

Communiqué de presse

Economie et politique de concurrence. Etat des lieux

Lundi 16 mars 2009

Des règles claires pour une concurrence dynamique

economiesuisse présente son évaluation de la loi sur les cartels

Aux yeux d'economiesuisse, la politique de concurrence revêt une importance considérable. L'organisation faïtière de l'économie constate dans une étude consacrée à la loi sur les cartels que le droit de la concurrence en vigueur a fait ses preuves. Certaines règles de concurrence sont toutefois sources d'insécurité juridique et comportent le risque d'interventions excessives. Des modifications ponctuelles de la loi, des procédures et de l'application du droit s'imposent dans l'intérêt d'une concurrence efficace et dynamique.

economiesuisse s'engage fermement pour la protection et le maintien de la concurrence. « La concurrence est un des piliers d'un système d'économie de marché libéral. C'est une des raisons pour lesquelles nous avons souhaité contribuer au développement du droit des cartels en Suisse avec notre propre évaluation de la loi sur les cartels », a déclaré Pascal Gentinetta, président de la direction d'economiesuisse. Il a également souligné qu'il était possible de renforcer la concurrence via le droit de la concurrence, mais surtout via une politique économique extérieure axée sur le libre-échange et une politique du marché intérieur éliminant les entraves limitant l'accès au marché.

L'évaluation de l'économie montre que le concept qui sous-tend la loi sur les cartels ainsi que le système de sanction ont, dans l'ensemble, fait leurs preuves. Ces dernières années, les entreprises ont consenti des efforts supplémentaires pour se tenir strictement aux normes du droit de la concurrence. Thomas Pletscher, membre de la direction d'economiesuisse et responsable de l'étude, a souligné que « Les entreprises s'accordent sur l'exigence de règles du jeu claires qui n'entravent pas les potentialités ».

La politique de concurrence est le plus efficace lorsque les entreprises intègrent elles-mêmes les directives dans leur pratique quotidienne. Le professeur Karl Hofstetter, membre du conseil d'administration de Schindler SA, a décrit, à partir de l'exemple de Schindler, les efforts des entreprises en vue de se conformer aux règles. Au-delà de la création d'une culture de conformité conséquente, il est primordial de veiller à une mise en œuvre et à une surveillance systématiques. Des incitations dans ce sens doivent être ancrées dans la loi.

« Dans l'étude présentée, fondée sur les 'Principes de politique de la concurrence d'economiesuisse', l'économie a mis en évidence les mesures à envisager. Elle voit dans ses recommandations une contribution constructive au débat en vue du développement de la loi sur les cartels », a expliqué Ulrich Jakoob Looser, chairman d'Accenture SA et président de la Commission de la concurrence d'economiesuisse.

Pour toutes questions :

Thomas Pletscher, téléphone : 041 421 35 35, thomas.pletscher@economiesuisse.ch

Résumé destiné aux médias

Evaluation de la loi sur les cartels

L'organisation faïtière de l'économie a procédé à une évaluation de la loi sur les cartels. Dans l'ensemble, le concept actuel a fait ses preuves. Cependant, un risque d'insécurité juridique et d'interventions excessives persiste. Dans l'intérêt de la concurrence, il faut envisager des modifications ponctuelles dans le droit matériel, les procédures et l'application du droit. En effet, il convient d'empêcher les interventions contre-productives. Dans ce but, economiesuisse réclame des procédures plus équitables et une meilleure prise en compte de la responsabilité lors de la fixation des sanctions. Dans le sens d'une solution globale, il importe d'examiner la création d'une nouvelle autorité de concurrence indépendante qui engloberait non seulement la Comco, mais aussi les autorités sectorielles et le Surveillant des prix.

economiesuisse a arrêté la position de l'économie sur la politique de concurrence. L'évaluation a été effectuée dans la perspective du débat sur une éventuelle révision de la loi sur les cartels. L'étude montre que le droit des cartels en vigueur a fait ses preuves en Suisse. Le droit de la concurrence a dynamisé la concurrence. Il faut noter toutefois que la période d'observation est très courte. La forte augmentation des dépenses pour le conseil juridique et la conformité aux règles montre que les entreprises déploient de gros efforts pour respecter les dispositions du droit des cartels. Le système de sanction introduit en 2003 a bel et bien déployé des effets préventifs sur l'économie privée. L'étude fait plusieurs recommandations en vue de corriger les points faibles de la loi sur les cartels :

- **Un contrôle des fusions exercé avec retenue, examen des accords verticaux**
La concurrence est le fait d'entreprises actives. Il importe de ce fait de renoncer à des interventions excessives. Des interventions qui se révèlent injustifiées sont plus nocives que le renoncement à une intervention qui serait a priori justifiée. Si le risque lié à l'incertitude quant au fait que les autorités de concurrence sanctionneraient un comportement donné est trop grand, les entreprises renoncent à innover et à appliquer des stratégies de marché compétitives. La Suisse étant une économie ouverte vers l'étranger, il convient de continuer à exercer le contrôle des fusions avec modération et de faire preuve de davantage de retenue en ce qui concerne l'ingérence dans la gestion opérationnelle. A l'instar du Groupe d'évaluation de la Confédération, economiesuisse juge excessives les règles en vigueur concernant les ententes verticales, règles que les acteurs du marché estiment d'ailleurs plus restrictives que celles de l'UE.
- **L'insécurité juridique ne doit pas porter préjudice aux entreprises**
Les conditions du marché sont dynamiques. Une entreprise est souvent dans l'impossibilité de déterminer à l'avance de manière certaine si les autorités concluraient à l'existence d'une position dominante et d'un abus de celle-ci. La procédure de notification devrait contribuer à réduire cette incertitude juridique. La politique actuelle de la Comco et des tribunaux n'admet toutefois de telles annonces que dans une mesure restreinte. Il convient par conséquent d'améliorer la procédure de notification et de mieux prendre en compte l'insécurité juridique lors de la fixation des sanctions. Si, malgré ses efforts, une entreprise est dans l'impossibilité ou dans la quasi-impossibilité de prévoir l'illicéité d'une opération, cela doit se traduire par une réduction de la sanction. De plus, une entreprise qui a mis en place un programme de conformité approprié doit être libérée entièrement ou partiellement de toute sanction, comme le suggère la motion Schweiger (« compliance defence »).

- **Des procédures équitables respectant les principes de l'Etat de droit**
Les sanctions ont un caractère pénal et exigent une observation encore plus scrupuleuse des principes de l'Etat de droit dans le cadre des procédures. Lors du calcul de la sanction, il faut prendre en considération les efforts déployés par les entreprises en vue de se conformer aux règles, dans le sens de la motion Schweiger. Or des mesures s'imposent en l'espèce. En Suisse, ce sont avant tout la répartition des tâches et la coopération entre la Comco et son secrétariat ainsi que les liens avec l'administration et les milieux politiques qui posent problème. Le secrétariat de la Comco est non seulement chargé de l'enquête, mais il participe aussi aux débats et rédige les décisions. Il y a lieu de renforcer l'indépendance ainsi que la séparation entre l'enquête et la décision. Le système de milice n'est pas remis en question. La création d'un droit procédural spécifique permettrait d'accumuler une connaissance approfondie des particularités du droit de la concurrence. Ainsi, on pourrait raccourcir les procédures, très longues, sans renoncer à la protection découlant des principes de l'Etat de droit. Dans l'éventualité de la conclusion d'un accord de coopération avec l'UE, il conviendra de garantir pleinement le respect des principes de l'Etat de droit dans les procédures et la protection juridique.
- **Création d'une autorité de concurrence exhaustive**
La politique de la concurrence doit s'appuyer sur les mêmes principes pour toutes les entreprises. L'économie suisse propose de s'inspirer des modèles australien et néerlandais et d'étudier le regroupement de toutes les autorités sectorielles dotées de compétences dans le domaine de la concurrence, du Surveillant des prix et de la Comco dans une nouvelle autorité de la concurrence. Il serait ainsi possible d'employer plus efficacement les ressources des gardiens de la concurrence. Des chambres spécialisées seraient à prévoir pour créer un savoir spécialisé. Le regroupement des autorités aurait pour effet d'accroître la flexibilité, de simplifier la différenciation des procédures et de faciliter les débats sur la structure de l'autorité.
- **Elimination de restrictions étatiques à la concurrence**
Une politique de concurrence moderne doit être attentive à toutes les interventions étatiques. Les réglementations provoquent souvent des distorsions de concurrence et cela indépendamment des charges directes pour les entreprises. Il est essentiel de minimiser les distorsions et de veiller à ce que toutes les interventions soient justifiées par un intérêt public. Par conséquent, il convient d'établir des règles de politique de la concurrence aussi uniformes que possible et de les insérer dans la loi sur les cartels et non dans les lois sectorielles.

Pour les entreprises, le droit de la concurrence revêt une importance déterminante. Le renforcement de la lutte contre les cartels et autres restrictions de la concurrence lié à la modernisation du droit de la concurrence a poussé les entreprises suisses à examiner en détail le droit des cartels et à procéder aux ajustements requis par le nouveau cadre juridique. Aux yeux de l'économie, des modifications au droit des cartels matériel et formel comme dans son application par les autorités fédérales s'imposent dans l'intérêt de la concurrence. L'économie voit dans ses recommandations une contribution constructive au débat sur le développement de la loi sur les cartels. L'économie doit être directement impliquée dans ces travaux.

Conférence de presse
Economie et politique de la concurrence. Etat des lieux
Lundi 16 mars 2009

Le texte prononcé fait foi

La concurrence efficace : une tâche politique permanente

Pascal Gentinetta, Président de la direction d'economiesuisse

Mesdames, Messieurs,

La concurrence est un des piliers d'une économie de marché libérale. C'est pourquoi, la politique de la concurrence représente une tâche centrale d'une **politique économique libérale** et se trouve au centre de tous les efforts visant à améliorer la place économique suisse. L'économie de marché repose sur une concurrence efficace et favorise l'innovation et le progrès technique, une diversification de l'offre, un rapport qualité-prix des produits et services plus concurrentiel ainsi qu'une amélioration de la prospérité en général. Du point de vue macroéconomique, il faut également privilégier les solutions concurrentielles quand elles impliquent des changements et des adaptations pour quelques agents économiques concernés. Elles évitent les abus des positions dominantes. Toutefois, la puissance sur le marché n'est pas en soi le reflet d'un abus, elle peut également être la conséquence d'une force d'innovation particulière ou de l'excellence des prestations.

Pour economiesuisse, la politique de la concurrence revêt une **importance capitale**. Elle représente l'un des huit thèmes clés sur lesquels nous nous focalisons depuis la mise en place de notre nouvelle stratégie. C'est une des raisons pour lesquelles nous avons souhaité contribuer au développement du droit des cartels en Suisse avec notre propre évaluation de la loi sur les cartels. Pour l'élaboration de cette étude, economiesuisse s'est fondée sur ses « Principes de politique de la concurrence » dont je souhaiterais souligner quatre points fondamentaux :

- **Mise en évidence des distorsions de concurrence imputables à l'Etat** : Les réglementations peuvent provoquer des distorsions de concurrence et cela indépendamment des coûts directs pour les entreprises. C'est pourquoi, l'économie demande que les conséquences sur la concurrence de tout projet de loi et d'ordonnance soient prises en considération.

- **Définition de la sécurité juridique comme condition centrale pour une concurrence dynamique** : L'incertitude rend les entreprises frileuses au point qu'elles renoncent à innover. Cette spirale doit être évitée. Les entreprises ont besoin de droits de la concurrence clairement définis, de procédures rapides et efficaces leur garantissant également les droits nécessaires en matière de défense. Le droit procédural doit être adapté en conséquence. Dans l'éventualité de la conclusion d'un accord de coopération avec l'UE, il conviendra de garantir pleinement le respect des principes de l'Etat de droit dans les procédures et la protection juridique.
- **Importance de la pratique** : Le droit de la concurrence doit tenir compte de la réalité économique et non s'appuyer de manière rigide sur des modèles théoriques. Les expériences internationales doivent également servir de leçon.
- **La politique de la concurrence au sens large** : Le renforcement de la concurrence ne doit pas seulement être favorisé par le droit de la concurrence. Il doit surtout se baser sur une politique économique extérieure libérale basée sur le libre-échange, une politique de marché intérieur qui élimine les obstacles entravant l'accès au marché, une politique d'ouverture durable sur les marchés d'infrastructure, des marchés publics transparents et flexibles et, de manière générale, sur une politique qui élimine les réglementations entravant la concurrence, les réglementations étatiques spéciales et les prescriptions sectorielles.

Les conférenciers vont vous présenter en détail notre démarche et nos recommandations en matière de droit des cartels. La mise en œuvre du droit des cartels dans les sociétés est primordiale. Un exemple concret en entreprise révèle qu'il ne s'agit pas d'un simple alibi. Je me limite ici à indiquer l'orientation des recommandations. Loin d'être des recettes à appliquer à la lettre, elles sont une **contribution constructive** au débat sur le développement du droit de la concurrence. Pour l'économie, ces points sont essentiels :

- *Droit matériel* : des règles claires créent une sécurité juridique et renforcent la concurrence
- *Interventions* : sanctionner les entorses aux règles sans intervenir de façon excessive
- *Procédures* : des procédures équitables, prenant en considération la faute et respectueuses des principes de l'Etat de droit
- *Institutions* : l'économie pousse à une réorganisation des autorités de la concurrence

L'évaluation de la loi sur les cartels et les débats sur le développement du droit de la concurrence en Suisse tombent dans une **période peu favorable à la concurrence**. Les interventions actuelles de l'Etat dans l'économie pour limiter les effets de la crise économique et financière entraînent de nombreuses distorsions de la concurrence. Des références de politique économique claires sont d'autant plus nécessaires. Dans ce contexte, il est encore plus important de protéger l'efficacité de la concurrence. Jusqu'à présent, la Suisse a bien veillé sur la concurrence. A l'étranger, cela n'est pas toujours le cas et conduit la Commission européenne à émettre, à juste titre, des avertissements à l'encontre d'Etats membres. Les principes de politique de la concurrence sont connus. Ils ont été définis par l'OCDE à la suite des problèmes économiques rencontrés par le Japon dans les années 1990 et confirmés également lors de la réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE à la fin du mois dernier.

En résumé, **en temps de crise**, les **interventions politiques doivent** :

- maintenir la concurrence sur le marché,
- être limitées dans le temps et réduites au minimum,
- encourager le changement dans les secteurs d'avenir sans maintenir les structures et
- éviter les structures de marché qui entravent la concurrence à moyen et long terme.

Ces lignes de conduite doivent également nous guider en Suisse pour l'évaluation des paquets conjoncturels ainsi que pour l'utilisation de structures internationales ouvertes. Dans cet esprit, économie-suisse soutient durablement **la concurrence en Suisse par des règlements concis, adaptés et mesurés et plaide en faveur d'une économie mondiale ouverte.**

Conférence de presse
L'économie et la politique de concurrence. Etat des lieux
Lundi 16 mars 2009

Seul le texte prononcé fait foi

Fixer la sanction en fonction de la responsabilité

Thomas Pletscher, membre de la direction economiesuisse

Mesdames, Messieurs,

Les règles du droit des cartels touchent directement les entreprises à la fois de manière offensive et défensive : elles limitent leur marge de manœuvre tout en leur permettant de tenir à distance leurs concurrents, leur ouvrant par là même de nouvelles possibilités. Si, dans les cas concrets, une question ne manque pas de soulever la controverse, les entreprises s'accordent toutefois sur l'exigence de règles du jeu claires qui n'entravent pas les potentialités. La concurrence doit fonctionner de manière dynamique et ainsi favoriser les meilleures possibilités de développement.

Le rapport traite des questions matérielles du droit des cartels, des procédures et des institutions. Nous l'avons conçu indépendamment, parallèlement aux travaux du Groupe d'évaluation de la Confédération. Nous y avons intégré les expériences des membres de notre commission ainsi que les prises de position des membres d'economiesuisse récoltées dans le cadre d'une consultation sur les différentes approches possibles. Composé de plus de 60 représentants de tous les secteurs et régions, le Comité d'economiesuisse a adopté les éléments principaux de l'évaluation. Le résultat repose ainsi sur une base solide.

En ce qui concerne les recommandations, j'aimerais plus particulièrement m'arrêter sur la question des sanctions. Celles-ci ont subi d'importantes modifications dans le cadre de la dernière révision. Elles peuvent représenter une ingérence importante aux conséquences sérieuses pour une entreprise. Ainsi, des efforts et frais considérables sont investis pour éviter des infractions. A cet égard, il est incontestable que l'effet préventif de la loi est important. A l'instar de l'évaluation de la Confédération, nous parvenons à la conclusion que la loi sur les cartels a atteint globalement son objectif de stimulation de la concurrence en Suisse.

En ce qui concerne les sanctions : des amendes peuvent désormais punir directement les infractions, à l'image de ce qui se fait dans l'UE. Cela n'était précédemment possible qu'après le constat de l'illicéité d'un comportement. En Suisse, aucune amende « lourde » pour entente cartellaire n'a encore été infligée sur la base de ces critères, ce qui rend difficile toute appréciation plus approfondie. Mais l'UE enregistre une très forte augmentation des amendes autant au niveau global que pour les cas

spécifiques. Ces sanctions sont plus que de simples mesures d'ordre administratif, elles revêtent un caractère pénal. A juste titre, il est remarqué que les infractions cartellaires ne doivent pas être 'rentables'. Mais le caractère pénal implique également l'observance de principes fondamentaux dans un Etat de droit. Parmi ceux-ci figurent :

- pas de sanction sans loi claire
- pas d'obligation de s'accuser soi-même et possibilité de se disculper
- procédure équitable avec défense complète et recherche d'éléments à décharge

Le fait d'*exiger une loi claire* comme condition de base pour prononcer une peine présuppose que la personne ou la société concernée puisse évaluer clairement les conséquences de ses actes. Une telle évaluation est possible pour les infractions cartellaires « dures » telles que les ententes sur les prix et le partage du marché. La situation est différente en cas d'abus de position dominante au sens de l'art. 7 de la loi sur les cartels. D'une part, la position de marché d'une entreprise demeure, selon les circonstances, difficile à estimer. D'autre part, certaines pratiques peuvent avoir des effets aussi bien pro-concurrentiels qu'anticoncurrentiels. Une interdiction de principe de certaines pratiques serait la plupart du temps contre-productive. Cette incertitude inhérente au système de concurrence en tant que processus de découverte devrait, selon la volonté du législateur, être atténuée par la procédure d'annonce. Celle-ci n'a toutefois que très peu d'effets au vu de la pratique restrictive de la Comco et du Tribunal administratif fédéral.

C'est lorsque les entreprises intègrent elles-mêmes les directives dans leur pratique quotidienne que la politique de concurrence se révèle le plus efficace. C'est un exemple, d'autres sociétés ou associations font pareil. Ainsi, une association définit par exemple clairement quels thèmes doivent être traités lors de réunions d'association et quels autres non. Cela doit permettre d'éviter les ententes horizontales. Plus qu'une simple ligne dans un code, la « Compliance » dans les entreprises implique une formation permanente s'appuyant la plupart du temps sur des outils informatiques et bénéficiant le plus souvent de l'appui du haut management. De tels efforts doivent être soutenus activement et être pris en compte dans la fixation des sanctions. Cela est possible dans le cadre de la marge d'appréciation de la Comco, mais une disposition contraignante dans ce sens fait défaut dans l'ordonnance sur les sanctions. Il manque ainsi une « fonction incitative » claire. Le conseiller aux Etats Rolf Schweiger a déposé une motion dans ce sens qui mérite d'être soutenue. Une mise en œuvre efficace implique également une analyse de risque d'infraction au droit de la concurrence des activités et des stratégies de l'entreprise. Si de telles analyses doivent être fournies par l'entreprise à l'autorité d'instruction lors de perquisitions, cela contredit le droit fondamental de ne pas s'accuser soi-même. Un *secret professionnel* pour les juristes d'entreprise est entre autre aussi nécessaire dans le cadre de tels « audits cartellaires ». Pour les actes commerciaux liés à la gestion opérationnelle, dans lesquels sont documentées les infractions concrètes, un tel secret n'a jamais lieu d'être. La poursuite des délits n'est ainsi pas entravée alors que la prévention s'en trouve améliorée.

Une *procédure équitable* implique également que les droits de défense soient garantis aux parties incriminées. Celles-ci peuvent aujourd'hui accéder librement aux dossiers et prendre position sur les allégations de manière détaillée. Cependant, le secrétariat qui a mené l'enquête est présent lors des délibérations de la Comco en vue de la prise de décision. Le secrétariat est également chargé de la rédaction des décisions et peut ainsi faire valoir directement ses arguments. Les armes sont inégales et cela diminue l'acceptation des jugements même lorsque le secrétariat n'abuse pas de son influence. Le problème s'accentuerait encore si les instances d'instruction et décisionnelles étaient regroupées sous une même autorité, comme le propose le rapport d'évaluation de la Confédération. Il s'en suivrait le soupçon qu'un poids moindre est imputé aux éléments à décharge dans une enquête. Théoriquement, l'instance de recours peut apporter aisément la correction nécessaire. Toutefois, en

plus d'être surchargé par d'autres cas, le Tribunal fédéral administratif est peu spécialisé dans les questions de droit des cartels. Avec la pratique de « Court of First Instance », l'expérience dans l'UE confirme la crainte d'un examen critique très réservé.

Permettez-moi de mentionner encore brièvement l'accord de coopération dont la conclusion est envisagée avec l'UE. Aux yeux des gardiens de la concurrence, un échange d'informations est certes souhaitable, mais les droits procéduraux et les principes de l'Etat de droit doivent être garantis. Cette question doit aussi être clarifiée au préalable par l'UE. A l'heure actuelle, on ignore encore si un tel accord porterait uniquement sur des informations générales concernant l'ouverture d'enquêtes et les reproches généraux ou s'il porterait également sur un échange d'informations relatives à des entreprises.

L'objectif des recommandations est de satisfaire les exigences de l'Etat de droit en introduisant des procédures et critères clairs et d'augmenter ainsi l'acceptation et la légitimation de sanctions potentiellement très lourdes. Les mêmes réflexions ont cours également dans d'autres pays, en particulier dans l'UE. Des organisations liées, avec lesquelles nous entretenons des contacts, lancent des initiatives analogues. Nous n'avons pas affaire ici à une « exception suisse ».

Mise en œuvre du droit de la concurrence au sein des entreprises

A quoi ressemble concrètement un programme de conformité ?

Karl Hofstetter

Membre du conseil d'administration de
Schindler Holding SA
(actuellement, professeur invité à la
Harvard Law School)

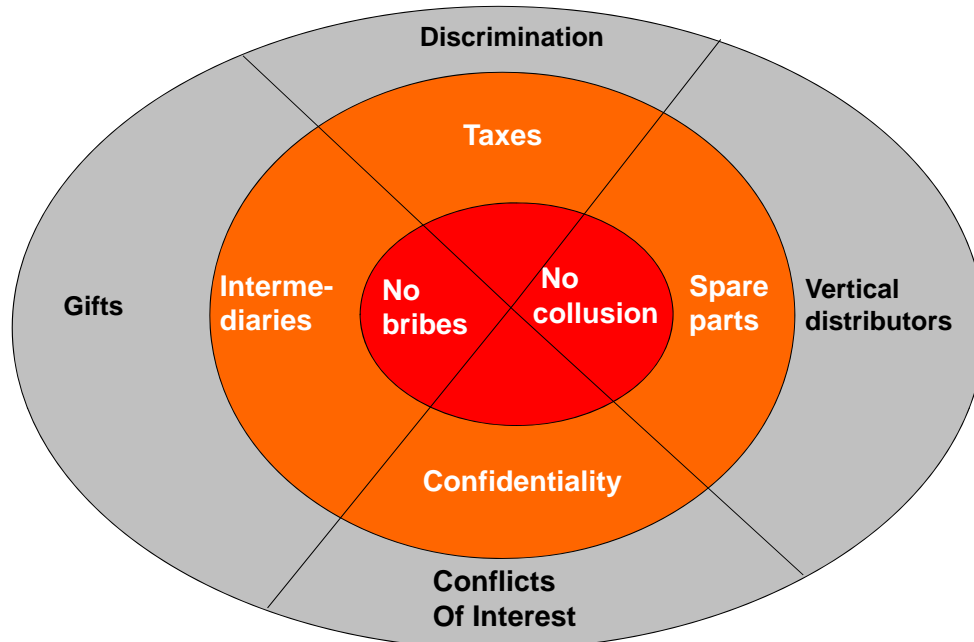


Le groupe Schindler Une présence mondiale



45 000 employés – dans plus de 130 pays – et plus de 1000 succursales

Code de conduite : schémas des risques



Culture et organisation de la conformité

Culture de conformité rigoureuse

- « Tone from the Top », réunions « corporate »
- Organisation systématique

Responsabilité de la mise en conformité

- Ligne/sociétés du groupe

Responsabilité de la surveillance

- Conseil d'administration
- Comité de surveillance au niveau du groupe
- Responsables de la conformité
 - 3 responsables régionaux (Europe/Proche-Orient/Inde/Afrique, Asie/Pacifique, Amérique)
 - 85 responsables locaux (1 par société du groupe)

Les trois « E » : **E**xamine **E**ducate **E**nforce

1. « **Educate** » : **Formation/prévention**

- Elaboration d'un code de conduite et de lignes directrices
- Formations au code de conduite (« Compliance Officers »)
- Création d'un outil d'e-learning obligatoire en lien avec le code de conduite
- Page intranet consacrée au code de conduite (y compris clips vidéo et BDP)

© Schindler | economiesuisse | 16.03.09 | page 5

Les trois « E » : **E**xamine **E**ducate **E**nforce

2. « **Examine** » : **Surveillance**

- Audits systématiques (« Compliance Officers »)
- Système de détection (sondages obligatoires tous les 6 mois)
- Incitation positives à la conformité (y compris des bonus)
- Protection des informateurs internes (dénonciateurs)

© Schindler | economiesuisse | 16.03.09 | page 6

Les trois « E » : **Examine Educate Enforce**

3. « **Enforce** » : **Application**

- Obligation de sanctionner les individus
- Sanctions si les mesures organisationnelles en vue de la mise en conformité sont insuffisantes
- Equipe d'intervention en cas de crise
- Collaboration avec les autorités

© Schindler | economiesuisse | 16.03.09 | page 7

Conformité : **Bonnes pratiques internationales**

1. **Lignes directrices** détaillées en matière de **comportement**
2. **Organisation** professionnelle en matière de **conformité**
3. **Programmes de formation**
4. **Surveillance** systématique
5. **Système d'incitation à la conformité** (y compris protection des dénonciateurs)
6. **Sanctionner de manière** conséquente
7. **Intervention immédiate** et **collaboration** avec les autorités

© Schindler | economiesuisse | 16.03.09 | page 8

Je vous remercie de votre attention

Diese Präsentation ist
unser geistiges Eigentum.
Sie darf ohne unsere
schriftliche Genehmigung
weder in irgendeiner Weise
kopiert, für
Fertigungszwecke genutzt,
noch an Dritte
weitergegeben werden.



Conférence de presse

Economie et politique de la concurrence. Etat des lieux

Lundi 16 mars 2009

Seul le texte prononcé fait foi

Recommandations de l'économie pour le développement du droit de la concurrence

U.J. Looser, chairman d'Accenture SA, président de la Commission de la concurrence d'economiesuisse

Mesdames, Messieurs,

L'étude sur la loi sur les cartels présentée aujourd'hui est le résultat d'une réflexion approfondie des entreprises sur le droit de la concurrence suisse et le régime économique suisse.

La réflexion sur ce sujet ne s'est pas faite dans le vide. economiesuisse a précédemment formulé ses « Principes de politique de la concurrence ». Ceux-ci ont servi de référence et de base pour l'évaluation de la loi sur les cartels. Ils figurent en annexe de notre étude ainsi que sur le site Internet d'economiesuisse.

La concurrence est l'un des fondements d'une économie de marché libérale. Protéger et promouvoir la concurrence est une tâche de politique économique centrale clairement soutenue par l'économie. Les expériences des entreprises montrent toutefois que le droit actuel de la concurrence ne permet pas de satisfaire de manière optimale son objectif fondamental, qui est la protection de la concurrence. Certaines règles du droit en vigueur appellent à des interventions étatiques qui peuvent limiter les pratiques pro-concurrentielles des entreprises. En plus des points mentionnés par les interlocuteurs qui m'ont précédé, l'économie voit des possibilités d'agir dans deux domaines principalement :

- En ce qui concerne le droit matériel, certains ajustements s'imposent. L'étude traite ces points de manière détaillée. Je prends l'exemple des ententes verticales : en Suisse, les ententes verticales, soit des accords entre des entreprises occupant une fonction distincte dans la chaîne de production, sont considérées de manière sensiblement plus critique et restrictive qu'une intégration complète des différentes étapes. Et cela alors même que l'intégration complète bloque plus durablement la concurrence. Cela n'est pas dans l'intérêt de la concurrence. Si des règles sont nécessaires, celles-ci ne doivent toutefois pas entraver le fonctionnement du système. L'insécurité juridique et le danger d'interventions inattendues et excessives de la part des autorités de la concurrence ne manqueront pas de rendre les entreprises frileuses. La dynamique de la concurrence et la capaci-

té d'innovation de l'économie en seront alors affectées. L'interdiction per se de certaines ententes verticales introduites à l'art. 5, al. 4 lors de la révision de la loi sur les cartels de 2003 est donc à considérer d'un œil critique au vu des théories économiques les plus récentes. De plus, il faut renoncer à des règles que les acteurs du marché concernés perçoivent comme étant plus restrictives que celles de l'UE. L'application de sanctions directes aux prix minimums, prix fixes et restrictions territoriales n'est pas remise en question.

- La prévisibilité et la sécurité juridique sont importantes pour tous les acteurs économiques. Il est ici plus particulièrement demandé à la Commission de la concurrence (Comco) de prendre des décisions cohérentes sur les annonces faites par des entreprises, d'orienter ses communications sur la pratique et d'adopter une pratique claire et compréhensible (y compris en ce qui concerne la publication de décisions). Les procédures doivent être rapides et efficaces tout en garantissant aux entreprises les droits nécessaires en matière de défense. Il faut aménager le droit procédural en conséquence.

L'économie pousse à la redéfinition des autorités de la concurrence

Aujourd'hui, il apparaît clairement que, bien plus que l'économie privée, c'est surtout l'Etat qui constitue un frein à la concurrence. Les cartels « durs » classiques, comme il en abondait au siècle dernier, ont pratiquement disparus. L'économie mondialisée et le renforcement de la concurrence en Suisse, favorisé par le droit de la concurrence et la loi sur le marché intérieur, ont largement contribué à l'intensification de la concurrence sur le marché suisse. C'est une avancée salubre car la concurrence ne stimule pas seulement la compétitivité de la Suisse, mais elle favorise également un accroissement de la prospérité.

Une politique de concurrence moderne doit mettre aujourd'hui l'accent sur les réglementations étatiques et les prescriptions sectorielles. Les réglementations provoquent souvent des distorsions de concurrence et cela indépendamment des coûts directs pour les entreprises. C'est pourquoi l'économie suisse demande dans ses « Principes de politique de la concurrence » que les conséquences sur la concurrence de tout projet de loi et d'ordonnance soient prises en considération. Il est essentiel de minimiser les distorsions et de veiller à ce que toutes les interventions soient pondérées (en privilégiant les interventions qui affectent le moins possible la concurrence) et justifiées par un intérêt public. La politique de concurrence doit s'appuyer en outre sur les mêmes principes pour toutes les branches et toutes les entreprises. Par conséquent, il convient d'établir des règles de politique de la concurrence aussi uniformes que possible et de les insérer dans la loi sur les cartels et non dans les lois sectorielles ; de même, il faut éviter les exceptions spécifiques aux branches.

Avec la libéralisation des marchés correspondant aux services d'infrastructures saluée et forcée par l'économie (mais encore inachevée), apparaissent de nouvelles autorités de régulation. En plus de la Comco, certaines autorités de régulation traitent les sous-secteurs de l'économie suisse à l'instar de la Commission fédérale de la communication (ComCom), de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom) et de l'autorité de régulation postale (PostReg). Du fait que la politique de concurrence doit s'appuyer sur les mêmes principes pour toutes les branches et toutes les entreprises, les règles de politique de la concurrence doivent être aussi uniformes que possible et être insérées dans la loi sur les cartels et non en plus dans les lois sectorielles. Il faut de même éviter les exceptions spécifiques aux branches. Le regroupement des différentes autorités de régulation sous un seul toit serait un premier pas dans cette direction. Une telle mesure permettrait aux gardiens de la concurrence d'affecter leurs ressources de manière plus efficace. Pour développer des connaissances approfondies, une organisation en chambres spécialisées pourrait être envisagée. Cette idée tiendrait compte des réflexions de l'OCDE, qui suggère d'améliorer l'indépendance des autorités sectorielles et l'efficacité.

economiesuisse propose ainsi d'envisager sérieusement le regroupement de toutes les autorités sectorielles et de faire de la Comco une autorité unique selon le modèle australien ou néerlandais.

Quelles sont les prochaines étapes ?

Comme indiqué, notre évaluation constitue un outil de discussion et non un livre de recettes. Il en va de même pour le rapport d'évaluation du Conseil fédéral. Je souhaite que nos réflexions soient comprises dans le sens d'une redynamisation de l'économie et non dans le sens de la défense de « prébendes ». Il ne s'agit pas de procéder à la dilution d'un droit de la concurrence qui a fait ses preuves. Mais, pour favoriser l'innovation, l'initiative ne doit pas être découragée, les entreprises actives ne doivent pas être entravées dans leurs activités et les procédures tout comme les institutions doivent respecter les principes de l'Etat de droit. C'est dans un tel contexte que la dynamique nécessaire peut se développer.

La politique traitera bientôt de manière approfondie la question du droit suisse de la concurrence. Sur la base de la présente évaluation et des interventions parlementaires en suspens, le Conseil fédéral soumettra aux Parlement des propositions concrètes.

L'étude présentée aujourd'hui montre que du point de vue de l'économie des modifications sont nécessaires dans l'intérêt de la concurrence. Les domaines concernés sont en particulier le droit des cartels matériel et formel ainsi que son application par les autorités. Dans l'étude sur la loi des cartels présentée aujourd'hui, l'économie a mis en évidence les mesures à envisager. Elle voit dans ses recommandations une contribution constructive au débat sur le développement ultérieur de la loi sur les cartels. L'économie doit être intégrée de manière directe dans ces travaux – ce sont les entreprises qui sont les plus directement touchées par les conséquences de toute modification. economiesuisse souhaite et est prête à agir de manière ouverte et constructive dans ce processus.

Résultats de l'évaluation de la loi sur les cartels

Avant-propos

Ulrich Jakob Looser, président de la Commission de la concurrence
Pascal Gentinetta, président de la direction

Mesdames et Messieurs,

Aux yeux de notre association, la politique de la concurrence revêt une importance considérable. La concurrence est un des piliers d'un système d'économie de marché. La protéger est une tâche centrale de la politique économique clairement soutenue par l'économie. Compte tenu de la place qu'occupe la politique de la concurrence dans le système suisse d'économie de marché, economie suisse propose ici à ses lecteurs une évaluation de la loi sur les cartels. En constituent le point de départ les « Principes de politique de la concurrence » approuvés par le Comité directeur en octobre 2007. Le régime d'économie de marché assure la liberté économique et de larges possibilités de choix, d'épanouissement et d'investissement. Il crée des incitations qui stimulent l'innovation des entreprises et les développements technologiques, débouchent sur des gains de productivité et assurent à la clientèle une offre abondante et variée de produits et de services. L'économie nationale y trouve pleinement son compte. Ces heureux effets de l'économie de marché sont cependant tributaires du bon fonctionnement de la concurrence.

En 1995 et 2003, le droit suisse de la concurrence a été modernisé en profondeur afin de mieux coller aux standards internationaux déterminants, en particulier européens. La loi sur les cartels modernisée doit stimuler la concurrence dans l'intérêt de notre régime libéral d'économie de marché.

Les expériences faites par les entreprises avec la loi sur les cartels sont au centre de notre évaluation. On constate que les entreprises n'ont pas relâché leurs efforts en vue de se conformer aux exigences et aux règles de la concurrence. Le droit des cartels déploie des effets en Suisse comme au sein de l'UE. Cela dit, le risque existe que l'Etat intervienne de manière excessive et qu'il aille jusqu'à restreindre des pratiques qui ont pourtant un effet pro-concurrentiel. Les sanctions sévères prévues par le droit sont certes efficaces, mais du fait même de leur caractère pénal, elles exigent une observation encore plus scrupuleuse des procédures définies par la loi. Au risque, sans cela, de violer les principes fondamentaux de l'Etat de droit. Ces deux aspects doivent être tout spécialement pris en compte dans

l'évaluation de la loi sur les cartels en Suisse, ainsi que dans les débats qui ont lieu au sein de l'UE sur ce thème.

Le présent document met en lumière les points forts et les faiblesses de l'actuel droit suisse de la concurrence et les met en perspective par rapport aux développements internationaux. Le travail de la Commission de la concurrence d'économiesuisse ainsi que les discussions qui ont eu lieu au Comité ont abouti à la conclusion que notre politique de la concurrence doit être améliorée en termes d'efficacité et de prévisibilité. Les entreprises ont grand intérêt à ce que les mesures et procédures prévues par le droit de la concurrence soient plus effectives et offrent toute la sécurité juridique voulue. Pour cela, des modifications ponctuelles du droit des cartels matériel et formel s'imposent donc, tout comme certains changements dans l'application du droit par les autorités fédérales, dans l'intérêt de la concurrence et d'une politique de la concurrence efficace.

Executive Summary

Les révisions de 1995 et de 2003 ont nettement renforcé le droit suisse de la concurrence, qu'elles ont rapproché du même coup des règles européennes. Economiesuisse salue l'orientation choisie qui répond aux intérêts d'une politique économique libérale. Le droit des cartels montre ses effets en Suisse comme au sein de l'UE. Ces dernières années, les entreprises ont consenti des efforts supplémentaires à tous les niveaux pour se tenir strictement aux normes du droit de la concurrence. Les expériences qu'elles ont faites montrent en tous les cas, que le droit actuel ne permet pas de satisfaire de manière optimale son objectif fondamental, qui est la protection de la concurrence. Certaines règles du droit en vigueur appellent à des interventions étatiques qui peuvent limiter des pratiques pro-concurrentielles des entreprises. Dans l'intérêt de la concurrence, il faut empêcher ces interventions excessives. De même, la pratique actuelle en matière de sanctions ne va pas sans poser certains problèmes : D'un côté, le système de sanction agit préventivement, puisqu'il encourage les entreprises à adopter un comportement conforme au droit de la concurrence et à introduire des programmes de conformité. D'un autre côté, il introduit un élément fortement dissuasif qui risque d'inspirer aux entreprises et à leurs collaborateurs une prudence telle qu'elle les empêche de tirer pleinement parti de leurs potentialités sur le marché, au détriment de la compétitivité de toute l'économie. Pour parer à ces aspects négatifs, les entreprises doivent pouvoir compter sur la sécurité juridique et sur une action efficace et prévisible de la Commission de la concurrence (Comco). Du fait de leur caractère pénal et de leur sévérité, les sanctions exigent une observance encore plus stricte des règles de procédure et des impératifs de l'Etat de droit.

Fondée sur des consultations et des comptes rendus d'expériences faites par des entreprises suisses, la présente étude analyse en détail les effets sur l'économie de la loi sur les cartels. Ce travail d'Economiesuisse se veut une contribution constructive au débat sur le développement ultérieur du droit suisse de la concurrence. Dans l'intérêt de la concurrence et d'une politique de concurrence moderne, des mesures s'imposent tout particulièrement aux titres suivants :

- **Accords verticaux** : A la lumière des dernières théories économiques, l'interdiction per se de certains accords verticaux introduite à l'art. 5, al. 4 par la révision de la loi sur les cartels de 2003, est à considérer d'un œil critique et doit être supprimée. La réglementation actuelle est une source d'insécurité juridique et comporte le risque d'interventions excessives. Il convient aussi de revoir la communication sur l'appréciation des accords verticaux, notamment en ce qui concerne les recommandations en matière de prix. Il faut renoncer à des restrictions qui vont plus loin que les réglementations de l'UE. L'application de sanctions directes aux prix minimums, prix fixes et restrictions territoriales n'est pas remise en question.
- **Positions dominantes** : Le fardeau de la preuve lors de l'évaluation de situations d'abus de position dominante par une entreprise doit toujours incomber aux autorités. L'appréciation des preuves doit répondre aux exigences les plus sévères. Toute insécurité juridique qui subsisterait doit dans tous les cas profiter à l'entreprise incriminée sous la forme d'une diminution de la sanction. Les entreprises devraient avoir la possibilité d'annoncer à l'autorité toute pratique envisagée mais pas encore mise en œuvre sans s'exposer à une sanction. En cas de maintien de l'exigence selon laquelle une pratique doit avoir été mise en œuvre pour pouvoir être annoncée¹, l'entreprise devrait bénéficier de l'immunité de sanction jusqu'à la clôture définitive de la procédure. Si la procédure de notification n'est pas améliorée, il faudrait alors introduire une prétention légale à des décisions en constatation, sur le modèle de l'art. 25 LPA (loi fédérale sur la procédure administrative). Tous les éléments doivent être soigneusement pris en compte lors de la

¹ Selon une décision confirmée par le Tribunal fédéral, les opérations planifiées doivent être mises en œuvre pour pouvoir être notifiées en vue d'une libération de la sanction. Dans le cas contraire, il ne serait pas possible d'évaluer les conséquences économiques.

fixation de sanctions (selon l'art. 49a LCart) portant sur des pratiques relevant de l'art. 7 LCart (abus d'une position dominante). Si une entreprise est dans l'impossibilité ou la quasi impossibilité de prévoir l'illicéité d'un comportement, cette absence ou quasi absence de prévisibilité, partant la difficulté d'imputer le comportement répréhensible, doit se traduire par la diminution, voire l'annulation de la sanction.

- **Contrôle des fusions** : Le contrôle des fusions doit être maintenu par souci de sécurité juridique, mais redimensionné pour se concentrer sur les risques de position dominante manifestes. Le contrôle des fusions est à exercer avec retenue et toute ingérence dans la gestion opérationnelle des entreprises doit être évitée. L'introduction de valeurs seuils différenciées doit permettre d'exclure du champ de l'obligation de notification les fusions internationales qui ne concernent que marginalement le marché suisse.
- **Procédure de sanction prévue par le droit des cartels** : La procédure de sanction prévue par le droit des cartels doit mieux prendre en considération le droit d'être entendu, le droit de ne pas s'accuser soi-même, le principe de l'égalité des armes, en procédant à une répartition plus claire des fonctions entre l'autorité d'instruction et l'autorité de décision. L'indépendance de l'autorité de la concurrence doit être renforcée en la détachant de l'administration et de l'influence directe de l'exécutif politique.
- **Programmes de conformité et secret professionnel des juristes d'entreprise** : Les efforts consentis par les entreprises pour éviter les infractions au droit de la concurrence par l'adoption de programmes de conformité et de procédures internes d'analyse des risques doivent être encouragés. En l'absence de responsabilité directe, les entreprises qui ont adopté un programme de conformité approprié doivent bénéficier d'une réduction partielle ou totale de la sanction. Dans ce contexte, il convient d'envisager l'introduction d'un système qui sanctionnerait éventuellement les collaborateurs qui participent intentionnellement à des accords cartellaires au mépris des programmes de conformité. De même, il faut ancrer dans la loi le secret professionnel général pour les juristes d'entreprise.
- **Fixation de la sanction** : Les sanctions doivent être déterminées avant tout en fonction de la gravité de la faute. En l'absence de responsabilité directe, les entreprises qui appliquent un programme de conformité approprié doivent bénéficier d'une réduction partielle ou totale de la sanction (« compliance defence »). Par ailleurs, le calcul de la sanction doit impérativement tenir compte de la possibilité de condamnations en paiement d'indemnités à des clients et concurrents et d'amendes qui seraient, selon toute vraisemblance, prononcées par d'autres juridictions, pour la même affaire.
- **Séparation en deux niveaux** : La séparation de l'autorité en deux niveaux de compétence (celui de l'enquête et celui de la décision) doit être accentuée. Pour rédiger ses arrêts, la commission doit disposer d'un lieu indépendant du secrétariat chargé de l'investigation. Le secrétariat doit être plus strictement orienté sur sa mission d'enquête et d'accusation (« modèle du ministère public ») et bénéficier, lui aussi, d'un droit d'agir indépendant, sans toutefois participer directement à la prise de décision.
- **Système de milice** : Les membres de la Comco doivent continuer d'exercer leur activité selon le système de milice. Les membres proposés par les groupes d'intérêt, doivent en tant que juges spécialisés, apporter leurs connaissances de la pratique, comme dans les tribunaux de commerce. La commission doit délibérer et rédiger ses décisions indépendamment du secrétariat. A ces fins, elle doit disposer d'une équipe indépendante du secrétariat. La compétence économique de la commission, de la présidence et du secrétariat, doit être renforcée.
- **Création d'une nouvelle autorité de concurrence** : Il convient d'envisager la mise sur pied d'une autorité de concurrence (nouvelle) unique qui engloberait, outre la Comco, les autorités sectorielles dotées de compétences en matière de concurrence² et la surveillance des prix. A

² Commission de la communication (ComCom), Commission de l'électricité (Elcom) et autorité de régulation postale (PostReg)

défaut, il faudrait prévoir une séparation plus rigoureuse des compétences entre les autorités sectorielles et la Comco. Si l'autorité de régulation d'un secteur est dotée de compétences étendues, la Comco ne devrait avoir aucune compétence susceptible d'entrer en conflit avec celles-là.

- **L'eurocompétitivité avant l'eurocompatibilité** : La Suisse doit autoriser les pratiques admises par le droit de la concurrence européen. Par contre, elle ne doit pas reprendre le droit européen de la concurrence dans des domaines où il a été reconnu lacunaire. Le droit suisse est parfaitement légitimé, le cas échéant, à se montrer plus soucieux des principes de l'Etat de droit et plus libéral. La Suisse doit utiliser la marge de manœuvre à sa disposition pour développer ses propres solutions.
- **Conditions pour un accord de coopération international** : Avant d'entamer des négociations sur un accord de coopération, il conviendra tout d'abord de s'assurer que les principes de l'Etat de droit sont respectés, puis d'établir les règles fondamentales de l'entraide administrative et juridique ainsi que la protection du secret professionnel pour les juristes d'entreprise.

Aux yeux de l'économie, des modifications au droit des cartels matériel et formel comme dans son application par les autorités fédérales s'imposent, dans l'intérêt de la concurrence. Les entreprises ont besoin de mesures et de procédures du droit de la concurrence efficaces et juridiquement sûres. Sur la base de la présente évaluation et de plusieurs initiatives parlementaires en cours, le Conseil fédéral soumettra des propositions concrètes au Parlement. L'économie doit participer directement à ces travaux.

Résultats de l'évaluation de la loi sur les cartels

Exigences relatives à un droit de la concurrence moderne

Les révisions de 1995 et de 2003 ont nettement renforcé le droit suisse de la concurrence, qu'elles ont rapproché du même coup des règles européennes. economie suisse salue l'orientation choisie qui répond aux intérêts de l'économie de marché. Le droit des cartels montre ses effets en Suisse comme au sein de l'UE. Ces dernières années, les entreprises helvétiques ont consenti des efforts supplémentaires à tous les niveaux pour se tenir strictement aux normes du droit de la concurrence. La législation mise en place a donc des effets bénéfiques. Les expériences réalisées par les entreprises montrent toutefois que le droit actuel de la concurrence ne permet pas d'atteindre de manière optimale son objectif fondamental, qui est la protection de la concurrence. Certaines règles du droit de la concurrence appellent à des interventions de l'Etat qui ont un impact limitatif sur certaines pratiques pro-concurrentielles des entreprises. Dans l'intérêt de la concurrence, il importe donc d'empêcher ces interventions excessives. La pratique des sanctions et des amendes pose également certains problèmes : D'un côté, le système de sanctions agit préventivement, puisqu'il encourage les entreprises à adopter un comportement conforme au droit de la concurrence et à introduire des programmes de conformité. D'un autre côté, il introduit un élément fortement dissuasif qui risque d'inspirer aux entreprises et à leurs collaborateurs une prudence telle qu'elle les empêche de tirer pleinement parti des potentialités du marché, au détriment de la compétitivité de toute l'économie. Pour parer à ces aspects négatifs, les entreprises doivent pouvoir compter sur la sécurité juridique et sur une action efficace et prévisible de la Comco. Du fait de leur caractère pénal et de leur sévérité, les sanctions exigent une observance encore plus stricte des règles de procédure et des impératifs de la prééminence du droit. Ces modifications ponctuelles auront pour effet d'améliorer la politique de concurrence.

Fondée sur des consultations et des comptes rendus d'expériences faites par des entreprises suisses, la présente étude analyse en détail les effets sur l'économie de la loi sur les cartels. Cette évaluation se veut une contribution constructive au débat sur le développement du droit de la concurrence en Suisse¹. Les entreprises estiment que des mesures doivent être prises. Les milieux économiques ont donc formulé quinze recommandations concrètes destinées à améliorer l'efficacité du droit de la concurrence :

¹ Cf. aussi le tableau récapitulatif des recommandations du Groupe d'évaluation Loi sur les cartels (annexe 4.3).

Questions matérielles

1 **Les accords horizontaux**

En ce qui concerne les dispositions relatives aux accords horizontaux illicites (art. 5, al 1 à 3, LCart), les communications de la Comco doivent être complétées dans le sens d'une harmonisation avec le droit européen des cartels. Il convient notamment d'aligner les valeurs seuils sur les normes de l'UE.

2 **Les accords verticaux**

L'interdiction per se de certains accords verticaux introduite lors de la révision de la loi sur les cartels de 2003 (art. 5, al. 4) ne se justifie plus à la lumière des récentes théories économiques et doit être supprimée. La réglementation actuelle est une source d'insécurité juridique et comporte le risque d'interventions excessives. Il y a lieu de revoir la communication sur l'appréciation des accords verticaux, en ce qui concerne les recommandations en matière de prix. Les restrictions allant au-delà des règles européennes doivent être supprimées. À noter que l'application de sanctions directes en cas de prix de vente minimum ou fixe et de restrictions territoriales n'est pas remise en cause.

3 **L'abus de position dominante**

Lors de l'évaluation de situations d'abus de position dominante, le fardeau de la preuve doit toujours incomber aux autorités. L'appréciation des preuves doit répondre aux exigences les plus sévères. Toute insécurité juridique qui subsisterait doit dans tous les cas profiter à l'entreprise incriminée sous la forme d'une diminution de la sanction.

4 **Le contrôle des fusions**

Le contrôle des fusions doit être maintenu par souci de sécurité juridique, mais redimensionné pour se concentrer sur les risques de position dominante manifestes. Le contrôle des fusions est à exercer avec retenue et toute ingérence dans la gestion opérationnelle des entreprises doit être évitée. Les charges éventuelles doivent pouvoir être adaptées à l'évolution de la situation et faire l'objet d'un contrôle séparé. L'introduction de valeurs seuils différenciées doit permettre d'exclure du champ de l'obligation de notification les fusions internationales qui ne concernent que marginalement le marché suisse.

Procédures et sanctions

5 **La procédure de sanction prévue par le droit des cartels**

La procédure de sanction prévue par le droit des cartels doit mieux prendre en considération le droit d'être entendu, le droit de ne pas s'accuser soi-même et du principe de l'égalité des armes en procédant à une répartition plus claire des fonctions entre l'autorité d'instruction et l'autorité décisionnelle. L'indépendance de l'autorité de concurrence doit être renforcée en la détachant de l'administration et de l'influence directe de l'exécutif politique (à l'instar de l'Autorité de surveillance en matière de révision ou de l'Autorité de surveillance des marchés financiers FINMA ; compétences en matière de nomination, budget autonome, non-assujettissement aux directives d'un département).

6 **La conformité**

Les efforts consentis par les entreprises pour éviter les restrictions de la concurrence par l'adoption de programmes de conformité et de procédures internes d'analyse des risques doivent être encouragés. En l'absence de responsabilité directe, les entreprises qui ont adopté un programme de conformité approprié doivent bénéficier d'une réduction partielle ou totale de la sanction. Dans ce contexte, il convient d'envisager l'introduction d'un système qui sanctionnerait éventuellement les collaborateurs qui participent intentionnellement à des accords cartellaires au mépris des programmes de conformité.

7 **Le secret professionnel des juristes d'entreprises**

La protection du secret professionnel général des juristes d'entreprise doit être ancrée dans la loi.

8 **La sanction**

Une pratique qui n'a pas encore déployé ses effets au moment de sa communication à la Comco ne devrait plus être passible de sanction ultérieure. Les entreprises doivent avoir la possibilité d'annoncer toute pratique envisagée mais pas encore mise en œuvre, au secrétariat de la Comco, sans s'exposer à une sanction. En cas de maintien de l'exigence selon laquelle une pratique doit être mise en œuvre pour pouvoir être annoncée, les entreprises devraient bénéficier de l'immunité de sanction jusqu'à la clôture définitive de la procédure. Si la procédure de notification n'est pas améliorée, il faudrait introduire une prétention légale à des décisions en constatation sur le modèle de l'art. 25 LPA. Tous les éléments doivent être soigneusement examinés lors de la fixation de sanctions (selon l'art. 49a LCart) portant sur des pratiques définies à l'art. 7 LCart (abus d'une position dominante). Dans l'appréciation d'un cas concret, il convient de tenir dûment compte de l'impératif de la détermination d'une part (« Bestimmtheitsgebot »), de la prévisibilité insuffisante ainsi que des efforts concrets déployés par l'entreprise d'autre part (par exemple sa demande d'un avis de droit pour déterminer l'admissibilité de tel ou tel comportement). Si une entreprise est dans l'impossibilité ou la quasi impossibilité de prévoir l'illicéité d'un comportement, cette absence ou quasi absence de prévisibilité, partant la difficulté d'imputer le comportement répréhensible, doit se traduire par la diminution, voire l'annulation de la sanction.

9 **La fixation de la sanction**

Les sanctions doivent être déterminées avant tout en fonction de la gravité de la faute commise. En l'absence de responsabilité directe, les entreprises qui appliquent un programme de conformité approprié doivent bénéficier d'une réduction partielle ou totale de la sanction (« compliance defence »). Par ailleurs, le calcul de la sanction doit impérativement tenir compte de la possibilité de condamnations en paiement d'indemnités à des clients et concurrents et d'amendes qui seraient, selon toute vraisemblance, prononcées par d'autres juridictions, pour la même affaire.

Institutions

10 **La Comco**

Les membres de la Comco doivent continuer à exercer leur mandat selon un système de milice. Les membres proposés par les différents groupes d'intérêt doivent en tant que juges spécialisés, apporter leurs connaissances pratiques. La compétence économique de la Commission, de la présidence et du secrétariat, doit être renforcée. Il est également nécessaire de prévoir une séparation plus rigoureuse des tâches entre l'autorité d'investigation et l'autorité décisionnelle. La Commission doit prendre ses décisions indépendamment du secrétariat. Il convient d'envisager une organisation de la Comco à l'instar des tribunaux de commerce, mais en tant que juridiction spécialisée en droit des cartels – avec un président à plein temps, assisté de spécialistes et de représentants des principaux acteurs économiques (associations faïtières de l'économie, syndicats et consommateurs) exerçant leur fonction à titre accessoire.

11 **Le secrétariat**

Le secrétariat doit être plus strictement orienté sur sa mission d'enquête et d'accusation (« modèle du ministère public ») et bénéficier lui aussi d'un droit d'agir indépendant, sans toutefois participer directement à la prise de décision. Pour rédiger ses arrêts, la Commission doit disposer d'un lieu indépendant du secrétariat chargé de l'investigation.

12 **Les règles de politique de la concurrence**

Les règles de politique de la concurrence doivent être définies dans le droit des cartels uniquement et non pas dans les lois sectorielles. De même, il faut éviter les exceptions au droit des cartels qui seraient spécifiques à certaines branches.

13 **La nouvelle autorité de concurrence**

Il convient d'envisager la mise sur pied d'une autorité de concurrence (nouvelle) unique qui engloberait, outre la Comco, les autorités sectorielles et la surveillance des prix. À défaut, il faudrait prévoir une séparation plus rigoureuse des compétences entre les autorités sectorielles et la Comco. Si l'autorité de régulation d'un secteur est dotée de compétences étendues, la Comco ne devrait avoir aucune compétence susceptible d'entrer en conflit avec celles-là.

Europe

14 **L'eurocompétitivité**

L'eurocompétitivité prime sur l'eurocompatibilité. La Suisse doit autoriser les pratiques admises par le droit de la concurrence européen. Par contre, elle ne doit pas reprendre le droit européen de la concurrence dans des domaines où il a été reconnu lacunaire. Le droit suisse est parfaitement légitimé, le cas échéant, à se montrer plus soucieux des principes de l'Etat de droit et du libéralisme. La Suisse doit utiliser la marge de manœuvre à sa disposition pour développer ses propres solutions.

15 **Les réserves relatives au respect des principes de l'Etat de droit**

Avant d'entamer des négociations sur un accord de collaboration, il conviendra tout d'abord de s'assurer que les principes de l'Etat de droit sont respectés, puis d'établir les règles fondamentales de l'entraide juridique et administrative et instaurer la protection du secret professionnel des juristes d'entreprise.