le second cas de saisine du comité mixte dans une affaire cartellaire est l'affaire *Volkswagen*.

(1) La procédure européenne

En octobre 1995, à la suite de lettres de consommateurs allemands et autrichiens se plaignant d'obstacles à l'achat de véhicules de marques Volkswagen et Audi, la Commission européenne a adopté une décision ordonnant des vérifications conformément à l'article 14 paragraphe 3 du règlement n° 17. Dans une décision du 4 janvier 1998⁵⁵⁴, la Commission européenne a infligé à l'entreprise Volkswagen une amende record de 102 millions d'écus en raison d'infractions continues et répétées à l'article 81 (ex 85) paragraphe

553 Quelques références à cette procédure se trouvent dans les Publ. CCSPR 2/1991, *L'état de la concurrence dans la branche sanitaire*, p. 70 ss., p. 115 et 140.

554 Décision *Volkswagen* du 28.1.1998, JO n° L 124 du 25.4.1998, p. 60 ss.

1 CE qui ont duré plus de 10 ans et ont affecté de manière sensible le commerce entre Etats membres.

La décision constate que *Volkswagen* avait conclu avec les concessionnaires italiens de son réseau de distribution, dans le cadre d'une stratégie de cloisonnement du marché européen, des accords visant à empêcher les importations parallèles et directes de voitures des marques Volkswagen et Audi en Europe. Concrètement, Volkswagen interdisait ou restreignait toute vente à des utilisateurs d'autres Etats membres ainsi qu'à d'autres concessionnaires du réseau dans un autre Etat membre.

(2) La procédure suisse

Egalement en octobre 1995, peu après l'entrée en vigueur, le 1^{er} octobre 1995, en Suisse des ordonnances adaptant les normes techniques de véhicules automobiles en droit européen, la CCart a reçu des plaintes relatives au fait que Volkswagen portait atteinte aux effets de la libéralisation en interdisant à ses concessionnaires italiens de vendre des voitures en Suisse. En octobre 1996, le Secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une série d'enquêtes préalables au sens de l'article 26 LCart 1995 dans la branche automobile. Le 6 octobre 1997, la Commission de la concurrence a décidé l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart 1995 à l'encontre du groupe Volkswagen. Les procédures européennes et suisses ont connu des évolutions différentes.

La Commission de la concurrence a été freinée dans son enquête en raison de l'absence d'entraide administrative internationale. Comme Volkswagen n'a pas de filiale en Suisse et a refusé d'y établir un domicile de notification, les autorités suisses ont dû procéder par la voie diplomatique. Difficulté supplémentaire, le gouvernement allemand a refusé de transmettre à l'entreprise Volkswagen les courriers diplomatiques qui lui étaient transmis par le DFAE.

(3) La saisine du comité mixte

Lors de la séance du comité mixte du 29 octobre 1997, la Suisse a invoqué le fait que l'interdiction d'exporter en Suisse des voitures

de marque Volkswagen était à la fois contraire à la LCart 1995 et incompatible avec le bon fonctionnement de l'ALE. Le comité mixte a pris la décision de mandater un groupe de travail. A la suite de la publication de la décision de la Commission européenne, une rencontre a eu lieu à Bruxelles en mai 1998 à laquelle ont participé des représentants de la DG IV et des autorités suisses de la concurrence. Mais cette rencontre n'a pas permis d'échange d'informations, en dépit de la formulation large de l'article 27 alinéa 3 lettre a ALE

(...les parties contractantes communiquent au comité mixte tout renseignement utile et lui prêtent l'assistance nécessaire en vue de l'examen du dossier...).

Du côté européen, l'absence de coopération s'explique par les règles relatives à la confidentialité des informations commerciales⁵⁵⁵. Aucune décision de constatation du comportement incriminé n'a été prise par le comité mixte et les mesures de sauvegarde prévues par l'Accord n'ont pas été utilisées.

Conformément à l'article 27 alinéa 3 lettre a ALE, à défaut pour la partie contractante d'avoir mis fin à la pratique incriminée dans le délai fixé au sein du comité mixte ou à défaut d'accord au sein du comité mixte dans un délai de trois mois à compter du jour où il est saisi, la partie contractante intéressée peut adopter les mesures de sauvegarde qu'elle estime nécessaire, notamment procéder à un retrait de concessions tarifaires. On aurait donc pu imaginer que la Suisse procède à une suspension tarifaire ou à d'autres mesures de rétorsion, comme le séquestre des voitures Volkswagen à la frontière.

En pratique, de telles mesures sont inadaptées aux relations entre la Suisse et l'UE. Elles l'étaient d'autant moins début 1998, dans le contexte de la perspective de la conclusion des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne. Quels enseignements tirer de l'affaire *Volkswagen*? Elle montre les limites des pouvoirs d'action des autorités suisses de la concurrence dans un contexte international. Elle met également en lumière les faiblesses de la procédure devant le comité mixte, qui ne permet pas d'échanges

555 Cf. ci-dessus p. 235 ss.

d'informations confidentielles et dont les sanctions, sous forme de retrait de concessions tarifaires, ne sont pas adaptées aux relations entre la Suisse et l'UE. Elle montre enfin l'absolue nécessité de renforcer l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence entre la Suisse et l'UE, en particulier dans le cas de procédures parallèles dans une même affaire.

C. L'effet direct de l'article 23 ALE

L'effet direct permet à un privé d'invoquer directement devant une juridiction nationale ou une autorité administrative, soit à l'encontre d'une autre personne privée (effet direct horizontal), soit à l'encontre de l'Etat (effet direct vertical), les règles contenues dans un accord international. La question de savoir si les règles contenues dans un accord international doivent être considérées comme étant d'effet direct est une question de droit constitutionnel interne. Elle ne se pose que dans les ordres juridiques monistes. Elle ne concerne en principe pas l'accord international dans son entier, mais certaines règles considérées comme suffisamment précises pour pouvoir se prêter à une application concrète dans un cas particulier. L'effet direct des accords internationaux a fait l'objet d'études détaillées auxquelles il est fait référence ici⁵⁵⁶.

Dans l'ordre juridique communautaire, depuis l'arrêt *van Gend en Loos* de 1963, la CJCE a reconnu progressivement l'effet direct des dispositions du Traité instituant la Communauté économique

556 Parmi la littérature récente, cf. Th. COTTIER/K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *The Relationship Between World Trade Organization Law, National and Regional Law*, JIEL 83 (1998), p. 83 ss.; Th. COTTIER, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications For The European Union*, op. cit., p. 325 ss.; O. JACOT-GUILLARMOD, *L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile*, ASDI 1989 (vol. anniversaire), p. 129 ss.

européenne et des dispositions suffisamment précises du droit secondaire⁵⁵⁷. Ce principe, avec celui de la primauté du droit communautaire sur le droit national contraire, établi dans l'arrêt *Costa-Enel*, a consacré la prédominance du droit communautaire sur le droit national⁵⁵⁸. La CJCE a reconnu l'effet direct d'accords de libre-échange, en particulier de l'Accord AELE et des accords d'association. Ceci a contribué à renforcer les droits d'accès au marché d'exportateurs dans la Communauté en leur conférant la possibilité d'invoquer directement les règles de ces accords devant les tribunaux, malgré le fait que ces derniers prévoient un mécanisme de règlement des différends⁵⁵⁹. En rapport avec le droit du GATT/OMC, la CJCE a adopté une attitude plus réservée. Elle n'a jamais reconnu l'effet direct du droit du GATT/OMC, et ce récemment encore malgré les conclusions de l'avocat général TESAURO en ce sens dans l'affaire *Hermès International*⁵⁶⁰.

En Suisse, les tribunaux se sont généralement montrés plus disposés à reconnaître l'effet direct de dispositions contenues dans les accords internationaux que dans d'autres juridictions⁵⁶¹. Mais la pratique n'est pas sans exceptions. Le TF a reconnu l'effet direct de l'article 16 AELE⁵⁶², mais il a fait preuve d'une plus grande réserve

557 CJCE, arrêt *van Gend & Loos* du 5.2.1963, aff. 26/62, Rec. 1963, p. 3.

558 CJCE, arrêt *Costa/Enel* du 13.7.1964, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

559 CJCE, arrêt *Hauptzollamt Mainz c. C.A. Kupferberg & Cie KG*, Affaire 104/81, Rec. 1982, p. 3641; CJCE, arrêt *Eurim Pharm GmbH c. Bundesgesundheitsamt*, Affaire C-207/91; Th. COTTIER, *Constitutional Trade Regulation in National and International Law: Structure Substance Pairings in the EFTA Experience*, in: M. HILF/E.-U. PETERSMANN (eds.), *National Constitutions and International Economic Law*, Kluwer Law and Taxation Publ., Deventer, Boston 1993, p. 418 ss.

560 CJCE, arrêt *Hermès International c. FHT Marketing Choice* du 16.6.1998, aff. C-53/96, Rec. 1998, p. I-2873, conclusions de l'avocat général TESAURO du 13.11.1997; cf. à ce sujet P. MAVROIDIS/W. ZDOUC, op. cit., p. 410 ss.

561 C. DOMINICÉ/F. VOEFFRAY, *Suisse/Switzerland*, in: P. M. EISENMANN (ed.), *The Integration of International and European Community Law into the National Legal Order*, Kluwer Law International, Deventer, Boston 1996, p. 529 ss.

562 Arrêt *Banque de Crédit International c. Conseil d'Etat du canton de Genève*, ATF 98 Ia 385, en rapport avec l'art. 16 AELE relatif à la liberté d'établissement.

en relation avec les dispositions de l'ALE entre la Suisse et l'UE⁵⁶³ et celles du GATT⁵⁶⁴.

La question de l'effet direct de l'article 23 ALE a fait l'objet d'un vaste débat en Suisse. Il a en effet longtemps régné une incertitude sur cette question en raison des similitudes entre l'article 81 (ex 85) CE, dont la CJCE a très tôt reconnu l'effet direct, et l'article 23 ALE. Les premières règles de concurrence entrées en vigueur en Suisse sont celles de la convention instituant l'Association européenne de libre-échange, conclue à Stockholm le 4 janvier 1960, qui est entrée en vigueur pour la Suisse le 3 mai 1960⁵⁶⁵. L'AELE a été créée en réaction à la création de la CEE en 1957 par des Etats qui ne voulaient pas restreindre leur souveraineté. La convention AELE contient des règles de concurrence (art. 15 et 16) qui déclarent un certain nombre de pratiques commerciales restrictives incompatibles avec le bon fonctionnement de l'Accord. La LCart 1962 ne contenait pas de dispositions d'exécution des accords internationaux. La question de l'application directe des règles de concurrence contenues dans des accords internationaux était donc ouverte, ce d'autant plus que, en 1972, date de la conclusion de l'ALE entre la Suisse et la Communauté, le TF a reconnu l'effet direct de l'article 16 de la convention AELE en 1972. A l'époque, ARIOLI se prononçait en faveur de l'effet direct de l'article 23 ALE⁵⁶⁶.

Mais, dans les années 70 et 80, une majorité de la doctrine suisse s'est exprimée contre l'effet direct de l'article 23 ALE⁵⁶⁷. Principalement quatre raisons ont été invoquées:

563 Arrêt *Adams c. Staatsanwaltschaft Basel-Stadt*, ATF 104 IV 175; arrêt *Bosshard Partners Intertrading AG c. Sunlight AG*, ATF 105 II 49; arrêt *Association pour le Recyclage du PVC c. Conseil d'Etat du Canton de Fribourg*, ATF 118 Ib 367.

564 Arrêt *Matson G. Sprl. C. Direction générale des douanes*, ATF 112 Ib 183, p. 189 s. Pour une évaluation critique de la jurisprudence récente du TF, cf. Th. COTTIER/K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *The Relationship Between World Trade Organization Law, National and Regional Law*, op. cit., p. 83 ss., p. 109 s.

565 RS 0.632.31.

566 Cf. en particulier S. ARIOLI, *Kommentar zu den Wettbewerbsregeln*, in: HANDELSKAMMER DEUTSCHLAND-SCHWEIZ (Hrsg.), *Texte und Kommentare zum Abkommen Schweiz-EWG*, Liefg. IV/1974, chiffre 14.2.

567 P. CHOPFAT, *L'applicabilité directe de l'Accord de libre-échange du 22 juillet*

- Contrairement à l'article 81 (ex 85) CE, l'article 23 ALE ne parle ni d'illégalité, ni de nullité de plein droit des accords entre entreprises, mais d'incompatibilité avec le bon fonctionnement de l'accord.
- L'ALE ne prévoit pas de dispositions permettant d'exempter les ententes qui contribuent à améliorer la production ou la distribution ou à promouvoir le progrès technique ou économique. De ce fait, si l'effet direct avait été reconnu, un grand nombre d'ententes ayant un caractère bénéfique aurait dû être interdit⁵⁶⁸.
- L'article 23 ALE ne prévoit pas de sanctions à l'encontre des entreprises, mais une procédure de consultation et de conciliation devant le comité mixte, qui ne peut prendre des décisions ou des recommandations que d'un commun accord.
- Enfin, l'article 87 (ex 92) CE, qui déclare les aides d'Etat «*incompatibles avec le marché commun*», sans les interdire expressément, est dépourvu d'effet direct⁵⁶⁹.

Dans l'arrêt *Adams* de 1978, le TF s'est prononcé contre l'effet direct de l'ALE. M. Adams avait été condamné par le Tribunal criminel de Bâle-Ville en application des articles 273 et 162 CPS (relatifs au service de renseignements économiques et à la violation du secret commercial) à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis et de cinq ans d'expulsion du territoire suisse pour avoir informé la Commission européenne au sujet de pratiques anticoncurrentielles de l'entreprise Hoffmann-La Roche sur le marché européen de la vitamine. M. Adams a recouru au TF contre la condamnation bâloise, confirmée en appel, en invoquant qu'il n'est pas cohérent de

1972 entre la CEE et la Confédération suisse, Lausanne 1977; A. KOLLER, *Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 233 des Freihandelsabkommers Schweiz-EG*, in: Mélanges Henri DESCHENAUX, Fribourg, 1977, p. 593 ss.; M. WAELBROECK, *L'effet direct de l'Accord relatif aux échanges commerciaux du 22 juillet 1972 entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse*, ASDI 1973, p. 113 ss.; A. HIRSCH, *L'accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers?*, CDE 1974, p. 194; M. BALDI, *Direct Applicability of Free Trade Agreements Between the EEC and the EFTA Countries from a Swiss Perspective*, RSDIC 1985, n° 25, p. 21.

568 M. WAELBROECK/A. FRIGNANI, op. cit., p. 102.

569 CJCE, arrêt *Sretnike und Wetnlig* du 22.3.1977, aff. 78/76, Rec. 1977, p. 595.

réprimer pénalement un comportement qui consiste précisément à révéler des agissements incompatibles avec les engagements internationaux de la Suisse. La suite de la procédure est connue: par arrêt du 3 mai 1978, le TF a rejeté le pourvoi en cassation de M. Adams et qualifié l'ALE de "*reines Handelsabkommen, das sich im wesentlichen auf die Regelung des industriellen Freihandels beschränkt*", dont un particulier ne saurait déduire aucun droit⁵⁷⁰. Le 13 février 1979, la CJCE a confirmé l'amende, en la réduisant un peu, infligée par la Commission à *Hoffmann-La Roche* en vertu de l'article 86 CEE⁵⁷¹. Suite à une action en responsabilité extra-contractuelle (art. 288 (ex 215) CE) à l'encontre de la Commission, M. Adams a finalement obtenu de la CJCE la condamnation de la Commission à lui réparer, à concurrence de 50%, le préjudice subi en raison de la divulgation de son nom⁵⁷².

Suite à l'arrêt *Adams*, le législateur a introduit des règles d'exécution des accords internationaux dans la LCart 1985⁵⁷³. Depuis lors, le Conseil fédéral s'est toujours prononcé contre l'effet direct de l'article 23 ALE, récemment encore dans les rapports d'intégration⁵⁷⁴. La CJCE a également jugé que l'article 23 de l'Accord

570 ATF 104 IV 175.

571 CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c. Commission* du 13.2.1979, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461 (amende de 200'000 ECU).

572 CJCE, arrêt *Adams c. Commission* du 7.11.1985, aff. 145/83, Rec. 1985, p. 3539

573 Art. 42 et 43 LCart 1985; au sujet de ces dispositions, cf. M. BALDI, *Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG)*, in: R. ZACH (Hrsg.), *Kartellrecht auf neuer Grundlage*, Haupt, Bern, Stuttgart 1989, p. 279 ss.

574 Mess. LCart 1995, FF 1995 I 612: «Les articles 58 et 59 P doivent ouvrir la possibilité d'éliminer des restrictions la concurrence dont l'origine est en Suisse mais qui s'exercent à l'étranger, lorsque ces effets sont incompatibles avec des dispositions de droit de la concurrence figurant dans des traités internationaux... Il s'agit en l'occurrence de règles internationales sur la concurrence qui ne sont pas directement applicables, à l'instar de celles qui figurent notamment dans l'Accord de libre-échange que la Suisse a conclu avec la CE ou dans la Convention AELE.»; rapport du Conseil fédéral sur l'intégration 1999 du 3.2.1999, FF 1999 IV 3717: «...les dispositions sur la concurrence de l'Accord de libre-échange ne contiennent pour les entreprises aucune obligation directe, matérielle ou formelle.»

de libre-échange entre la Communauté européenne et la Finlande, dont le contenu est identique à l'ALE avec la Suisse, est dépourvu d'effet direct et qu'il ne pouvait par conséquent pas, dans le cas particulier, être invoqué par des entreprises, mais uniquement par la Finlande⁵⁷⁵.

L'arrêt *Adams* a suscité des critiques de la doctrine. En particulier, COTTIER et JACOT-GUILLARMOD⁵⁷⁶ ont montré que l'article 23 ALE est suffisamment clair et précis pour s'appliquer comme tel à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète. Ces auteurs ont également mis en évidence le fait que l'article 23 ALE poursuit un but autonome qui est d'empêcher que les pratiques commerciales restrictives affectant les échanges entre l'UE et la Suisse ne suppriment les avantages résultant de l'élimination des droits de douane et des autres restrictions quantitatives entre la Suisse et l'UE. Le fait que l'article 23 ALE a une portée autonome peut être montré avec l'exemple des cartels d'exportation. Ces derniers ne peuvent en effet être appréhendés ni par l'Etat d'importation, ni par l'Etat d'exportation.

L'article 23 ALE doit être interprété à la lumière du but de l'Accord. Conformément au préambule, l'ALE vise:

- a) à promouvoir, par l'expansion des échanges commerciaux réciproques, le développement harmonieux des relations économiques entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse et à favoriser ainsi, dans la Communauté et en Suisse, l'essor de l'activité économique, l'amélioration des conditions de vie et des conditions d'emploi, l'accroissement de la productivité et la stabilité financière,
- b) à assurer aux échanges entre les parties contractantes des conditions équitables de concurrence.
- c) à contribuer ainsi, par l'élimination d'obstacles aux échanges, au développement harmonieux et à l'expansion du commerce mondial.

575 CJCE, arrêt *Abström* du 27.9.1988, aff. 89/85, Rec. 1988, p. 2545, cons. 31.

576 Th. COTTIER, *Die Extraterritorialität des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union*, conférence, Zurich 1995; O. JACOT-GUILLARMOD, *Le juge national face au droit européen*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 235 ss.

Selon l'article 22 ALE, les parties contractantes s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril les objectifs de l'Accord. Or l'efficacité d'un accord international dépend de la possibilité pour les particuliers d'en invoquer les dispositions suffisamment précises devant les instances nationales.

La non-reconnaissance de l'effet direct de l'article 23 ALE est un obstacle à la réalisation du but d'ouverture des marchés voulu par l'ALE. Ceci peut être illustré avec l'exemple de l'affaire *Volkswagen*. Supposons que les autorités suisses de la concurrence appliquent dans ce cas, non pas la LCart 1995, mais directement l'article 23 ALE. Il suffira de montrer que l'interdiction d'exportation vers la Suisse est incompatible avec le bon fonctionnement de l'Accord, dans la mesure où elle est susceptible d'affecter les échanges entre la Communauté et la Suisse et a

pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en ce qui concerne la production et les échanges de marchandises.

En appliquant le droit suisse de la concurrence, les autorités suisses de la concurrence doivent effectuer une démonstration beaucoup plus difficile. En vertu de l'article 5 alinéa 1 LCart 1995, sont illicites les accords qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que ceux qui conduisent à une suppression de la concurrence efficace. La présomption de suppression de la concurrence efficace prévue à l'article 5 alinéa 3 LCart 1995 ne s'applique que dans la mesure où les entreprises réunissent des entreprises «*effectivement ou potentiellement concurrentes*». Les accords verticaux qui concernent des entreprises d'échelons différents du marché échappent donc automatiquement à la présomption de suppression de la concurrence efficace⁵⁷⁷. Or, l'affaire *Volkswagen* concerne justement un accord vertical. D'où la nécessité d'établir une atteinte «*notable*» à la concurrence.

577 W. STOFFEL, *Les ententes restrictives à la concurrence*, RSDA (SZW) numéro spécial 1996, p. 7 ss., p. 16.

D. L'interprétation conforme en droit international public

Conformément à la doctrine de l'interprétation conforme, lorsqu'une règle de droit national ou régional permet des interprétations différentes, le droit national ou régional doit être interprété en conformité avec le droit international. Cette doctrine, d'essence jurisprudentielle, est appliquée par les tribunaux aux Etats-Unis et en droit européen⁵⁷⁸. Elle joue en particulier un rôle important en rapport avec l'interprétation du droit national de manière conforme au droit du GATT/OMC⁵⁷⁹.

En Suisse, le TF a établi la règle de base, dans l'arrêt *Frigerio*, que le droit national doit être appliqué et interprété en conformité avec le droit international lorsqu'il existe des doutes au sujet du sens exact d'une norme juridique nationale⁵⁸⁰. Plus récemment, dans l'arrêt de principe *Chanel c. Epa*, le TF a été guidé par l'article 16 de l'Accord TRIPS dans l'interprétation à donner à la législation suisse sur les marques⁵⁸¹.

578 Pour une description de la jurisprudence aux Etats-Unis et dans l'UE, cf. Th. COTTIER/K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *The Relationship Between World Trade Organization Law, National and Regional Law*, op. cit., p. 88 ss.

579 E.-U. PETERSMANN, *Strengthening the Domestic Legal Framework of the GATT Multilateral Trade System: Possibilities and Problems of Making GATT Rules Effective in Domestic Legal Systems*, in: E.-U. PETERSMANN/M. HILF (eds.), *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations: Legal and Economic Relations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Hague 1991, p. 22 ss., p. 85 ss., p. 113.

580 Arrêt *Frigerio*, ATF 94 I 669, 678.

581 Arrêt *Chanel c. Epa*, ATF 122 III 469, 480: « Au demeurant, on ne peut déduire de l'art. 16 ch. 1 de l'accord TRIPS une interdiction systématique des importations parallèles. En effet, cette disposition prévoit que le titulaire d'une marque enregistrée aura le droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage, au cours d'opérations commerciales, de signes identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion, qui est présumé en cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques. Il est donc toujours loisible à l'importateur parallèle de prouver l'inexistence d'un risque de confusion, auquel cas son activité ne serait pas contraire à l'art. 16 de l'accord TRIPS. »

Plusieurs notions de la LCart 1995 ont un contenu incertain. Que recouvre la notion de conséquence nuisible d'ordre social imputable aux cartels⁵⁸²? Quel est le sens exact de la notion d'«*affectation notable*» de la concurrence ancrée à l'article 5 alinéa 1 LCart 1995? En quoi cette notion se distingue-t-elle de la notion de «*suppression d'une concurrence efficace*», également ancrée à l'article 5 alinéa 1 LCart 1995? Ces questions, et d'autres, n'ont à ce jour pas encore été clarifiées dans la pratique. RHINOW et BIAGGINI observent que:

Es bestätigt sich immer wieder, dass es bei der Rechtsetzung im Kartellbereich ausserordentlich schwierig, wenn nicht unmöglich ist, durchwegs dem Anspruch gerecht zu werden, klare und eindeutige Verhaltensnormen zu formulieren...⁵⁸³

C'est pourquoi la doctrine d'interprétation conforme au droit international public pourrait jouer un rôle important en droit suisse de la concurrence. Dans le cas où une pratique commerciale restrictive, dont l'origine est dans l'UE, produit des effets directs, substantiels et raisonnablement prévisibles en Suisse, il convient d'interpréter la LCart 1995 de manière conforme au droit international public, en l'espèce l'article 23 de l'ALE. En d'autres termes, pour déterminer si un accord, par exemple un accord vertical qui contient une interdiction d'exporter vers la Suisse, affecte de manière notable la concurrence en Suisse au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart 1995, il faut se demander si cet accord est susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence en ce qui concerne la production et les échanges de marchandises entre la Suisse et l'UE.

582 *Idem*, p. 101 ss.

583 R. RHINOW/G. BIAGGINI, *Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision*, in: R. ZÄCIG/P. ZWEIFEL (Hrsg.), *Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform*, St-Gallen 1995, p. 93 ss., p. 139.

E. La question de l'application exclusive de l'article 23 ALE

La question de l'application directe doit être distinguée de celle de l'application exclusive. Est-ce que les règles de l'ALE de 1972 prient celles du droit communautaire ou national ? En d'autres termes, dans le cas où une restriction à la concurrence, dont l'origine est en Suisse, produit des effets dans l'UE, est-ce que la Commission européenne doit recourir à la procédure devant le comité mixte avant d'appliquer le droit européen de la concurrence ? A l'inverse, lorsqu'une restriction à la concurrence dont l'origine est dans l'UE, produit des effets en Suisse, est-ce que les autorités suisses de la concurrence doivent saisir en premier le comité mixte avant d'appliquer le droit suisse de la concurrence ?

Dans l'arrêt *pâte de bois*, la CJCE a jugé que l'Accord de libre-échange entre la Communauté et la Finlande n'excluait pas l'application extraterritoriale des règles du droit européen de la concurrence. Dans ce cas, les entreprises participaient à une entente plus vaste qui n'affectait pas seulement les échanges entre la Communauté et la Finlande. Le moyen tiré de l'application exclusive de l'Accord de libre-échange a donc été écarté en raison des circonstances propres à l'espèce. La CJCE n'a donc pas tranché la question de savoir si, dans une affaire qui ne concerne que le commerce entre la Communauté et un pays de l'AELE, la Commission serait tenue de saisir le comité mixte avant de pouvoir appliquer les articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE. Selon WÆLBRÖECK et FRIGNANI, cette solution aurait pour effet de rendre l'application des règles de concurrence plus difficile dans les relations avec les pays de l'AELE qu'avec les pays tiers, ce qui est contraire à l'objectif poursuivi par ces accords⁵⁸⁴.

584 M. WÆLBRÖECK/A. FRIGNANI, op. cit., p. 103.

Chapitre IV

Les accords d'association entre la Communauté européenne et les pays d'Europe centrale et orientale

A. Généralités

Des accords d'association ont été conclus entre l'UE et les pays d'Europe centrale et orientale (Pologne, Hongrie, République tchèque, Slovaquie, Bulgarie, Roumanie, Slovénie, Lettonie, Lituanie et Estonie⁵⁸⁵) en vue de préparer l'adhésion de ces Etats à l'UE⁵⁸⁶. Ils ont pour but de favoriser un climat de stabilité propice aux réformes politiques et la prise de conscience d'une identité européenne commune. Les accords européens, notamment ceux signés en décembre 1991 avec la Hongrie, la Tchécoslovaquie et la Pologne se caractérisent par un cadre commun qui comporte un dialogue politique, des règles relatives à la libre circulation, une coopération culturelle et financière et des institutions d'association composées de trois organes: le Conseil d'association qui se réunit au niveau ministériel, le Comité d'association, composé de hauts fonction-

585 Pour le texte de ces Accords, cf. COMMISSION EUROPÉENNE, Direction générale IV, *Droit de la concurrence dans les Communautés européennes*, Volume III A, Règles applicables sur le plan international (Situation au 31.12.1996), Bruxelles, Luxembourg 1997, p. 131 ss.

586 Sur les accords d'association, cf. en particulier U. IMMENGA, *Das EG-Wettbewerbsrecht in den Europa-Abkommen (EA) mit Mittel- und Osteuropäischen Staaten*, in: U. IMMENGA/E.J. MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, Beck, Munich 1997; M. MARESCEAU, *Les accords européens: analyse générale*, RMC 1993, p. 507 ss.; G. MARCEAU, *The Full Potential of the Europe Agreements: Trade and Competition Issues, The Case of Poland*, World Competition 1995, p. 35 ss.

naires et la Commission parlementaire d'association, enceinte de dialogue entre les membres du parlement européen et ceux du pays associé.

Les règles de concurrence sont une partie importante des accords d'association. La reprise de l'acquis communautaire est effectuée de deux manières. D'abord, les accords d'association contiennent une clause de rapprochement de la législation nationale au droit communautaire de la concurrence. Les parties y reconnaissent que l'intégration économique dans la Communauté est essentiellement subordonnée à la reprise de l'acquis communautaire. Selon VAN MIERT, cette clause de rapprochement

contributes to the creation of a European-wide network of competition authorities, which apply the same basic principles of competition law⁵⁸⁷.

Ensuite, les accords d'association prévoient des règles de concurrence applicables aux restrictions à la concurrence susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et les Etats associés.

B. L'exemple de l'accord avec la Pologne

1. *L'article 63 de l'Accord entre la Communauté et la Pologne*

L'article 63 de l'accord avec la Pologne a la teneur suivante :

1. Sont incompatibles avec le bon fonctionnement du présent accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Pologne :

587 K. VAN MIERT, *Competition Policy in relation to the Central and Eastern European Countries - Achievements and Challenges*, Competition policy newsletter 1998, No. 2, p. 1 ss., p. 2.

- i) tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées entre entreprises, qui ont pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence;
- ii) l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur l'ensemble des territoires de la Communauté ou de la Pologne ou dans une partie substantielle de celui-ci;
- iii) toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.

2. Toute pratique contraire au présent article doit être évaluée sur la base des critères découlant de l'application des règles de concurrence des articles 85, 86 et 92 du Traité instituant la Communauté économique européenne⁵⁸⁸.

Cette disposition reprend, sous une forme simplifiée, le droit européen de la concurrence, avec les principales différences suivantes: (i) elle ne prévoit pas la possibilité d'exemptions individuelles ou par catégorie conformément à l'article 81 (ex 85) paragraphe 3 CE; (ii) elle ne déclare pas la nullité des accords entre entreprises, mais prévoit l'incompatibilité avec le bon fonctionnement de l'Accord, des accords susceptibles d'entraver les échanges entre la Communauté et la Pologne.

2. Les règles de mise en œuvre

Des règles de mise en œuvre des règles de concurrence ont été conclues en 1995 avec la Bulgarie, la République tchèque, la Hongrie et la Pologne⁵⁸⁹. Elles renforcent la coopération entre la Commission européenne et les autorités de la concurrence des Etats associés et limitent les conflits liés à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence.

588 *Accord européen entre les Communautés européennes et les Etats membres, d'une part, et la République de Pologne, d'autre part*, décision du Conseil et de la Commission du 13.12.1993, JO n° L 348 du 31.12.1993, p. 1 ss. (art. 63).

589 Cf. par exemple les règles de mise en œuvre des dispositions en matière de concurrence applicables aux entreprises visées à l'art. 33 § 1 points i) et ii), et 2 de l'Accord intérimaire entre la Communauté européenne et la Pologne (art. 63 de l'Accord européen entre la Communauté européenne et la Pologne), JO n° L 208 du 17.8.1996, p. 24.

Les règles de mise en œuvre entre la Communauté européenne et la Pologne prévoient que les autorités de la concurrence règlent les affaires conformément à leur droit de fond (art. 1 al. 4).

Les règles de mise en œuvre envisagent trois situations: (i) les affaires qui relèvent de la compétence des deux autorités de concurrence; (ii) celles qui relèvent de la compétence d'une seule autorité de concurrence; (iii) les conflits négatifs de compétence.

Dans les cas qui relèvent de la compétence des deux autorités de la concurrence, la réglementation suivante est prévue:

- La Commission et l'autorité de la concurrence du pays concerné s'engagent à se notifier mutuellement les cas qu'elles traitent et qui affectent également l'autre partie.
- Lorsqu'une autorité de la concurrence considère que des activités anticoncurrentielles exercées sur le territoire de l'autre autorité compétent affectent de manière sensible ses intérêts, elle peut demander que l'autorité compétente de l'autre partie prenne les mesures qui s'imposent au regard de sa législation.
- Les autorités de la concurrence ne sont pas obligées de communiquer les informations dont la transmission serait interdite par la loi ou incompatible avec leurs intérêts.

Dans le cas où une seule autorité de concurrence est compétente, et que les intérêts importants de l'autre partie sont susceptibles d'être affectés, les mêmes principes s'appliquent. Enfin, en cas de conflit négatif de compétence, un échange de vue est organisé au sein du comité mixte.

L'article 8 des règles de mise en œuvre de l'Accord entre la CE et la Pologne précise que les cas d'importance mineure ne doivent pas être traités conformément aux dispositions de l'accord d'association. Cette disposition reprend la communication de la Commission européenne au sujet des accords d'importance mineure. L'article 6 des règles de mise en œuvre prévoit la reprise des exemptions par catégorie en droit européen. Dans les cas où des règlements d'exemption par catégorie suscitent de graves objections de la part de la Pologne, des consultations sont organisées au sein du comité mixte ou du conseil d'association.

Les accords d'association ne contiennent pas de réglementation

du contrôle préventif des concentrations d'entreprises. Les règles de mise en œuvre précisent que l'autorité de la concurrence de l'Etat associé est autorisée à exprimer son point de vue en cours de procédure, au sujet des concentrations relevant du règlement n° 4064/89 du Conseil et qui ont un impact sur l'économie de cet Etat. La Commission européenne tient dûment compte de cet avis.

3. L'effet direct de l'article 63 de l'Accord entre la Communauté et la Pologne

La question de l'effet direct de l'article 63 de l'Accord entre la Communauté et la Pologne est controversée. Certains auteurs sont d'avis que cette disposition est dépourvue d'effet direct du fait que l'Accord européen (AE) prévoit des règles de mise en œuvre (qui ne seraient pas nécessaires en cas d'effet direct), du fait qu'il ne prévoit pas la nullité des accords entre entreprises, mais les déclare incompatibles avec le bon fonctionnement de l'AE et du fait qu'il ne prévoit pas d'exemption individuelle ou par catégorie⁵⁹⁰. En outre, les parties contractantes ont expressément exclu l'effet direct immédiat de l'article 63 de l'AE entre la Communauté et la Pologne. Selon le chiffre 11.3 d'une déclaration commune relative à l'article 63,

Les parties contractantes peuvent demander au conseil d'association ultérieurement, et après l'adoption des réglementations d'application visées à l'article 63, paragraphe 3, d'examiner dans quelle mesure et dans quelles conditions certaines règles de concurrence peuvent être directement applicables, compte tenu de l'état d'avancement du processus d'intégration entre la Communauté et la Pologne.

Les parties contractantes n'ont donc pas exclu la possibilité de l'effet direct de l'article 63 AE entre la Communauté et la Pologne dans le futur. Comme l'a montré MARCEAU, l'article 63 satisfait aujourd'hui

590 U. IMMENGA, *Das EG-Wettbewerbsrecht in den Europa-Abkommen (EA) mit Mittel- und Osteuropäischen Staaten*, op. cit., p. 38, n° 20.

aux exigences de l'effet direct⁵⁹¹. Les règles de mise en œuvre prévoient la reprise des règlements d'exemption en droit européen et l'application de la clause *de minimis*. Toute pratique doit être évaluée conformément aux critères découlant de l'application des règles des articles 81 (ex 85), 82 (ex 86) et 87 (ex 92) CE. L'article 63 AE entre la Communauté et la Pologne est donc suffisamment clair et précis pour fonder une décision concrète dans un cas particulier.

591 G. MARCEAU, *The Full Potential of the Europe Agreements: Trade and Competition Issues, The Case of Poland*, op. cit., p. 52 ss.

Chapitre V

Les recommandations de l'OCDE

A. Généralités

L'OCDE regroupe les principaux pays industrialisés, qui sont aussi ceux qui ont la plus longue tradition en droit de la concurrence. Le Comité du droit et de la politique de la concurrence (dit «*Comité CLP*») a été créé en 1961. Il se réunit deux fois par an. Ses priorités sont d'encourager la convergence des politiques nationales de concurrence et de renforcer la coopération internationale et les règles concernant les politiques de concurrence.

Les travaux du Comité CLP sont effectués dans différents groupes de travail. Le groupe de travail n° 1 traite des échanges et de la concurrence, le groupe de travail n° 2 de la concurrence et de la réglementation, le groupe de travail n° 3 de la coopération internationale en matière de pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux. Les questions relatives aux échanges et à la concurrence font, depuis le début des années 90, l'objet d'activités conjointes du Comité CLP et du Comité des échanges de l'OCDE (Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence de l'OCDE)⁵⁹².

Parallèlement aux travaux dans le cadre des groupes de travail et de la publication d'études, l'action de l'OCDE prend principalement la forme de principes directeurs à l'intention des entreprises

592 Pour une description des travaux du Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence, du Comité des échanges, du CLP et d'autres services de l'OCDE, cf. la Communication de l'OCDE dans le cadre du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence de l'OMC du 29.7.1997, WT/WGTCP/W/21.

et surtout, de recommandations du Conseil aux Etats membres. Les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de 1976 sont un code de conduite destiné aux entreprises multinationales, engageant ces dernières à se conformer au droit de la concurrence des Etats dans lesquels elles opèrent⁵⁹³. Au-delà des dispositions de fond prévues par ce code de conduite, une disposition prévoit un mécanisme de coopération et de consultation en matière économique. Les entreprises doivent

être prêtes à procéder à des consultations et à coopérer, y compris en fournissant des informations, avec les autorités compétentes des pays dont les intérêts sont directement affectés, en ce qui concerne les problèmes de concurrence ou les enquêtes en ce domaine⁵⁹⁴.

La recommandation concernant l'action contre les pratiques commerciales restrictives, dont celles des entreprises multinationales, affectant les échanges internationaux (1978) est destinée aux Etats et les incite à renforcer leurs législations nationales en matière de concurrence afin de contrôler les pratiques anticoncurrentielles⁵⁹⁵. Elle contient plusieurs dispositions visant à développer l'entraide administrative internationale entre Etats membres. Les Etats doivent en particulier autoriser les entreprises à fournir des informations aux autorités étrangères, sauf si une telle transmission est contraire aux intérêts réels de l'Etat dans lequel se trouve l'information⁵⁹⁶. Elle encourage les Etats à conclure entre eux des mécanismes d'assistance mutuelle et à utiliser les procédures de notification et de consultation prévues par l'OCDE.

593 Principes directeurs élaborés par l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, OCDE, *Pratiques commerciales restrictives des entreprises multinationales*, Rapport du Comité d'experts sur les pratiques commerciales restrictives, Paris, 1977, p. 76 s.

594 Idem, p. 14 s.

595 OCDE, *Recommandation concernant l'action contre les pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux y compris celles qui impliquent des entreprises multinationales*, Doc. C(78)133 (Final).

596 Idem, (2) et (3).

Deux recommandations du Conseil de l'OCDE traitent plus directement de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Il s'agit de:

- la recommandation révisée sur la coopération entre les Etats dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux (1995);
- la recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998).

B. La recommandation révisée sur la coopération entre les Etats dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux (1995)

Les 27 et 28 juillet 1995, le Conseil de l'OCDE a adopté la recommandation révisée sur la coopération entre les Etats dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux⁵⁹⁷. Cette recommandation, non contraignante, renforce la coopération internationale entre pays membres de l'OCDE en droit de la concurrence, qui existait sur la base des recommandations successives du Conseil du 5 octobre 1967, du 3 juillet 1973, du 25 septembre 1979 et du 21 mai 1986⁵⁹⁸. Elle met en place un système de coopération entre les Etats membres lorsque leurs législations nationales sont appliquées de manière extraterritoriale.

Elle prévoit 5 procédures lorsque sont en cause des activités anticoncurrentielles affectant les échanges entre Etats membres: une procédure de notification, une procédure d'échange d'informations, une procédure de coordination des actions, une procédure de con-

597 OCDE, *Recommandation révisée du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, C(95)130 (Final).

598 C(67)53(Final); C(73)99(Final); C(79)154(Final); C(86)44(Final).

sultation et une procédure de conciliation, cette dernière procédure n'ayant jamais été appliquée à ce jour. En pratique, c'est la procédure de notification qui est la plus importante.

Lorsqu'un pays membre engage une enquête ou une procédure qui peut affecter des intérêts importants d'un autre pays membre, il est invité à la notifier au pays membre intéressé⁵⁹⁹. Les principes directeurs pour la notification sont mentionnés dans un appendice à la recommandation. Il y a 6 cas dans lesquels une notification devrait être faite (article 3):

- a) lorsqu'il est proposé, au moyen d'une demande écrite de rechercher des informations localisées sur le territoire d'un ou de plusieurs autres pays membres,
- b) lorsqu'il s'agit d'une pratique (autre qu'une fusion) exécutée, totalement ou partiellement, sur le territoire d'un ou de plusieurs autres pays membres, que cette pratique soit purement privée ou qu'elle soit supposée être exigée, encouragée ou approuvée par le gouvernement d'un ou de plusieurs autres pays membres;
- c) lorsque l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que l'enquête ou la procédure préalablement notifiées aboutissent à des poursuites ou à d'autres mesures d'exécution susceptible d'affecter des intérêts nationaux importants d'un ou de plusieurs autres pays membres;
- d) lorsque sont en cause des mesures qui imposeraient ou interdiraient des comportements ou des conduites sur le territoire d'un autre pays membre;
- e) en cas d'enquête ou de procédure en matière de fusion et lorsque, en plus des autres hypothèses décrites, une partie directement impliquée dans la fusion ou une entreprise contrôlant cette partie est constituée ou organisée selon la législation d'un autre pays membre;
- f) dans toute autre situation où l'enquête ou la procédure met en cause d'importants intérêts d'un ou de plusieurs autres pays membres.

Selon l'appendice à la recommandation, la notification se fait par écrit, par la voie diplomatique. Elle devrait mentionner, si possible, les noms des personnes ou entreprises concernées, les activités qui donnent lieu à l'enquête, la nature de l'enquête ou de la procédure et les dispositions juridiques en cause et, le cas échéant, la nécessité de rechercher des informations localisées sur le territoire d'un autre pays membre.

599 E. FRIEDEL-SOUCHU, *op. cit.*, p. 374.

La notification devrait avoir lieu au premier stade de l'enquête ou de la procédure, lorsqu'il est manifeste que les circonstances donnant lieu à notification sont réalisées⁶⁰⁰. En Suisse, c'est au stade de l'ouverture d'une enquête (art. 27 LCart 1995) ou de la décision de procéder à un examen (art. 33 LCart 1995) que la notification devrait être faite.

Les demandes d'informations peuvent être de différents types. Il peut s'agir de demandes d'informations adressées aux autorités chargées de la concurrence d'un Etat étranger concernant des affaires ayant fait l'objet d'une procédure dans cet Etat ou des demandes au sujet de documents localisés à l'étranger.

On peut reprocher à la recommandation le fait qu'elle prévoit que les notifications ont lieu par la voie diplomatique. Les autorités de la concurrence devraient pouvoir communiquer directement entre elles, sans passer par la voie diplomatique, ce qui est d'ailleurs prévu dans la plupart des accords bilatéraux d'entraide administrative internationale.

C. La recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998)

Le 25 mars 1998, le Conseil de l'OCDE a adopté une recommandation concernant une action efficace contre les ententes injustifiables⁶⁰¹. Les Etats-Unis sont à l'origine de l'initiative de cette recommandation. Son préambule évoque le rôle essentiel du droit de la concurrence dans le développement des échanges internationaux, les effets néfastes des ententes injustifiables et l'importance de lutter efficacement contre ces dernières car elles lèsent les con-

600 Appendice, art. 4.

601 C/M(98)35/FINAL.

sommateurs en augmentant les prix en limitant la production, ce qui a pour effet que des biens et services deviennent totalement indisponibles pour certains et inutilement onéreux pour d'autres. La coopération internationale entre autorités de la concurrence est nécessaire car ces ententes opèrent en général de manière occulte et les preuves nécessaires peuvent se trouver dans plusieurs pays.

La recommandation porte condamnation des ententes injustifiables. Les ententes injustifiables ne sont pas définies, mais catégorisées comme regroupant :

un accord, une pratique ou un arrangement anticoncurrentiel entre concurrents visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, partager ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité⁶⁰².

Les exceptions au principe de la condamnation des ententes injustifiables doivent être transparentes. Elles doivent être soit (i) justifiées par des motifs d'efficacité économique, (ii) directement ou indirectement exclues du champ d'application de la réglementation de la concurrence d'un pays membre ou (iii) autorisées par la législation d'un pays membre⁶⁰³. La recommandation prévoit que les pays membres doivent notifier chaque année à l'OCDE l'adoption ou la prorogation de telles exclusions ou catégories d'autorisation. Ce mécanisme n'est pas sans analogie avec l'obligation faite aux Etats de notifier toutes prescriptions techniques nouvelles à l'OMC dans le cadre de l'Accord OTC.

La recommandation ne constitue pas à proprement parler une réglementation internationale des ententes injustifiables. Les pays membres sont exhortés à assurer que leur législation nationale sur la concurrence soit de nature à dissuader les personnes physiques et morales à participer à ces ententes. Les pays membres sont appelés à renforcer la coopération dans la lutte contre les ententes injustifiables en recourant au principe de courtoisie active. La

602 Art. I. A. 2 a).

603 Art. I. A. 2 b).

coopération peut comprendre l'échange de documents et d'informations entre autorités de la concurrence et la collecte de documents et d'informations pour le compte d'autorités étrangères de la concurrence, sur une base volontaire et si nécessaire par voie de contrainte⁶⁰⁴.

Un pays membre peut refuser d'exécuter une demande d'entraide ou limiter sa coopération lorsqu'il considère que l'exécution de la demande n'est pas conforme à ses lois ou ne correspond pas à ses intérêts importants. Afin d'établir un cadre pour leur coopération dans la lutte contre les ententes injustifiables, les pays membres sont encouragés à examiner tous les obstacles à une coopération complète et efficace et sont encouragés à modifier leurs réglementations nationales ou à conclure des accords ou autres instruments bilatéraux ou multilatéraux conformes aux principes de la recommandation.

Le Comité CLP devrait examiner, au plus tard tous les deux ans, les progrès dans la mise en œuvre de cette recommandation et rapporter au Conseil sur toute action supplémentaire nécessaire afin d'améliorer la coopération dans le renforcement de la législation de la concurrence à l'égard des ententes injustifiables.

604 Art. I. B. 2.

Chapitre VI

Les premiers accords bilatéraux contenant des règles de procédure uniquement

Les premiers accords bilatéraux d'entraide internationale entre autorités de la concurrence ont été conclus à la fin des années 70 et au début des années 80, à la même époque où certains Etats européens ont adopté des lois de blocage. Ils contiennent une réglementation, souvent sommaire, de la notification de procédures susceptibles d'affecter les intérêts importants de l'autre partie, de la recherche de preuves sans usage de contrainte auprès d'entreprises situées sur le territoire de l'autre partie, et de la courtoisie traditionnelle. Ils se caractérisent par le fait qu'ils sont axés sur la prévention des conflits pouvant résulter de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, et dans une moindre mesure sur la coopération entre autorités de la concurrence dans les cas d'intérêt commun. Ce but de prévention des conflits peut s'expliquer par le contexte historique dans lequel ils ont été conclus.

L'Accord entre l'Allemagne et les USA de 1976 dont la conclusion s'explique par les liens historiques entre le droit antitrust américain et le droit allemand de la concurrence⁶⁰⁵, est axé sur l'échange d'informations entre autorités de la concurrence, sans toutefois contenir de règles contraignantes à cet égard.

L'Accord entre les Etats-Unis et l'Australie de 1982 a été conclu suite aux conflits entre les Etats-Unis, l'Angleterre, l'Australie et le Canada dans l'affaire *Westinghouse*⁶⁰⁶. L'entreprise Westinghouse

605 P. MOZET, *Die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, op. cit., p. 51 ss.

606 J. KING, *A comparative analysis of the efficacy of bilateral agreements in resolving disputes between sovereigns arising from extraterritorial application of antitrust law: the Australian Agreement*, *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1983, p. 48 ss., p. 62 s.

était actionnée devant les juridictions américaines pour inexécution de contrats de livraison d'uranium. Elle basait sa défense sur l'existence d'un cartel international de l'uranium qui avait fait monter le prix de l'uranium et lui rendait ainsi impossible de se procurer la matière qu'elle s'était engagée à livrer. Pour démontrer l'existence du cartel, il fallait avoir accès à des documents et auditionner des témoins un peu partout dans le monde, en particulier en Australie. Ces démarches de recherche de preuve ont toutefois été rendues vaines en raison de la loi de blocage australienne.

L'Accord entre les Etats-Unis et le Canada de 1984 n'est pas le premier accord entre ces deux pays. La coopération remonte au *Fulton Rogers Agreement* (1959), conclu suite aux *Canadian Radio Patent Cases*⁶⁰⁷ et au *Basford-Mitchell Agreement* (1969), qui est une extension du premier accord à la suite de la première recommandation de l'OCDE du 5 octobre 1967 sur les pratiques commerciales restrictives. Ces deux accords étaient d'une portée limitée et se révélèrent inadaptés à résoudre les problèmes qui surgirent dans l'affaire *Westinghouse*. Comme plusieurs entreprises faisaient l'objet d'enquêtes au Canada, le gouvernement canadien a adopté une réglementation (*Uranium Information Security Regulation*) spécifiquement destinée à bloquer les recherches de preuve sur son territoire et interdisant la production de documents écrits à moins que cela ne soit requis par le droit canadien ou le Ministre de l'énergie.

L'Accord entre l'Allemagne et la France de 1984 fait suite aux conflits entre le droit allemand et le droit français de la concurrence dans l'affaire *Bayer/Firestone*⁶⁰⁸. Bayer France S.A., filiale de Bayer AG en Allemagne, avait notifié au *Bundeskartellamt* allemand sa fusion avec la société Firestone France S.A. Le droit français ne s'opposait pas à ce que la fusion soit réalisée. Par contre, le *Bun-*

607 P. MOZET, *Die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, op. cit., p. 70 ss.; G. MARCEAU, *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*, Clarendon Press, Oxford 1994, p. 79 ss.

608 P. MOZET, *Die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, op. cit., p. 64 ss.

deskartellamt a décidé d'interdire la fusion en raison de ses effets sur le marché allemand. Or la fusion se déroulait en France, entre deux sociétés françaises, et ne posait pas de problèmes du point de vue du droit français de la concurrence. Le *Kammergericht* de Berlin a annulé la décision du *Bundeskartellamt* au motif qu'elle violait les principes généraux du droit international public, en particulier le devoir de non-ingérence⁶⁰⁹.

Les différents accords bilatéraux ont un contenu similaire. Nous nous limiterons à présenter ici les caractéristiques qui nous paraissent être essentielles.

L'article 2 alinéa 4 de l'Accord USA-Allemagne prévoit que, lorsqu'une autorité de la concurrence cherche à obtenir qu'une personne ou entreprise relevant de la juridiction de l'autre partie lui communique des renseignements ou accepte des entretiens, sans contrainte, elle peut demander que l'autre partie transmette une note demandant ces renseignements à ladite personne ou entreprise. Dans ce cas, l'autre partie transmettra la note et, sur demande, fera savoir à la personne ou à l'entreprise qu'elle n'est, quant à elle, pas opposée à ce qu'il soit donné suite volontairement à la demande.

L'article 5 de l'Accord Canada-USA prévoit que lorsqu'une partie recherche des preuves situées sur le territoire de l'autre partie, cette dernière ne va pas y faire obstacle. L'article 8 reconnaît que, après qu'un temps raisonnable a été aménagé pour des consultations, les parties peuvent utiliser les moyens qu'elles désirent pour obtenir les informations de la part de parties privées.

L'Accord USA-Australie ne supprime pas la loi de blocage australienne. Il en atténue toutefois les effets⁶¹⁰. L'article 5 alinéa 2 reconnaît que le fait de rechercher des informations ou des documents sur le territoire de l'autre partie n'est pas suffisant pour justifier l'application de mesures interdisant la transmission d'informations ou documents aux autorités de l'autre partie, à condition que, dans

609 *Kammergericht*, arrêt *Bayer/Firestone* du 26.11.1980, WuW 1981, p. 453.

610 J. PARISI, *Enforcement Co-operation Among Antitrust Authorities*, ECLR 1999, p. 133 ss., p. 135.

le cas de procédures engagées aux USA, un avis ait été donné préalablement.

Les différents accords prévoient que les informations transmises par une autorité de la concurrence doivent être traitées de manière confidentielle par la partie qui les reçoit, à moins que la partie qui les fournit ne consente à les rendre publiques. L'Accord USA-Allemagne précise que les renseignements ne peuvent être utilisés à d'autres fins que des procédures cartellaires⁶¹¹. L'Accord USA-Australie est plus restrictif: le gouvernement des USA s'engage à ne pas utiliser, sans le consentement du gouvernement d'Australie, les informations ou documents fournis dans le cadre d'une notification ou de consultations comme une preuve dans une procédure judiciaire ou administrative⁶¹².

La courtoisie traditionnelle (ou négative), est pour ainsi dire absente de l'Accord USA-Allemagne⁶¹³. Elle apparaît pour la première fois dans l'Accord USA-Australie. Bien que chaque partie s'engage à prendre en compte les intérêts de l'autre dans la décision d'intenter ou de ne pas intenter une procédure, ce sont surtout les Etats-Unis qui sont visés par cette disposition. Une disposition inusuelle dans les accords bilatéraux prévoit que les Etats-Unis considèrent les intérêts de l'Australie ayant trait à l'exportation, hors d'Australie, à destination de pays autres que les Etats-Unis, et autrement qu'aux fins de réexportation aux Etats-Unis, de ressources naturelles australiennes ou de biens manufacturés ou produits en Australie⁶¹⁴. L'Accord USA-Canada prévoit également qu'une partie limite l'application de sa législation sur la concurrence, lorsque cela peut affecter les intérêts de l'autre partie⁶¹⁵.

611 Art. 5 et 2 al. 1 de l'Accord USA-Allemagne.

612 Art. 3 de l'Accord USA-Australie.

613 Art. 4 al. 1 de l'Accord USA-Allemagne stipule que chaque partie agira, dans la mesure compatible avec sa législation nationale, sa sécurité, sa politique générale ou des autres intérêts nationaux importants, de façon à ne pas empêcher ou entraver une enquête ou une procédure antitrust engagée par l'autre partie.

614 Art. 6 lit. b ch. 4 de l'Accord USA-Australie.

615 Art. 5 de l'Accord USA-Canada.

L'Accord USA-Australie contient une réglementation des rapports avec les procès privés aux Etats-Unis qui ne figure ni dans l'Accord USA-Allemagne, ni dans l'Accord Allemagne-France. L'Australie aurait voulu que la décision des autorités de la concurrence américaines de renoncer à ouvrir une enquête en vertu de la courtoisie traditionnelle lie aussi les tribunaux américains dans le cadre de procès privés⁶¹⁶. Comme les Etats-Unis n'étaient pas prêts d'accepter une telle solution, il a finalement été convenu que l'Australie peut exiger que les Etats-Unis interviennent dans un procès privé, lorsque est en cause un comportement qui a au préalable fait l'objet d'une consultation et que le gouvernement communique le résultat de la délibération au tribunal sous forme d'*amicus curiae*⁶¹⁷.

L'Accord USA-Canada de 1984 prévoit que la partie sur le territoire de laquelle une procédure est ouverte auprès d'un tribunal, communique, sur requête de l'autre partie, le résultat et le contenu de la procédure de consultation⁶¹⁸. Dans le cas où il n'y a pas de consultations préalables, la partie sur le territoire de laquelle une procédure est pendante devant un tribunal, peut communiquer à ce dernier les effets possibles de la procédure sur les intérêts nationaux de l'autre partie ou présenter d'autres éléments qu'elle estime appropriés.

616 P. MOZET, *Die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, op. cit., p. 61.

617 Art. 6 (*Private Antitrust Suits in United States Courts*).

618 Art. 11 al. 1 de l'Accord USA-Canada.

Chapitre VII

L'Accord entre les Etats-Unis et l'UE (1991 et 1995)

L'Accord signé le 23 septembre 1991 entre la Commission européenne et les Etats-Unis s'inscrit dans une perspective nouvelle par rapport aux accords précédents⁶¹⁹. Alors que ces derniers étaient axés sur la prévention des conflits liés à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, l'Accord entre les Communautés européennes et les Etats-Unis a pour objectif

de promouvoir la coopération et la coordination entre les parties et de réduire le risque de différends entre elles dans l'application de leur droit de la concurrence ou d'en atténuer les effets⁶²⁰.

Deux développements expliquent la conclusion de cet accord au début des années 90: la reconnaissance par la CJCE en 1988 du principe de l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence et l'adoption par le Conseil, le 21 décembre 1989, du règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Ce dernier a ouvert la perspective qu'une même opération de concentration fasse l'objet d'un contrôle simultané des deux côtés de l'Atlantique.

619 A. D. HAM, op. cit., p. 571 ss.; A. HAAGSMA, *International Competition Policy Issues: The E.C.-U.S. Agreement of September 23, 1991*, in: P. J. SLOT/A. McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, London 1993, p. 229 ss.; P. MOZER, *Das Abkommen zwischen der EG und den USA über die Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, EuZW Heft 7/1992, p. 201 ss.; OMC, Groupe de travail sur le commerce et la concurrence, Communication des Etats-Unis, *Données d'expérience des Etats-Unis concernant les accords de coopération antitrust*, OMC, WT/WGTCP/W/48 (24.11.1997).

620 Art. I al. 1.

A. La nature juridique de l'Accord

La Commission européenne a conclu l'Accord sur la base de ses compétences internes en matière de droit de la concurrence. Or l'article 300 (ex 228) CE attribue au Conseil la compétence de conclure des traités internationaux⁶²¹. Peu après la conclusion de l'Accord, la France en a contesté la validité devant la CJCE en invoquant l'absence de compétence de la Commission.

Durant la procédure, la Commission a soutenu que l'Accord constitue un accord administratif pour la conclusion duquel elle est compétente, car, en raison de la nature des obligations qu'il établit, l'inexécution de l'Accord ne serait pas susceptible d'engager la responsabilité de la Communauté, mais aurait pour conséquence son extinction pure et simple.

L'avocat général TESAURO a pour sa part considéré que la conclusion de l'Accord a été déterminée par la volonté d'aller au-delà des comportements simplement recommandés par les recommandations de l'OCDE, en prescrivant des comportements bien établis et obligatoires dans le cadre d'un instrument juridique contraignant⁶²². Les obligations procédurales et fonctionnelles lient les parties et donc la Communauté. L'Accord ne contient pas de règles relatives aux sanctions, mais cela ne change pas son caractère contraignant. En effet, comme tel, il est soumis à la règle «*pacta sunt servanda*».

Le 9 août 1994, la CJCE a jugé, conformément aux conclusions de l'avocat général TESAURO, que la compétence de conclure l'Accord

621 L'art. 228 § 1 CEE, dans la version en vigueur au moment des faits, prévoyait que : « Dans les cas où les dispositions du présent traité prévoient la conclusion d'accords entre la Communauté et un ou plusieurs Etats ou une organisation internationale, ces accords sont négociés par la Commission. Sous réserve des compétences reconnues par la Commission dans ce domaine, ils sont conclus par le Conseil, après consultation du Parlement européen dans les cas prévus au présent traité ».

622 Conclusions de l'Avocat général TESAURO présentées le 16.12.1993, arrêt *République française c. Commission* du 9.8.1994, aff. C-327-91, Rec. 1994, p. I-3643 ss.

n'appartenait pas à la Commission uniquement⁶²³. Selon la CJCE, l'Accord n'est pas un simple arrangement administratif. Il constitue un accord international conclu entre une organisation internationale et un Etat. En cas d'inexécution de l'Accord par la Commission, la responsabilité de la Communauté pourrait être engagée sur le plan international⁶²⁴. L'acte par lequel la Commission a conclu l'Accord a par conséquent été annulé comme étant contraire à la répartition de compétence entre les institutions communautaires en matière de conclusion d'accords internationaux qui est fixée à l'article 300 (ex 228) CE.

Le jugement de la Cour n'a pas eu pour effet de rendre l'Accord nul au regard du droit international. En effet, en vertu de l'article 46 de la convention de Vienne du 21 mars 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, un accord international conclu par une autorité qui n'est pas « *manifestement incompétente* », lie l'Etat concerné. Dans ce cas, la Commission n'était pas manifestement incompétente puisqu'il a fallu une référence à la CJCE et presque trois ans de procédure pour établir que le Conseil était en définitive l'autorité compétente. C'est pourquoi, suite à l'arrêt de la CJCE, l'Accord a été conclu à nouveau, cette fois conjointement par le Conseil et la Commission, en date du 10 avril 1995⁶²⁵. A cette occasion, le Conseil et la Commission ont aussi approuvé une lettre interprétative adressée aux Etats-Unis qui clarifie les dispositions de l'Accord relatives à la confidentialité⁶²⁶.

623 CJCE, arrêt *République française c. Commission* du 9.8.1994, aff. C-327-91, Rec. 1994, p. I-3666 ss.

624 *Idem*, p. 3674, att. 22-26.

625 *Décision du Conseil et de la Commission du 10.4.1995 (95/145/CE, CECA) relative à la conclusion de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, JO n° L 95 du 27.4.1995, p. 45 ss.

626 *Ré rectificatif à la décision 95/145/CE, CECA, du Conseil et de la Commission du 10.4.1995, relative à la conclusion de l'Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence*, JO n° L 131 du 15.6.1995, p. 38 s.

B. Le champ d'application

Le champ d'application de l'Accord est défini à l'article I. En ce qui concerne l'Union européenne, il recouvre les articles 81 (ex 85), 82 (ex 86), 85 (ex 89) et 86 (ex 90) CE, le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil sur le contrôle des concentrations entre entreprises, les articles 65 et 66 CECA, ainsi que les règlements d'application. En ce qui concerne le droit antitrust américain, il s'applique au *Sherman Act*, au *Clayton Act*, au *Wilson Tariff Act* et en partie au *Federal Trade Commission Act*. En effet, les articles 81 (ex 85) et 82 (ex 86) CE couvrent des secteurs qui ne tombent pas nécessairement dans le champ d'application des textes correspondants du droit américain, de sorte qu'il n'y a pas forcément d'équivalence dans les informations qui doivent être échangées.

C. Les notifications

L'article II prévoit la notification par chaque partie des mesures d'application de son droit de la concurrence qui sont susceptibles d'affecter les « *intérêts importants* » de l'autre partie. Un certain nombre de cas d'intérêts importants sont énumérés (art. II § 2 lit. a-e), en particulier :

- celui où des actes anticoncurrentiels (autres qu'une fusion ou une acquisition) sont accomplis dans une partie substantielle du territoire de l'autre partie;
- en cas de fusion ou d'acquisition dans laquelle

une ou plusieurs des parties à l'opération ou une entreprise contrôlant une ou plusieurs des parties à l'opération, est une société constituée ou organisée selon le droit de l'autre partie ou de l'un de ses Etats ou Etats membres⁶²⁷.

627 Art. II al. 2 lit. c de l'Accord USA-UE.

Ainsi, par exemple, si la filiale européenne d'une entreprise américaine, par exemple Opel, fusionne avec une autre entreprise européenne, par exemple Volkswagen, l'opération doit être notifiée par la Commission européenne, du fait que Opel est contrôlé par General Motors, et ce indépendamment du fait que Opel est une entreprise établie conformément au droit d'un Etat membre de l'Union européenne;

- au cas où un comportement est présumé avoir été exigé, encouragé ou approuvé par l'autre partie;
- en cas d'imposition, sur des points importants, d'une obligation de faire ou de ne pas faire sur le territoire de l'autre partie.

L'article II paragraphe 5 prévoit en outre que, lorsque les autorités de la concurrence interviennent dans une procédure judiciaire, sans être partie à la procédure, une notification doit également être faite. La Commission explique l'insertion de cette disposition de la manière suivante:

Articles 85 and 86 apply to all sectors of the economy, whereas in the United States different sectors are supervised by separate regulatory bodies. But the Department of Justice and the Federal Trade Commission may take part in proceedings before such bodies and, if they do, they will have to notify the Commission accordingly providing that the other conditions laid down in this paragraph are met. The same applies when the Department of Justice or the Federal Trade Commission takes part in judicial proceedings, a possibility not open to the Commission before the national courts⁶²⁸.

Les notifications doivent être adressées dans les meilleurs délais, au commencement de la procédure. Elles peuvent être faites oralement, par communication téléphonique, écrite ou par fax mais doivent être confirmées par écrit par la voie diplomatique. Les notifi-

628 COMMISSION EUROPÉENNE, *Commission communication to the Council concerning cooperation with the United States of America regarding the application of their competition rules*, Proposal for a Council Decision, COM(94)999 430 final, p. 3 s.; A. HAAGSMA, op. cit., p. 234.

cations sont principalement occasionnées en rapport avec des concentrations d'entreprises⁶²⁹.

D. L'échange d'informations

L'article III de l'Accord permet l'échange d'informations entre la Commission européenne d'une part, la division antitrust et la FTC d'autre part. Le paragraphe 1 de l'article III reconnaît qu'il est dans l'intérêt commun des autorités de la concurrence d'échanger des informations afin de: (a) faciliter l'application effective du droit de la concurrence ou (b) promouvoir une meilleure compréhension des politiques de concurrence. Le paragraphe 2 prévoit une réunion bi-annuelle entre les autorités de la concurrence afin d'échanger des informations au sujet des cas traités et des priorités. Le paragraphe 3 prévoit que chaque partie est tenue de communiquer à l'autre partie toute information importante, connue de ses autorités de la concurrence, si elle se rapporte à une activité restrictive de la concurrence objet d'une procédure par les autorités de l'autre partie. Enfin, le paragraphe 4 prévoit que, à la requête d'une

629 COMMISSION EUROPÉENNE, *Commission Report to the Council and the European Parliament on the Application of the Agreement between the European Communities and the Government of America regarding the application of their competition rules 1.1. to 31.12.1997*, Bruxelles, mai 1998, p. 8.

Année	Nombre de notifications CE	Nombre de notifications USA		Nombre de notifications de concentration
		FTC	DoJ	
1991	5	10	2 (= 12)	3 (CE) + 9 (US)
1992	26	20	20 (= 40)	11 (CE) + 31 (US)
1993	44	22	18 (= 40)	20 (CE) + 20 (US)
1994	29	16	19 (= 35)	18 (CE) + 20 (US)
1995	42	14	21 (= 35)	31 (CE) + 18 (US)
1996	48	20	18 (= 38)	35 (CE) + 27 (US)
1997	42	12	24 (= 36)	30 (CE) + 20 (US)

partie, l'autre partie lui transmet, dans les limites des articles VIII et IX, les informations qui sont en sa possession et qui sont pertinentes pour une procédure envisagée ou déjà ouverte par l'autorité de la concurrence de la partie requérante.

Trois types d'informations peuvent être distinguées: (i) les informations de nature confidentielle qui ne peuvent pas être échangées, (ii) les informations générales qui peuvent être échangées et (iii) les informations confidentielles à l'échange desquelles les entreprises concernées ont consenti.

1. Les informations de nature confidentielle

Le respect de la confidentialité des informations est prévu par l'article VIII, qui précise qu'une partie n'est pas tenue de fournir des informations à l'autre partie, lorsqu'une transmission est interdite par la loi ou qu'elle est incompatible avec des intérêts importants de la partie qui détient ces informations. Les informations commerciales transmises par les entreprises à une autorité de la concurrence dans le cadre d'une procédure sont confidentielles et ne peuvent pas être échangées⁶³⁰.

La notion de confidentialité des informations a été précisée par la Commission européenne dans une note interprétative lors de la (re)conclusion de l'Accord en 1995. Selon cette dernière:

A la lumière de l'article IX de l'accord, l'article VIII, paragraphe 1, doit être compris en ce sens que les informations relevant de l'article 20 du règlement n° 17 du Conseil ou des dispositions équivalentes d'autres règlements en matière de concurrence ne peuvent, en aucun cas, être communiquées par la Commission aux autorités antitrust américaines, sauf consentement express de la source concernée⁶³¹.

630 Cf. ci-dessus p. 235 ss.; J. PARISI, op. cit., p. 137.

631 *Echange de lettres interprétatives avec le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique*, JO n° L 131 du 15.6.1995, p. 38.

2. Les informations non confidentielles

Les informations non confidentielles peuvent être échangées. Elles comprennent les informations publiques et les informations non publiques qui ne sont pas des informations commerciales transmises par les entreprises. Les informations publiques comprennent par exemple des articles de presse, des études ou des décisions de tribunaux que les autorités de la concurrence suivent régulièrement.

Les informations qui ne sont pas publiques, mais qui ne sont pas non plus des informations commerciales fournies par les entreprises peuvent être échangées⁶³². Il peut s'agir par exemple d'informations qui se réfèrent à la conduite de la procédure ou l'éventualité d'une procédure, à l'objet de la procédure, à l'identité des entreprises qui font l'objet de la procédure et aux mesures envisagées. Les autorités de la concurrence peuvent également échanger leurs vues sur la compétence juridictionnelle, la définition du marché pertinent, les effets d'une entente ou les dommages causés par des pratiques anticoncurrentielles⁶³³. L'échange d'informa-

632 J. PARISI, *op. cit.*, p. 138, énumère les informations suivantes:

• Notification, in writing, of the opening of an investigation that affects the other Party's important interests; often the written notification is preceded by telephoned notice, then telephone conference calls are arranged in which the following may be exchanged:

- the process, generally to be followed in the investigation, including any applicable deadlines;
- publicly available information about the relevant markets, applicable legal principles and precedents, and other facts relevant to the analysis (such as entry barriers);
- how the staff analyses the definition of the relevant markets, competitive effects, and other issues, such as entry, efficiencies, failing firm, etc.;
- as to markets in which there are concerns, ideas are exchanged on effective remedies (divestitures, licensing, behavioural controls, fencing-in), including new issues such as 'buyer up-front'.

633 R. B. STAREK, *International Aspects of antitrust Enforcement*, World Competition 1996, p. 29 ss, p. 37; A. N. CAMPBELL/GRUNDMANN, in: U. IMMENGA/E. J. MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, Beck, Munich 1997, p. 1978, n° 27; T. LAMPERT, *op. cit.*, p. 217 s.

tion entre autorités de la concurrence au sujet de la manière de délimiter le marché relevant peut s'avérer particulièrement utile, notamment dans l'examen de concentrations d'entreprises.

En droit européen, la question se pose de savoir si des secrets d'affaires qui ne sont pas accessibles au public, mais qui sont à disposition d'autres entreprises que celle qui les a fournis à la Commission, peuvent être transmis⁶³⁴. La réponse est plutôt négative. La CJCE a en effet jugé que des informations qui sont des secrets d'affaires, qui ont été transmises à une association professionnelle par ses membres, et qui ont perdu leur caractère de secret d'affaires entre les membres, ne perdent en revanche pas leur caractère de secret d'affaires vis-à-vis de tiers⁶³⁵.

3. *Les informations confidentielles à l'échange desquelles la source concernée a consenti*

Selon l'échange de lettres susmentionné, les informations confidentielles peuvent être transmises en cas de consentement de la source concernée («*source concerned*»). La note interprétative ne précise toutefois pas ce qu'il faut entendre par source concernée. Comment interpréter cette notion? En particulier, il n'est pas clair de savoir de qui l'accord doit être obtenu lorsque plusieurs entreprises sont impliquées. Ainsi, des informations peuvent être issues d'une source primaire, mais transmises à la Commission par une source secondaire. On peut donner l'exemple d'un concurrent (source secondaire), lequel donne à la Commission des informations portant sur un concurrent (source primaire). Dans la mesure où les informations sont issues à l'origine du concurrent, il est possible de le considérer comme une source au sens de l'échange de lettres. Il est ainsi possible que la personne concernée et la source ne soient pas des personnes identiques. Il est d'autre part imaginable que l'on consi-

634 A. N. CAMPBELL/GRUNDMANN, op. cit., n° 28.

635 CJCE, arrêt *Van Landewyck* du 20.10.1980, aff. 209-215 et 218/78, Rec, 1980. P. 3125 ss., p. 3239.

dère plus d'une personne physique ou morale comme source et que seule l'une d'entre elles soit concernée par la transmission de l'information. L'expression source concernée doit être comprise de manière téléologique. L'échange de lettres a pour but d'établir du côté de la Commission, dans quelle mesure des informations relatives à des entreprises constituent des secrets d'affaires, lesquels doivent être traités de manière confidentielle et ne peuvent pas conséquent pas être transmises aux autorités antitrust américaines. Ce sont à notre avis les entreprises qui font l'objet d'une enquête qui sont concernées et touchées par l'échange d'informations entre autorités de la concurrence. Il faut en déduire que ce sont ces entreprises-là qui sont concernées par l'échange d'informations entre autorités de la concurrence et qui dès lors doivent être considérées comme source concernée au sens de l'échange de lettres⁶³⁶.

L'interdiction d'échanger des informations confidentielles constitue un obstacle important à l'entraide administrative internationale⁶³⁷. L'efficacité de l'Accord dépend de la volonté de la ou des entreprises concernées de permettre l'échange d'informations confidentielles. Dans le cas d'une concentration d'entreprises examinée à la fois par la Commission européenne et la FTC aux Etats-Unis, les entreprises qui ont, par exemple, déjà notifié l'opération à la Commission européenne, peuvent avoir intérêt à ce que les autorités antitrust américaines aient également accès à leur dossier de notification, afin de faciliter un déroulement aussi rapide que possible de l'opération et éviter une *second request* des autorités antitrust américaines. Des exemples de concentrations d'entreprises dans lesquelles les autorités de la concurrence ont collaboré de manière étroite sont les concentrations entre *Shell* et *Montedison*⁶³⁸, *Guin-*

636 A. N. CAMPBELL/GRUNDMANN, op. cit., n° 30.

637 COMMISSION EUROPÉENNE (DG IV), *La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau multilatéral*, op. cit., p. 11.

638 Décision *Shell/Montecatini* du 8.6.1994, aff. IV/M.0296, JO n°L 33, p. 48; *Montedison/Shell*, FTC Docket No. C-3580 (Final Decision and Order).

ness et *GrandMetropolitan*⁶³⁹, *Sandoz et Ciba-Geigy (Novartis)*⁶⁴⁰ ou *Boeing et McDonnell Douglas*⁶⁴¹.

Il peut être dans l'intérêt de l'entreprise de permettre l'échange d'informations entre autorités de la concurrence afin d'éviter de devoir négocier avec chaque autorité de la concurrence compétente. Un bon exemple est la procédure concernant un abus de position dominante de *Microsoft*, instruite simultanément par les autorités antitrust américaines et la Commission européenne⁶⁴². Il peut également être dans l'intérêt des entreprises de permettre aux autorités de la concurrence de coopérer entre elles afin de réduire le risque un cumul des sanctions.

4. *Le maintien de la confidentialité des informations transmises*

L'article VIII alinéa 2 précise que chaque partie s'engage à protéger, dans la mesure du possible, le caractère confidentiel de toutes les informations qui lui ont été transmises. L'échange de lettres interprétatives avec le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique précise que chaque partie utilise les moyens de droit dont elle dispose pour s'opposer à la divulgation des informations en question. En droit communautaire, la Commission européenne peut être tenue de transmettre, en vertu du règlement n° 17, des informations au sujet de

639 Décisions *Guinness/GrandMetropolitan* du 15.10.1997, *Guinness PLC et al.*, FTC Docket n° C-3801, Consent Order and Complaint, 17.4.1998, 5 Trade Reg. Report (CCH) 24,395.

640 *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence du 1.7.-31.12.1996*, Bruxelles, le 4.7.1997, COM(97)346 final, p. 4.

641 A. SCHLAUB, *International Cooperation in antitrust matters: making the point in the wake of the Boeing/MDD proceedings*, Competition Policy Newsletter 1/1998, p. 2 ss.

642 L.E. KEEGAN, *The 1991 U.S./EC Competition Agreement: A Glimpse of the Future Through the United States v. Microsoft Corp. Windows*, Journal of International Legal Studies 1991, Vol. 2:2, p. 149 ss.

ses procédures, y compris des renseignements confidentiels, aux autorités de la concurrence des Etats membres. L'échange de lettres précise que la Commission informe les autorités de la concurrence des Etats membres dont les intérêts sont en jeu, des notifications faites par les autorités antitrust américaines, après en avoir avisé ces dernières⁶⁴³.

E. La coordination des mesures d'application

L'article IV précise les circonstances dans lesquelles les autorités de la partie requérante vont normalement suspendre leur procédure en faveur de la partie requise. Trois conditions doivent être remplies: (i) les comportements en cause n'ont pas un effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible sur le territoire de la partie requérante; (ii) lorsqu'elles ont un tel effet, elles se produisent principalement sur le territoire de l'autre partie ou sont dirigées principalement vers ce territoire; (iii) les effets anticoncurrentiels peuvent être instruits et éliminés en application des lois de la partie requise.

Les parties reconnaissent qu'il peut être approprié de poursuivre des procédures séparément lorsque les activités affectant les deux parties justifient des amendes dans les deux juridictions. Les autorités de la partie requise reconnaissent qu'elles vont agir de manière prompte et efficace, chercher à obtenir le plus d'information, informer les autorités de la partie requérante sur requête ou de manière périodique, essayer de mettre un terme à l'enquête, d'obtenir réparation ou d'engager une procédure formelle dans les six mois.

643 *Echange de lettres interprétatives avec le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique*, JO n° L 131 du 15.6.1995, p. 38.

F. La courtoisie traditionnelle (art. VI)

La clause de courtoisie traditionnelle oblige les parties contractantes de tenir compte des intérêts importants de l'autre partie

pour décider de l'engagement éventuel d'une enquête ou d'une procédure, de la portée de cette enquête ou de cette procédure, de la nature des mesures de réparation ou des pénalités, et d'autres mesures si nécessaire.

L'Accord retient le test de la balance des intérêts comme critère permettant de modifier ou d'atténuer l'exercice de la compétence d'une partie pour tenir compte des intérêts importants de l'autre partie. Les facteurs suivants doivent en particulier être pris en considération⁶⁴⁴ : (a) l'importance relative pour les actes anticoncurrentiels incriminés du comportement sur le territoire de la partie qui prend les mesures d'application par rapport au comportement sur le territoire de l'autre partie; (b) l'intention des auteurs de porter atteinte à la concurrence sur le territoire de la partie qui prend les mesures d'application; (c) l'importance relative des effets des activités anticoncurrentielles sur les intérêts de la partie qui prend les mesures d'application par rapport aux effets sur les intérêts de l'autre partie; (d) l'existence ou l'absence d'anticipations raisonnables qui seraient confortées ou réduites à néant du fait des mesures d'application; (e) le degré de conflit ou de compatibilité entre les mesures d'application et la législation ou les mesures de politique économique de l'autre partie.

Le fait que la CJCE n'ait pas expressément reconnu la théorie des effets est exprimé par l'Accord. En effet, le premier des critères susmentionnés est l'importance relative pour les actes anticoncurrentiels incriminés du comportement sur le territoire de la partie qui prend les mesures d'application par rapport au comportement sur le territoire de l'autre partie. Le test ne porte pas sur la reconnaissance d'une compétence mais sur son exercice.

644 Art. VI al. 3.

G. La courtoisie «positive» (art. V)

Selon l'article V alinéa 2 de l'Accord

Si l'une des parties estime que des actes anticoncurrentiels commis sur le territoire de l'autre partie affectent ses intérêts importants, elle peut adresser une notification à l'autre partie et demander que les autorités en matière de concurrence de celle-ci prennent les mesures d'application appropriées. La notification doit indiquer de manière aussi précise que possible la nature des actes anticoncurrentiels et leurs effets sur les intérêts de la partie notifiante....

Des doutes ont été émis au sujet de l'utilité pratique de cette procédure. On a remarqué que l'autorité requise ne va engager des mesures d'instruction que si les pratiques en cause produisent des effets sur son territoire (sinon elle ne serait pas compétente) et, au demeurant, que si elles sont contraires à son propre droit⁶⁴⁵. Or ces conditions ne seront pas réunies en cas de cartel d'exportation. Selon ATWOOD:

It is not realistic to expect one government to prosecute its citizens for the benefit of another. It is no accident that this has not happened in the past, and it is unlikely to happen in the future. We should not expect the principle of positive comity... to impact dramatically on the proposition that laws are written and enforced to protect national interests⁶⁴⁶.

La courtoisie positive a été appliquée pour la première fois en 1996, en l'absence de requête formelle des Etats-Unis. La procédure concernait un abus de position dominante de l'entreprise Nielsen, une entreprise de *retail tracking* américaine. Information Resources Inc. (IRI), une entreprise concurrente de Nielsen se plaignait auprès de la division antitrust et de la Commission européenne du fait que

645 A.D. HAM, op. cit., p. 594 ss; J.P. GRIFFIN, *EC and US Extraterritoriality: Activism and Cooperation*, in: B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1994, p. 43 ss., p. 67.

646 J.R. ATWOOD, *Positive Comity— Is it a Positive Step?*, in: B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, Kluwer Law and Taxation Publ., Deventer 1993, p. 79 ss., p. 87.

Nielsen abusait de sa position dominante en Europe en l'empêchant de s'y implanter⁶⁴⁷. En cours de procédure, IRI et Nielsen ont autorisé les autorités à échanger des informations confidentielles⁶⁴⁸. Comme la plainte concernait des pratiques mises en œuvre en Europe et que les effets se faisaient principalement sentir en Europe, la division antitrust a laissé la Commission prendre la direction de la procédure. Lorsque la Commission a obtenu les engagements nécessaires de Nielsen fin novembre 1996, la division antitrust a mis un terme à sa procédure⁶⁴⁹.

La première requête formelle du Département de Justice des Etats-Unis demandant à la Commission de rechercher des preuves pour son compte sur la base de la clause de courtoisie positive date d'avril 1997. Elle concerne les activités d'entreprises d'aviation soupçonnées d'empêcher les systèmes de réservation américains de fonctionner effectivement dans certains pays européens. La division antitrust cherchait à déterminer si les entreprises aériennes qui contrôlaient le principal système informatique de réservation en Europe, avaient abusé de leur position dominante en empêchant les entreprises de réservation américaines de déployer des activités en Europe, en leur refusant l'accès aux informations de vol nécessaires. Dans sa requête, le Département de Justice a transmis à la Commission les principaux résultats de son enquête préliminaire.

647 Nielsen offrait notamment des conditions contractuelles plus favorables à ses clients dans les pays où elle bénéficiait d'une position dominante, à condition que ces derniers aient recours à ses services dans les pays où elle était confrontée à une forte concurrence.

648 *Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant l'application de leurs règles de concurrence du 1. 7-31. 12. 1996*, COM(97)346 final, p. 5.

649 UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, Press release, 3. 12. 1996, «Justice Department closes investigation into the way AC Nielsen Co. contracts its services for tracking retail sales».

H. La procédure de consultation

La procédure de consultation prévue à l'article VII indique que les consultations demandées par une des parties doivent se dérouler «au niveau approprié, éventuellement au niveau le plus élevé des autorités en matière de concurrence»⁶⁵⁰. Elle n'est pas complétée par une procédure de conciliation, ni par une procédure d'arbitrage⁶⁵¹.

650 Art. VII (2).

651 E. FRIEDEL-SOUCHU, *op. cit.*, p. 394.

Chapitre VIII

L'ALENA et l'Accord entre les Etats-Unis et le Canada (1995)

A. L'ALENA

L'Accord de libre-échange nord-américain de 1992 (ALENA) consacre son chapitre 15 (art. 1501 à 1505) à la politique de concurrence, aux monopoles et aux entreprises d'Etat⁶⁵². Seul l'article 1501 traite des pratiques commerciales restrictives d'origine privée. Il est divisé en trois paragraphes.

Dans le premier, chaque partie s'engage à adopter et maintenir des mesures de manière à interdire les pratiques commerciales restrictives et d'agir à leur encontre, en reconnaissant que celles-ci peuvent contrevenir aux objectifs de l'Accord. A cette fin, les parties s'engagent à se consulter périodiquement au sujet des actions entreprises.

Le deuxième paragraphe est une déclaration des parties reconnaissant l'importance de la coopération et de la coordination des actions des autorités de la concurrence de manière à permettre une mise en œuvre effective du droit de la concurrence dans la zone de libre-échange. Dans ce but,

The Parties shall cooperate on issues of competition law enforcement policy, including mutual legal assistance, notification, consultation and exchange of information relating to the enforcement of competition laws and policies in the free trade area.

652 Cf. ILM 32/1993, p. 663; C. STARK, *International Antitrust Cooperation in NAFTA: The international antitrust Assistance Act of 1994*, US-Mexico Law Journal 4/1996, p. 169 ss.

Cette reconnaissance générale de la nécessité de l'entraide administrative internationale n'est toutefois pas contraignante et ne comporte, en particulier, pas la possibilité d'échanges d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence.

Le troisième paragraphe précise qu'aucune partie ne peut avoir recours à la procédure de règlement des différends de l'Accord en relation avec l'article 1501. Il s'agit-là d'un affaiblissement notable de la portée de cet article, qui ne peut être mis en œuvre de manière contraignante à l'encontre d'une partie récalcitrante. Ainsi, l'ALENA contribue peu au développement du droit international de la concurrence, tant en ce qui concerne les règles de fond, que les règles de procédure, peu précises et non contraignantes. L'exclusion de la procédure de règlement des différends, dans le cadre limité de l'ALENA, manifeste par ailleurs la difficulté pour les Etats-Unis de reconnaître l'application d'une procédure de règlement des différends de manière générale en droit de la concurrence, notamment dans le cadre de l'OMC. Ainsi, l'ALENA a selon nous une portée limitée et ne renforce pas la coopération existante, à tout le moins pas entre les Etats-Unis et le Canada (même s'il peut constituer un progrès s'agissant de la coopération entre ces pays et le Mexique).

B. L'Accord entre les Etats-Unis et le Canada (1995)

L'Accord entre les Etats-Unis et le Canada conclu le 18 mars 1995 remplace le Memorandum of Understanding de 1984 et s'inscrit dans le cadre plus général de la coopération au sein de l'ALENA⁶⁵³.

L'Accord USA-Canada est structuré de la même façon que l'Accord USA-UE. En ce qui concerne les procédures de notification (art. II), l'Accord USA-Canada prévoit que chaque partie doit notifier à

653 L. HUNTER/S. HUTTON, *Where There Is a Will, There Is a Way: Cooperation in Canada-U.S. Antitrust Relations*, *Canada-US Law Journal* 20/1994, p. 101 ss.

l'autre partie les mesures d'exécution qui peuvent affecter ses intérêts importants. Tel est le cas lorsqu'elles impliquent des mesures de la part de l'autre partie, des activités anticoncurrentielles autres que des fusions ou acquisitions ou des fusions dans lesquelles une ou plus des parties à la transaction sont incorporées ou organisées selon les lois de l'autre partie, impliquent un comportement qui a été requis, encouragé ou approuvé par l'autre partie, des sanctions qui requièrent expressément ou interdisent un comportement sur le territoire de l'autre partie ou concernent la recherche d'informations situées sur le territoire de l'autre partie au moyen d'une visite de représentants sur le territoire de l'autre partie ou autrement.

L'Accord règle en détail la manière de procéder lorsque les autorités d'une partie recherchent des renseignements auprès d'une entreprise située sur le territoire de l'autre partie. Une telle réglementation n'est pas prévue dans l'Accord USA-UE. L'article II prévoit que :

When the competition authorities of a Party request that a person provide information, documents or other records located in the territory of the other Party, or request oral testimony in a proceeding or participation in a personal interview by a person located in the territory of the other Party, notification shall be given:

- (a) if compliance with the request for written information, documents or other records is voluntary, at or before the time that the request is made;
- (b) if compliance with a request for written information, documents or other record is compulsory, at least seven (7) days prior to the request, (or, when seven (7) days' notice cannot be given, as promptly as circumstances permit); and
- (c) in the case of oral testimony or personal interviews, at or before the time arrangements for the interview or testimony are made.

Une notification n'est pas nécessaire en cas de contacts téléphoniques avec une personne sur le territoire de l'autre partie, lorsque cette personne n'est pas sujette à une enquête («although the availability and possible voluntary provision of documents may be discussed»), lorsque le téléphone a pour objet un renseignement sur une base volontaire et lorsque les intérêts de l'autre partie ne semblent pas être autrement concernés (article II (5) al. 2).

Une autre différence par rapport à l'Accord USA-UE est que les représentants d'une partie peuvent effectuer une visite sur le terri-

toire de l'autre partie à condition que cette dernière soit informée par notification et y consente. Selon l'article II (6):

The parties acknowledge that officials of either Party may visit the territory of the other Party in the course of conducting investigations pursuant to their respective competition laws. Such visits shall be subject to notification pursuant to this article and the consent of the notified Party.

Il est à noter que le consentement des entreprises n'est pas nécessaire, mais uniquement celui de la partie sur le territoire de laquelle la visite a lieu. Cette réglementation va donc plus loin que celle de l'Accord anti-dumping de l'OMC.

Chapitre IX

Le cas particulier de la coopération entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie

La coopération entre la Nouvelle-Zélande et l'Australie dans le domaine du droit de la concurrence constitue un cas particulier⁶⁵⁴. Les deux Etats ont conclu en 1983 un Accord de co-opération économique approfondie (*Closer Economic Relations Trade Agreement, CER-Agreement*)⁶⁵⁵. Cet Accord a prévu l'élimination progressive des obstacles au commerce entre les deux Etats jusqu'au 1^{er} juillet 1995, et un rapprochement de leur droit commercial. En 1988, ce délai a été réduit au 1^{er} juillet 1990 et le droit de la concurrence a été incorporé dans l'Accord⁶⁵⁶.

En 1988, les deux Etats ont convenu de supprimer les législations sur le dumping dans leur commerce intérieur, et de les remplacer par l'application du droit de la concurrence. A cette fin, il a été prévu que :

- le territoire de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande sont considérés comme un marché unique;

654 R. J. ADHAR, *The Role of Antitrust Policy in the Development of Australian-New Zealand Free Trade*, 12 *Northwestern Journal of International Law & Business* 1991, p. 317; U. IMMENGA, *Wirkungsgrenzen bilateraler Verträge für eine internationale Wettbewerbsordnung*, in: J. KRUSE/O. G. MAYER (Hrsg.), *Aktuelle Probleme der Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik*, Festschrift KANTZENBACH, Baden-Baden 1996, p. 155 ss, p. 163; P. MOZET, *Die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, op. cit., p. 75 ss; G. THOMSON, *Australia and New Zealand*, in: E. E. GRAHAM/J. D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 398 ss.

655 ILM 22/1983, p. 946 ss.

656 K. VAUTIER/P. LLOYD, *International Trade and Competition Policy: CER, APEC and the WTO*, Wellington, New Zealand 1997.

- l'autorité de la concurrence de chaque pays a la faculté de mener des enquêtes et de réunir des preuves sur le territoire de l'autre Etat;
- un tribunal d'un Etat peut siéger dans l'autre Etat;
- un témoignage peut être recueilli ou des communications peuvent être reçues, par liaison vidéo ou téléphone s'ils émanent d'une personne se trouvant dans l'autre Etat;
- les jugements et ordonnances rendus par les tribunaux d'un Etat sont automatiquement exécutoires après enregistrement au greffe du tribunal de l'autre Etat.

Les législations sur la concurrence des deux Etats ont été modifiées pour tenir compte de ces changements. En Nouvelle-Zélande, le *Commerce Act* a été modifié sur plusieurs points en 1990 (*Commerce Amendment Act 1990*)⁶⁵⁷. Le nouveau paragraphe 4 alinéa 2 de la loi précise que celle-ci est applicable aux personnes qui sont domiciliées en Australie et qui y exercent une activité commerciale. En rapport avec l'abus de position dominante, le paragraphe 36 A interdit l'abus de position dominante en Australie ou dans les deux Etats. En Australie, la réforme a consisté en l'adoption d'un nouvel article 46 A dans le *Trade Practice Act*⁶⁵⁸. Jusqu'en 1997, les articles 36 A et 46 A n'ont été appliqués ni par la *Commerce Commission* en Nouvelle-Zélande, ni par la *Australian Competition and Consumer Commission*⁶⁵⁹.

657 OECD, Committee on Competition Law and Policy, *Annual report on Development in New Zealand*, 1988, CLP(89)6/24 du 11.9.1989.

658 G. THOMSON, op. cit., p. 400.

659 K. VALMER/P. LOYD, op. cit., p. 88 ss.; ces auteurs mentionnent un cas d'invocation par un distributeur australien de l'art. 46 A devant un tribunal australien. Dans ce cas, une entreprise australienne (*Berlaz Pty Limited*) distribuait en Australie des produits pour le traitement du cuir fabriqués par une entreprise en Nouvelle-Zélande (*Fine Leather Care*). Cette dernière a mis un terme au contrat de distribution. Berlaz a alors invoqué l'art. 46 A pour contraindre Fine Leather de continuer de lui livrer les produits en question. L'action a été retirée par la suite (*Berlaz Pty Limited v. Fine Leather Care Products Limited*, 1991, ATPR 41-118, Federal Court of Australia).

Ce modèle de coopération est unique au monde. L'autorité de la concurrence d'un Etat peut agir par exemple à l'encontre d'un cartel entre entreprises de l'autre Etat, sans se heurter aux limites du droit international public. Il n'existe pas de droit supranational de la concurrence, mais deux législations nationales de la concurrence qui sont appliquées en parallèle. Le résultat est que, comme dans l'UE, un véritable contrôle des pratiques restrictives de concurrence de dimension internationale est atteint, mais, contrairement à l'UE, sans qu'il existe pour autant un droit supranational de la concurrence et une autorité supranationale de la concurrence⁶⁶⁰.

660 U. IMMENGA, *Wirkungsgrenzen bilateraler Verträge für eine internationale Wettbewerbsordnung*, op.cit., p. 163; P. MOZET, *Die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, op. cit., p. 77 ss.

Chapitre X

Vers une troisième génération d'accords bilatéraux?

A. La loi américaine sur l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence (1994)

Le Congrès a adopté, en 1994, une loi sur l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence (*International Antitrust Enforcement Act*)⁶⁶¹. Cette loi donne la compétence à la division antitrust et la FTC de négocier et de conclure des traités bilatéraux avec des Etats étrangers afin de permettre l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence (paragraphe 2)⁶⁶². Elle permet aux autorités antitrust américaines d'utiliser leurs pouvoirs de contrainte afin de réunir des informations pour le compte d'autorités étrangères de la concurrence (paragraphe 3). L'autorité antitrust américaine peut aussi s'adresser à une autorité judiciaire pour réunir l'information demandée par une autorité étrangère⁶⁶³.

661 15 U.S.C. §§ 6201–6212.

662 A. K. BINGAMAN, *International Antitrust: A Report from the Department of Justice*, in: B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law, 1995, p. 1 ss., p. 7 ss.; L. LAUDATI/T.J. FRIEDBACHER, *Trading secrets – The International Antitrust Enforcement Assistance Act*, Northwestern School of Law Journal of International Law & Business 16 /1996, p. 478 ss.

663 L. LAUDATI, in: COMMISSION EUROPÉENNE, Direction Générale IV (éd.), *Study of Exchange of Confidential Information Agreements and Treaties between the US and Member States of the EU in areas of Securities, Criminal, Tax and Customs*, Office des publications officielles des communautés, Luxembourg 1996, p. 11.

La loi garantit le maintien de la confidentialité de l'information partagée. Elle exclut la possibilité d'avoir accès, sur la base du *Freedom of Information Act*, à l'information détenue par une autorité antitrust américaine. La clause de réciprocité garantit que l'autorité cartellaire étrangère est soumise à des lois et procédures qui sont adéquates pour maintenir la confidentialité de l'information transmise et que la protection ne sera pas moins efficace que celle qui est octroyée selon le droit américain.

Deux exceptions au principe du respect de la confidentialité de l'information obtenue sont prévues. D'abord, la loi permet la transmission de l'information au défendeur à une action de nature pénale introduite par une autorité cartellaire lorsque cette information est de nature à établir l'innocence du défendeur. Ensuite, elle ne déroge pas aux règles fédérales de procédure obligeant la transmission de l'information pertinente pour l'action en cours dans le cadre d'une procédure civile ou pénale⁶⁶⁴.

Les autorités antitrust américaines peuvent utiliser leurs pouvoirs d'investigation pour réunir des preuves à la demande d'une autorité étrangère, même si le comportement en cause est conforme au droit antitrust américain. Concrètement, dans une constellation comme celle de l'affaire *pâte de bois*, la Commission européenne aurait pu demander aux États-Unis de procéder aux mesures d'instruction pour son compte, en dépit du fait que les entreprises américaines agissaient en conformité avec la législation américaine qui exempte les cartels à l'exportation (*Webb-Pomerene Act*).

Le premier accord bilatéral conclu par les États-Unis sur la base de l'*International Antitrust Enforcement Act* de 1994 est l'accord bilatéral avec l'Australie de 1997. L'objet de l'accord est défini à l'article II comme suit:

The Parties intend to assist one another and to cooperate on a reciprocal basis in providing or obtaining antitrust evidence that may assist in determining whether a person has violated, or is about to violate, their respective antitrust laws, or in facilitating the administration or enforcement of antitrust laws.

664 L. LAUDATI, *op. cit.*, p. 15 ss.

L'accord bilatéral de 1982 n'est pas remplacé, mais complété par l'accord de 1997⁶⁶⁵. Ce dernier vise uniquement à permettre l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence des Etats-Unis et d'Australie.

L'assistance réciproque envisagée par l'accord est formulée de manière large. Elle englobe :

1. disclosing, providing, exchanging, or discussing antitrust evidence in the possession of an Antitrust Authority;
2. obtaining antitrust evidence at the request of an Antitrust Authority of the other Party, including a) taking the testimony or statements of persons or otherwise obtaining information from persons, b) obtaining documents, records or other forms of documentary evidence, c) locating or identifying persons or things, d) executing searches and seizures, and disclosing, providing, exchanging, or discussing such evidence, and
3. providing copies of publicly available records, including documents or information in any form in the possession of government departments or agencies of the national government of the Requested Party.

L'approche envisagée pour obtenir des informations sur le territoire d'une autre partie est différente de celle de l'Accord USA-Canada. Il n'est pas prévu que les autorités de la concurrence d'une partie puissent effectuer une inspection sur le territoire de l'autre partie. Les autorités de la concurrence d'une partie peuvent requérir l'assistance des autorités de la concurrence de l'autre partie (art. III) qui va elle-même procéder à des actes d'instruction sur son territoire, pour le compte de l'autre partie, et lui transmettre les informations obtenues. La procédure d'assistance n'a pas un caractère exclusif⁶⁶⁶. Ensuite, l'assistance peut être accordée indépendamment du fait que le comportement en cause pourrait constituer une violation de la législation sur la concurrence de la partie requise (art. II F). Enfin, une requête des Etats-Unis doit préciser si la requête

665 Art. II (G) de l'Accord USA-Australie de 1997.

666 Il est précisé que «Nothing in this Agreement affects the right of an Antitrust Authority of one Party to seek antitrust evidence on a voluntary basis from a person located in the territory of the other Party, nor does anything in this Agreement preclude any such person from voluntarily providing antitrust evidence to an Antitrust Authority (art. II (J))».

est faite dans le but d'utiliser les informations obtenues dans le cadre de « *criminal proceedings* » (art. 3 B). Les différences de sanction entre les législations sur la concurrence ne devraient pas constituer un obstacle à la coopération. En effet, ce risque est contrôlé dans la mesure où les autorités de la concurrence doivent indiquer à l'avance si elles entendent utiliser les informations dans le cadre d'une action à caractère pénal.

L'Accord prévoit qu'une requête d'assistance peut être refusée dans quatre situations: (i) au cas où une requête n'est pas faite conformément à la procédure prévue dans l'Accord, (ii) au cas où l'exécution de la requête excéderait les ressources de la partie requise, (iii) au cas où l'exécution de la requête n'est pas autorisée par le droit national de la partie requise et (iv) au cas où l'exécution de la requête serait contraire à l'intérêt public de la partie requise (art. IV A). L'Accord laisse par conséquent une grande marge de manœuvre aux parties dans leur décision de donner suite à une requête. Si la partie requise ne donne pas suite à la requête d'assistance, elle doit en expliquer les raisons à l'autre partie.

La confidentialité des informations obtenues doit être garantie. Deux exceptions sont prévues. Selon l'article VI E,

Nothing in this Agreement shall prevent disclosure in an action brought by an Antitrust Authority of the Requesting Party for a violation of laws of the Requesting Party, of antitrust evidence provided hereunder to a defendant or respondent in that action or proceeding, if such disclosure is required by the law of the Requesting Party.

Selon l'article VII,

Antitrust evidence obtained pursuant to this Agreement may be used or disclosed by a Requesting Party with respect to the administration or enforcement of laws other than its antitrust laws only if (1) such use or disclosure is essential to a significant law enforcement objective and (2) the Executing Authority that provided such antitrust evidence has given prior written consent to the proposed use or disclosure.

B. L'Accord entre les Etats-Unis et l'UE relatif à la courtoisie active (1997)

La courtoisie active a été introduite pour la première fois dans l'Accord de 1991 entre les Etats-Unis et les Communautés européennes (art. V). En 1997, les Etats-Unis et la CE ont conclu un accord additionnel dans le but de renforcer la courtoisie positive⁶⁶⁷. Il est entré en vigueur en juin 1998⁶⁶⁸. Il a pour but (art. I al. 2):

a) de contribuer à ce que les courants d'échange et d'investissement entre les Parties, ainsi que la concurrence et le bien-être des consommateurs sur leur territoire respectif, ne soient pas entravés par des activités anticoncurrentielles auxquelles les règles de concurrence de l'une ou l'autre Partie permettent de remédier ; et

b) d'établir des procédures de coopération visant à une application la plus efficace et la plus rationnelle possible du droit de la concurrence, en vertu desquelles les autorités en matière de concurrence de chaque Partie évitent normalement d'utiliser les ressources dont elles disposent pour remédier aux activités anticoncurrentielles ayant lieu principalement sur le territoire de l'autre Partie, et visant principalement ce territoire, lorsque les autorités en matière de concurrence de l'autre Partie sont en mesure, et acceptent, d'examiner elles-mêmes ces activités et de prendre des sanctions effectives à leur encontre dans le cadre de leur propre législation.

La courtoisie positive est conçue comme un moyen alternatif par rapport à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence. Selon la Commission, pour la Communauté, il est

667 COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission au Conseil relative à l'accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leur droit de la concurrence du 18.6.1997*, COM(97)233 final.

668 *Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leur législation sur la concurrence*, JO n° L 173/1999, p. 26; ATRR 74, p. 592, juin 1998.

nettement préférable que les Etats-Unis recourent au principe de courtoisie active à l'encontre des comportements anticoncurrentiels qui se produisent sur son territoire, plutôt que de les voir appliquer leur droit de la concurrence. Grâce à la courtoisie active, la Commission peut, si elle le souhaite, conserver la maîtrise des procédures d'application mises en œuvre⁶⁶⁹.

En résumé, la courtoisie active peut présenter trois avantages: (i) elle permet de traiter des actes anticoncurrentiels à l'étranger sans avoir besoin de recourir à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence; (ii) elle est un moyen pour la partie sur le territoire de laquelle l'acte anticoncurrentiel a lieu de conserver, si elle le souhaite, la maîtrise de la procédure; (iii) elle permet à une entreprise d'éviter de faire l'objet de procédures parallèles et pour les autorités de la concurrence de réduire le risque de décisions contradictoires.

L'Accord s'applique dès lors qu'une partie a des raisons de croire que: (a) des activités anticoncurrentielles ont lieu sur l'ensemble ou sur une partie substantielle du territoire de l'une des parties et affectent les intérêts de l'autre partie et (b) que les activités en question sont contraires aux règles de concurrence de la partie sur le territoire de laquelle ils sont commis. Les concentrations d'entreprises sont exclues du champ d'application de l'Accord, du fait que les législations américaine et communautaire contiennent une obligation d'adopter une décision finale dans des délais courts, ce qui ne serait pas possible en raison des dispositions de l'Accord qui prévoient l'ajournement ou la suspension de la procédure⁶⁷⁰.

L'Accord vise à empêcher que des pratiques anticoncurrentielles entravent l'accès au marché des entreprises d'une partie sur le territoire de l'autre partie⁶⁷¹. C'est pourquoi l'article II alinéa 1 (défini-

669 *Idem*, p. 3.

670 *Idem*, p. 4.

671 *Financial Times*, interview de J. KLEIN, 9.6.1998, «EU-US antitrust pact will cut market access disputes: I will expect there will, from time to time, be potentially important market access cases, and this mechanism will allow the business community to know that if they have such concerns, there is an appropriate vehicle for dealing with them».

tions) précise que l'expression effet négatif se rapporte aux atteintes causées par des activités anticoncurrentielles:

a) à la capacité des entreprises situées sur le territoire de l'une des Parties d'exporter, d'investir ou d'entrer par un autre moyen dans la concurrence sur le territoire de l'autre Partie ou b) à l'exercice de la concurrence sur le marché domestique ou les marchés d'importations de l'une des Parties.

L'Accord précise comment les demandes de courtoisie active doivent être traitées. Il suppose que, sous certaines conditions, une partie suspende ou ajourne ses propres mesures d'instruction. L'article IV paragraphe 2 point a), i) précise qu'il y a présomption d'ajournement ou de suspension par la partie requérante de ses mesures d'application lorsque les actes anticoncurrentiels en cause n'ont pas d'effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible pour les consommateurs se trouvant sur son territoire. La situation qui est visée est celle d'un comportement anticoncurrentiel qui affecte uniquement les exportations, autrement dit le problème d'accès au marché.

L'Accord reconnaît qu'il peut être opportun dans certains cas, que les deux parties mènent des enquêtes parallèles, par exemple lorsque l'intérêt général exige qu'un acte anticoncurrentiel particulièrement grave fasse l'objet de sanctions sur les deux territoires. Selon la Commission européenne,

la conduite d'enquêtes parallèles n'est éventuellement justifiée que si les deux marchés sont affectés, mais ne l'est pas si l'une des Parties cherche à protéger ses courants d'exportation⁶⁷².

672 Idem.

Titre V
Perspectives et propositions
pour le droit suisse

Chapitre I

L'ouverture de la Suisse à la concurrence étrangère

A. L'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires au commerce international

A l'origine, les barrières tarifaires ont constitué la plus importante entrave aux échanges commerciaux internationaux. Elles ont été progressivement réduites, voire supprimées au cours des cycles de négociations successives du GATT⁶⁷³. Ainsi, le niveau des droits de douane pour les produits industriels qui se situait à environ 40% à la fin des années 40 a été réduit à moins de 5% au milieu des années 80⁶⁷⁴.

L'élimination des barrières tarifaires au commerce a fait apparaître de nouvelles formes d'obstacles au commerce, principalement sous forme d'obstacles techniques au commerce. Sur le plan mondial, le droit du GATT/OMC a opéré la plus large tentative d'élimination des obstacles techniques au commerce. Les principes du GATT ont été transposés dans deux accords sectoriels, l'Accord OTC et l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS). Ces Accords s'appliquent à l'ensemble des Membres de l'OMC dont la Suisse. Ils ne fixent toutefois aucune règle matérielle en vue de la réduction des entraves techniques, mais se limitent à une énumération des principes généraux de non-discrimination, de proportion-

673 J. JACKSON, *op. cit.*, p. 142 ss.

674 K.-U. SCHANZ, *Der Marktzugang im WTO-Weltbandelssystem: Zollsenkungen auf Industrieprodukten und Neuerungen bei den Ausgleichsmassnahmen für Dumping und Subventionen*, in: Th. COTTNER (Hrsg.), *GATT-Uruguay Round, Neun Beiträge*, Stämpfli, Bern 1995, p. 107 ss.

nalité et de transparence. L'efficacité des Accords OTC et SPS est garantie par la procédure de règlement des différends entre Etats en droit du GATT/OMC.

En Suisse, les principes du droit du GATT/OMC en matière d'élimination des obstacles techniques au commerce sont transposés dans la LETC, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996⁶⁷⁵, simultanément à la LCart 1995. Selon l'article 4 LETC, les prescriptions techniques doivent être formulées de manière à ne pas engendrer d'entraves techniques au commerce. A cette fin, elles doivent être élaborées de manière compatible avec celles des principaux partenaires commerciaux de la Suisse. Dans la plupart des secteurs de produits, c'est alors le droit communautaire qui est pertinent. A ce jour, 5 lois fédérales et plus de 30 ordonnances comprenant des prescriptions techniques ont été adaptées au droit européen, respectivement élaborées à la lumière de celui-ci⁶⁷⁶. Il en résulte un accès facilité des produits communautaires en Suisse et vice-versa.

675 *Loi fédérale du 6.10.1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC)*, RS 946.51.

676 N. MERKT-MATTHEY, *Les entraves non tarifaires au commerce: les obstacles techniques et les mesures sanitaires et phytosanitaires*, in: TH. COTTIER/R. ARPAGAU (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Helbing & Liechtenhahn, Bâle, Genève, Munich 1999. Le droit suisse a notamment été adapté au droit communautaire dans les domaines suivants: véhicules à moteur, machines, appareils à gaz, équipements de protection personnels, denrées alimentaires, cosmétiques, jouets, dispositifs médicaux, hygiène des viandes, matériels électriques, compatibilité électromagnétique, équipements terminaux de télécommunication, ascenseurs, produits de construction.

B. L'élimination des obstacles au commerce sous forme de droits de propriété intellectuelle

Une troisième génération d'obstacles au commerce est constituée par les droits de propriété intellectuelle. Elle est liée à la réglementation intérieure des Etats. La territorialité des droits de propriété intellectuelle permet aux titulaires des droits de propriété intellectuelle d'isoler les marchés en fonction des territoires étatiques. Les droits de propriété intellectuelle sont invoqués comme moyen de faire obstacle aux importations parallèles et permettent ainsi de pratiquer des politiques de prix différentes entre Etats. La problématique est bien connue, en particulier au sein de l'Union européenne.

En droit du GATT/OMC, les Etats membres ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. L'article 6 TRIPS laisse les Etats membres libres d'adopter le système d'épuisement des droits de propriété intellectuelle de leur choix (épuisement national, régional ou international). Cela ne signifie pas que les Etats membres sont entièrement libres à cet égard. En effet, ils doivent respecter les principes de non-discrimination, de traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée. En outre, comme l'a montré COTTIER, la question des importations parallèles ne doit pas uniquement s'arrêter à l'analyse de l'article 6 TRIPS, mais aussi prendre en compte le GATT 1994 et le GATS⁶⁷⁷ de sorte qu'il est possible de soutenir que la règle de l'épuisement national, tout comme celle de l'épuisement régional des droits de propriété intellectuelle ne sont

677 Cf. à ce sujet, Th. COTTIER, *Implications of WTO Law for the Exhaustion Issue and Parallel Imports, Consequences of a Possible International Exhaustion of Rights on Business*, LES France, Paris, May 12, 1998. D'un autre avis, cf. M. BRONCKERS, *The Exhaustion of Patent Rights under World Trade Organization Law*, JWT 1998.

aujourd'hui plus compatibles avec les engagements découlant du droit du GATT/OMC⁶⁷⁸.

En Suisse, la jurisprudence du TF a consacré la règle de l'épuisement international des droits de propriété intellectuelle en droit des marques dans l'arrêt *Chanel* de 1996⁶⁷⁹ et en droit d'auteur dans l'arrêt *Nintendo* de 1998⁶⁸⁰. En rapport avec le droit des brevets, un arrêt du *Handelsgericht* du canton de Zurich de 1998 avait retenu dans cette mouvance la règle de l'épuisement international⁶⁸¹. Sur recours, le Tribunal fédéral a toutefois tranché en faveur du principe de l'épuisement national en droit des brevets⁶⁸². Cet arrêt important nécessite plusieurs développements. Le TF rappelle tout d'abord que la question de l'épuisement national ou international n'est pas réglée dans la loi sur les brevets et que l'Accord TRIPS laisse la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle ouverte. En présence d'une lacune de la loi, le TF doit donc faire œuvre de législateur selon l'article 1 alinéa 2 du Code Civil. Après un résumé des positions de la doctrine sur la question, le TF examine la question de l'unité du droit. Est-il justifié d'avoir un système d'épuisement international en droit des marques et en droit d'auteur et d'épuisement national en droit des brevets? Le TF répond par l'affirmative pour des raisons tenant à la différence de substance et de fonction des droits de propriété intellectuelle, la durée de protection moins longue comparé aux autres droits de la propriété intellectuelle limitée à 20 ans en droit des brevets et les frais d'investissement importants nécessaires à l'enregistrement et la commercialisation d'un brevet.

L'essence de l'arrêt *Kodak* réside dans le considérant 9. Le TF y rappelle que l'article 3 alinéa 2 LCart dispose que la LCart n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent *exclusive-*

678 Idem.

679 Arrêt *Chanel c. Epa*, ATF 122 III 469 ss.

680 Arrêt *Imprafot AG c. Nintendo*, ATF 124 III 321 ss.

681 *Handelsgericht* des Kantons Zürich, arrêt *Kodak SA c. Jumbo Markt* du 23.11.1998, DPC 1998/4, p. 683 ss.

682 Arrêt *Kodak c. Jumbo Markt*, ATF 126 III 129 ss.

ment de la législation pour la propriété intellectuelle. En d'autres termes, est-ce que la règle de l'épuisement national en droit des brevets découle exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle? A cet égard, le TF note que le brevet confère à son titulaire une situation de monopole et que parmi les droits conférés au titulaire, n'appartient pas le droit de segmenter de manière artificielle les marchés, respectivement de séparer le marché suisse des marchés étrangers. Ainsi, le monopole d'importation lié au droit du brevet confère selon le TF au titulaire un droit disproportionné ("überschiessende Rechtsmacht"). Dans la mesure où la première mise sur le marché du produit breveté à l'étranger a été faite dans des conditions-cadre économiques et juridiques comparables à celles de la Suisse, une différence de prix notable entre l'étranger et la Suisse constitue, selon le TF, une indication d'un abus de position dominante condamné par l'article 7 al. 2 lit. c LCart. Selon ZÄCH, le droit suisse de la concurrence pourrait s'appliquer tant de la contexte tant de l'article 5 que de l'article 7 LCart⁶⁸³. Selon cet auteur, la notion de conditions-cadre économiques et juridiques comparables entre la Suisse et l'étranger signifie que deux conditions doivent être remplies:

- 1) Der Patentinhaber muss den Preis des Produkts bei der Inverkehrsetzung im Ausland frei bestimmen können; diese Preise dürfen also nicht administrativ festgelegt werden.
- 2) Im ausländischen Staat der Inverkehrsetzung muss es möglich sein, ein Patent und damit Patentschutz im Sinn des schweizerischen oder europäischen Standards zu erwerben.⁶⁸⁴

Suite à l'arrêt Kodak, la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle en droit des brevets est devenue une question de droit de la concurrence. Sur le plan de la systématique et de la sécurité du droit, il aurait été préférable que le Tribunal fédéral retienne la règle de l'épuisement international en droit des bre-

683 R. ZÄCH, *Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes*, sic! 4/2000, p. 275 ss., p. 277.

684 Idem.

vets⁶⁸⁵. La solution médiane retenue par le TF est toutefois préférable, sous l'angle du commerce international, à la règle de l'épuisement national, du fait qu'elle ouvre la voie à une contestation, sur la base du droit de la concurrence, de l'interdiction abusive des importations parallèles. En d'autres termes, l'arrêt Kodak est une illustration du lien de plus en plus étroit qui existe entre l'élimination des barrières étatiques au commerce international et le droit de la concurrence.

C. L'ouverture internationale des marchés publics

Un autre domaine qui montre l'ouverture de la Suisse à la concurrence étrangère est celui des marchés publics. L'Accord OMC sur les marchés publics est un accord plurilatéral auquel un nombre limité d'Etats membres de l'OMC ont adhéré, dont la Suisse⁶⁸⁶. Les principes de l'Accord OMC sur les marchés publics favorisent une plus grande concurrence entre les soumissionnaires des différents Etats parties à l'Accord⁶⁸⁷. En Suisse, les principes du droit du GATT/OMC ont remis en cause une longue tradition de protectionnisme. Un bon exemple est celui des voies de recours. Le TF a, dans une première jurisprudence, considéré que les décisions cantonales ou communales d'adjudication n'ont pas le caractère d'un acte de puissance publique au sens de l'article 84 alinéa 1 de la loi fédérale

685 Ibidem.

686 *Accord du GATT/OMC sur les marchés publics*, conclu à Marrakech le 15.4.1994, entré en vigueur pour la Suisse le 1.1.1996, RS 0.632.231.422, p. 609 ss.; B. HOEKMAN/P. MAVROIDIS (eds.), *Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement*, Michigan University Press, Ann Arbor 1997, p. 225 ss.

687 Th. COTTIER/B. MERKT, *Die Auswirkungen des Welt handelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz*, in: R. VON BÜREN/Th. COTTIER (Hrsg.), *Die neue Wettbewerbsordnung der Schweiz im internationalen Umfeld*, Stämpfli, Bern 1997, p. 35 ss.

du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (OJ)⁶⁸⁸ et ne peuvent par conséquent pas être attaquées par voie de recours de droit public. De plus, comme le soumissionnaire évincé n'a en principe aucun intérêt juridiquement protégé à l'adjudication, il était aussi dépourvu de la qualité pour recourir au fond au sens de l'article 88 OJ contre la décision d'adjudication ou contre celle de l'autorité de recours⁶⁸⁹. Cette jurisprudence a favorisé indirectement l'offreur local au détriment de l'offreur extérieur au canton ou à la commune qui était privé de voies de recours.

L'article XX de l'Accord OMC sur les marchés publics a introduit l'obligation pour les Membres de garantir des voies de recours au niveau national contre les décisions d'adjudication auprès d'une instance judiciaire indépendante de l'administration⁶⁹⁰. L'article 9 LMI a repris cette exigence en précisant que les restrictions à la liberté d'accès au marché, en particulier en matière de marchés publics, doivent faire l'objet d'une décision sujette à recours auprès d'une instance cantonale indépendante de l'administration. Sous l'influence du droit du GATT/OMC, le TF a ainsi été amené à modifier sa jurisprudence et à qualifier la décision d'adjudication d'acte de puissance publique susceptible de faire l'objet d'un recours tant du point de vue formel que matériel⁶⁹¹. Les règles du droit du GATT/OMC renforcent fortement la concurrence dans les soumissions publiques en Suisse, tout en offrant aux entreprises suisses la possibilité de soumissionner dans les marchés publics étrangers. D'où l'importance que ces efforts ne soient pas anéantis par des cartels de soumission visant à partager les marchés sur le plan international.

688 RS 173.110.

689 ATF 119 I a 424, ATF 115 Ia 78, ATF 106 I a 128, ZBl 1981, p. 226 ss.

690 Th. COTTIER/B. MERKT, *Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz*, op. cit., p. 75 ss.

691 ATF 125 II 86, cons. 4; NZZ du 22.12.1998, *Minimale Transparenz im Beschaffungswesen*.

D. L'ouverture internationale des marchés et le contrôle suisse des concentrations

Les petits Etats comme la Suisse, qui ont une forte tradition en faveur d'une politique commerciale libérale, sont moins amenés à reposer sur des législations cartellaires fortes afin de garantir une pression concurrentielle suffisante sur leur territoire que le sont de grands Etats avec une plus grande propension naturelle à mener une politique commerciale protectionniste⁶⁹². L'ouverture du marché à la concurrence étrangère est perçue comme un des meilleurs moyens de garantir une concurrence effective sur le marché intérieur. Cette philosophie est au cœur du contrôle suisse des concentrations. Pour reprendre l'expression de DEISS en rapport avec la LCart 1995, «ce qui compte désormais, c'est l'ouverture des marchés»⁶⁹³.

L'ouverture internationale des marchés est prise en compte dans le cadre de la délimitation du marché pertinent. Ce dernier est constitué du marché de produits et du marché géographique. En droit suisse, ces notions sont définies dans l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE)⁶⁹⁴. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre a OCCE,

le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

Selon l'article 11 alinéa 3 lettre b OCCE,

le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits.

692 M. BALDI, *Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG)*, op. cit., p. 284 ss., p. 291.

693 J. DEISS, *Evaluation économique de la nouvelle loi*, RSDA (SZW) Numéro spécial 1996, p. 32 ss., p. 32.

694 En droit européen, cf. COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la Commission européenne sur la détermination du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JO 1997 n° C 372, p. 7 ss.

Plus le marché pertinent est défini de manière large, moins les parts de marché des entreprises sont élevées, et moins la probabilité qu'une restriction à la concurrence soit problématique est grande. A l'inverse, plus le marché pertinent est défini de manière étroite, plus les parts de marché sont élevées et plus le risque qu'une restriction à la concurrence soit problématique augmente. Cette règle générale n'est pas sans exceptions⁶⁹⁵. Ainsi, le fait que le marché géographique pertinent soit qualifié de mondial ne signifie pas qu'une concentration ne soulèvera pas de difficultés sous l'angle d'un droit national ou régional de la concurrence. La pratique de la Commission européenne fournit de bons exemples de concentrations d'entreprises sur des marchés mondiaux et qui ont néanmoins été interdites⁶⁹⁶.

Après avoir défini le marché pertinent, les autorités de la concurrence apprécient les parts de marché des entreprises concernées. Des parts de marché importantes ne signifient pas automatiquement une position dominante. Selon l'article 4 alinéa 2 LCart 1995, les entreprises doivent être en mesure de se comporter, en matière d'offre ou de demande, de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché. Tel n'est pas le cas si la concurrence actuelle ou potentielle est élevée. En d'autres termes, ce qui compte n'est pas uniquement la structure du marché, mais le fait qu'il soit contestable. Or un marché est contestable lorsque les concurrents potentiels peuvent y entrer librement afin d'y offrir des produits ou des services à des prix inférieurs que les offreurs actuels et lorsqu'il est possible en tout temps de sortir du marché.

695 Cf. à ce sujet R. WÄTTER/M. REINERT, *Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes in der EG und in der Schweiz im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle*, in: *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift ZÄCH, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p. 447 ss., p. 449.

696 Cf. par exemple la décision *Boeing/McDonnell Douglas* du 30.7.1997, aff. n° IV/M.877, JO n° L 336 du 8.12.1997, p. 16 ss., dans laquelle le marché des avions à réaction de grande capacité a été qualifié de mondial et la concentration soumise à des charges sévères; la décision *Aéropostale-Atenta/de Havilland*, aff. n° IV/M.053, JO n° L 334 du 5.12.1991, p. 42 ss., dans laquelle le marché des avions de transport régional a été qualifié de mondial et la concentration interdite.

La libéralisation du commerce international a pour effet de supprimer les barrières à l'entrée sur le marché. Ainsi, dans la plupart des cas, des parts de marché élevées en Suisse ne suffisent pas pour interdire une concentration d'entreprises, si la concurrence potentielle est grande. Comme l'écrit BALDI,

Ein Zusammenschluss kann ferner nur untersagt werden, wenn die Verwirklichung des Fusionsvorhabens eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zur Folge hätte... Eine solche Beseitigungsgefahr ist selten gegeben. Sie besteht grundsätzlich nur auf Märkten, bei denen der Zutritt neuer (ausländischer) Wettbewerber rechtlich oder tatsächlich erschwert ist⁶⁹⁷.

Une bonne illustration de l'importance reconnue par la Commission de la concurrence de marchés ouverts sur le plan international est la fusion entre *Siemens* et *Elektrowatt*. La Commission de la concurrence a considéré dans ce cas que, en raison de la concurrence potentielle, même une situation de quasi-monopole en Suisse (des parts de marché entre 75–95% dans le marché des compteurs électriques) ne permet pas de conclure que la concentration va créer ou renforcer une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace. Selon la Commission de la concurrence,

Für die Beurteilung des potentiellen Wettbewerbs im Rahmen einer dynamischen Betrachtungsweise sind in casu Liberalisierungs- und Globalisierungstendenzen von grosser Bedeutung. Internationale Harmonisierungs- und Normierungsbestrebungen führen dabei zu einem Abbau institutioneller Marktzutrittschranken. So dürfte die Deregulierung auf den Telekommunikations- und den Energiemärkten zu einer Verschärfung des Wettbewerbs auf den benachbarten Märkten führen⁶⁹⁸.

Ainsi, une position de quasi-monopole en Suisse ne soulève pas d'objections du point de vue des autorités suisses de la concurrence du fait que le marché pertinent est soumis à une forte concurrence potentielle.

697 M. BALDI, *Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes*, in: R. ZÄGGI (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, p. 3 ss., p. 16.

698 Idem, p. 546.

L'article 10 alinéa 4 LCart 1995 prévoit que, en évaluant les effets d'une concentration, la Commission de la concurrence doit prendre en compte l'évolution du marché et la situation des entreprises dans la concurrence internationale. Cette disposition rend le contrôle des concentrations favorable aux entreprises. La compétitivité des entreprises sur le plan international pourrait en effet justifier une concentration pouvant être nocive à l'échelle de la Suisse⁶⁹⁹. La Commission de la concurrence n'a à notre connaissance jamais appliqué cette disposition. La raison est que la prise en compte de la concurrence internationale a déjà lieu à un stade antérieur de l'analyse, dans le cadre de la délimitation du marché pertinent et surtout, de la prise en compte de la concurrence potentielle.

Entre le moment de l'entrée en vigueur du contrôle des concentrations en Suisse le 1^{er} juillet 1996 et le 31 décembre 1998, soit en l'espace de deux ans et demi, 48 concentrations d'entreprises ont été notifiées à la Commission de la concurrence⁷⁰⁰. Seuls 6 cas ont fait l'objet d'une décision à la suite d'un examen approfondi. Il s'agit de la création de l'entreprise commune *Le Temps* par le *Nouveau Quotidien* et le *Journal de Genève*, de l'acquisition de contrôle de *Elektrowatt* par *Siemens*, de la fusion entre *Revisuisse Pricewaterhouse* et *STG Coopers & Lybrand*, de l'acquisition de contrôle de la banque *Procrédit* par *General Electric's Capital Corporation*, de l'acquisition du contrôle de *SEG Poulets AG* par *Bell (Coop)* et de la fusion *UBS*.

Le cas *Bell/SEG* est un bon exemple d'une concentration qui a soulevé des difficultés en raison de l'absence d'ouverture internationale du marché pertinent (en raison des restrictions à l'importation de produits agricoles). Ces prescriptions étatiques ont limité la concurrence étrangère actuelle et potentielle de sorte que le marché

699 P. TERCIER/S. VENTURI, *Le contrôle des concentrations dans le nouveau droit suisse de la concurrence*, Revue de droit des affaires internationales n° 2/1997, p. 203 ss., p. 211.

700 Cf. les statistiques des activités de la Commission de la concurrence du 1.7.-31.12.1996, DPC 1997/1, p. 10; celles des activités 1997, DPC 1997/4, p. 425; et celles des activités 1998, DPC 1999/1, p. 37.

n'était pas contestable. La concentration n'a finalement été autorisée que moyennant le respect de charges et de conditions⁷⁰¹.

Dans les 5 autres cas susmentionnés, les marchés qui se sont prêtés à un examen approfondi de la Commission de la concurrence sont des marchés locaux ou au maximum nationaux. Dans le cas *Le Temps*, la Commission de la concurrence a distingué le marché des lecteurs et celui des annonces⁷⁰². Le premier a été défini comme celui dans lequel le journal *le Nouveau Quotidien* et le *Journal de Genève* sont diffusés, soit la Suisse romande, voire la région lémanique. Le second a été limité à la Suisse romande. Dans le cas *Siemens/Elektrowatt*, les deux marchés affectés par la concentration, celui de la signalisation routière et celui des compteurs électriques ont été délimité géographiquement à la Suisse⁷⁰³. Dans le cas *Revisuisse Pricewaterhouse/STG Coopers & Lybrands*, le marché de révision des grandes entreprises, des assurances et des banques a été délimité géographiquement à la Suisse. Dans le cas de la fusion *UBS*, deux marchés ont été considérés comme étant affectés par la concentration: celui des crédits aux entreprises jusqu'à 2 millions de francs, pour lequel la région de St-Gall, la région de Bâle, Genève, Neuchâtel, Soleure et la région environnante, le Tessin, la partie suisse-alsacienne du Valais et la partie francophone du Valais ont été considérés comme constituant des marchés géographiques pertinents, et celui des crédits hypothécaires pour lequel la Commission de la concurrence a laissé ouverte la question de savoir s'il est national ou régional⁷⁰⁴.

Ce bref aperçu du contrôle des concentrations montre que la Commission de la concurrence attache une importance primordiale à l'ouverture internationale des marchés. Comme la libéralisation du commerce international réduit les barrières à l'entrée pour les concurrents étrangers, les cas problématiques sous l'angle du con-

701 Décision *Bell AG/SEG-Poulets AG*, DPC 1998/3, p. 392 ss., p. 395.

702 *Le Temps*, DPC 1998/1, p. 40 ss.

703 Décision *Siemens/Elektrowatt*, DPC 1997/4, p. 540 ss.

704 Décision *UBS/SBS*, DPC 1998/2, p. 278 ss.

trôle des concentrations devraient à l'avenir surtout concerner les marchés toujours plus rares (comme l'agriculture) qui n'ont pas encore été libéralisés⁷⁰⁵.

E. Le contrôle des cartels et des abus de position dominante garantit-il aussi l'ouverture internationale des marchés?

L'élimination progressive des barrières au commerce international risque de faire place à l'apparition de pratiques commerciales restrictives destinées à créer de nouvelles barrières à la concurrence étrangère. Comme l'écrit JACKSON,

The ingenuity of man to devise various subtle as well as explicit ways to inhibit the importation of competing goods is so great that any inventory of such measures quickly becomes quite large. In addition, it is clear that this ingenuity will never cease⁷⁰⁶.

Les barrières tarifaires ont été substituées par des barrières non tarifaires au commerce international, principalement sous forme d'obstacles techniques au commerce international. Une fois les obstacles techniques au commerce international éliminés, la territorialité du droit de la propriété intellectuelle peut être utilisée pour

705 M. BALDI, *Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes*, op. cit., p. 16; F. SCHERRER, *Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz – erste Fälle und offene Fragen*, AJP (PJA) 11/97, p. 1381 ss., p. 1398: «Die Märkte, auf denen die Fusionskontrolle eine Intervention der Wettbewerbskommission möglich macht, sind vor allem solche, die infolge von staatlichen Vorschriften, privaten Wettbewerbsbeschränkungen, Markt- oder Produkteigenschaften von ausländischer (bzw. ausserkanalischer) Konkurrenz abgeschottet sind.»

706 J. JACKSON, op. cit., p. 154.

faire obstacle aux importations parallèles. Mais, une fois la règle de l'épuisement international consacrée en droit des marques et en droit d'auteur et la règle de l'épuisement national tempérée par le droit de la concurrence consacrée en droit des brevets, comment les entreprises peuvent-elles encore partager les marchés à l'échelle internationale si ce n'est par des pratiques commerciales restrictives?

Des accords horizontaux de partage des marchés à l'échelle internationale, des accords verticaux conférant une protection territoriale absolue (désignation d'importateurs exclusifs pour un territoire avec clause d'interdiction d'exporter les produits ou de les vendre à des acheteurs provenant d'autres territoires), une intégration verticale des marchés dans le cadre de concentrations d'entreprises ou encore des cartels d'importations sont autant de moyens que les entreprises pourraient mettre en œuvre afin d'anéantir les bénéfices attendus de la libéralisation du commerce international⁷⁰⁷. Tout devient en quelque sorte du droit de la concurrence et la question se pose de savoir si le droit suisse de la concurrence permet un contrôle effectif de ces pratiques commerciales restrictives de dimension internationale.

707 F. ABBOTT, *First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation*, JIEL, Oxford University Press, 1998, p. 607 ss., p. 621.

Chapitre II

La réglementation insuffisante de l'entraide administrative internationale en droit suisse de la concurrence

A la suite de la récente condamnation aux Etats-Unis du groupe *Roche* pour entente mondiale sur le prix des vitamines et partage des marchés, différentes questions parlementaires ont été posées au Conseil fédéral au sujet de la collaboration des autorités suisses de la concurrence avec leurs homologues étrangers, des possibilités concrètes de coopération avec celles-ci ainsi que de l'opportunité de la création d'une autorité mondiale de la concurrence⁷⁰⁸. En l'état actuel du droit suisse, les possibilités de coopération internationale sont limitées.

Les recommandations de l'OCDE sur l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence de 1995 et sur la coopération dans la lutte contre les ententes injustifiables de 1998 n'ont pas de force obligatoire. Paradoxalement, c'est en droit du GATT/OMC que l'on trouve les règles d'entraide administrative internationale les plus contraignantes pour la Suisse. La décision du Groupe d'experts de 1958 reconnaît en effet la nécessité de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Elle fait partie de l'acquis «*gattien*» et a donc été reprise dans le cadre de l'OMC. Elle contient une obligation de se soumettre à des consultations en cas de pratiques commerciales restrictives susceptibles de porter atteinte aux objectifs de l'Accord. Or, comme nous avons vu⁷⁰⁹, plusieurs Accords de l'OMC, comme l'Accord TRIPS et l'Accord

708 *Preis und Gebietsabsprachen des Roche-Konzerns; Antwort auf eine dringliche Einfache Anfrage*, DPC 1999/2, p. 319 ss.

709 Cf. ci-dessus p. 69 ss.

GATS, contiennent des obligations pour la Suisse de se prêter à des consultations et d'échanger des informations non confidentielles.

Le chapitre 6 de la LCart 1995 intitulé «*Exécution d'accords internationaux*» est le dernier chapitre de la LCart 1995, avant les dispositions finales. Il se compose de deux dispositions, les articles 58 et 59 LCart 1995, qui constituent la reprise, avec quelques modifications, des articles 42 et 43 LCart 1985⁷¹⁰. Ces deux dispositions envisagent la situation où une restriction à la concurrence dont l'origine est en Suisse, est incompatible avec les dispositions de concurrence d'un accord international et qu'on doit s'attendre à ce qu'une des parties à l'accord prenne des mesures de représailles. Les dispositions d'accords internationaux contenant des règles de concurrence ne sont pas directement applicables. En effet, si elles l'étaient, le chapitre VI LCart 1995 n'aurait pas de raison d'être. Il est intéressant de constater que les règles d'exécution des accords internationaux ont été introduites en droit suisse de la concurrence dans la LCart 1985, soit 25 ans après l'entrée en vigueur de la convention AELE et 13 ans après l'entrée en vigueur de l'ALE. C'est en effet à la suite de l'arrêt *Adams* en 1978 et à la non-reconnaissance de l'effet direct de l'article 23 ALE que le législateur a jugé nécessaire d'adopter des règles d'exécution des règles de concurrence contenues dans les accords internationaux⁷¹¹.

710 Selon l'art. 58 LCart 1995: «1. Lorsqu'une partie à un accord international fait valoir qu'une restriction à la concurrence est incompatible avec l'accord, le département peut charger le secrétariat de procéder à une enquête préalable. 2. Sur proposition du secrétariat, le département décide de la suite à donner à l'affaire. Il entend auparavant les intéressés». L'art. 59 LCart 1995 stipule que: «1. Si, dans l'exécution d'un accord international, il est constaté qu'une restriction à la concurrence est incompatible avec l'accord, le département peut, d'entente avec le département 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 département peut, d'entente avec le département fédéral des affaires étrangères, ordonner les mesures nécessaires à la suppression de la restriction à la concurrence».

711 M. BALDI, *Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen der Schweiz und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG)*, op. cit., p. 284 ss.

L'article 58 LCart 1995 fixe la procédure à suivre pour déterminer si une pratique est incompatible avec un accord international. Le DFE (et non pas la Commission de la concurrence) charge le Secrétariat de la Commission de la concurrence de mener une enquête préalable. La compétence du département s'explique du fait que la conclusion d'accords internationaux relève de la compétence de l'Office fédéral des affaires économiques extérieures (respectivement du Secrétariat d'Etat à l'économie, seco, depuis le 1^{er} juillet 1999). La LCart 1995 ne prévoit pas la consultation préalable de la Commission de la concurrence.

La décision constatant l'incompatibilité appartient à l'organe compétent institué par l'accord en question: le comité mixte dans le cas de l'ALE de 1972 entre la Suisse et la CEE, et le Conseil concerné dans le cadre des Accords OMC (Conseil des services dans le cadre du GATS, Conseil des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce dans le cadre du TRIPS, Conseil des marchandises dans le cadre du GATT). En cas de plaintes pour violation ou pour non-violation, la décision appartient au groupe spécial de l'OMC. Dans le cas de l'ALE une décision d'incompatibilité est prise à l'unanimité. Le consentement de la Suisse est donc nécessaire. Il en va différemment en cas de décision d'un groupe spécial de l'OMC. Une décision d'un groupe spécial de l'ORD qui constaterait qu'une restriction à la concurrence dont l'origine est en Suisse viole les dispositions d'un Accord OMC, pourrait donc être prise contre l'avis de la Suisse⁷¹².

Au cas où une restriction est incompatible avec un accord international, c'est alors au DFE, d'entente avec le DFAE, de proposer un accord amiable aux parties concernées et, le cas échéant, d'ordonner les mesures nécessaires à la suppression de l'atteinte. Ici, à nouveau, la Commission de la concurrence n'est pas associée à la procédure. Une explication peut être trouvée dans la nécessité de parvenir à un règlement rapide afin d'éviter des mesures de rétorsion commerciale à l'encontre de la Suisse. En effet, les déci-

712 Art. 17 et 14 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

sions du département font l'objet d'un recours direct au TF⁷¹³, alors que les décisions de la Commission de la concurrence font l'objet d'un recours intermédiaire à la Commission de recours pour les questions de concurrence, ce qui peut rallonger la procédure.

En résumé, les articles 58 et 59 LCart 1995 sont triplement limités: (i) d'abord, ils reposent sur la conception que les règles de concurrence contenues dans des accords internationaux sont dépourvues d'effet direct; (ii) ensuite, ils envisagent uniquement la situation où une restriction à la concurrence en Suisse produit des effets à l'étranger et non pas la situation inverse où une restriction à la concurrence, dont l'origine est à l'étranger, produit des effets en Suisse; (iii) enfin, ils ne confèrent pas de compétence à la Commission de la concurrence dans la mise en œuvre des accords internationaux contenant des règles de concurrence.

Depuis l'entrée en vigueur de la LCart 1995, les contacts informels entre les autorités suisses et étrangères de la concurrence, en particulier avec la DG IV se sont intensifiés dans le domaine du contrôle des concentrations. Nous avons vu que la conclusion de l'Accord bilatéral USA-UE de 1991 est la conséquence de l'adoption, en 1989, du premier règlement sur le contrôle des concentrations et de la perspective que les mêmes concentrations d'entreprises fassent l'objet d'un contrôle simultané aux Etats-Unis et dans l'UE⁷¹⁴. L'introduction du contrôle préventif des concentrations en droit suisse plaide également en faveur d'un accord bilatéral entre l'UE et la Suisse, dans la mesure où une grande partie des concentrations (environ un tiers) traitées par les autorités suisses de la concurrence font également l'objet d'une notification à Bruxelles⁷¹⁵. La décision

713 La voie du recours ordinaire de droit administratif est prévue contre les décisions du département, cf. art. 98 lit. b OJ.

714 Cf. ci-dessus p. 316 s.

715 Cf. en particulier les opérations de concentration suivantes: *Thyssen Stahl AG/Krupp Hoesch Stahl AG*, DPC 1997/3, p. 334; JO n° C 285 du 20.9.1997; *Merck/Rhône-Poulenc-Mertal*, DPC 1997/3, p. 35; JO n° C 312 du 14.10.1997, p. 15; *Siemens/Elektrowatt*, DPC 1997/4, p. 540; JO n° L 88 du 31.3.1999, p. 1 ss; *CS Group/Winterthur Versicherungen*, DPC 1997/4, p. 558; JO n° C 341 du 11.11.1997, p. 8; *Watt AG*, DPC 1997/4, p. 558; JO n° C 116 du 16.4.1998, p. 2; *Pricewaterhouse/Coopers&Lybrand* DPC 1998/2, p. 214; JO n° L 50 du

de la Commission de la concurrence et celle de la Commission européenne interviennent parfois le même jour dans une même affaire, sans qu'il n'y ait eu de contact préalable entre autorités de la concurrence⁷¹⁶. Les entreprises auraient tout à gagner d'une coopération harmonieuse entre autorités de la concurrence, afin d'éviter des décisions contradictoires voire incompatibles. Les autorités de la concurrence, en particulier les autorités suisses, tireraient avantage d'un accord bilatéral dans la mesure où elles pourraient échanger avec la Commission européenne leur analyse du marché géographique et du marché de produits pertinent, s'agissant de marchés qui sont de plus en plus souvent de dimension européenne, voire même mondiale. Il convient également de faciliter la notification en Suisse d'opérations de concentrations à l'étranger et c'est dans cet esprit que la Commission de la concurrence a adopté un formulaire de notification des concentrations d'entreprises qui reconnaît expressément que les notifications à la Commission européenne sur la base du formulaire CO peuvent être déposées en Suisse pour autant que les données correspondantes sont données pour la Suisse⁷¹⁷.

Dans plusieurs cas, l'analyse des marchés de produit et des marchés géographiques a été échangée sur une base informelle entre les fonctionnaires européens et suisses. Inexistante il y a encore quelques années, cette coopération, de nature informelle, ne saurait toutefois s'étendre à l'échange d'informations commerciales au sujet des entreprises et de leurs parts de marché.

26.2.1999, p. 27 ss.; *UBS/SBS*, DPC 1998/2, p. 278; JO n° C 252 du 11.8.1998, p. 7; *Compaq/Digital*, DPC 1998/2, p. 274; JO n° C 128 du 25.4.1998, p. 12; *Daimler-Benz/Chrysler*, DPC 1998/3, p. 419; JO n° C 252 du 11.8.1998, p. 8; *Swisscom/UTA*, DPC 1998/3, p. 412; JO n° C 288 du 16.9.1998, p. 4; *Exxon/Shell*, DPC 1998/4, p. 600; JO n° C 252 du 11.8.1998, p. 9.

716 *CS Group/Winterthur Versicherungen*, DPC 1997/4, p. 558; JO n° C 341 du 11.11.1997, p. 8, décision du 15.10.1997.

717 P. GUGLER/B. MERKT, *Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises*, in: C. BOVER (éd.), *Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1999, p. 91 ss., p. 97 ss.

Lorsque l'on compare les procédures initiées depuis l'entrée en vigueur de la LCart 1995 en application du contrôle des concentrations d'entreprises avec les procédures dans le domaine du contrôle des cartels et des abus de position dominante, il est frappant de constater que les premiers ont des caractéristiques internationales importantes (un contrôle par plusieurs autorités de la concurrence, la participation d'entreprises de plusieurs Etats, dans certains cas, aucune entreprise participante n'avait de filiale ou de présence en Suisse) alors que les secondes ont des caractéristiques essentiellement nationales. A notre connaissance, la Commission de la concurrence n'a ouvert d'enquête contre une entreprise étrangère que dans le cas de l'affaire *Volkswagen* dont il a déjà été question⁷¹⁸.

A plusieurs occasions depuis l'entrée en vigueur de la LCart 1995, les autorités suisses de la concurrence ont initié des procédures cartellaires en Suisse après avoir pris connaissance de procédures à l'étranger. Ainsi, par exemple, la décision de la FTC américaine confirmant l'illicéité d'accords sur les prix adoptés par l'association internationale des interprètes de conférences ayant siège à Genève, a été le détonateur de l'enquête des autorités suisses de la concurrence portant sur le marché suisse des traducteurs, terminologues et interprètes⁷¹⁹. Plus récemment, la condamnation du groupe Roche aux Etats-Unis pour entente illicite sur le marché des vitamines a servi de déclic à l'ouverture de l'enquête de la Commission de la concurrence (et d'autres autorités de la concurrence) contre le même groupe en juin 1999. Enfin, il a déjà été question du parallélisme des procédures dans le contexte de l'affaire *Volkswagen*.

En l'absence de réglementation de l'entraide administrative internationale, il se pose la question des possibilités de l'entraide internationale administrative informelle. A la demande d'autorités étrangères de la concurrence, la Commission de la concurrence et son Secrétariat peuvent certainement fournir des renseignements de nature générale à des autorités étrangères de la concurrence au

718 Cf. ci-dessus p. 281 ss.

719 *Association suisse des traducteurs, terminologues et interprètes (ASTIT)*, DPC 1998/2, p. 203 ss.

sujet de la politique suisse de la concurrence et au sujet de cas traités, par exemple sur l'identité d'entreprises qui font l'objet d'une enquête préalable ou ordinaire ou d'un examen préalable ou approfondi ou donner l'information générale qu'une branche spécifique de l'économie est sujete à examen. Mais, en l'absence de base légale, la coopération ne saurait aller plus loin et comprendre par exemple la discussion par les autorités de la concurrence d'un plan d'action ou la coordination d'actions. Bien évidemment, la coopération ne saurait pas non plus comprendre l'échange d'informations commerciales entre autorités de la concurrence, ce qui pourrait même entraîner des suites pénales pour les fonctionnaires suisses qui divulgueraient des renseignements d'ordre économique à des autorités étrangères. L'affaire *Volkswagen* est la démonstration récente des limites de la coopération actuelle et ce, en dépit de la formulation large de l'Accord de libre-échange de 1972 entre la Suisse et l'UE.

Les autorités suisses de la concurrence se heurtent à des limites insurmontables lorsqu'elles cherchent à mettre en oeuvre le droit suisse de la concurrence à l'égard d'entreprises à l'étranger. Ainsi, par exemple, si des entreprises forment un cartel à l'étranger pour fixer le prix de produits en Suisse ou pour coordonner les offres dans le cadre de soumissions publiques en Suisse, les autorités suisses de la concurrence ne pourront souvent pas intervenir, faute de moyens de coopération internationale.

A l'inverse, il serait préoccupant que la Suisse devienne la terre d'accueil pour la mise en place de cartels et d'abus de position dominante destinés à produire des effets sur des marchés étrangers et organisés en Suisse ou depuis la Suisse dans le seul but d'échapper au contrôle d'autorités étrangères de la concurrence. C'est à nouveau l'image d'une Suisse peu solidaire qui risque de s'imposer à l'étranger.

Avec la LCart 1995, un important pas de modernisation du droit suisse de la concurrence a été franchi. Un autre devra suivre afin de conférer aux autorités suisses de la concurrence des possibilités d'action et de coopération dans un contexte international. Il n'est à notre avis pas cohérent que la Suisse défende activement, depuis

des décennies, une politique d'ouverture internationale du marché suisse à la concurrence étrangère, sans pour autant accompagner cette politique d'un droit international de la concurrence fort et contraignant. C'est dire que des modifications du droit suisse sont à notre avis nécessaires.

Chapitre III

Importance pour la Suisse d'une réglementation de la concurrence en droit du GATT/OMC

Faut-il réglementer la concurrence à l'échelle multilatérale, sous quelle forme et avec quel contenu? Pour la Suisse, qui a toujours participé de manière active au développement du système commercial multilatéral, ces questions revêtent une importance fondamentale. Du fait de sa non appartenance à l'UE, la Suisse a un intérêt à une réglementation multilatérale de la concurrence à l'OMC. En effet, l'application extraterritoriale du droit de la concurrence est inadaptée à la force économique de la Suisse. Par ailleurs, du fait de l'ouverture de la Suisse à la concurrence étrangère, une réglementation multilatérale de la concurrence est nécessaire à l'heure où les problèmes de concurrence ont de plus en plus souvent une dimension internationale. Elle devrait viser à empêcher que les effets de l'élimination des barrières tarifères et non tarifaires au commerce international ne soient anéantis par des pratiques commerciales restrictives d'entreprises. Elle devrait en outre permettre d'intervenir contre les restrictions à la concurrence mises en oeuvre à l'étranger et destinées à produire des effets en Suisse ou mises en oeuvre en Suisse et destinées à produire des effets à l'étranger. Une réglementation multilatérale est le mieux à même d'y parvenir.

A. Accord multilatéral ou plurilatéral

Le fait que les Etats aient des intérêts divergents n'est pas un obstacle absolu à un accord sur la concurrence à l'OMC. En effet, l'article III de l'Accord instituant l'OMC spécifie que l'OMC est l'enceinte pour les négociations entre ses Membres au sujet de leurs relations commerciales multilatérales, non seulement en ce qui concerne les questions visées par les Accords OMC, mais aussi pourra servir

d'enceinte pour d'autres négociations entre ses membres au sujet de leurs relations commerciales multilatérales, et de cadre pour la mise en œuvre de ces négociations, selon ce que la Conférence ministérielle pourra décider.

L'annexe IV de l'Accord OMC permet à certains Membres la conclusion d'accords qui ne lient que ces Membres (accords plurilatéraux), comme par exemple l'Accord OMC sur les marchés publics⁷²⁰.

Ainsi, un accord sur la concurrence ne devrait pas nécessairement rencontrer l'assentiment des 135 Membres de l'OMC. Il pourrait se limiter à un nombre plus restreint d'Etats, en prenant la forme d'un accord plurilatéral. Sur les 135 Membres de l'OMC, seuls environ 70 sont dotés d'une législation sur la concurrence⁷²¹. Parmi les pays en développement et en transition qui ont une législation sur la concurrence, celle-ci date en général, dans sa première version, des années 90⁷²². Dans de nombreux Etats, des projets de

720 Comme c'est par exemple le cas de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics qui a été conclu le 15.4.1994 et qui est entré en vigueur en Suisse le 1.1.1996, RS 0.632.231.42. Fin 1996, seuls 23 Etats membres de l'OMC étaient parties à cet Accord: l'UE et ses 15 Etats membres, le Canada, la Corée du Sud, les Etats-Unis d'Amérique, Hong-Kong, Israël, le Japon, la Norvège, et la Suisse; Th. CORNER/B. MERKT, *Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz*, op. cit., p. 35 ss., p. 44.

721 OMC, *Rapport annuel 1997*, op. cit., p. 88.

722 Idem, p. 55, Tableau IV.1, Adoption de législations sur la concurrence ou de législation antimonopole dans les économies en développement et en transition.

législation sur la concurrence sont en voie d'élaboration⁷²³. Ainsi, un accord sur la concurrence à l'OMC pourrait regrouper au départ quelques Etats qui partagent des conceptions similaires du droit de la concurrence et s'étendre progressivement aux autres Etats membres de l'OMC. Contrairement à ce qui est généralement pensé, les Etats-Unis ne pourraient pas à eux seuls bloquer la négociation d'un accord sur la concurrence à l'OMC.

B. Les différentes approches possibles

Comme nous avons vu au cours de ce travail, il existe de nombreuses options ainsi qu'une littérature abondante au sujet des approches possibles du droit de la concurrence à l'OMC. Il est tout à fait dans la logique de l'histoire et de l'évolution du GATT que le droit de la concurrence, qui est une forme toujours plus importante de la réglementation étatique, se trouve tôt ou tard dans l'agenda de négociation. La question n'est pas de savoir si le droit de la concurrence a sa place en droit du GATT/OMC. La question est de savoir sous quelle forme le droit de la concurrence devrait être réglementé en droit du GATT/OMC. Il y a fondamentalement sept approches en rapport avec le droit de la concurrence à l'OMC, qui peuvent se subdiviser et se combiner entre elles⁷²⁴.

La première approche, qui est aussi la plus ambitieuse, et la moins réaliste en l'état actuel, est de créer une discipline multilatérale par une harmonisation internationale du droit de la concurrence et la création d'une autorité supranationale de la concurrence.

723 Idem.

724 Pour une bonne description des différentes approches, cf. B. HOEKMAN, *Trade and Competition Policy in the WTO System*, Center for Economic Policy Research, Discussion Paper Series N° 1501, London 1996.

La deuxième approche est celle de l'harmonisation internationale du droit de la concurrence, sans transfert de compétence à une autorité supranationale. Ces deux approches varient en fonction du degré d'harmonisation recherché. La troisième approche est de renforcer l'entraide administrative internationale entre autorités de la concurrence. Sans nécessairement créer de règles matérielles au niveau international, des progrès importants pourraient être réalisés en développant des mécanismes procéduraux permettant une mise en œuvre optimale des législations nationales ou régionales sur la concurrence dans un contexte international. C'est cette approche qui a notre préférence.

La quatrième approche est d'introduire plus de principes de concurrence dans les disciplines existantes à l'OMC. Un thème classique à cet égard est comment introduire des principes de concurrence dans le contexte du dumping. Sur ce point, la littérature fait preuve d'une grande imagination. Elle étudie la possibilité d'un remplacement du dumping par le droit de la concurrence⁷²⁵, celle de contester le dumping sur la base de critères de concurrence⁷²⁶, celle de conditionner une enquête antidumping à un examen préalable par les autorités de la concurrence de la situation concurrentielle dans l'Etat d'origine des entreprises exportatrices (ce qui nécessite une obligation de courtoisie positive)⁷²⁷ ou encore la possibilité d'interpréter les notions du dumping à la lumière des principes du droit de la concurrence, ainsi par exemple, la notion de produit similaire avec celle de marché de produit pertinent, la possibilité d'imposer des parts de marché maximum ou des critères de concentration aux industries domestiques qui cherchent une protection⁷²⁸.

725 G. MARCEAU, *Antidumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*, op. cit.; P. MESSERLIN, op. cit., p. 37 ss.

726 P. MESSERLIN, op. cit., p. 681 ss.

727 B. HOEKMAN/P. MAVROIDIS, *Dumping, Antidumping and Antitrust*, op. cit., p. 121 ss.

728 D. WOOD, *How to make antidumping laws more competition-friendly*, papier présenté à une conférence « *Antidumping and competition policy: Complements or substitutes?* », Center for applied studies in international negotiations, Genève, juillet 1996; E.-U. PIETERSMANN, *International Competition Rules*

La cinquième approche est d'étendre la portée de la procédure de règlement des différends en droit du GATT/OMC. Cette solution ne nécessiterait pas la négociation de règles matérielles de concurrence au niveau international. La plainte en cas de non-violation de l'article XXIII: 1 (b) GATT 1994 permet de contester des mesures gouvernementales qui ne sont pas illégales en droit du GATT/OMC mais qui néanmoins annulent ou réduisent les concessions obtenues dans des négociations multilatérales⁷²⁹. Une possibilité de renforcer l'article XXIII: 1 (b) GATT 1994 est de considérer que la non-application du droit de la concurrence est une mesure qui peut porter atteinte aux attentes légitimes découlant de négociations⁷³⁰.

La sixième approche est de limiter l'action de l'OMC à la recherche et l'analyse. Il s'agirait de créer un organe, similaire au Comité du commerce et de l'environnement, qui aurait le mandat d'étudier la relation entre le commerce et la politique de la concurrence. Cette fonction est déjà en grande partie assumée aujourd'hui par le groupe de travail sur l'interaction entre le commerce et la politique de la concurrence (dont l'activité est toutefois limitée dans le temps) et par le Secrétariat de l'OMC⁷³¹.

Enfin, la septième approche est de ne rien entreprendre pour l'instant à l'OMC, en assumant que les problèmes de concurrence peuvent mieux être résolus par l'application extraterritoriale du droit de la concurrence⁷³² ou par les activités de l'OCDE⁷³³. Cette dernière approche n'est clairement pas souhaitable pour la Suisse.

for Governments and for Private Business: A « Trade Law Approach » for Linking Trade and Competition Rules in the WTO, op. cit., p. 247 ss.

729 B. HOEKMAN/P. MAVROIDIS, *Competition, Competition Policy and the GATT*, op. cit., p. 121 ss.

730 B. HINDLEY, op. cit., p. 333 ss.

731 OMC, *Rapport annuel 1997, Chapitre spécial sur le commerce et la politique de la concurrence*.

732 H. HALSER/R. SCHOENE, op. cit., p. 205 ss.

733 B. PHILIPS, op. cit., p. 327 ss.

C. Les modulations possibles

Les différentes approches peuvent se combiner entre elles. La création d'une autorité supranationale de la concurrence, une sorte de transposition du modèle européen à l'échelle internationale, n'a pas vraiment de chance de succès. A l'autre extrémité, l'approche consistant à ne rien entreprendre n'est pas satisfaisante car elle conduit à des procédures unilatérales et des résultats discriminatoires et est génératrice de conflits entre Etats.

Entre ces deux extrêmes, les combinaisons sont possibles et même désirables. L'harmonisation internationale du droit de la concurrence peut favoriser l'entraide administrative internationale. A l'inverse, l'entraide administrative internationale peut créer un climat propice à une harmonisation internationale du droit de la concurrence. Le renforcement de la procédure de règlement des différends est nécessaire pour assurer l'effectivité des règles matérielles ou procédurales adoptées à l'échelle internationale, qu'il s'agisse de règles matérielles ou de règles procédurales. C'est donc, pour reprendre les termes du groupe d'experts de l'Union européenne de 1995, une approche modulaire qui devrait être choisie. Cette dernière devrait à notre avis être axée sur l'entraide administrative internationale et comprendre trois volets: une harmonisation minimale du droit de la concurrence, des règles d'entraide administrative internationale et l'adaptation de la procédure de règlement des différends en droit du GATT/OMC.

D. Les avantages de l'entraide administrative internationale en droit du GATT/OMC

La nécessité de l'entraide administrative internationale est reconnue de longue date en droit du GATT. En 1958 déjà, les parties contractantes du GATT ont reconnu à l'unanimité qu'

une coopération internationale est nécessaire pour lutter efficacement contre les pratiques restrictives qui ont des effets dommageables dans le commerce international⁷³⁴.

L'Accord TRIPS et l'Accord GATS en particulier contiennent des engagements des Membres de se prêter assistance sous forme de consultations et d'échange d'informations non confidentielles. Il s'agit maintenant de concrétiser ces différents engagements et de leur donner une forme juridique contraignante.

Non seulement les pays industrialisés, mais aussi les pays en développement et les pays asiatiques pourraient trouver un terrain d'entente commun au sujet de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Elle est partie intégrante des modèles d'harmonisation internationale proposés par l'UE. Les Etats-Unis ont reconnu depuis longtemps sa nécessité sur une base bilatérale. La *Monopolkommission* allemande recommande également le développement de l'entraide administrative internationale. Les pays en développement pourraient tirer directement profit d'une discipline internationale dans la mesure où ils n'ont pas de législation nationale sur la concurrence. Enfin, les pays asiatiques pourraient trouver un intérêt à développer l'entraide administrative internationale, comme moyen de réformer le droit antidumping.

Un accord OMC sur la concurrence devrait renforcer le contenu et la portée des différents accords bilatéraux d'entraide administrative internationale. La communauté internationale n'est certainement pas prête aujourd'hui à accepter une codification matérielle du droit de la concurrence au niveau international. Le temps est en revanche arrivé de créer des mécanismes procéduraux qui permettent aux législations nationales ou régionales de la concurrence de lutter à armes égales avec les acteurs du secteur privé, lorsque ces derniers cherchent à fausser le jeu de la concurrence à une échelle internationale. Cette solution n'implique aucune perte de souveraineté pour les Etats et ne nécessite pas de compromis au sujet du droit matériel.

734 Ibidem.

Les Etats se sont mis d'accord au début du XXème siècle pour développer des règles de procédure permettant à la justice civile de fonctionner dans un contexte international. C'est ainsi que sont nés les instruments de l'entraide judiciaire internationale en matière civile. A l'aube du XXIème siècle, les Etats doivent jeter les bases d'un système multilatéral d'entraide administrative internationale en droit de la concurrence.

E. Les règles de base de l'entraide administrative internationale

Les règles de base devraient consister en une codification des dispositions de coopération internationale contenues dans les accords bilatéraux existants. Un accord sur la concurrence en droit du GATT/OMC pourrait renforcer ces accords d'une double manière. D'abord, il permettrait d'étendre leur champ d'application géographique. D'autre part, il les rendrait contraignants en les soumettant à un contrôle dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC. Un accord plurilatéral d'entraide administrative internationale devrait reconnaître qu'une application efficace du droit de la concurrence est essentielle au bon fonctionnement des marchés des parties et pour leurs échanges mutuels.

1. *La théorie des effets*

Un accord sur la concurrence dans le cadre de l'OMC devrait formellement établir la validité de la théorie des effets⁷³⁵. Même si elle n'est

735 H.P. SEITEL, *Nationale Wettbewerbsordnungen als Basis internationaler Wettbewerbspolitik, US-Amerikanische Beispiele und allgemeine Grundsätze*, WuW 11/1996, p. 888 ss.

plus contestée aujourd'hui, une codification permettrait d'éliminer tout doute à ce sujet. La règle devrait établir la compétence juridictionnelle de l'Etat en cas d'effets directs, substantiels et raisonnablement prévisibles sur son territoire.

2. L'obligation de notification

Les Etats devraient convenir d'un certain nombre de situations dans lesquelles ils devraient notifier des actes de procédure susceptibles d'affecter les intérêts importants d'un autre Etat. Actuellement, les notifications ont lieu de manière éparse, en fonction des accords bilatéraux existants. Elles devraient être effectuées de manière centralisée. Les Etats notifieraient les actes de procédure au Secrétariat de l'OMC qui les transmettrait lui-même aux Etats concernés.

Les situations qui devraient faire l'objet d'une notification sont notamment les suivantes: (i) en cas d'ouverture d'une enquête à l'égard d'un acte anticoncurrentiel, autre qu'une fusion, qui est accompli dans une partie substantielle du territoire d'un autre Etat; (ii) en cas d'ouverture d'une procédure d'examen approfondi d'une fusion ou acquisition dans laquelle une ou plusieurs des parties à l'opération ou une entreprise contrôlant une ou plusieurs parties à l'opération est une société constituée selon le droit d'une autre partie; (iii) en cas de recherche de preuves sur le territoire d'un autre Etat; (iv) en cas d'enquête à l'égard d'un comportement présumé avoir été exigé, encouragé ou approuvé par un autre Etat; (v) en cas d'imposition d'une obligation de faire ou de ne pas faire sur le territoire d'un autre Etat. Le Secrétariat de l'OMC tiendrait à jour un registre des notifications. Il aurait ainsi une vision des procédures parallèles dans une même espèce.

3. La courtoisie traditionnelle

La nature du principe de courtoisie traditionnelle est controversée. La Cour suprême des Etats-Unis, la CJCE et le TPI lui ont donné

une portée limitée. D'une part, ces juridictions ont évité de se prononcer sur l'existence d'un principe de courtoisie internationale en droit international public. D'autre part, elles ont jugé que la courtoisie internationale ne s'applique qu'en cas de vrai conflit, lorsqu'un comportement prescrit par un Etat est interdit par un autre Etat.

Un accord OMC devrait renforcer la courtoisie internationale en établissant qu'il s'agit d'un principe de droit international et en précisant qu'il appartient aux autorités de la concurrence de faire preuve de réserve lorsque l'exercice de leur compétence juridictionnelle pourrait entrer en conflit avec un autre Etat. Les critères énoncés à l'article VI de l'Accord USA-UE pourraient servir de modèle à une liste d'éléments qui devraient être pris en considération.

4. *Les consultations*

Les Etats devraient engager des consultations à la demande d'un Etat concerné ou des entreprises concernées, lorsqu'un même comportement fait l'objet de procédures parallèles dans plusieurs Etats. Les entreprises devraient avoir le droit de requérir des consultations lorsque plusieurs Etats membres engagent une procédure à l'égard du même comportement.

En cas de sanctions administratives ou pénales, le but des consultations serait que les Etats prennent compte des sanctions prononcées par un autre Etat afin d'éviter un cumul des sanctions à l'égard d'un même comportement. Le principe de l'arrêt *Walt Wilhelm* serait en quelque sorte transposé à l'échelle internationale. En rapport avec le contrôle des concentrations d'entreprises, les consultations devraient permettre d'établir un calendrier commun des procédures dans les différents Etats membres et de permettre aux Etats membres de coordonner leurs mesures d'application et d'élaborer des remèdes efficaces et qui ne soient pas incompatibles les uns par rapport aux autres. Les entreprises tireraient immédiatement profit de telles règles.

5. La recherche de preuves auprès d'entreprises à l'étranger

Les règles de base devraient formellement établir qu'une autorité de la concurrence peut notifier directement des demandes d'information spontanée à des entreprises situées dans d'autres Etats membres. Il ne saurait en aucun cas être fait usage de la contrainte. L'autorité de la concurrence de l'Etat concerné devrait recevoir simultanément copie de la demande adressée aux entreprises sises sur son territoire.

6. L'échange d'informations

Les Etats devraient convenir qu'il est dans leur intérêt commun de partager des informations de façon à faciliter l'application de leur droit de la concurrence. Chaque Etat membre devrait communiquer à un autre Etat membre toute information significative au sujet d'actes anticoncurrentiels pouvant intéresser les autorités d'une autre partie.

L'échange d'informations ne devrait pas concerner les informations confidentielles, c'est-à-dire les informations commerciales transmises par les entreprises à une autorité de la concurrence.

Afin d'encourager les entreprises à faciliter l'échange d'informations confidentielles entre Etats, un accord international devrait établir le principe d'une exonération de sanctions pénales et d'une forte réduction des sanctions administratives, au cas où une entreprise permet l'échange d'informations confidentielles entre Etats membres.

7. La courtoisie positive

Si un Etat membre estime que des actes anticoncurrentiels commis sur le territoire d'un autre Etat membre affectent ses intérêts importants, il devrait adresser une notification à l'autre Etat membre et demander que ses autorités de la concurrence prennent les mesures

d'application appropriée. L'Etat qui reçoit la notification serait libre d'agir ou non mais devrait en tous les cas motiver sa décision. L'inaction non justifiée de l'Etat qui reçoit la notification devrait pouvoir faire l'objet d'un contrôle dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC. L'Accord bilatéral de coopération USA-UE relatif à la courtoisie positive pourrait servir de modèle pour la codification des principes selon lesquels l'autorité requérante suspend ses mesures d'application au profit de la procédure engagée par la partie requise.

*8. Absence d'échange d'informations confidentielles,
de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères*

Les règles de base de l'entraide administrative internationale ne permettraient pas l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence. Elles ne prévoiraient pas non plus la reconnaissance et l'exécution forcée des décisions étrangères.

**F. L'échange d'informations confidentielles
en cas d'ententes injustifiables**

En cas d'ententes injustifiables, les Membres devraient s'entendre à coopérer de manière approfondie. Un accord sur la concurrence à l'OMC ne devrait pas nécessairement donner une définition de la notion d'entente injustifiable. La recommandation de l'OCDE de 1998 ne définit pas la notion d'entente injustifiable, mais indique qu'elle recouvre les accords ou pratiques visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production ou à partager ou diviser les marchés.

La coopération approfondie pourrait selon nous fonctionner selon les principes suivants:

- Chaque Membre qui soupçonne qu'une entente injustifiable qui produit des effets sur son territoire (Etat d'effet) trouve son origine sur le territoire d'un autre Membre (Etat d'origine) devrait le notifier à ce dernier.
- L'Etat d'effet devrait indiquer dans sa demande pourquoi il ne parvient pas à obtenir les informations nécessaires.
- Sur présentation d'indices suffisamment probants par l'Etat d'effet, l'Etat d'origine devrait, sur base de réciprocité, procéder aux actes d'instruction nécessaires sur son territoire (principe de réciprocité).
- Après avoir réuni les informations demandées, l'Etat d'origine ne devrait pas être en mesure de les transmettre directement à l'Etat d'effet; il devrait d'abord évaluer s'il existe des indices suffisants d'une entente injustifiable sur son territoire qui produit des effets à l'étranger; il devrait demander à la ou aux entreprises concernées de l'autoriser à transmettre des informations confidentielles à l'étranger.
- L'accord devrait prévoir que l'entreprise qui consent à un échange d'informations confidentielles devrait être exonérée de poursuites et de sanctions pénales et que les sanctions administratives normalement prononcées dans un pareil cas devraient être sensiblement réduites, au minimum de moitié (principe de la protection des informations confidentielles).
- Si l'entreprise refuse l'échange d'informations confidentielles, l'autorité de la concurrence de l'Etat d'origine devrait mettre en balance l'intérêt de l'entreprise concernée à la non-divulgaration d'informations confidentielles avec l'intérêt public à ce que la restriction à la concurrence soit effectivement contrôlée.
- Elle devrait indiquer, par voie de décision administrative, dûment motivée, à l'entreprise concernée les motifs pour lesquelles elle entend donner suite à la demande d'entraide administrative émanant de l'Etat d'effet.
- En raison du préjudice grave qui pourrait résulter pour l'entreprise concernée de la divulgation d'informations confidentielles, cette dernière devrait disposer d'une voie de recours auprès d'une instance judiciaire indépendante de l'administration afin de faire

vérifier les appréciations portées par l'autorité de la concurrence de l'Etat d'origine (principe de l'arrêt *Akzo*).

- Les informations recueillies par l'Etat d'origine ne pourraient en aucun cas être transmises à l'Etat d'effet si ce dernier ne garantit pas la confidentialité des informations obtenues.
- L'Etat d'origine devrait pouvoir conditionner la transmission d'informations à l'engagement de l'Etat d'effet de renoncer à une procédure pénale.

Les garanties procédurales susmentionnées devraient permettre un échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence tout en garantissant le droit légitime des entreprises à la non-divulgateur d'informations confidentielles et de secrets d'affaires.

G. L'interdiction des cartels d'exportation

Les cartels d'exportation constituent un cas de discrimination évident des marchés étrangers. Un accord OMC sur la concurrence qui n'aborderait pas le problème des cartels d'exportation serait, pour reprendre l'expression de HINDLEY, « *a strange beast* »⁷³⁶. Les cartels d'exportation obligent les Etats à investir des moyens considérables en droit de la concurrence. Les pays en développement n'ont souvent pas les moyens, alors que les petits et moyens Etats industrialisés n'ont pas le pouvoir de mettre en œuvre leurs règles. Comme les pouvoirs d'investigation s'arrêtent dans la plupart des cas à la frontière nationale, les cartels d'exportation échappent à toute discipline. Cette situation n'est pas satisfaisante dans une perspective globale.

Un accord international sur la concurrence devrait contenir une interdiction des cartels d'exportation. Cette interdiction devrait être transposée en droit national ou régional. Les Etats qui, comme les

736 B. HINDLEY, *op. cit.*, p. 339.

Etats-Unis, exemptent formellement les cartels d'exportation, seraient ainsi amenés à modifier leur législation.

L'interdiction des cartels d'exportation pourrait permettre d'intervenir au niveau national ou régional mais aussi en rapport avec des marchés étrangers. Si, par exemple, des entreprises japonaises bénéficient de cartels d'exportation sur un marché d'exportation également convoité par les entreprises d'autres Membres, ces derniers auraient un titre pour les contester.

Il y a deux manières de résoudre le problème des cartels d'exportation. La première est de confier leur contrôle à l'Etat d'origine. Il faudrait alors remplacer le critère de rattachement aux effets par celui du rattachement national. L'application simultanée de la théorie des effets et du rattachement national peut certes conduire à des conflits de compétence et augmenter les coûts de transaction. C'est pourquoi, comme préconisé par la *Monopolkommission* allemande, le rattachement national devrait s'appliquer uniquement aux cas patents de discrimination des marchés étrangers que sont les cartels à l'exportation⁷³⁷. La seconde est de confier leur contrôle à l'Etat d'effet et de créer une obligation de courtoisie positive de l'Etat d'origine en faveur de l'Etat d'effet.

H. La procédure de règlement des différends en droit du GATT/OMC

Nous avons vu que la procédure de règlement des différends en droit du GATT/OMC peut s'appliquer dans différentes constellations qui concernent l'encouragement de l'Etat à des pratiques commerciales restrictives ou même la simple inaction de l'Etat (non-application du droit de la concurrence)⁷³⁸. La procédure de règlement des

737 Cf. ci-dessus p. 187 ss.

738 Cf. ci-dessus p. 83 ss.

différends en droit du GATT/OMC ne devrait pas transformer les Groupes spéciaux en juridictions spécialisées en droit de la concurrence qui connaîtraient de litiges entre entreprises. Les entreprises n'ont (pour l'heure) pas d'accès direct à la procédure de règlement des différends. Les Groupes spéciaux ne sont pas dans une situation adéquate pour procéder à l'analyse des marchés. La procédure de règlement des différends ne devrait pas non plus se transformer en procédure de recours qui contrôlerait l'application du droit de la concurrence à un niveau inférieur, régional ou national. Trois fonctions devraient être à notre avis remplies par la procédure de règlement des différends en droit du GATT/OMC.

1. La transposition en droit interne des règles de fond convenues au niveau international

Le système de règlement des différends de l'OMC devrait permettre de contrôler la transposition effective en droit national des règles convenues en droit international. Tout comme par exemple l'Accord TRIPS ou l'Accord sur les marchés publics ont imposé aux Etats membres d'adapter leurs législations nationales, un accord OMC sur la concurrence contiendrait une obligation de transposer des standards minimaux dans les législations nationales ou régionales sur la concurrence.

Deux types d'interdictions devraient être codifiées dans un accord OMC sur la concurrence: une interdiction des cartels d'exportation et une interdiction des ententes injustifiables. Ces deux interdictions auraient des implications importantes pour les législations nationales sur la concurrence. Tant l'interdiction des cartels d'exportation que celle des ententes injustifiables rendraient nécessaire la modification du droit suisse de la concurrence qui ne connaît en l'état actuel ni l'une ni l'autre interdiction.

2. Le contrôle du respect des règles de procédure convenues au niveau international

Le système de règlement des différends de l'OMC ne s'appliquerait pas en rapport avec les obligations de notification, de consultation et d'échange d'informations non confidentielles, ce qui ne supprimerait toutefois pas leur caractère obligatoire. Le système de règlement des différends de l'OMC devrait s'appliquer en rapport avec le contrôle de l'application des principes de courtoisie négative et de courtoisie positive. Ceci contribuerait à éclairer de manière progressive le contenu de ces principes en droit international.

L'obligation de courtoisie active pourrait servir à résoudre le problème des cartels d'exportation. *Exemple*: l'Etat d'effet A se plaint d'un cartel d'exportation dans l'Etat d'origine B. A la requête de l'Etat d'effet A, l'Etat d'origine B devrait, en vertu de l'obligation de courtoisie active, y remédier sur son territoire. Si ce dernier n'entreprend rien et ne fournit aucune justification de son inaction, la procédure de règlement des différends devrait pouvoir être enclenchée de manière unilatérale à la demande de l'Etat A.

L'obligation de courtoisie positive pourrait également servir à réformer les procédures antidumping. A la requête de l'Etat d'importation, les autorités de la concurrence de l'Etat d'exportation devraient procéder à une analyse de la structure concurrentielle dans l'Etat d'exportation afin de déterminer s'il existe des barrières à l'entrée qui permettent aux entreprises de l'Etat d'exportation de pratiquer le dumping.

3. Le contrôle du respect des engagements d'accès au marché

La troisième problématique générale que devrait résoudre la procédure de règlement des différends est la suivante: une pratique commerciale restrictive dans l'Etat B est perçue par l'Etat A comme étant préjudiciable à des personnes situées sur le territoire de l'Etat A. La pratique commerciale restrictive peut survivre pour diverses raisons: soit parce qu'elle est prescrite par le droit de l'Etat B, soit

parce qu'elle est permise par le droit de l'Etat B, soit parce qu'elle est soumise à une procédure dans l'Etat B qui n'est pas assez efficace pour y remédier, soit parce que l'autorité de la concurrence de l'Etat B n'y accorde aucune priorité ou engage une procédure mais ne parvient pas à établir que la pratique est contraire au droit de l'Etat B.

La procédure de règlement des différends devrait permettre de résoudre la situation dans laquelle l'Etat A se plaint du fait que l'effet de concessions faites par l'Etat B est annulé par des pratiques commerciales restrictives d'entreprises, encouragées ou tolérées par l'Etat B. La plainte en cas de non-violation pourrait être adaptée pour résoudre ce type de situation. Selon HINDLEY,

A simple agreement to facilitate application of Article XXIII: 1(b) to that problem might take the form of a Ministerial Declaration that: Private anticompetitive practices can nullify and impair concessions. The failure of a member to apply its national competition law to a private anticompetitive practice that has the effect of nullifying or impairing a concession is a valid basis for a complaint under Article XXIII: 1(b). Such a failure will be construed as an «application» of a measure, as called by Article XXIII: 1(b). In such cases, it will be presumed that the failure to apply national law could not have been foreseen by other members⁷³⁹.

En raison de l'inapplication de la règle de l'épuisement des voies de recours internes en droit du GATT/OMC, ce moyen pourrait se révéler être très efficace pour garantir l'effectivité des engagements d'accès au marché négociés.

739 B. HINDLEY, *op. cit.*, p. 339.

Chapitre IV

Conséquences en fonction des scénarios d'intégration européenne de la Suisse

La Suisse a toujours fait preuve de réserve dans le cadre de son intégration européenne. Elle s'est opposée à participer aux structures supranationales qui ont été créées au lendemain de la Seconde guerre mondiale. Elle a considéré avec distance la création de la CEE. Plus tard, c'est de manière réactive qu'elle a participé à la création de l'AELE en 1960. A partir de 1972, date de la signature de l'ALE entre la Suisse et la CEE, la Suisse a poursuivi une approche bilatérale dans ses relations avec l'Europe. Les problèmes ont été résolus de manière ponctuelle. En comparaison avec les autres Etats de l'AELE, la Suisse a conclu plus de 130 accords complémentaires avec la Communauté⁷⁴⁰. Le 6 décembre 1992, le peuple et les cantons ont rejeté, à une faible majorité, l'Accord sur l'EEE⁷⁴¹. Le 21 juin 1999, la Suisse et l'UE ont signé les accords bilatéraux, qui sont le point culminant de l'approche bilatérale dans les relations entre la Suisse et l'UE.

La question de l'intégration européenne de la Suisse est souvent perçue, à tort, comme un choix unilatéral et souverain de la Suisse. La négociation des accords bilatéraux a révélé que la Suisse n'est pas seule à négocier. Comme l'a montré COTTIER, le droit du GATT/OMC réduit par ailleurs la marge de manœuvre de l'Union européenne et de la Suisse de mener, sur une base bilatérale, une poli-

740 *Message du Conseil fédéral du 14.8.1988 sur la position de la Suisse dans le processus d'intégration européenne*, FF 1988 III 233 ss., annexe 5.

741 *Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 6.12.1992*, FF 1993 I 147.

tique préférentielle⁷⁴². Sans vouloir entrer ici dans un sujet qui dépasse le cadre de ce travail, c'est dire que l'approche bilatérale a fait son temps et que l'intégration de la Suisse à l'UE ou à un Accord EEE bis est inéluctable.

A. En cas d'adhésion de la Suisse à l'UE

L'adhésion de la Suisse à l'UE impliquera la reprise de l'intégralité de l'acquis communautaire en droit de la concurrence. Le droit européen et le droit suisse de la concurrence pourraient cohabiter puisque le droit européen prévoit le cumul des systèmes normatifs. Le droit européen serait applicable en cas d'affectation du commerce entre Etats membres et le droit suisse dans les cas qui n'affectent pas le commerce entre Etats membres. Le droit européen de la concurrence serait directement applicable en Suisse et prévaudrait sur le droit national contraire.

Nous sommes cependant d'avis qu'en cas d'adhésion, la Suisse aurait une obligation de modifier son droit national de la concurrence. En effet, non seulement les autorités judiciaires nationales, mais également les autorités suisses de la concurrence devraient appliquer le droit européen de la concurrence. Or, pour que l'application du droit européen de la concurrence soit effective, il faudra que les autorités suisses de la concurrence disposent de pouvoirs appropriés, en particulier celui de prononcer des sanc-

742 Th. COTTIER, *Das Ende der bilateralen Ära: Rechtliche Auswirkungen der WTO auf die Integrationspolitik der Schweiz*, in: Th. COTTIER/A.R. KOPPE (Hrsg.), *L'adhésion de la Suisse à l'Union européenne*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1998, p. 87 ss.; Th. COTTIER, *Zwischen Integration und Weltwirtschaft: Rechtliche Spielräume der Schweiz nach der Uruguay-Runde des GATT*, in: W. LINDER/P. LANFRANCHI/E. WEIBEL (Hrsg.), *Schweizer Eigenart – eigenartige Schweiz*, Haupt, Bern, Stuttgart, Wien 1995, p. 231 ss.

tions directes en cas de violation du droit européen de la concurrence. Il sera ainsi inéluctable de modifier les fondements-mêmes de la LCart 1995.

Une forte pression s'exercera également pour que la Commission de la concurrence se professionnalise afin d'accomplir les nouvelles tâches qui lui seront confiées. Il est en effet difficilement concevable qu'un organe de milice offre l'organisation institutionnelle la meilleure pour mettre en œuvre une législation sur la concurrence fondée sur le principe de l'interdiction des cartels.

L'adhésion de la Suisse à l'UE impliquera une coopération régulière entre la Commission européenne et les autorités judiciaires nationales d'une part, de même qu'entre la Commission européenne et les autorités suisses de la concurrence. Nous ne reprenons pas ici les caractéristiques de cette coopération. Les principales nouveautés seront que les autorités suisses de la concurrence pourront faire valoir leur point de vue dans le cadre des comités mixtes, qu'elles recevront les pièces, même confidentielles, des dossiers traités par la Commission européenne, qu'elles devront assister la Commission européenne dans le cadre de recherches de preuves en Suisse et surtout, qu'elles devront elles-mêmes appliquer le droit européen de la concurrence.

L'adhésion de la Suisse à l'UE impliquera un renforcement de la coopération entre les autorités suisses de la concurrence et les autorités de la concurrence des Etats membres de l'Union européenne. En effet, dans la mesure où la Commission européenne encourage l'application décentralisée du droit européen de la concurrence, les autorités nationales de la concurrence devront renforcer la coopération entre elles⁷⁴³.

Enfin, les accords internationaux conclus entre l'UE et des Etats tiers s'étendront automatiquement à la Suisse. Ainsi, les règles d'entraide administrative internationale de la plupart des accords étudiés dans ce travail seront applicables en Suisse: celles de l'Accord EEE, des accords d'association conclus entre l'UE et les

743 Cf. ci-dessus p. 265 ss.

pays d'Europe centrale et orientale et des accords bilatéraux entre l'UE et des pays tiers, soit en particulier l'Accord bilatéral UE-USA de 1991 et 1995 ou encore l'Accord UE-USA de 1997 relatif à la courtoisie positive.

B. En cas d'adhésion de la Suisse à un Accord «EEE bis»

Les règles administrées par les deux piliers, le pilier communautaire et le pilier EEE, sont les mêmes. Le même droit matériel serait applicable aux pratiques commerciales restrictives qui affectent le commerce entre Etats de l'AELE (Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse) ou entre Etats de l'AELE et l'UE. Le droit européen de la concurrence serait naturellement applicable aux restrictions à la concurrence qui affectent le commerce entre Etats membres de l'UE. Les règles de coopération contenues dans les protocoles n° 23 et n° 24 seraient applicables à la mise en œuvre des règles communes dans les deux piliers de l'Accord EEE. Il en découlerait une coopération approfondie, de nature contraignante et permettant l'échange d'informations confidentielles. Les entreprises suisses ne pourraient se retrancher derrière l'article 273 CPS pour ne pas divulguer des informations confidentielles. Les règles de l'EEE, comme toutes dispositions de traités internationaux, se verraient reconnaître la primauté sur le droit national des parties contractantes⁷⁴⁴.

En ce qui concerne la relation entre le pilier EEE et le droit suisse, l'adhésion de la Suisse à un Accord EEE n'impliquerait pas l'obligation d'adapter le droit suisse à celui de l'Accord EEE, car le droit EEE prévoit, comme le droit européen, le cumul des systèmes normatifs. Il n'empêche qu'il s'exercerait une forte pression en vue

744 O. MACH, *Droit des ententes (art. 85 CEE/art. 53 EEE)*, in: O. JACOT-GUILLARMOD (éd.), *Accord EEE, Commentaires et réflexions*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, Stämpfli, Berne 1992, p. 327 ss., p. 351.

d'une harmonisation du droit suisse⁷⁴⁵. Dans la perspective de la conclusion de l'Accord EEE, TERCIER avait remis en question l'adéquation du système de l'interdiction des abus⁷⁴⁶ et en 1992, le Conseil fédéral avait proposé, dans le projet de programme de la prochaine législature, l'introduction du régime de l'interdiction des cartels⁷⁴⁷.

745 P. TERCIER, *Le régime de concurrence EEE: une vue suisse (art. 53–56 EEE)*, in: O. JACOT-GUILLARMOD (éd.), *Accord EEE, Commentaires et réflexions*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, Stämpfli, Berne 1992, p. 315 ss.

746 P. TERCIER, *Le régime de concurrence EEE: une vue suisse (art. 53–56 EEE)*, op. cit., p. 321: «Est-ce à dire que le régime de l'interdiction des abus est erroné, dépassé, hors du temps? Disons prudemment que ce qui pouvait encore se justifier hier n'est plus nécessairement adapté à l'évolution qui s'est produite et se poursuit. Le régime des ententes, dont il serait naïf de nier certains avantages, ne répond souvent plus à un stade de développement de l'économie de marché dont l'échelle a changé.»

747 FF 1992 III 1 ss., 68.

Chapitre V

Importance d'un renforcement de la coopération bilatérale existante entre la Suisse et l'UE

A. L'interdépendance économique de la Suisse et de l'UE

En 1994, la Suisse était, après les Etats-Unis et avant le Japon, le deuxième client principal de l'UE (avec une part de 73,6% de ses importations en provenance de l'UE), et le troisième fournisseur principal de l'UE (avec une part de 56,9% de ses exportations vers l'UE)⁷⁴⁸. Suite à l'élargissement de l'UE à 15 Membres, ces chiffres ont augmenté. En 1999, 79,6% des importations sont provenues de l'UE et 63,1% des exportations de la Suisse ont été effectuées vers l'UE⁷⁴⁹. Cela correspond à un montant approximatif de 4% du commerce total du marché intérieur européen⁷⁵⁰. Ces chiffres traduisent l'importance du marché européen pour l'économie suisse et l'interdépendance qui caractérise les relations économiques entre la Suisse et l'UE.

748 ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES DOUANES, *Statistique du commerce extérieur suisse, Rapport annuel 1994*, Bern 1995, p. 40.

749 *Rapport sur la politique économique extérieure 99/1+2*, FF 2000 II 1371 ss. Les principaux pays exportateurs européens de la Suisse sont l'Allemagne (23,5%), la France (9,5%), l'Italie (8%) et la Grande-Bretagne (5,5%). Dans la même période, 11,2% des exportations de la Suisse ont été effectuées aux Etats-Unis et 6% des importations sont venues des Etats-Unis.

750 Th. CORNER, *Das Ende der Bilateralen Ära: Rechtliche Auswirkungen der WTO auf die Integrationspolitik der Schweiz*, op. cit., p. 108.

Le rapport d'intégration du Conseil fédéral de 1999 observe que:

Si les dispositions sur la concurrence de l'Accord de libre-échange continuent d'être négligées, les problèmes vont s'intensifier dans le domaine de la concurrence, notamment sur les plans de l'instruction des enquêtes et de l'exécution. La Suisse n'échappera pas à une coopération qui reste à définir, avec les autorités communautaires de la concurrence (voire avec des autorités étrangères)⁷⁵¹.

Tant du côté européen⁷⁵² que suisse⁷⁵³, des auteurs se sont exprimés en faveur d'un renforcement de l'entraide administrative internationale entre la Suisse et l'UE.

Certains auteurs expriment néanmoins une réserve à l'égard de l'approche bilatérale. ZÄCH, en particulier, est d'avis que cette dernière est inadaptée à la coopération internationale entre partenaires dont l'économie est d'une force inégale. Un accord bilatéral risque de tourner au détriment du partenaire économique le plus faible, donc de la Suisse⁷⁵⁴. C'est également l'avis de BORER. Cet auteur note que:

751 *Rapport du Conseil fédéral sur l'intégration 1999 du 3.2.1999*, FF 1999 IV 3718.

752 A. SCHAUB a plaidé en faveur d'un accord bilatéral d'entraide administrative internationale entre l'UE et la Suisse, en juin 1998, à Zurich, lors d'une conférence intitulée, « *Wettbewerbspolitik in Europa und in der Welt, Perspektiven für das nächste Jahrhundert* ».

753 Selon P. TERCIER, *Le nouveau droit de la concurrence: le temps des questions*, AJP (PJA) 7/1996, p. 791 ss, p. 793: «... le droit suisse de la concurrence s'étant mis au diapason du droit européen, il convient maintenant de l'y intégrer par des mécanismes efficaces de collaboration, afin que soit pleinement reconnue à notre économie la place qui lui revient dans le marché européen». Egalement, selon P. TERCIER, *La procédure devant la Commission de la concurrence*, op. cit., p. 14: «Il reste de délicates questions à résoudre, à partir de la nouvelle loi ou au-delà. Signalons... surtout l'absolue nécessité d'intensifier les possibilités d'action dans un contexte international; il faudra pour cela établir sur de nouvelles bases des relations avec les autorités correspondantes des pays voisins, en particulier avec l'Union européenne.»

754 R. ZÄCH, *International Cooperation between Antitrust Enforcement Agencies: A View from a Small Country*, op. cit., p. 261: «small countries are generally much more comfortable with multilateral agreements. As a result, I believe it would be wiser to pursue a multilateral, rather than a bilateral approach to cooperation agreements».

Es ist verständlich, dass als Reaktion auf die Globalisierungstendenzen der Wirtschaft auch ein Bedürfnis der Wettbewerbsbehörden besteht, über grenzüberschreitende Transaktionen grenzüberschreitende Kontakte mit ausländischen Wettbewerbsbehörden zu pflegen. Allerdings sollten diese in der Regel rein prozeduralen Kooperationsabkommen nicht dazu führen, dass die Wettbewerbsordnung einer wirtschaftlich stärkeren Vertragspartei mittelbar auf das Territorium einer anderen Vertragspartei ausgedehnt wird. Kooperationsabkommen dürfen nicht dazu missbraucht werden, als verlängerter Arm der Wettbewerbsbehörden zu dienen... Diese Überlegungen sind aus der Sicht der wirtschaftlich schwächeren Schweiz dazu führen, bei den Diskussionen über ein Kooperationsabkommen mit der Europäischen Union sich nicht auf die Aushandlung rein prozeduraler Mechanismen zu beschränken⁷⁵⁵.

B. L'influence des accords sectoriels entre la Suisse et l'UE, en particulier l'accord de reconnaissance mutuelle (ARM) en matière d'évaluation de la conformité

L'interdépendance économique de la Suisse et de l'UE va encore s'accroître avec l'entrée en vigueur des accords sectoriels entre la Suisse et l'UE qui vont augmenter les conditions de concurrence entre la Suisse et l'UE. Parmi les 7 accords sectoriels, seul l'accord sur les transports aériens contiendra des règles de concurrence, à savoir la reprise de l'acquis communautaire pertinent et l'application du droit européen de la concurrence en dernière instance par la CJCE. Mais c'est un autre accord, l'accord de reconnaissance mutuelle ou plus simplement ARM (en anglais, MRA «*Mutual Recognition Agreements*») en matière d'évaluation de la conformité qui rendra à notre avis le plus nécessaire un renforcement de la coopération bilatérale en droit de la concurrence.

755 J. BORER, *Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung*, in: *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift ZÄCH, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p. 217 ss., p. 225.

En effet, en matière de produits industriels, la seule compatibilité matérielle des prescriptions techniques d'un Etat avec celles d'un autre Etat ne conduit pas *ipso facto* à la reconnaissance des certificats délivrés dans l'Etat d'exportation par l'Etat d'importation. Les Accords de l'OMC ne prévoient pas d'obligations contraignantes à cet égard⁷⁵⁶, ni d'ailleurs l'ALE, lequel se limite à fixer à ses articles 13 et 20 l'interdiction des restrictions quantitatives et des mesures d'effet équivalent. Pour la Suisse, cela signifie que même si ses dispositions matérielles correspondent à celles de la CE dans bon nombre de secteurs de produits, cette dernière ne reconnaît pas les certificats de conformité émis par les autorités ou les organismes de certification suisses. Pour pouvoir exporter dans l'UE, les fabricants suisses doivent donc faire revérifier leurs produits par des organismes de certification communautaires de manière à pouvoir ensuite apposer le marquage CE, nécessaire pour la mise sur le marché de l'UE. Une telle procédure entraîne d'importants coûts supplémentaires pour le fabricant. Dans ces conditions, la conclusion d'un ARM est rendue nécessaire.

Aujourd'hui, les accords de reconnaissance mutuelle sont encore rares. La CE a conclu quatre ARM en 1998, soit avec le Canada, les Etats-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande⁷⁵⁷. En parallèle, la Suisse s'est lancée dans des pourparlers avec les mêmes Etats. Ces négociations ont abouti à la conclusion d'un premier ARM entre la Suisse et le Canada en automne 1998⁷⁵⁸. La stratégie qui y a conduit est simple et repose sur deux principes. D'une part, l'équivalence

756 I. KAUFMANN, *Suisse - UE: Les obstacles techniques au commerce*, in: Commerce extérieur, Revue de l'office suisse d'expansion commerciale OSEC, n° 23 (juin), p. 19 ss., p. 21.

757 Ces Accords portent les dates suivantes: CE-Canada du 14.5.1998, JO n° L 280 du 16.10.1998, p. 3; CE-USA du 18.5.1998, JO n° L 346 du 22.12.1998, p. 65; CE-Australie du 24.6.1998, JO n° L 229 du 17.8.1998, p. 3; CE-Nouvelle-Zélande du 25.6.1998, JO n° L 229 du 17.8.1998, p. 62.

758 *Message du 13.1.1999 concernant l'Accord entre la Confédération suisse et le Canada sur la reconnaissance mutuelle d'évaluations de la conformité*, Rapport sur la politique économique extérieure 98/1+2, FF 1999 II 1212 ss.; N. MERKT-MATTHEY, op. cit.

de la législation suisse avec celle de l'UE facilite sensiblement la conclusion d'un ARM avec un Etat qui a conclu un tel accord avec l'UE. D'autre part, la Suisse est contrainte d'agir «*just one step behind*» pour préserver ses intérêts économiques dans les domaines dans lesquels ses concurrents directs, soit l'UE, disposent d'un accord qui leur confère des avantages.

Avec l'ARM en matière d'évaluation de la conformité, une étape supplémentaire a été franchie dans le sens de la libre circulation des marchandises entre la Suisse et son principal partenaire commercial. C'est pourquoi il devient primordial de s'atteler aux pratiques commerciales restrictives qui risquent de réduire à néant les efforts consentis pour garantir cette libre circulation. On rappellera que les deux cas de saisine du comité mixte entre la Suisse et l'UE sur la base de l'article 27 de l'ALE ont concerné des pratiques commerciales restrictives liées à la problématique des entraves techniques au commerce⁷⁵⁹.

C. Le modèle de la coopération bilatérale USA-UE

La thèse selon laquelle un accord contenant uniquement des règles de procédure risque de défavoriser la partie économiquement la plus faible n'est pas convaincante. En effet, un accord bilatéral sur le modèle de l'Accord bilatéral USA-UE offrirait un cadre pour les notifications, l'échange d'informations non confidentielles entre autorités de la concurrence, les consultations, la courtoisie traditionnelle, la courtoisie positive, et la coopération dans les cas d'intérêt commun. Il permettrait un dialogue bi-annuel entre les autorités de la concurrence. Il ne donnerait pas la possibilité (en particulier à la partie économiquement la plus forte) de procéder de manière di-

759 Cf. ci-dessus p. 282 ss.

recte à des recherches de preuves sur le territoire de l'autre partie. Il n'envisagerait pas non plus la reconnaissance et l'exécution forcée des décisions d'une autorité de la concurrence sur le territoire de l'autre autorité de la concurrence et la possibilité d'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence, en l'absence de consentement des entreprises concernées. Dans ces conditions, il est faux d'affirmer qu'il peut tourner au détriment de la partie économiquement la moins forte. En effet, les actes qui pourraient lui être préjudiciables sont subordonnés à son consentement ou à celui des entreprises sises sur son territoire.

Un accord bilatéral contenant uniquement des règles de procédure pourrait au contraire offrir des potentialités offensives intéressantes pour la partie économiquement la moins forte. L'Accord bilatéral USA-UE permet la coopération entre autorités de la concurrence dans les cas d'intérêts communs. C'est exactement ce type de mécanisme qui a fait défaut dans l'affaire *Volkswagen*.

Un autre exemple de l'avantage de règles de procédures est l'Accord bilatéral USA-UE relatif à la courtoisie positive. Ce type d'accord offre un cadre permettant de résoudre les difficultés d'accès au marché de l'autre partie contractante. Pour de nombreuses entreprises suisses, l'accès au marché européen est tout simplement vital, d'où l'importance de la conclusion d'un tel accord. Un autre avantage pour la partie économiquement la moins forte est qu'un accord bilatéral de courtoisie active est un moyen de remédier à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence de la partie économiquement la plus forte.

Nous pensons donc que la Suisse et les entreprises suisses auraient tout à gagner de la conclusion d'un accord bilatéral contenant des règles de procédure uniquement, comme l'Accord bilatéral USA-UE.

D. Des règles de mise en œuvre de l'article 23 ALE?

Les règles de concurrence des accords d'association, en particulier de l'Accord d'association UE-Pologne ont un contenu pratiquement identique à l'article 23 ALE. Il y a néanmoins trois différences principales: (i) les règles de concurrence de l'Accord d'association UE-Pologne doivent être interprétées conformément au droit européen de la concurrence; (ii) elles sont complétées par des règles de mise en œuvre; (iii) elles n'excluent pas l'effet direct dans le futur.

Nous avons vu que l'article 23 ALE est resté lettre morte dans la pratique⁷⁶⁰. Un moyen de redynamiser cette disposition pourrait être pour les parties contractantes de conclure un protocole additionnel à l'article 23 ALE sur le modèle de l'Accord entre l'UE et la Pologne. Ce dernier prévoirait que l'article 23 ALE doit être interprété à la lumière du droit européen de la concurrence et que les règlements d'exemption par catégorie en droit européen de même que la clause *de minimis* seraient applicables dans les relations commerciales entre la Suisse et l'UE. Des règles de mise en œuvre envisageraient la coopération dans les cas qui entrent dans la compétence des deux autorités de la concurrence et dans les cas qui entrent dans la compétence d'une seule autorité de la concurrence. Enfin, les autorités de la concurrence pourraient exprimer leur avis au sujet des opérations de concentration qui relèvent de la compétence de l'autre autorité de la concurrence et qui ont un impact important sur l'économie nationale ou régionale.

Moyennant les adaptations susmentionnées, il n'y aurait plus d'obstacle à l'application directe de l'article 23 ALE. En effet, il ne serait plus possible de contester que son contenu est suffisamment clair et précis. En outre, des règles d'exécution ne seraient plus nécessaires pour assurer sa mise en œuvre. Les parties contractantes pourraient préciser de manière explicite que l'article 23 ALE est directement applicable.

760 Cf. ci-dessus p. 279 ss.

E. La reprise des protocoles n° 23 et 24 de l'Accord EEE ?

En matière douanière, la Suisse, l'UE et les Etats de l'AELE ont conclu, en 1997, sous forme d'un protocole additionnel à l'ALE, un « *Protocole additionnel relatif à l'assistance administrative mutuelle en matière douanière* », qui reprend le contenu du protocole n° 11 de l'Accord EEE relatif à l'entraide administrative internationale en matière douanière. Est-ce que, de manière similaire, les protocoles n° 23 et 24 de l'Accord EEE relatifs à la coopération entre les autorités de surveillance, pourraient être repris sous forme de protocoles additionnels à l'article 23 ALE de 1972? Nous ne pensons pas car les règles de concurrence de l'article 23 ALE ont un contenu matériel beaucoup plus limité que celles de l'Accord EEE.

Chapitre VI

Autres perspectives

A. L'entraide judiciaire internationale en matière civile

Comme nous l'avons vu⁷⁶¹, les instruments existants de l'entraide judiciaire internationale en matière civile permettent l'obtention de preuves à l'étranger, de même que la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dont le droit de la concurrence fait partie. Ainsi, un moyen de pallier à l'absence d'entraide administrative internationale pourrait être de recourir à la mise en œuvre civile du droit de la concurrence, ce qui permettrait de bénéficier des différentes conventions en la matière. Cette voie offre des potentialités intéressantes qui sont, selon nous, aujourd'hui largement inexploitées. Un autre avantage de cette approche réside dans le fait qu'elle n'implique pas de codification supplémentaire à l'échelle internationale et qu'elle repose en d'autres termes sur le développement prétorien du droit.

Elle reste toutefois une approche limitée pour les autorités de la concurrence (par opposition aux privés). En effet, comme autorités administratives, ces dernières ne peuvent pas invoquer les conventions d'entraide internationale en matière civile. On peut toutefois se demander s'il est approprié de créer des voies séparées d'entraide internationale en droit de la concurrence, en particulier eu égard au fait que le droit de la concurrence est une matière à cheval entre le droit public et le droit privé. Même si cette voie est aujourd'hui exclue, du moins en Suisse, il serait utile que les autorités de la concurrence puissent recourir à l'avenir aux instruments existants de l'entraide judiciaire internationale en matière civile et invoquer,

761 Cf. ci-dessus p. 201 ss.

par exemple la convention de la Haye de 1971 sur l'obtention des preuves à l'étranger afin d'obtenir des informations commerciales qui échappent à leur sphère de contrôle.

B. La perspective plurilatérale au sein de l'OCDE

La recommandation de l'OCDE de 1998 portant condamnation des ententes injustifiables encourage les Etats membres de l'OCDE, dont la Suisse, de conclure des accords bilatéraux prévoyant l'échange d'informations confidentielles en cas d'ententes injustifiables. Elle n'entraîne aucune obligation pour la Suisse de conclure de tels accords ou de modifier son droit de la concurrence. Le droit suisse ne connaît en l'état actuel ni l'une ni l'autre interdiction. Le terme «*entente injustifiable*» ou «*entente dure*» n'est pas utilisé dans la LCart 1995. Les restrictions à la concurrence mentionnées à l'article 5 alinéa 3 LCart 1995, soit les accords horizontaux en matière de prix, de quantité ou de répartition géographique des marchés, ne sont pas interdites, mais sont présumées supprimer la concurrence efficace⁷⁶². C'est dire que la conclusion par la Suisse d'un accord bilatéral portant condamnation des ententes injustifiables est difficilement concevable tant et aussi longtemps que le droit suisse ne connaîtra pas le système de l'interdiction des ententes.

762 Depuis l'entrée en vigueur de la LCart 1995, plusieurs ententes ont été présumées supprimer la concurrence efficace. Cf. le cas des *partitions de musique*, concernant des accords de prix, DPC 1997/3, p. 334 ss.; le cas des *services et réparation des installations de chauffage*, concernant des accords de prix, DPC 1998/3, p. 383 ss.; le cas des *gaz purs et complexes*, concernant des accords de prix et de répartition géographique des marchés, DPC 1999/1; le cas de la *fixation du prix de vente des livres*, décision du 6.9.1999 (non encore publiée); une autre procédure est en cours sur le *système de marge des grossistes dans la distribution de médicaments*.

C. La réforme de la LCart 1995

1. *L'interdiction des cartels*

Il nous paraît inéluctable que l'intégration européenne de la Suisse et/ou le développement du droit de la concurrence en droit du GATT/OMC conduisent à plus ou moins brève échéance à une nouvelle mise en cause des fondements du droit suisse de la concurrence. Le principe de l'abus des cartels, l'absence de sanctions directes en cas de violation, même grave, des règles de concurrence et le système de l'organe de milice sont à notre avis menacés. Il peut en effet paraître illusoire d'imaginer un modèle efficace d'entraide administrative internationale entre la Suisse et l'UE tant et aussi longtemps que le droit suisse continuera de fonctionner sur la base du système de l'abus. En revanche, le jour où le droit suisse de la concurrence sera basé sur le système de l'interdiction des cartels, les autorités suisses de la concurrence pourront prononcer des sanctions directes pour violation des règles de la concurrence. Il n'y aura alors plus d'obstacle à une coopération approfondie entre l'UE et la Suisse en droit de la concurrence.

2. *La réforme du chapitre VI de la LCart relatif à l'exécution des accords internationaux*

Il sera également nécessaire de reformuler le chapitre VI de la LCart 1995 consacré à l'exécution des accords internationaux qui est triplement limité car (i) il repose sur la conception que les règles de concurrence contenues dans des accords internationaux sont dépourvues d'effet direct (ii) parce-que il n'envisage que la situation où une restriction à la concurrence en Suisse produit des effets à l'étranger et non pas la situation inverse et beaucoup plus problématique pour la Suisse où une restriction à la concurrence, dont l'origine est à l'étranger, produit des effets en Suisse (iii) et enfin parce-qu'il ne confère pas de compétences à la Commission de la

concurrence dans le mise en œuvre des accords internationaux contenant des règles de concurrence.

A notre avis, le chapitre international du droit suisse de la concurrence devrait expressément reconnaître l'effet direct de l'article 23 ALE. Ensuite, il devrait être remplacé par des règles d'entraide administrative internationale qui confèrent à la Commission de la concurrence et à son Secrétariat (i) d'une part la faculté de requérir l'entraide auprès d'autorités étrangères lorsque des pratiques commerciales restrictives mises en œuvre à l'étranger déploient des effets en Suisse (entraide internationale active) et (ii) d'autre part de donner suite à des requêtes d'entraide internationale émanant d'autorité étrangères de la concurrence (entraide internationale passive). Afin que l'entraide administrative internationale soit possible, il sera au préalable nécessaire que des accords internationaux d'entraide administrative internationale soient conclus. La LCart devrait déléguer à la Commission de la concurrence, agissant par son Président, la compétence de conclure des tels accords. Les règles d'entraide administrative internationale contenues dans la LB et la LBVM décrites dans ce travail, à l'exception de celles qui prévoient des contrôles transfrontaliers, devraient à notre avis être tout simplement transposées, avec les adaptations nécessaires, dans la LCart. Comme l'entraide internationale en matière pénale est exclue avec les Etats-Unis⁷⁶³, aucune information ne pourraient être transmises à des autorités pénales. Des informations pourraient ainsi être transmises aux autorités antitrust américaines à condition toutefois que celles-ci garantissent au préalable que l'information ne sera pas utilisée à des fins pénales ni divulguée à des autorités pénales.

763 Cf. ci-dessus p. 215 ss.

Conclusions

A. Harmonisation internationale et entraide administrative internationale

Ententes internationales sur les prix, abus de position dominante qui produisent des effets sur plusieurs marchés, cartels d'exportation, partages géographiques des marchés en fonction de territoires étatiques, clauses contractuelles d'interdiction d'exporter, telles sont autant de pratiques commerciales restrictives de dimension internationale qui dépassent le cadre des législations nationales ou même régionales sur la concurrence. Comment concilier des législations nationales ou régionales sur la concurrence distinctes tant au niveau matériel que de la mise en œuvre avec des marchés toujours plus intégrés au niveau international? Comment concilier l'ouverture internationale des marchés voulue par le droit du commerce international avec des politiques de concurrence nationales et des pratiques commerciales restrictives de dimension internationale?

La réponse à ces questions n'a toujours pas été trouvée. Depuis l'échec de la Charte de la Havane, il y a 50 ans, les Etats ne sont en effet pas parvenus à se mettre d'accord ne serait-ce qu'au sujet de l'approche la plus appropriée. Les efforts successifs d'harmonisation internationale du droit de la concurrence n'ont pas produit de résultats tangibles. Les déclarations de principe en faveur de l'entraide internationale en droit de la concurrence se sont multipliées, mais rares sont celles qui ont été concrétisées dans des textes juridiquement contraignants. Au stade actuel de la libéralisation du commerce international, il est nécessaire de renforcer la compatibilité entre le droit du commerce international et le droit de la concurrence.

Comment développer le droit international de la concurrence? La deuxième partie de notre travail a recensé différentes approches

possibles. Notre thèse à cet égard est que ni la théorie des effets et l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, ni l'application du droit étranger de la concurrence, ni l'harmonisation internationale du droit de la concurrence, ni l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence, ni encore le droit supranational de la concurrence ne constituent à elles seules des approches suffisantes.

L'harmonisation internationale du droit de la concurrence et l'entraide administrative internationale sont à notre avis deux approches complémentaires. L'exemple peut-être le meilleur à l'appui de cette thèse est l'Accord EEE. Ce dernier comprend non seulement une harmonisation complète des règles de concurrence, mais encore une entraide administrative internationale contraignante, qui permet l'échange d'informations confidentielles et qui prime sur le droit national contraire. Par contre, l'harmonisation internationale du droit de la concurrence, même détaillée, avec des règles de fond précises, ne produit pas de résultats efficaces si elle n'est pas accompagnée d'entraide administrative internationale contraignante. L'exemple type est l'Accord de libre-échange de 1972 entre la CE et la Suisse. Enfin, l'entraide administrative internationale détaillée n'est pas pleinement efficace en l'absence d'harmonisation internationale, comme le montre l'exemple de l'Accord bilatéral de coopération entre les Etats-Unis et l'UE. En d'autres termes, règles de fond et règles de procédures ne sauraient être dissociées et il s'agit là d'une démonstration tout à fait classique du phénomène de l'unité du droit.

Une autre expression de l'unité du droit est la question, centrale, des sanctions. Lorsqu'un système législatif repose sur un système de sanctions administratives, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale est difficilement concevable, si ce n'est impossible. Lorsqu'un système, comme celui du droit suisse, ne connaît pas de sanctions directes pour violation des règles de concurrence, cela constitue un obstacle majeur à l'entraide administrative internationale avec un système basé sur des sanctions administratives directes, comme celui de l'UE. En revanche, lorsque deux systèmes connaissent des systèmes de sanctions similaires, une entraide inter-

nationale contraignante peut être élaborée, même en matière pénale, comme le montre l'exemple de la coopération entre les Etats-Unis et le Canada. C'est dire qu'un minimum d'harmonisation internationale est nécessaire aussi bien en ce qui concerne les règles de fond que les règles de procédure et les sanctions.

B. La relation entre l'entraide administrative internationale et l'entraide judiciaire internationale en droit de la concurrence

Au début du XX^{ème} siècle, les Etats sont parvenus à se mettre d'accord au sujet de principes de base dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière civile. Les conventions d'entraide judiciaire internationale en matière civile sont applicables dans le cadre de la mise en œuvre civile du droit de la concurrence. Elles permettent la notification d'actes de procédures à l'étranger, la recherche de preuves à l'étranger de même que la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers en matière civile et commerciale. De tels mécanismes font en revanche défaut dans le contexte de la mise en œuvre administrative du droit de la concurrence. Notre thèse est qu'il n'est pas cohérent de créer des voies d'entraide internationale séparées. Selon nous, l'entraide judiciaire internationale en matière civile devrait, dans la mesure du possible, être disponible aux autorités de la concurrence et ce en raison du caractère hybride du droit de la concurrence, à cheval sur le droit public et le droit privé.

S'agissant de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, le principe de double incrimination fait obstacle à l'entraide internationale en droit de la concurrence. L'entraide administrative internationale ne devrait pas être un moyen de contourner l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Le fait que le droit suisse exclut l'entraide judiciaire internationale en matière pénale n'interdit toutefois pas l'entraide administrative internationale. En principe,

les sanctions pour violation du droit de la concurrence sont prononcées contre des entreprises et non pas contre des particuliers. Le droit antitrust américain constitue toutefois une exception de taille à cette règle puisqu'il n'est pas rare que des individus soient arrêtés et condamnés à des peines d'emprisonnement pour violation des règles de concurrence. Il convient selon nous d'éviter que la transmission par un Etat d'informations aux autorités antitrust américaines au sujet de restrictions à la concurrence puisse aboutir à la condamnation de particuliers à des peines d'emprisonnement. En effet, les entreprises sont les acteurs du marché et non les particuliers et, par conséquent, ce sont les entreprises, et non pas les particuliers, qui devraient être sanctionnées sous forme d'amendes lorsqu'elles faussent le jeu de la concurrence.

C. L'entraide administrative internationale en droit de la concurrence comme phénomène de globalisation du droit

Convient-il de développer l'entraide administrative internationale au niveau bilatéral, régional, plurilatéral ou multilatéral? A cet égard, il est intéressant d'observer une évolution parallèle du droit sur différents niveaux. Le début des années 90 marque la conclusion de plusieurs accords bilatéraux d'entraide administrative internationale en droit de la concurrence qui mettent l'accent sur la coopération internationale entre autorités de la concurrence dans les cas d'intérêt commun (et plus seulement pour résoudre les conflits liés à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence). Depuis la seconde moitié des années 90, une nouvelle forme d'accords bilatéraux cherche à surmonter les obstacles à l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence et à encourager l'action par une autorité de la concurrence pour le compte d'une autre autorité de la concurrence (courtoisie positive).

Au niveau régional, depuis les années 90 également, la Commission européenne cherche à renforcer la coopération avec les autorités de la concurrence des Etats membres et des Etats voisins en particulier d'Europe centrale et orientale. Au niveau plurilatéral, les travaux de l'OCDE ont abouti à une révision en 1995 de la recommandation sur la coopération entre les Etats dans le domaine des pratiques commerciales restrictives affectant les échanges internationaux et, en 1998, à l'adoption d'une recommandation portant condamnation des ententes injustifiables. Enfin, depuis 1998, les travaux du Groupe de travail sur les échanges et la concurrence de l'OMC fournissent la base d'une réflexion au sujet d'une réglementation multilatérale du droit de la concurrence dans le cadre de l'OMC.

Cette évolution parallèle de la codification de l'entraide administrative internationale est selon nous tout à fait significative du phénomène de la globalisation du droit et de l'osmose nécessaire entre les différents systèmes législatifs. Il n'est plus possible de penser aujourd'hui en fonction d'un système normatif isolé. Il convient bien au contraire de chercher à développer des principes communs à différents systèmes même si ces derniers présentent des différences importantes. On évite ainsi l'introversion qui résulte d'une pensée juridique strictement nationale et qui est la source d'inspiration des lois de blocage qui ont été adoptées dans les années 80 et qui sont aujourd'hui totalement inadaptées.

D. Les limites actuelles de l'entraide administrative internationale

Plusieurs limitations sont inhérentes à l'entraide administrative internationale existante. D'abord, les accords étudiés dans ce travail sont généralement non contraignants. Ils contiennent souvent une réserve qui justifie leur non-application en cas d'intérêts importants d'une des parties à l'accord. En l'absence d'une clause de courtoisie posi-

tive, ils ne permettent pas de résoudre les difficultés d'accès au marché résultant de pratiques commerciales restrictives. Ils ne permettent en général pas non plus l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence, en l'absence de consentement des entreprises concernées. Ceci constitue un obstacle important à la coopération internationale en relation avec les formes de cartels et d'abus de position dominante les plus néfastes.

Les accords décrits dans ce travail ne contiennent en général pas de procédure de règlement des différends, mais simplement des procédures de consultation. Dans certains cas (l'ALENA), la procédure de règlement des différends est exclue en relation avec le droit de la concurrence. Les accords ne traitent pas de la question de la reconnaissance et de l'exécution forcée des décisions d'autorités de la concurrence étrangères. Enfin, ils sont limités par leur nature bilatérale ou régionale, à l'heure où les problèmes de concurrence nécessitent de plus en plus souvent une approche globale.

E. Vers une approche multilatérale de l'entraide administrative internationale

L'entraide administrative internationale présente de nombreux avantages. Même si la pratique est encore peu développée, les accords bilatéraux montrent que l'entraide administrative internationale facilite l'application des législations sur la concurrence dans un contexte international, contribue au développement harmonieux des échanges économiques internationaux entre Etats, réduit les conflits liés à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence, favorise une meilleure compréhension des politiques de concurrence étrangères et une prise en compte des intérêts d'autres Etats, facilite un traitement harmonieux des cas d'intérêt commun, en permettant en particulier aux autorités de la concurrence de coopérer dans la délimitation du marché géographique et du marché de

produit pertinent, et permet l'échange d'informations non confidentielles entre autorités de la concurrence, la coordination des mesures d'application et à certaines conditions l'application du droit de la concurrence pour le compte d'une autorité étrangère de la concurrence (courtoisie positive), et enfin une coopération approfondie lorsque la ou les entreprise(s) concernée(s) autorise(nt) l'échange d'informations confidentielles.

L'étendue géographique des accords bilatéraux est par ailleurs toujours plus large. Il existe une coopération approfondie, de nature contraignante, et qui permet l'échange d'informations confidentielles entre les Etats-Unis et le Canada, entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande, et entre l'UE et les pays de l'EEE. Les accords bilatéraux comme l'Accord entre l'UE et les Etats-Unis, entre les Etats-Unis et l'Australie ou entre l'UE et le Canada, font le lien entre ces différentes zones de coopération étroite. Considérés dans leur ensemble, les accords bilatéraux ont ainsi une signification qui va au-delà du bilatéralisme. Ils préparent selon nous la voie à une approche multilatérale de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence.

F. L'importance d'un accord sur la concurrence à l'OMC

L'OMC offre plusieurs avantages pour accueillir une réglementation multilatérale de l'entraide administrative internationale en droit de la concurrence. Une réglementation à l'OMC aurait un caractère juridiquement contraignant et pourrait faire l'objet d'un contrôle dans le cadre de la procédure de règlement des différends. Certes, les Etats ont des intérêts divergents et des législations sur la concurrence inégales lorsqu'elles ne sont pas inexistantes. Le droit du GATT/OMC ne fonctionne pas uniquement par consensus mais permet la conclusion d'accords plurilatéraux. Au début des négociations sur la propriété intellectuelle, nul n'aurait pu imaginer la

conclusion de l'Accord TRIPS. Par ailleurs, l'accord sur les services financiers a été conclu à l'origine sans les Etats-Unis! C'est dire que la perspective d'un accord sur la concurrence à l'OMC ne saurait être d'emblée exclue.

G. L'ossature d'un accord sur la concurrence à l'OMC

Un accord sur la concurrence à l'OMC ne devrait pas contenir une harmonisation détaillée du droit de la concurrence ni prévoir un droit supranational de la concurrence. Un progrès pourrait être réalisé par l'obligation pour les Etats de supprimer l'exemption en faveur des cartels d'exportation, de réduire la portée des exemptions en droit de la concurrence et de limiter leur application dans le temps. La reconnaissance formelle de la théorie des effets devrait par ailleurs contribuer à améliorer le contrôle des restrictions à la concurrence de dimension internationale. Les obligations de notification, de consultation, d'échange d'informations non confidentielles, de courtoisie passive et active devraient former les règles de base de l'entraide administrative internationale en droit du GATT/OMC.

L'harmonisation internationale devrait se limiter à une interdiction des ententes injustifiables (« *hard core cartels* »), interdiction qui pourrait s'inspirer de la recommandation de l'OCDE sur les ententes injustifiables. En relation avec celles-ci, les Etats devraient reconnaître la nécessité d'un échange d'informations confidentielles et d'un contrôle juridictionnel. Ceci implique une harmonisation des sanctions en cas d'ententes injustifiables. Afin de gagner l'intérêt des entreprises à un accord OMC sur la concurrence, les Etats membres devraient tenir compte des sanctions prononcées dans un autre Etat membre s'agissant d'une même restriction à la concurrence qui produit des effets dans plusieurs Etats membres.

La procédure de règlement des différends en droit du GATT/OMC devrait être applicable au droit de la concurrence. Elle ne

devrait pas transformer les Groupes spéciaux de l'OMC en juridictions spécialisées en droit de la concurrence qui connaîtraient de litiges entre entreprises. Les entreprises n'ont en effet (pour l'heure) pas d'accès direct à la procédure de règlement des différends. La procédure de règlement des différends de l'OMC devrait selon nous s'appliquer en rapport avec le contrôle de l'application des principes de courtoisie négative et de courtoisie positive de même que la transposition effective en droit national des interdictions convenues en droit international. Tout comme par exemple l'Accord TRIPS ou l'Accord sur les marchés publics ont imposé aux Etats membres d'adapter leurs législations nationales, un accord OMC sur la concurrence contiendrait une obligation de transposer des standards minimaux dans les législations nationales ou régionales sur la concurrence, ainsi, l'interdiction des cartels d'exportation et des ententes injustifiables.

H. Les perspectives pour le droit suisse

Le volet international du droit suisse de la concurrence n'est à notre avis pas suffisamment développé. La principale raison est que le droit suisse de la concurrence n'est pas fondé sur le système de l'interdiction des cartels. Ceci constitue un obstacle majeur à la coopération internationale puisqu'un minimum d'harmonisation du droit de fond et des sanctions est nécessaire afin que l'entraide administrative internationale soit effective.

La situation qui en résulte est peu satisfaisante à plus d'un titre. Elle est inégalitaire car les entreprises qui opèrent au niveau national sont soumises à un contrôle plus strict que celles qui opèrent au niveau international. Elle est inefficace dans la mesure où les autorités suisses de la concurrence sont dépourvues de moyens d'actions contre les pratiques commerciales restrictives à l'étranger qui déploient des effets en Suisse. Elle est enfin peu solidaire puisque les

autorités suisses ne peuvent pas, en l'état actuel, coopérer avec les autorités étrangères en rapport avec des pratiques commerciales restrictives qui seraient mises en œuvre en Suisse et destinées à déployer des effets à l'étranger.

Pour ces raisons, nous sommes d'avis que, à brève échéance, le droit suisse de la concurrence sera inévitablement soumis à une nouvelle pression au changement. Comme dans d'autres domaines du droit, et comme par le passé en droit de la concurrence, celle-ci viendra certainement de l'extérieur, c'est à dire de l'OCDE, de l'intégration multilatérale en droit du GATT/OMC, ou encore de l'intégration européenne. Notre thèse à cet égard est que tant l'intégration multilatérale que régionale de la Suisse nécessiteront une modification de la LCart 1995 et l'introduction en droit suisse de la concurrence de l'interdiction des cartels et de sanctions directes. Cette réforme est tout simplement nécessaire afin qu'une coopération internationale effective puisse se développer en droit suisse de la concurrence.

Dans l'immédiat, la perspective de l'entrée en vigueur des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE ne devrait pas rester sans conséquences. Les moyens de renforcer la coopération bilatérale existante sans harmonisation internationale et sans modification de la LCart 1995 sont variés. On peut penser en particulier à un accord bilatéral de coopération sur le modèle de l'accord USA-UE ou encore à un protocole additionnel à l'ALE de 1972.

Bibliographie

Ouvrages

- ANNOTT Frederick/COTTIER Thomas/GURRY Francis
The international intellectual property system, Commentary and Materials,
Kluwer Law International, The Hague, London, Boston 1999.
- ALTHAUS Annette
*Amtshilfe und Vor-Ort-Kontrolle, Rechtsfragen der internationalen Zusammen-
arbeit unter Bank- und Finanzaufsichtsbehörden mit besonderer Berücksich-
tigung der Regelung in der Schweiz*, Thèse, Stämpfli, Bern 1997.
- ATWOOD James R./BREWSTER Kingman
Antitrust and American Business Abroad, 2 vol., 2nd ed., Colorado Springs
1981, p. 312 ss.
- BÄR Rolf
Kartellrecht und internationales Privatrecht, Habilitationsschrift, Bern 1965.
- BASEDOW Jürgen
*Weltkartellrecht, Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der inter-
nationalen Vereinstätlichkeit des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen*,
Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht Nr. 63, herausge-
geben vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privat-
recht, Mohr, Tübingen 1998.
- BAUDENBACHER Carl/SCHNYDER Anton K.
Die Bedeutung des EG-Kartellrechts für Schweizer Schiedsgerichte, Helbing &
Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main 1996.
- BAUDENBACHER Carl (Hrsg.)
Neueste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht,
Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999, Helbing & Lich-
tenhahn, Basel, Genf, München 2000.
- BELLAMY Christopher W./CHILD Graham
Competition Law of the EEC, Sweet & Maxwell (4th ed.), London 1994 (1^{er}
supplément 1996).
- BHAGWATI J./HUDIC R. (eds.)
Fair Trade and Harmonization, Volume 2, Legal Issues, MIT Press, Cam-
bridge, Massachusetts 1996.
- BISCHOF Thomas
Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelsachen,
Veröffentlichungen des schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band
31, Zürich 1997.

- BREWSTER Kingman
Antitrust and American Business Abroad, McGraw-Hill Book Company, New York, Toronto, London 1958.
- BROWNIE Ian
Principles of Public International Law, Fifth Edition, Oxford University Press 1998.
- CHENG Chia-Jui/LIU Lawrence/WANG Chih-Kang (eds.)
International Harmonization of Competition Laws, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London 1995.
- CHOFFAT P.
L'applicabilité directe de l'Accord de libre-échange du 22 juillet 1972 entre la CEE et la Confédération suisse, Lausanne 1977.
- COTTIER Thomas (Hrsg.)
GATT-Uruguay Round, Neun Beiträge, Stämpfli, Bern 1995.
- COTTIER Thomas/KOPSE Alwin R. (éds.)
L'adbéston de la Suisse à l'Union européenne, Enjeux et conséquences, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1998.
- DUCREY Patrik
Die Kartellrechte der Schweiz und der EWG im grenzüberschreitenden Verkehr, Thèse, Universitätsverlag Freiburg, Freiburg 1991.
- FIKENTSCHER Wolfgang/IMMENG A Ulrich (eds.)
Draft International Antitrust Code, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1995.
- FRIEDEL-SOUCHE Evelyne
Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans l'Union européenne, Bibliothèque de droit international et de droit communautaire, Tome 109, Paris 1994.
- FUGATE W./SIMOWITZ L.
Foreign Commerce and the Antitrust Laws, Little, Brown & Company (5th ed.), Boston, Toronto, London 1996.
- GELHORN ERTSI
Antitrust Law and Economics in a Nutshell, West Publishing Co. (4th ed.), St. Paul, Minn. 1994.
- GERBER David
Law and Competition in Twentieth Century Europe, Clarendon Press, Oxford 1998.
- GOYDER Dan
EEC Competition Law, Clarendon, Oxford 1988.
- GRAHAM Edward E./RICHARDSON J. David (eds.)
Global Competition Policy, Institute for International Economics, Washington D. C. 1997.
- GREEN Nicholas/ROBERTSON Aidan
Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in the UK and EC, Kluwer Law International (2th ed.), London, The Hague, Boston 1997.

- HAWK Barry
United States, Common Market and International Antitrust, 1, Second édition, Clifton, 1987, p. 174 ss.
- HAWK Barry
United States Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide, Prentice Hall Business (2th ed.), New York 1996.
- HAWK Barry (ed.)
International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, Kluwer Law and Taxation Publ., Deventer 1993.
- HAWK Barry (ed.)
International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, Sweet & Maxwell, London 1996.
- HAWK Barry (ed.)
International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, Sweet & Maxwell, London 1997.
- HAWK Barry (ed.)
International Antitrust Law & Policy, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, Juris Publishing, Yonkers (N.Y.) 1998.
- HAYMANN Michel
Die extraterritoriale Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts, Thèse, Zürich 1975.
- HOEKMAN Bernard/MAVROIDIS Petros (eds.)
Law and Policy in Public Purchasing: The WTO Agreement on Government Procurement, Michigan University Press, Ann Arbor 1997.
- IMMENGA Ulrich/MISTMÄCKER Ernst Joachim (Hrsg.)
EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Beck, Munich 1997.
- JACKSON John
The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations, Second Edition, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London 1997.
- JACOT-GUILLARMOU Olivier
Le juge national face au droit européen, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 235 ss.
- JACOT-GUILLARMOU Olivier (éd.)
Accord EEE, Commentaires et réflexions, Collection de droit européen, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1992.
- JORDE Th.M./TEECE D.J. (eds.)
Antitrust, Innovation and Competitiveness, New York 1992.
- JUNG Chris
Subsidiarität im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Die Aktionsmöglichkeiten nationaler Kartellbehörden in der EU, Thèse, Heidelberg 1995.
- JUNOD Charles-André/HIRSCH Alain (éds.)
L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale, Etudes suisses de droit européen, Volume 30, Georg Editeur SA Genève, Genève 1986.

- KANTZENBACH Erhard/SCHARRER Hans-Eckart/WAVERMAN Leonard (eds.)
Competition Policy in an Interdependant World Economy, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993.
- KERSE Christopher S.
EEC Antitrust Procedure, Sweet & Maxwell (3rd ed.), London 1994.
- KNOEPFLER François/SCHWEIZER Philippe
Précis de droit international privé suisse, Deuxième édition, Stämpfli, Berne 1995.
- KUHMANN Thomas Otto
Das Ermittlungsverfahren im internationalen Kartellrecht der USA, Eine Untersuchung zur Praxis der amerikanischen Kartellbehörden bei der inländischen und grenzüberschreitenden Sachverhaltsaufklärung im Kartellverfahren, These, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988.
- LÄSSIG Peter
Dezentrale Anwendung des europäischen Kartellrechts, FTW-Schriftenreihe, Heft 170, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1997.
- LOEBENSTEIN Edwin
International Mutual Assistance in Administrative Matters, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Supplement 2, Springer-Verlag, Wien, New York 1972.
- MARCEAU Gabrielle
Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas, Clarendon Press, Oxford 1994.
- MATSUSHITA MITSUO
International Trade and Competition Law in Japan, Modern Japanese Law Series, Oxford University Press, 1993.
- MC CLEAN David
International Judicial Assistance, Clarendon Press, Oxford 1992.
- MEESSEN Karl Matthias (ed.)
Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston 1996.
- MENG Werner
Extraterritoriale Jurisdiktionen im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Springer, Heidelberg 1994.
- MERKT Olivier
Les mesures provisoires en droit international privé, Etudes suisses de droit international, Volume 86, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1993.
- MOZET Peter
Die internationale Zusammenarbeit zwischen Kartellbehörden, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1991.
- NEBEL Rolf
Internationale Verhaltensregeln über wettbewerbsbeschränkende Geschäftspraktiken, Etudes suisses de droit international, Volume 44, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1986.

- PETERSMANN Ernst-Ulrich
The GATT/WTO Dispute Settlement System, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston 1997.
- PETERSMANN Ernst-Ulrich (ed.)
International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, Kluwer Law International, 1999.
- RENOLD Marc-André
Les conflits de loi en droit antitrust, Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique, Etudes suisses de droit international, Volume 69, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1991.
- ROWLEY Bill/BAKER Donald
International Mergers and The Antitrust Process, (2th ed.) 1996.
- SANSONETTI Riccardo
L'entraide administrative internationale dans la surveillance des marchés financiers, Etudes suisses de droit bancaire, Volume 50, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1998.
- SCHERER Frederic M.
Competition Policies for an Integrated World Economy, The Brookings Institution, Washington D.C. 1994.
- SCHERRER Frank
Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1996.
- SCHNYDER Anton K.
Wirtschaftskollisionsrecht, Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1990.
- SLOT Piet Jan/McDONNELL Alison (eds.)
Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law, Proceedings of the Leiden Europa Instituut Seminar on User-friendly Competition Law, Sweet & Maxwell, London 1993.
- STRAW Robert F.
International Competition Rules? An Economic Analysis, Difo-Druck GmbH, Bamberg 1997.
- ULLRICH Hanns (ed.)
Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law, Proceedings of the workshop, Bruges, College of Europe, July 3-5, 1997, organised in co-operation with Wolfgang FIKENTSCHEK and Ulrich IMMENGA, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998.
- VALMER Kerrin M./LOYD Peter J.
International Trade and Competition Policy: CER, APEC and the WTO, The Institute of Policy Studies, Wellington, New Zealand, 1997.
- VON BÖREN Roland/CORNER Thomas (Hrsg.)
Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Stämpfli, Bern 1997.

- VON DER GROEBEN HANS/THIESING Jochen/EHLERMANN Claus-Dieter (Hrsg.)
Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Artikel 85–87 EGV, Fünfte neubearbeitete Auflage, Band 2/1, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999.
- WAELEBROECK Michel/FRIGNANI Aldo
Commentaire J. Megret, Le droit de la CE (4), Concurrence, 2^{ème} édition entièrement refondue et mise à jour, Editions de l'Université de Bruxelles 1997.
- WALLER Spencer
International Trade and U.S. Antitrust Law, CBC, Deerfield, New York, Rochester, Release 1995.
- WAVERMAN Leonard/COHANOR W.S./GOTO A. (eds.)
Competition Policy in the Global Economy, Routledge Studies in the Modern World Economy, London, New York 1997.
- WHISH Richard
Competition Law, Butterworths (3rd ed.), London, Edinburgh 1993.
- ZÄCH Roger
Kartellrecht auf neuer Grundlage, Haupt, Bern, Stuttgart 1989.
- ZÄCH Roger
Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof, Stämpfli & Beck, Bern, München 1994.
- ZÄCH Roger (Hrsg.)
Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996.
- ZÄCH Roger
Schweizerisches Kartellrecht, Stämpfli, Berne 1999.
- ZÄCH Roger (ed.)
Towards WTO Competition Rules, Stämpfli, Berne, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999.

Articles

- ABBOTT Frederick
First Report (Final) to the Committee on International Trade Law of the International Law Association on the Subject of Parallel Importation, JIEL, Oxford University Press, 1998, p. 607 ss.
- ADITY George N.
International Harmonization and Enforcement Cooperation: The Canadian Experience, In: C.-J. CHENG et al. (eds.), *International Harmonization of Competition Laws*, 1995.
- ADIGAR R.J.
The Role of Antitrust Policy in the Development of Australian-New Zealand Free Trade, 12 *Northwestern Journal of International Law & Business* 1991.

- ALFORD Roger P.
The extraterritorial application of antitrust laws: The United States and European Community Approaches, Virginia Journal of International Law 1992, p. 1 ss.
- ALFORD Roger P.
The extraterritorial application of antitrust laws: A proscript on H.F. Insurance Co. v. California, Virginia Journal of International Law 1993, p. 213 ss.
- ANDERSON R.
The interface between competition policy and intellectual property in the context of the international trading system, JIEL 1998, p. 655 ss.
- ARHEL P.
Droit international de la concurrence, S'orienter-il-on vers des négociations?, RMC 1999, p. 84 ss.
- ARIOLI Silvio
Kommentar zu den Wettbewerbsregeln, in: HANDELSKAMMER DEUTSCHLAND-SCHWEIZ (Hrsg.), *Texte und Kommentare zum Abkommen Schweiz-EWG*, Liefg. IV/1974.
- ARIOLI Silvio/BALDI Marino
The UN-Code on Restrictive Business Practices: A Quixotic Dulcinea or a Real Beauty?, RSDIC 1980, p. 25 ss.
- ATHOS E.
United Nations Guidelines, HILJ, Vol. 22 N° 2 1981, p. 407 ss.
- ATWOOD James R.
Conflicts of Jurisdiction in the Antitrust Field: The Example of Export Cartels, Law & Contemporary Problems 1987, p. 153 ss.
- ATWOOD James R.
The Role of National Antitrust Laws in the Promotion of International Competition, Nw.J. Int'l L. & Bus. 1989, p. 99 ss.
- ATWOOD James R.
Positive Comity— Is it a Positive Step?, in: B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, Kluwer Law and Taxation Publ., Deventer 1993, p. 79 ss.
- ATWOOD James R.
Information from Abroad, Who bears the Burden in an Antitrust Investigation?, World Competition 1996, p. 43 ss.
- BAKER Donald I.
Investigation and Proof of an Antitrust Violation in the United States: A Comparative Look, in: P.J. SLOT/A. McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, London 1993, p. 144 ss.
- BAKER Donald I./CAMPBELL A.N./REYNOLDS M.J./ROWLEY J.W.
The Harmonization of International Competition Law Enforcement, in: L. WAVERMAN/W.S. COMANOR/A. GOTO, *Competition Policy in the Global Economy*, Routledge, London, New York 1997.

- BAKER Donald I./MILLER W.T.
Antitrust Enforcement and Non-Enforcement as a Barrier to Imports, International Business Lawyer 1996, p. 488 ss.
- BALDI Marino
Direct Applicability of Free Trade Agreements Between the EEC and the EFTA Countries from a Swiss Perspective, RSDIC 1985, n° 25.
- BALDI Marino
Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen und die Art. 42/43 des Kartellgesetzes (KG), in: R. ZÄCH (Hrsg.), *Kartellrecht auf neuer Grundlage*, Haupt, Berne, Stuttgart 1989, p. 279 ss.
- BALDI Marino
Die Wettbewerbsbestimmungen des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG und ihr Verhältnis zum EWG-Kartellrecht, in: H.-J. MEYER-MARSILIUS/W.R. SCHULTZ/W. STAUFFACHER (Hrsg.), *Beziehungen Schweiz-EG-Abkommen, Gesetze, Richtlinien, Kommentare*, Zürich 1991.
- BALDI Marino
Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: R. ZÄCH (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, p. 3 ss.
- BÄR Rolf
Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: R. VON BÜREN/Th. COITIER (Hrsg.), *Die neue Wettbewerbsordnung der Schweiz im internationalen Umfeld*, Stämpfli, Bern 1997, p. 87 ss.
- BASEDOW Jürgen
Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence, RCADI 1997, Tome 264, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London 1998, p. 9 ss.
- BAUDENBACHER Carl
Die Bedeutung europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts für Schweizer Unternehmen, Internationales Kartellrechtforum, St-Gall 1994.
- BAUDENBACHER Carl
Von Farbstoff zu Boeing – Extraterritoriale Anwendung des Europakartellrechts, Internationales Kartellrechtforum, St-Gall 1998.
- BELLAMY Christopher W./ROTH P.M.
Extraterritorial Application of Competition Law to international Mergers and Acquisitions, Revue Internationale du droit de la Concurrence 1992, p. 3 ss.
- BERGAU T.
EuG anerkennt Auswirkungsprinzip in der Fusionskontrolle, European Law Reporter, Avril 1999.
- BINGAMAN Anne K.
Internationales Antitrustrecht und gegenwertige Rechtsanwendung, WuW 1995, p. 303 ss.
- BINGAMAN Anne K.
International Antitrust: A Report from the Department of Justice, in: B. HAWK

- (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law, 1995, p. 1 ss.
- BISCHIOFF J.-M./KOVAR R.
L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté, JDI 1975, p. 675 ss.
- BLACKHURST R.
Competition Policies: National versus Multilateral Jurisdiction, Aussenwirtschaft 1994, p. 223 ss.
- BLINK Werner
Die Zustellung von Bescheiden der Kartellbehörden mit Auslandsbezug, RIW 1980, p. 233 ss.
- BORER Jürg
Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift ZÄCh, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999 p. 217 ss.
- BOS P.V.
Towards a Clear Distribution of Competence between EC and National Competition Authorities, ECLR 7/1995, p. 410 ss.
- BOURGEOIS J./JOHANNES H.
Blitz und Donner aus Brüssel, Die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechtes auf Schweizer Unternehmen – Kleine Boshaftheiten, erzählt von ehemaligen Eurokraten, in: *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift ZÄCh, Schulthess Polygraphischer Verlag 1999, p. 227 ss.
- BRITTAN Sir LEON/VAN MIERT Karel
Towards an International Framework of Competition Rules, International Business Lawyer 1996, p. 454 ss.
- BROCKLAND Dean
The 1995 International Antitrust Guidelines: The Reach of US Antitrust Law Continues to Expand, Journal of International Legal Studies 1996, p. 33 ss.
- BRONCKERS MARCO
The Exhaustion of Patent Rights under World Trade Organization Law, JWT 1998.
- BRONCKERS MARCO/LAROCHE Pierre
Telecommunications Services and the World Trade Organization, JWT 31/1997, p. 5 ss.
- BUNTE Klaus
Deutsch-amerikanische Zusammenarbeit zwischen den Kartellbehörden und Freedom-of-Information Act, WuW 1979, p. 387 ss.
- CAMPBELL A. N./GRUNDMANN
in: U. IMMENGA/E.J. MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, Beck, Munich 1997.
- CASTEL Jean-Gabriel
The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws, RCADI 179/1983, p. 9 ss.

- CASTEL Jean-Gabriel
Extraterritoriality in international trade, RCADI 1988.
- CHARLTON Helen
EC Competition Law The New Regime under the EEA Agreement, ECLR 1994,
 p. 55 ss.
- COTTIER Thomas
Die Extraterritorialität des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union, in:
 H.-J. MEYER-MARSILIUS/W. R. SCHLUEP/W. STAUFFACHER (Hrsg.), *Beziehungen Schweiz-
 EG-Abkommen, Gesetze, Richtlinien, Kommentare*, Zürich 1991.
- COTTIER Thomas
The Prospects for Intellectual Property in GATT, CMLRev 1991, Vol. 28,
 p. 383 ss.
- COTTIER Thomas
*Intellectual Property in International Trade Law and Policy: The GATT Con-
 nection*, Aussenwirtschaft 1992 n° 1, p. 75 ss.
- COTTIER Thomas
*Constitutional Trade Regulation in National and International Law: Struc-
 ture Substance Pairings in the EFTA Experience*, in: M. HILF/E.-U. PETERSMANN
 (eds.), *National Constitutions and International Economic Law*, Kluwer Law
 and Taxation Publ., Deventer, Boston 1993, p. 418 ss.
- COTTIER THOMAS
*Zwischen Integration und Weltwirtschaft: Rechtliche Spielräume der Schweiz
 nach der Uruguay-Runde des GATT*, in: W. LINDER/P. LANFRANCHI/E. WEIBEL
 (Hrsg.), *Schweizer Eigenart-eigenartige Schweiz*, Haupt, Bern, Stuttgart, Wien
 1995, p. 231 ss.
- COTTIER THOMAS
*Implications of WTO Law for the Exhaustion Issue and Parallel Imports, Con-
 sequences of a Possible International Exhaustion of Rights on Business*, LES
 France, Paris, Mai 1998.
- COTTIER THOMAS
*Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Struc-
 tural Implications For The European Union*, CMLRev 35/1998, p. 325 ss.
- COTTIER THOMAS
*Das Ende der bilateralen Ära: Rechtliche Auswirkungen der WTO auf die Inte-
 grationspolitik der Schweiz*, in: Th. COTTIER/A. KOPPE (Hrsg.), *L'adhésion de la
 Suisse à l'Union européenne, Enjeux et Conséquences*, Schulthess Polygraphi-
 scher Verlag, Zürich 1998, p. 87 ss.
- COTTIER THOMAS/METTINGER Ingo
The TRIPs Agreement without a Competition Agreement?, in: F. ABBOTT/Th.
 COTTIER/F. GURRY, *The international intellectual property system, Commentary
 and Materials*, 1999, p. 1750 ss.
- COTTIER THOMAS/MERKT Benoît
La protection diplomatique des sociétés commerciales, FJS n° 270, 1997.

- COTTIER Thomas/MIRKT Benoît
Die Auswirkungen des Wettbewerbsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz, in: R. VON BÜREN/Th. COTTIER (Hrsg.), *Die neue Wettbewerbsordnung der Schweiz im internationalen Umfeld*, Stämpfli, Bern 1997, p. 35 ss.
- COTTIER Thomas/NADAKAVUKAREN SCHEFER Krista
Swtzterland: The Challenge of Direct Democracy, in: J. JACKSON/SYKES, *Implementing the Uruguay Round*, Oxford 1997, p. 334 ss.
- COTTIER Thomas/NADAKAVUKAREN SCHEFER Krista
The Relationship Between World Trade Organization Law, National and Regional Law, JIEL 83 (1998), p. 83 ss.
- COTTIER THOMAS/NADAKAVUKAREN SCHEFER KRISTA
Non-violation Complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future, in: E.-U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1999, p. 143 ss.
- CREUS Antonio/FERNANDEZ VICIEN Cani
Rapport espagnol, in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998, p. 84 ss.
- DAVIDOW Joel
Recent Developments in the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law, World Competition 1997, p. 7 ss.
- DE CAPITANI Werner
Internationale Rechtsilfe, Etne Standortbestimmung, Rapport à la SJS, RDS (ZSR) 1981, p. 365 ss.
- DE LEON Ignacio
The Dilemma of Regulating International Competition under the WTO System, ECLR 3/1997, p. 162 ss.
- DHSS Joseph
Evaluation économique de la nouvelle loi, RSDA (SZW) Numéro spécial 1996, p. 32 ss.
- DEMETHIOU Marie/ROBERTSON Aidan
US Extra-territorial Jurisdiction in Antitrust Matters: Recent Developments, ECLR 8/1995, p. 461 ss.
- DENTON ROSS L.
Globalization of Competition Rules, Should This Be A Priority, And Is The WTO The Correct Forum?, Advanced EC Competition Law, London May 1997.
- DODGE W.
Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism, HILJ 39/1998, p. 101 ss.
- DOMINICÉ Christian/VOEFFRAY François
Suisse/Swtzterland, in: P.M. EISENMANN (ed.), *The Integration of International and European Community Law into the National Legal Order*, Kluwer Law International, Deventer, Boston 1996, p. 529 ss.
- DONOVAN Richard
International Criminal Antitrust Investigations: Practical Considerations for Defence Counsel, ALJ 1995, p. 205 ss.

- DROHLSAMMER Jens
Die Zusammenschlusskontrolle im EWR-Vertrag aus schweizerischer Sicht, in: Festschrift A.-C. GAEDERTZ, Beck, Munich 1992, p. 111 ss.
- DUBOIS Jean
Les nouvelles propositions de la Commission européenne concernant l'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités nationales, Revue internationale du droit de la concurrence, n° 176 1995, p. 36 ss.
- DUCHEMIN C.
L'essor du droit international de la concurrence, Revue de Droit des Affaires Internationales 1996, p. 449 ss.
- DUIJIM Bernhard/WINTER Helen
Möglichkeiten und Grenzen einer internationalen Wettbewerbsordnung, Tübinger Diskussionsbeitrag Nr. 29, November 1993.
- EHLERMANN Claus-Dieter
Ein Plädoyer für die Dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedsstaaten, in: *Du droit international au droit de l'intégration*, Liber Amicorum Pierre PESCATORE, 1987, p. 205 ss.
- EHLERMANN Claus-Dieter
Implementation of EC Competition Law by National Anti-Trust Authorities, ECLR 2/1996, p. 88.
- EMILIOU N.
Subsidiarity: An Effective Barrier Against «the Enterprises of Ambition»?, p. 383 ss.
- ENGERING F./DE BRABANDER H./VERMLUST E.
EC Antidumping Policy in a Globalizing World – A Dutch Perspective, JWT 32/1998, p. 155 ss.
- FARMER James
Towards a Single Trans-Tasman Market: A Lawyer's Perspective, World Competition 1988, N° 33, p. 39 ss.
- FEJO Jens/LEVINSEN Kirsten
Rapport danots, in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998, p. 72 ss.
- FIKENTSCHER Wolfgang
Wettbewerbsrecht im TRIPs-Agreement der Welthandelsorganisation, Historische Anknüpfung und Entwicklungschancen, GRUR Int. 1995, p. 476 ss.
- FIKENTSCHER Wolfgang
Historical Origins and Opportunities for Development of an International Competition Law in the TRIPs Agreement of the World Trade Organization (WTO) and Beyond, in: F. BEIER/G. SCHNICKER (eds.), IIC Studies, Vol. 18, *From GATT to TRIPs – The Agreement on Trade related Aspects of Intellectual Property Rights*, published by the Max-Planck-Institute for foreign and international patent, copyright and competition law, Munich 1996, p. 226 ss.
- FIKENTSCHER Wolfgang
The Draft International Antitrust Code (DIAC) in the Context of Internation-

- al Technological Integration*, in: F. ABBOTT/D. GERBER (eds.), *Public Policy and Global Technological Integration*, Kluwer Law International, 1997, p. 211 ss.
- FIKENTSCHER Wolfgang
Antitrust, Market Conceptualization and the World Trade Organization – The Conversion Approach, in: R. ZÄCH (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Stämpfli, Berne, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999.
- FIKENTSCHER Wolfgang/DREXL Josef
Der Draft International Antitrust Code, Zur institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechts, RIW 1994, p. 93 ss.
- FIRST H.
Theories of Harmonization, a Cautionary Tale, in: H. ULRICH (ed.), *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998, p. 17 ss.
- FOX Eleanor
Trade, Competition and Intellectual Property-TRIPS and its Antitrust Counterparts, Vanderbilt Journal of Transnational Law 1996, p. 481 ss.
- FOX Eleanor
US and EU Competition Law: A Comparison, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 339 ss.
- FOX Eleanor
Towards World Antitrust and Market Access, AJIL 91/1997, p. 1 ss.
- FOX Eleanor
Competition Law and The Millennium Round, JIEL 1999, p. 665 ss.
- FOX Eleanor/ORDOVER James
The Harmonization of Competition and Trade Law, The Case for Modest Linkages and Limits to Parochial State Action, World Competition 1995, p. 5 ss.
- FOX Eleanor/PTROWSKY R.
United States, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 235 ss.
- FREEMAN Laurie N.
U.S.-Canadian Information Sharing and the International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994, Georgetown Law Journal 1995, p. 339 ss.
- FURSE M.
Competition Law and the WTO Report: «Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper», ECLR 1999, p. 9 ss.
- GERRITS R.P./MUYLLE K.
The Effect of a Commission Infringement Decision in a National Action for Damages, ELRev June 1997, p. 265 ss.
- GIRARD Pierre-Louis
De Punta del Este à Marrakech: le processus de négociation 1986–1993, in: Th. COTTER (Hrsg.), *GATT-Uruguay Round, Neun Beiträge*, Stämpfli, Bern 1995, p. 1. ss.

- GOLDMAN C./BODRUG J.D./WARNER M.A.
Canada, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 47 ss.
- GONZALEZ J.P.
The Principle of Subsidiarity (A guide for lawyers with a particular Community orientation), ELRev 1995, p. 365 ss.
- GOODE Roy
Reflections on the Harmonization of Commercial Law, Uniform Law Review 1991, p. 3 ss.
- GRAHAM Edward E./RICHARDSON J. David
Conclusions and Recommendations, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 547 ss, p. 573.
- GRAHAM Edward E./RICHARDSON J. David
Competition Policies for the Global Economy, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997.
- GRIFFIN Joseph P.
Possible Resolutions of International Disputes over Enforcement of U.S. Antitrust Laws, 18 SJIL 1982, p. 279 ss.
- GRIFFIN Joseph P.
U.S. international antitrust enforcement: A practical guide to the Justice Department Guidelines, Bureau of National Affairs, Washington D.C. 1989.
- GRIFFIN Joseph P.
EC and US Extraterritoriality: Activism and Cooperation, in: B. HAWK (ed.), *International Antitrust Law & Policy*, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, 1994, p. 43 ss.
- GRIFFIN Joseph P.
U.S. Court of Appeals endorses criminal Antitrust Jurisdiction Over Price-Fixing Outside The United States, Advanced EC Competition Law, London 12-13.5.1997.
- GRIFFIN Joseph P.
Antitrust Aspects of Cross-Border Mergers and Acquisitions, ECLR 1998, p. 12 ss.
- GRIFFIN Joseph P.
Foreign Governmental Reactions to U.S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction, ECLR 2/1998, p. 64 ss.
- GRIFFIN Joseph P.
Extraterritoriality in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement, ALJ 1999, p. 159 ss.
- GRIFFIN Joseph P./CALABRESE M.R.
Coping with Extraterritoriality Disputes, World Competition 33/1998, p. 75 ss.
- GUGLER Philippe/MERKT Benoît
Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises, in: C. BOVET (éd.), *Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1999, p. 91 ss.

- GUGLER Philippe/ZURKINDEN Philipp
Das schweizerische, österreichische und das EG-Wettbewerbsrecht im Vergleich, *Wirtschaft und Gesellschaft* 24/1998, Heft 3, p. 353 ss.
- HAAGSMA Auke
International Competition Policy Issues: The EC-US Agreement of September 23, 1991, in: P.J. SLOT/A. McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, London 1993.
- HACHIGAN Nina
Essential Mutual Assistance in International Antitrust Enforcement, *The International Lawyer*, 1995, Vol. 29, N° 1, p. 117 ss.
- HAM Allard D.
International Cooperation in the Anti-Trust Field and in Particular between the United-States of America and the Commission of the European Communities, *CMLRev* 1993, p. 571 ss.
- HARDT Renee
Kodak v. Fujt. A test case for the extraterritorial application of the Sherman Act, *Boston University International Law Journal* 1997, p. 309 ss.
- HARTLEY T.
Constitutional and Institutional Aspects of the Maastricht Agreement, *ICLQ* Vol. 42/1993, p. 213 ss.
- HAUSER Heinz/SCHOENE Rainer
Is there a Need for International Competition Rules?, *Aussenwirtschaft* 1994, p. 205 ss.
- HAWK Barry/LAUDATI Laraine
Antitrust federalism in the United States and decentralization of competition law in the European Union: A comparison, *Fordham International Law Journal* 1996, p. 18 ss.
- HAWK Barry/VELTROP, J.
Dual Antitrust Enforcement in the United States: Positive or Negative Lessons for the European Community, in: P.J. SLOT/A. McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, London 1993, p. 21 ss.
- HAYMANN Michel
Extraterritorial Application of Antitrust Law, The Swiss Approach, *RSDIC* 1990, p. 17 ss.
- HAYMANN Michel
Joint Ventures and Mergers as a Test-Mark for a European Competition Law Between EEC and EFTA: Switzerland as an Example, *World Competition* 1992, p. 5 ss.
- HEINEMANN Andreas
Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im TRIPs-Übereinkommen der Welt-handelsorganisation, *GRUR Int.* 1995, p. 535 ss.
- HEINEMANN Andreas
Antitrust Law of Intellectual Property in the TRIPs Agreement of the World

- Trade Organization*, in: F.-K. BEIER/G. SCHNICKER (eds.), *IIC Studies*, Vol. 18, *From GATT to TRIPS – The Agreement on Trade related Aspects of Intellectual Property Rights*, published by the Max-Planck-Institute for foreign and international patent, copyright and competition law, Munich 1996, p. 239 ss.
- HINDLEY Brian
Competition Law and the WTO: Alternative Structures for Agreement, in: J. BHAGWATI/R. HUDEC, *Fair Trade and Harmonization*, Cambridge, Massachusetts 1996, p. 333 ss.
- HIRSCHI A.
L'accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers?, CDE 1974.
- HOEKMAN Bernard
Trade and Competition Policy in the WTO System, Center for Economic Policy Research, Discussion Paper Series No. 1501, London 1996.
- HOEKMAN Bernard/LOW P./MAVROIDIS PETROS
Regulation, Competition Policy and Market Access Negotiations: Lessons From the Telecommunication Sector, 1996.
- HOEKMAN Bernard/MAVROIDIS PETROS
Competition, Competition Policy and the GATT, *The World Economy* 17/1994, p. 121 ss.
- HOEKMAN Bernard/MAVROIDIS PETROS
Dumping, Antidumping and Antitrust, JWT 1996, p. 27 ss.
- HOEKMAN Bernard/MAVROIDIS PETROS
Externalités des politiques et compétition dans le secteur des technologies de pointe: Concurrence et coopération multilatérale au-delà de l'OMC, in: OECD, *L'accès au marché après le cycle d'Uruguay*, p. 215 ss.
- HOLLMANN
Auslandszustellung in US-amerikanischen Zivil- und Verwaltungssachen, RIW 1982, p. 784 ss.
- HORLICK G./MEYER M.
The International Convergence of Competition Policy, *The International Lawyer* 1995, p. 65 ss.
- HORLICK G./SHEA E. C.
The World Trade Organization Antidumping Agreement, JWT 1995, p. 5 ss.
- HUNTER L./HUTTON S.
Where There is a Will, There is a Way: Cooperation in Canada-U.S. Antitrust Relations, *Canada-US Law Journal* 20/1994, p. 101 ss.
- IMMENZA Ulrich
The Failure of Present Institutions and Rules to Respond to the Globalization of Competition, *Aussenwirtschaft* 1994, p. 204 ss.
- IMMENZA Ulrich
Wirkungsgrenzen bilateraler Verträge für eine internationale Wettbewerbsordnung, in: J. KRUSE/O. G. MAYER (Hrsg.), *Aktuelle Probleme der Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik*, Festschrift KANTZENBACH, Baden-Baden 1996, p. 155 ss.

- IMMENGA Ulrich
Das EG-Wettbewerbsrecht in den Europa-Abkommen (EA) mit Mittel- und Ost-europäischen Staaten, in: U. IMMENGA/E.J. MESTMÄCKER, *EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, Beck, Munich 1997.
- IMMENGA Ulrich
Zur extraterritorialen Anwendung der europäischen Fusionskontrolle, in: *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift ZÄCH, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p. 347 ss.
- JACKSON John
Alternating Approaches for Implementing Competition Rules in International Economic Relations, *Aussenwirtschaft* 1994, p. 177 ss.
- JACOT-GUILLARMOUD Olivier
L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un détour inutile, ASDI 1989 (vol. anniversaire), p. 129 ss.
- JACQUEMIN Alexis
Towards an Internationalization of Competition Policy, *The World Economy* 1995, p. 781 ss.
- JENNY Frédéric
French Competition Policy in perspective, in: B. HAWK (ed.), 1987 Fordham Corporate Law Institute, New York 1988, p. 301 ss.
- JENNY Frédéric
Competition Policy in a Global Economy, The Interface between Competition Policy and Trade, Investment and Economic Development, Mars 1997.
- JENNY Frédéric
France 1987-94, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997.
- JENNY Frédéric
Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges, in: R. ZÄCH (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Stämpfli, Berne, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999, p. 3 ss.
- JESTÄDT Thomas
Die neue Bagatellbekanntmachung der Kommission, WuW 2/1998, p. 119 ss.
- KAUFMANN IVO
Suisse – UE: Les obstacles techniques au commerce, in: *Commerce extérieur*, Revue de l'office suisse d'expansion commerciale OSEC n° 23 (juin), p. 19 ss.
- KREGAN Laura E.
The 1991 U.S./EC Competition Agreement: A Glimpse of the Future Through the United States v. Microsoft Corp. Windows, *Journal of International Legal Studies* 1991, p. 149 ss.
- KERSE Christopher S.
Enforcing Community Competition Policy under Articles 88 and 89 of the EC Treaty – New Powers for U.K. Competition Authorities, ECLR 1/1997, p. 17 ss.
- KEWALRAM R.
The Australian-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement: An

Experiment with the Replacement of Anti-Dumping Laws by Trade Practices Legislation, JWT 1993, p. 111 ss.

KINES Stephen

Confidentiality, Conflicts and Comity: Problems and Solutions in the New Area of International Cooperation for the Purposes of Enhancing Competition Law Enforcement, Netherlands International Law Review 1996, p. 19 ss.

KING James

A comparative analysis of the efficacy of bilateral agreements in resolving disputes between sovereigns arising from extraterritorial application of antitrust law: the Australian Agreement, The Georgia Journal of International and Comparative Law 1983, p. 48 ss.

KOLLER A.

Zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 233 des Freihandelsabkommens Schweiz-EG, in: Mélanges Henri DESCHENAUX, Fribourg 1977, p. 593 ss.

KRAMER L.

Extraterritorial Application of American Law After The Insurance Antitrust Case: A Reply to Professors Lowenfeld and Trimble, AJIL 1995, p. 750 ss.

LAMPERT T.

International Co-operation Among Competition Authorities, ECLR 1/1999, p. 214 ss.

LANGE Dieter/SANDAGE John Byron

The Wood Pulp Decision and its Implications for the Scope of EC Competition Law, CMLRev 1995, p. 137 ss.

LAUDAN Laraine/FRIEDBACHER Todd J.

Trading Secrets – The International Antitrust Assistance Act, Northwestern School of Law Journal of International Law & Business 1996, p. 478 ss.

LENZ Carl Otto

Die Anwendung des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaft durch die Gerichte der Mitgliedstaaten aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Gerichts Erster Instanz (EuG), in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998 (IV), p. 26 ss.

LIPSTEIN A.

Using Antitrust Principles to Reform Antidumping Law, in: E.D. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 405 ss.

LOWE A. Vaughan

The problems of Extraterritorial jurisdiction: Economic Sovereignty and the Search for a Solution, ICLQ 1985, p. 724 ss.

LOWENFELD Andreas

Discovery-Verfahren und internationale Rechtsilfe, IPRax, 1984 p. 51 ss.

LOWENFELD Andreas

International Litigation and the quest for reasonableness, RCAD1 1994, p. 245 ss.

LOWENFELD Andreas

Conflict, balancing of interests and the exercise of jurisdiction to prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case, AJIL 1995, p. 42 ss.

MACH Olivier

Droit des ententes (art. 85 CEE/art. 53 EEE), in: O. JACOT-GUILLARMOD (éd.), *Accord EEE, Commentaires et réflexions*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, Stämpfli, Berne 1992, p. 327 ss.

MAIER H.

Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction, AJCL 31/1983, p. 579.

MALAGUTI M. C.

Restrictive Business Practices in International Trade and the Role of the World Trade Organization, JWT 1998.

MANFRINI Pierre-Louis

Entraide Administrative Internationale, in: C.-A. JUNOD / A. HIRSCH (éds.), Colloque: *L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale*, Etudes suisses de droit européen, Volume 30, Georg Editeur SA Genève, Genève 1986, p. 117 ss.

MANN F. A.

Zur staatlichen Hoheitsgewalt über ausländische Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen inländischer Unternehmen, RSJ (SJZ) 1986, p. 21 ss.

MARCEAU Gabrielle

The Full Potential of the European Agreements: Trade and Competition Issues: The Case of Poland, World Competition 1995, p. 35 ss.

MARSDEN Philip B.

Dealing with International Exclusion, The Right Focus for the WTO Working Group on Trade and Competition Policy, World Competition 1998, p. 91 ss.

MARSDEN Philip B.

Inducing Member State Enforcement of European Competition Law: A Competition Policy Approach to Antitrust Federalism, ECLR 4/1997, p. 234 ss.

MARSDEN Philip B.

The Impropriety of WTO «Market Access» Rules on Vertical Restraints, World Competition 21/6 1998, p. 5 ss.

MATSUSHITA MITSUO

International Trade and Competition Law, Oxford University Press, Oxford 1993, p. 182 ss.

MATSUSHITA MITSUO

Competition Law and Policy in the context of the WTO system, DePaul L. Rev. 44 1995, p. 1097 ss.

MATSUSHITA MITSUO

Restrictive Business Practices and the WTO/GATT Dispute Settlement Process, in: E.-U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston, 1999, p. 359 ss.

MATSUSHITA MITSUO

The Intersection of Industrial Policy and Competition, in: F. ABBOTT/D. GERBER (eds.), *Public Policy and Global Technological Integration*, Kluwer Law International, 1997, p. 141 ss.

MATTHE F.

Business Across Borders: Competition Law Enforcement in a Global Environment, Bureau de la politique de concurrence du Canada, Ottawa.

MATTOO Aadiyta/SUBRAMANIAN Arvind

Multilateral Rules on Competition Policy, A Possible Way Forward, JWT 1997, p. 95 ss.

MAVROIDIS Petros

L'application du mécanisme de règlement des différends du GATT/OMC à des questions de concurrence, OCDE, Paris, 1994.

MAVROIDIS Petros

Les pratiques restrictives du commerce: la question de la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses Etats membres dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, AFDI 1996, p. 864 ss.

MAVROIDIS Petros/NEVEN Damien J.

Some reflections on extraterritoriality in international economic law, A law and economics analysis, Association suisse pour le droit international, St-Gall 1997.

MAVROIDIS Petros/VAN SIGLEN Sally

The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, JWT 1997, p. 5 ss.

MAVROIDIS Petros/ZDOJIC W.

Legal Means to Protect Private Parties' Interests in the WTO, The case of the EC New Trade Barriers Regulation, JIEL 1998, p. 407 ss.

MC CLELLAN A./JAMIRUN P.

Fusions, entreprises communes et autres restrictions dans le marché commun, RMC, 1992.

MEESSEN Karl Matthias

Antitrust Jurisdiction and Customary International Law, AJIL 1984, p. 783 ss.

MEIER Gert

Europäische Amtshilfe – Ein Stützpfiler des Europäischen Binnenmarktes, EuR 1989, p. 237 ss.

MELHAMED Douglas

International Cooperation in Competition Law and Policy: What can be Achieved at the Bilateral, Regional, and Multilateral Levels?, JIEL 1999, p. 423 ss.

MERKT-MATTHEY Nina

Les entraves non tarifaires au commerce: les obstacles techniques et les mesures sanitaires et phytosanitaires, in: TH. COTTNER/ R. ARPAGAU (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Helbing & Liechtenhahn, Bâle, Genève, Munich 1999.

MESSERLIN P.

Should Antidumping Rules be Replaced by National or International Competition Rules?, World Competition 18/1995, p. 37 ss.

MOZET Peter

Das Abkommen zwischen der EG und den USA über die Zusammenarbeit der Kartellbehörden, EuZW 1992, p. 202 ss.

NICOLAIDES Phedon

Does the World need a Global Anti-Trust System?, International Trade Law Review 1996, p. 203 ss.

NICOLAIDES Phedon

For a World Competition Authority: The Role of Competition Policy in Economic Integration and the Role of Regional Blocks in Internationalizing Competition Policy, JWT 30/1996, p. 131 ss.

NOBEL Peter

Die Rechtsblüte in Zivilsachen im Lichte der Ratifikation der Haager Konvention von 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelsachen, RSDA (SZW) 2/1995, p. 72 ss.

NOBEL Peter

Les règles sur l'assistance administrative internationale en matière boursière et bancaire: premières expériences sur un texte difficile, in: L. THÉVENOZ/C. BOVET (éds.), *Journée de droit bancaire et financiers 1999*, CEJE Droit bancaire & financier, Université de Genève, Stämpfli, Berne 2000, p. 125 ss.

PALMETER D.

A Commentary on the WTO Anti-Dumping Code, JWT, Vol. 30 No. 4.8.1996, p. 57.

PALMETER D./MAVROIDIS Petros

The WTO Legal System, Sources of Law, AJIL, Vol. 92/1998, p. 398 ss.

PALMETER D./MAVROIDIS Petros

Dispute Settlement in the World Trade Organization, Kluwer Law International, 1999.

PARISI J.

Enforcement Co-operation Among Antitrust Authorities, ECLR 1999, p. 133 ss.

PETERSMANN Ernst-Ulrich

Violation Complaints and non-violation Complaints in Public International Trade Law, German Yearbook of International Law 1991, p. 175 ss.

PETERSMANN Ernst-Ulrich

Strengthening the Domestic Legal Framework of the GATT Multilateral Trade System: Possibilities and Problems of Making GATT Rules Effective in Domestic Legal Systems, in: E.-U. PETERSMANN/M. HILF (eds.), *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations: Legal and Economic Relations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Hague 1991, p. 22 ss.

PETERSMANN Ernst-Ulrich

Competition Elements in International Agreements: A Survey and Selective Analysis, OECD, 1994.

PETERSMANN Ernst-Ulrich

Proposals for Negotiating International Competition Rules in the GATT/WTO World Trade Legal System, Aussenwirtschaft 1994, p. 231 ss.

PETERSMANN Ernst-Ulrich

The International Competition Policy of the EC and the Need for an EC Initiative for a Plurilateral Agreement on Competition and Trade in the WTO, in: F. SNYDER (ed.), *Constitutional Dimensions of European Economic Integration*, 1996, p. 289 ss.

PETERSMANN Ernst-Ulrich

International Competition Rules for Governments and for Private Business, The Case for Linking Future WTO Negotiations on Investment, Competition and Environmental Rules to Reforms of Anti-Dumping Laws, JWT 1996, p. 5 ss.

PETERSMANN Ernst-Ulrich

International Competition Rules for Governments and for Private Business: A "Trade Law Approach" for Linking Trade and Competition Rules in the WTO, in: F. ABBOTT/D. GERBER (eds.), *Public Policy and Global Technological Integration*, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston 1997, p. 221 ss.

PETERSMANN Ernst-Ulrich

From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration of Law: The WTO Dispute Settlement System, JIEL 1998, p. 175 ss.

PETERSMANN Ernst-Ulrich

Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System: Proposals and Policy Options, in: R. ZICH (ed.), *Towards WTO Competition Rules*, Stämpfli Berne, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1999, p. 43 ss.

PHILLIPS Bernard

Comments on the Draft International Antitrust Code, Aussenwirtschaft 1994, p. 327 ss.

PITOWSKY Robert

Competition Policy in a Global Economy – Today and Tomorrow, JIEL 1999, p. 403 ss.

POWER V.

Competition Law in the EU: Should there be a Convention?, ECLR 2/1995, p. 75 ss.

PRICE R. Edward

Foreign Blocking Statutes and the GATT: State sovereignty and the enforcement of US economic laws abroad, George Washington Journal of International Law & Economics 1995, p. 315 ss.

PROGER Phillip A./HERMAN Deborah

The price of price fixing through international cartels, Business Law International 1999, p. 24 ss.

RAFFAELLI E.A.

National Courts and EC Competition Law, Revue Internationale de la Concurrence 3/1994, p. 53 ss.

REHBINDER Manfred

Einführung, in: U. IMMENGA/E. J. MESTMÄCKER (Hrsg.), *EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, Beck, Munich 1997, p. 75, n° 66.

- REYNOLDS Richard/SICILIAN James/WELLMAN Philip S.
The Extraterritorial Application of the U.S. Antitrust Laws to Criminal Conspiracies, ECLR 3/1998, p. 151 ss.
- RIENER D.
Von der Vision eines Weltkartellrechts, in: A. KELLERHALS (ed.), *Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht*, Festschrift SCHLIEP, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1996, p. 217 ss.
- RHINOW René/BIAGGINI Giovanni
Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: R. ZÄCH/P. ZWEIFEL (Hrsg.), *Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform*, St. Gallen 1995, p. 93 ss.
- RIGOZZI Antonio
L'art. 85 CE devant le juge civil suisse, Schweizer Schriften zur europäischen Integration, Bd. 2, Bern/Zürich 1996.
- RILL James F.
A framework for cooperation: the status of international antitrust enforcement, Whittier Law Review 1997, p. 321 ss.
- ROBERTSON Aidan/DEMETRIOU Marie
"But there was in another country...": The extraterritorial application of US antitrust laws in the US Supreme Court, ICLQ 43/1994, p. 417 ss.
- ROESSLER Friedler
Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO Law Through Non-Violation Complaints?, JIEL 1999, p. 413 ss.
- ROESSLER Friedler
The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization, in: E.-U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, 1999, p. 125 ss.
- ROTH P.M.
Reasonable Extraterritoriality: Correcting the Balance of Interests, ICLQ 41/1992, p. 245 ss.
- ROTH P.M.
Jurisdiction, British Public Policy and the United States Supreme Court, LQR 110/1994, p. 194 ss.
- RUIZ Nuno
Rapport portuguais, in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998, p. 229 ss.
- RUSSOTTO Jean
Le régime des règles de concurrence (art. 53-56 EEE), in: O. JACOT-GUILLARMOUD (éd.), *Accord EEE, Commentaires et réflexions*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, Stämpfli, Berne 1992, p. 301 ss.
- SAUTER Herbert
Zusammenarbeit zwischen nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission, in: J. KRUSE/K. STOCKMANN/L. VOELMER, *Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, Festschrift für

- Ingo SCHMIDT zum 65. Geburtstag, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, p. 97 ss.
- SCHANZ Kai-Uwe
*Der Marktzugang im WTO-Weltbandelssystem: Zolssenkungen auf Industrie-
 produkten und Neuerungen bei den Ausgleichsmassnahmen für Dumping und
 Subventionen*, in: Th. COTTIER (Hrsg.), *GATT-Uruguay Round, Neun Beiträge*,
 Stämpfli, Bern 1995, p. 107 ss.
- SCHAUB Alexander
*International Cooperation in antitrust matters: making the point in the
 wake of the Boeing/MDD proceedings*, Competition Policy Newsletter 1/1998,
 p. 2 ss.
- SCHAUB Alexander
EC Competition System – Proposals for Reform, Fordham Corporate Law Insti-
 tute, 22.10.1998.
- JENNY Frédéric
French Competition Policy in perspective, in: B. HAWK (ed.), 1987 Fordham
 Corporate Law Institute, New York 1988, p. 301 ss.
- SCHERRER Frank
International Competition Policy and Economic Development, Zentrum für
 europäische Wirtschaftsforschung, Discussion Paper n° 96-26, 1996.
- SCHERRER Frank
*Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz – erste Fälle und offene Fra-
 gen*, AJP (PJA) 11/97, p. 1381 ss.
- SCHLUEP Walter R.
Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP (PJA) 7/1996,
 p. 795 ss.
- SCHLUEP Walter R.
Das GATT und das übernationale Kartell- und Monopolrecht, in: D. THÜRER/S.
 KUX (Hrsg.), *GATT 94 und die Welthandelsorganisation, Herausforderung für
 die Schweiz und Europa*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, Nomos-
 Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996, p. 93 ss.
- SCHMIDHAUSER Bruno
 in: E. HOMBURGER/B. SCHMIDHAUSER/HOFFET/P. DUCREY, *Kommentar zum schwei-
 zerischem Kartellgesetz*, Zürich 1996, ad art. 2, ch. 37 ss.
- SCHMIDT-HERMESDORF Joachim
Internationale Rechtshilfe in Kartellsachen, RIW 1986, p. 180 ss.
- SCHNYDER Anton K.
Internationale Amts- und Rechtshilfe in Wirtschaftssachen, Schweizerische
 Aktiengesellschaft 1988, p. 1 ss.
- SCHOLL Nicolas
*Europäisches und nationales Wettbewerbsrecht, Die Zwischenstaatlichkeits-
 klausel in Art. 85 f EG und das Subsidiaritätsprinzip*, Swiss Papers on Euro-
 pean Integration, vol. 15, Bern 1998.

SCHIRÖTER Helmut

Wettbewerbsregeln, Einführung ad Artikel 85, in: H. VON DER GROEBEN/J. THIESING/C.-D. EHLERMANN (Hrsg.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Artikel 85-87 EGV*, Fünfte Auflage, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999, p. 2/130, n° 3.

SEADE J.

Competition and Trade Policy: Cooperation or obligations?, International Business Lawyer 1995, p. 476 ss.

SETTA A.

U.S.-Japan Antitrust Cooperation, Law and Policy, International Business Lawyer 1993, p. 1081 ss.

SEITEL Hans Peter

Nationale Wettbewerbsordnungen als Basis internationaler Wettbewerbspolitik, US-amerikanische Beispiele und allgemeine Grundsätze, WuW 1996, p. 888 ss.

SIRAGUSA M./SCASSELLATI-SFORZIONI G.

Italian and EC Competition Law: A New Relationship – Reciprocal Exclusivity and Common Principles, CMLRev 93/1992.

SLOT Piet Jan /GRABRANDT Eric

Extraterritoriality and Jurisdiction, CMLRev 1986, p. 545 ss.

SMITH Patricia M.

A Long and Winding Road: TRIPS and the Evolution of an International Competition Framework, JIEL 1999, p. 435 ss.

SOUTY François

La politique de la concurrence trente ans après Chicago: principaux enseignements, in: J. KRUSE/K. STOCKMANN/L. VOLLMER, *Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen*, Festschrift für Ingo SCHMIDT zum 65. Geburtstag, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, p. 85 ss.

SPARTLING G.

Fines in Criminal Antitrust Cases, in: P.J. SLOT/A. McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in E.C and U.S. Competition Law*, Sweet & Maxwell, London 1993, p. 76 ss.

STAHELIN Alex

Wettbewerbs- und Kartellrecht im TRIPS-Abkommen der WTO, RSDA (SZW) 3/1997, p. 97 ss.

STARICK ROSCOE B.

International Aspects of Antitrust Enforcement, World Competition 1996, p. 29 ss.

STARK Charles

International Antitrust cooperation in NAFTA: The International Antitrust Assistance Act of 1994, United-States-Mexico Law Journal 1996, p. 169 ss.

STEINDORFF ERNST

Die Anerkennung amerikantischer Kartellentscheidungen, NJW 1954, p. 374 ss.

- STERN Brigitte
De simples commentaires à une action commune: la naissance d'une politique communautaire en matière d'extraterritorialité, Revue Europe 1997, p. 8 s.
- STOFFEL Walter
Les ententes restrictives à la concurrence, RSDA (SZW) numéro spécial 1996, p. 7 ss.
- STRAGIER J.
The competition Rules of the EEA Agreement and their Implementation, ECLR 1993.
- STUYCK Jules
Rapport belge, in: XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998, p. 40 ss.
- SUNG-JOON Cho
GATT Non-Violation Issues in the WTO Framework: Are They the Achilles' Heel of the Dispute Settlement Process?, Harvard International Law Journal 1998, p. 311 ss.
- TARULLO Daniel K.
Competition Policy for Global Markets, JIEL 1999, p. 445 ss.
- TEMPLE-LANG John
L'application nationale du droit européen de la concurrence, Rapport général, XVIIIème Congrès FIDE, Stockholm 1998.
- TEMPLE-LANG John
The Duties of National Authorities Under Community Constitutional Law, EL-Rev 23/1998, p. 109 ss.
- TERCIER Pierre
Le régime de concurrence EEE: une vue suisse (art. 53-56 EEE), in: O. JACOT-GUILLARMOD (éd.), *Accord EEE, Commentaires et réflexions*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, Stämpfli, Berne 1992, p. 315 ss.
- TERCIER Pierre
La procédure devant la Commission de la concurrence, RSDA (SZW) Numéro spécial 1996, p. 35 ss.
- TERCIER Pierre
Le nouveau droit de la concurrence: le temps des questions, AJP (PJA) 7/1996, p. 791 ss.
- TERGIER Pierre/VENTURI Silvio
Le contrôle des concentrations dans le nouveau droit suisse de la concurrence, Revue de droit des affaires internationales n° 2/1997, p. 203 ss.
- TESAURO Giuseppe
The Relationship between the European Commission and the Competition Authorities of the EC Member Countries, in: C. BAUDENBACHER (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im Europäischen und Internationalen Kartellrecht*, Sechstes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 1999, Helbing & Lichtenhahn, Basel, Genf, München 2000, p. 154 ss.
- THOMSEN G.
Australia and New Zealand, in: E.E. GRAHAM/J.D. RICHARDSON (eds.), *Global Competition Policy*, Washington D.C. 1997, p. 398 ss.

- TORREMANNS Paul
Extraterritorial Application of E.C. and U.S. Competition Law, ELRev 1996,
 p. 280 ss.
- TREBILCOCK Michael
Competition Policy and Trade Policy: Mediating the Interface, in: R. HOWSE
 (ed.), *The World Trading System: Critical Perspectives on the World Economy,
 The Uruguay Round and Beyond*, Routledge, London 1998, p. 352 ss.
- TRIMBLE P.
*The Supreme Court and International Law: The Demise of Restatement Section
 403*, AJIL 1995, p. 53 ss.
- ULLRICH Hanns
*International Harmonisation of Competition Law: Making Diversity a Work-
 able Concept*, in: H. ULLRICH (ed.), *Comparative Competition Law: Approach-
 ing an International System of Antitrust Law*, Nomos-Verlagsgesellschaft,
 Baden-Baden 1998, p. 43 ss.
- VAN BAELE I.
The Role of the National Courts, ECLR 1/1994, p. 3 ss.
- VAN MIERT Karel
*Competition Policy in relation to the Central and Eastern European Countries
 – Achievements and Challenges*, Competition policy newsletter 1998, No. 2,
 p. 1 ss.
- VERLOREN VAN THEMAAT I. W.
The Dutch Competition Act of 22 May 1997, 6/ECLR 1997, p. 344 ss.
- VERMULST Edwin A.
*A European Practitioner's View of the GATT System: Should Competition Law
 Violations Distorting International Trade Be Subject to GATT Panels?*, JWT
 1993, p. 5 ss.
- VON BÜREN Roland/KINDLER Thomas
Das schweizerische Kartellrecht, in: Th. COTTNER/ R. ARPAGAU (Hrsg.), *Schweize-
 risches Bundesverwaltungsrecht*, Helbing & Liechtenhahn, Bâle, Genève,
 Munich 1999.
- WÄELBROECK Michel
*L'effet direct de l'Accord relatif aux échanges commerciaux du 22 juillet 1972
 entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse*, ASDI
 1973, p. 113 ss.
- WÄTTER Rolf/REINERT Mani
*Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes in der EG und in der Schweiz
 im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle*, in: *Der Einfluss des europäischen
 Rechts auf die Schweiz*, Festschrift ZÄCH, Schulthess Polygraphischer Verlag,
 1999, p. 447 ss.
- WEBER WALLER Spencer
The Internationalization of Antitrust Enforcement, Boston University Law
 Review 1997, p. 343 ss.

- WESSLING Rainer
Subsidiarity in Community Antitrust Law: Setting the Right Agenda, ELRev 2/1997, p. 35 ss.
- WHA Chang Seung
Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws to Other Pacific Countries: Proposed Bilateral Agreements for Resolving International Conflicts within the Pacific Community, Hastings International and Comparative Law Review 1991, p. 295 ss.
- WHISH Richard
The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States, ECLR 2/1994, p. 60 ss.
- WHISH Richard/BISHOP William
The Treatment of vertical agreements under the Competition Bill: A report for the Competition Bill Team of the Department of Trade and Industry, London 1998.
- WHISH Richard/SUFFRIN B.
Article 85 and the Rule of Reason, Oxford Yearbook of European Law 1/1987, p. 1 ss.
- WISE M.
Examen du droit et de la politique de la concurrence aux Etats-Unis, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence n° 1/1999, p. 10 ss, p. 15.
- WOOD Diane
User-friendly Competition in the United States, in: P.J. SLON/A. McDONNELL (eds.), *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, London 1993, p. 6 ss.
- WOOD Diane
Options for the Future, DePaul Law Review 1995, p. 1289 ss.
- WOOD Diane
International Standards for Competition Law: An Idea Whose Time Has Not Come, Graduate Institute of International Studies, Genève Juin 1996.
- WOOD Diane
A Cooperative Framework For National Regulators, Chicago-Kent Law Review 1996, p. 521 ss.
- WOOD Diane
A Cooperative Framework For National Regulators, in: F. ABBOTT/D. GERBER (eds.), *Public Policy and Global Technological Integration*, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston 1997, p. 195 ss.
- WOOD Diane
Le rôle de la science économique et des économistes dans les affaires de concurrence, Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence, vol. 1/1999, p. 99 ss, p. 111 ss.
- WOOD Diane/WHISH Richard
Merger Cases in the Real World: A Study of Merger Control Procedures, OCDE 1994, p. 53 ss.

WYSS M. PH.

Die Berücksichtigung ausländischen öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht am Beispiel von Artikel 13 IPRG, in: S. BERTI u.a. (Hrsg.), *Beiträge zu Grenzfragen des Prozessrechts*, Zürich 1991, p. 97 ss.

YACHESTOVA N.

The International Competition Regulation: A Short Review of a Long Evolution, *World Competition* 1994, p. 99 s.

ZÄCH Roger

International Cooperation Between Antitrust Enforcement Agencies: A View From a Small Country, in: H. ULLRICH (ed.), *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998, p. 257 ss.

ZÄCH Roger.

Swiss International Arbitration – Civil Claims Arising from Restraints of Competition Affecting Markets Outside Switzerland, in: H. ULLRICH (ed.), *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*, Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1998, p. 267 ss.

ZÄCH Roger.

Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes, *sic!* 4/2000, p. 275 ss.

ZINSMEISTER Ute

Die Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag durch die nationalen Behörden, *WuW* 47/1997, p. 5.

ZURKINDEN Philipp

Rechtsprobleme der internationalen Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Kommission und Wettbewerbsbehörden in Drittstaaten, Universität des Saarlandes, *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut – Sektion Rechtswissenschaft*, G. RESS/T. STEIN (Hrsg.), Nr. 372, 1997.

Documents officiels et études

AMERICAN LAW INSTITUTE

Restatement Third of the Foreign Relations of the United States, St. Paul, Minn. 1987, section 403.

BUNDESKARTELLAMT, Monopolkommission

Marktöffnung umfassend verurteilt, Zwölftes Hauptgutachten gemäss § 24 b Abs. 5 Satz 1 GWB, 1996/1997, Hauptband, Kapitel VII, Internationale Wettbewerbsordnung.

CNUCED

Restrictive business practices that have an effect in more than one country, in particular developing and other countries, with overall conclusions regarding the issues raised by these cases, Etude du Secrétariat de la CNUCED, Genève 1995.

CNUCED

Portée, champ et application des législations et politiques de la concurrence, et analyse des dispositions des Accords du Cycle d'Uruguay intéressant les politiques de la concurrence ainsi que de leurs conséquences pour les pays en développement et d'autres pays, Etude du Secrétariat de la CNUCED, Genève 1996.

CNUCED

World Investment Report 1997: Transnational Corporations, Market Structure and Competition Policy, New York, Genève 1997.

CNUCED

Comment l'application des principes de droit et de la politique de la concurrence peut contribuer à une plus grande efficacité dans le domaine du commerce international et du développement: étude empirique, Etude du Secrétariat de la CNUCED, Genève 1998.

COMMISSION EUROPÉENNE

Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM(96)721 final.

COMMISSION EUROPÉENNE

Communication de la Commission au Conseil relative à l'accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leur droit de la concurrence du 18.6.1997, COM(97)233 final.

COMMISSION EUROPÉENNE, Direction Générale IV

Droit de la concurrence dans les Communautés européennes, Volume III A, Règles applicables sur le plan international (situation au 31.12.1996), Bruxelles, Luxembourg 1997.

COMMISSION EUROPÉENNE, Direction Générale IV (éd.)

La politique de concurrence dans le nouvel ordre commercial: renforcement de la coopération et des règles au niveau international, Rapport du Groupe des Experts, Office des publications officielles des Communautés européennes, Bruxelles, Luxembourg 1995.

COMMISSION EUROPÉENNE, Direction Générale IV (éd.)

Discussion Paper, Trade and Competition, mars 1999.

COMMISSION EUROPÉENNE, Direction Générale IV (éd.) (LAUDATI LAFRAINE)

Study of Exchange of Confidential Information Agreements and Treaties between the US and Member States of the EU in areas of Securities, Criminal, Tax and Customs, Office des publications officielles des communautés, Luxembourg 1996.

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, Direction pour le droit international privé.

Champ d'application extraterritorial du droit interne étranger, Limites posées par le droit international, JAAC 45/1981, p. 250 ss.

DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION OF THE UNITED STATES

Antitrust Guidelines for International Operation, Washington D.C. 1995.

DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION OF THE UNITED STATES

Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 1995.

DEPARTMENT OF JUSTICE OF THE UNITED STATES, Antitrust Division

Manual, 3rd ed., February 1998.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE

Competition and trade in the global arena: an international business perspective, A draft report by the International Chamber of Commerce, 12.2. 1998.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Committee on Extraterritorial Jurisdiction

Final Report, Helsinki Conference 1996.

MINISTÈRE PUBLIC DE LA CONFÉDÉRATION

Richtlinien der Bundesanwaltschaft über die Preisgabe von Wirtschaftsgeheimnissen an ausländische Adressaten, ZStR 93 1977.

OCDE

Pratiques commerciales restrictives des entreprises multinationales, Rapport du Comité d'experts sur les pratiques commerciales restrictives, Paris 1977.

OCDE

Investissement international et entreprises multinationales, Paris 1979.

OCDE

Mise en œuvre du droit de la concurrence, Coopération internationale pour la collecte de renseignements, Paris 1984.

OCDE

Politiques de la concurrence et des échanges, Leur interaction, Paris 1984.

OCDE

Politique de concurrence et échanges internationaux, Instruments de coopération de l'OCDE, Paris 1987.

OCDE

Le coût des restrictions à l'importation, L'industrie automobile, Paris 1987.

OCDE

Fusions internationales et politique de concurrence, Paris 1988.

OCDE

Obstacles aux Echanges et à la Concurrence, Paris 1993.

OCDE

Coopération efficace en matière de mise en œuvre internationale du droit de la concurrence: échange d'informations confidentielles et autre assistance mutuelle, Rapport du groupe de travail n° 3, DAFFE/CLP/WP3(94).

OCDE

L'Accès au Marché après le Cycle d'Uruguay: Perspectives sur l'investissement, la concurrence et la technologie, Paris 1996.

OCDE

Politique antitrust et accès au marché. Portée, champ d'application du droit de la concurrence et implications pour les échanges, Paris 1996.

OCDE

Impediments to co-operative gathering and sharing information and other forms of co-operation in curbing hard core cartels, DAFFE/CLP/WP3(99)5.

OCDE, Committee on Competition Law and Policy

Competition Policy and Intellectual Property Rights, Paris 1989.

OCDE, Groupe conjoint sur les échanges et la concurrence

Eléments relatifs à la concurrence inclus dans les accords commerciaux internationaux, Aperçu général des Accords de l'OMC après le cycle d'Uruguay, COM/TD/DAFFE/CLP(98)26/Final.

OFFICE FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE

Directive sur l'entraide judiciaire internationale en matière civile, éd. 1996.

OFFICE OF FAIR TRADING

Barriers to Entry and Exit in UK Competition Policy, Research Paper No. 2 (London Economics) 1994.

OFFICE OF FAIR TRADING

A general introduction to the Competition Act 1998, Fair Trading, Issue 18 1998, The Competition Bill Examined.

OMC

Communication des Etats-Unis, Données d'expérience des Etats-Unis concernant les accords de coopération antitrust.

OMC

Rapport annuel 1997, Chapitre spécial sur le commerce et la politique de la concurrence OMC.

OMC, Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence

Rapport annuel 1999.

OMC, Groupe de travail sur le commerce et la concurrence

Rapport annuel 1998.

Conférences et discours

BACCIETTA M./HORN H./MAVROIDIS Petros

Do Negative Spill-overs from Nationally Pursued Competition Policies Provide a Case for Multilateral Competition Rules?, Document présenté lors d'une conférence tenue au centre Robert Schuman de l'Institut universitaire européen, Florence, Juin 1997.

BECHTOLD Rainer

Implementation of Competition Law in Germany: Conflict between German Law and EC Antitrust Law, Document présenté à la Conférence sur la concurrence organisée par l'Institut universitaire européen Florence juin 1997.

BINGAMAN Anne K.

Statement Before the Committee on the Judiciary, US Senate, concerning the International Antitrust Enforcement Act of 1994, 4.8.1994.

BINGAMAN Anne K.

Antitrust Policy for the 21st Century, Address before the Antitrust Section of the American Bar Association, Washington 1994.

BINGAMAN Anne K.

US Department of Justice, International Cooperation and the future of US antitrust enforcement, Address before the American Law Institute 72nd Annual Meeting, Washington 1996.

BRIDGEMAN John S.

International Co-operation on Competition Law Policy, Speech to the Global Forum for Competition and Trade, New Delhi 1997.

BRONCKERS Marco

Trade and Competition Interlinkages: The Case of Telecom, document présenté au Symposium on Competition Policy and the Multilateral Trading System de l'OMC à Genève, le 17.4.1999.

COTTIER Thomas

Die Extraterritorialität des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union, conférence, Zurich 1995.

HOWE Martin

Cooperation between Competition Authorities, Speech to the 11th Commonwealth Conference, Vancouver 27.8.1996.

KLEIN Joel I.

International Antitrust: a Justice Department Perspective, Address before the Fordham Corporate Law Institute, New York 1995.

KLEIN Joel I.

Anticipating the Millenium: International Antitrust Enforcement at the end of the Twentieth Century, Address before the Fordham Corporate Law Institute, New York 1997.

KLEIN Joel I.

A note of caution with respect to a WTO agenda on competition policy, Address presented at the Royal Institute of International Affairs, London on 18.11.1996, Financial Times, 13.2.1998.

MAVROIDIS Petros

Is there a case for Multilateral Competition Rules?, Address, Graduate Institute for International Studies, Geneva 1996.

RILL James F./GOLDMAN Calvin

A U.S. and Canadian Perspective on International Antitrust Enforcement Post LAEAA, The 1995 International Guidelines and the Canada-U.S. MLAT, Symposium on Competition Policy in a Global Economy, Taipei 1995, p. 223 ss.

ROSTRON Peter

The implementation of EC competition law by national anti-trust authorities, Speech to the 15th International Anti-Trust Law Conference, Oxford 26.9.1996.

SCHAUB Alexander

Wettbewerbspolitik in Europa und der Welt, Perspektiven für das nächste Jahrtausend, Vortrag in Zürich, 1998.

SOUTY François

Can Competition Policy Institutions and Objectives converge in the WTO Perspective?, Seminar on Competition Policy, Florence, 13–14.6.1997.

STARK Charles S.

International Aspects of Antitrust Enforcement: A US Perspective, Outline of remarks, European & US Competition Law, London 1995.

VAN MIERT Karel

Transatlantic Relations and Competition policy, Speech given at the American Chamber of Commerce in Belgium 1996.

VAN MIERT Karel

Les défis du droit de la concurrence européen, Bruxelles 2.3.1998.

VAN MIERT Karel

The WTO and Competition Policy: the Need to Consider Negotiations, Address before Ambassadors to the WTO, Geneva 21.4.1998.

WOLF D.

Das Verhältnis des europäischen Kartellrechts zu den Kartellrechten der Mitgliedstaaten, Vortrag anlässlich des Zweiten Internationalen Kartellrechtsforum, St-Gallen 1995.

WOOD Diane

Effective Enforcement of Antitrust Law for International Transactions, Business Development Associates, Inc., Antitrust 1995, Washington D. C. 1995.

WOOD Diane

How to make antidumping laws more competition-friendly, papier présenté lors d'une conférence "Antidumping and competition policy: Complements or substitutes?", Center for applied studies in international negotiations, Genève, juillet 1996.