

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, economiesuisse 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 faîtières 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.