

# les entreprises et la concurrence

## évaluation de la loi sur les cartels

**Impressum**

**Cette publication paraît en français et en allemand**  
**Composition et production: dast Visuelle Kommunikation, Zurich**  
**Impression: Offset Holend AG, Zurich**  
**Edition: avril 2009**  
**© economiesuisse 2009**

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 ont multiplié 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'État intervienne de manière excessive et qu'il aille jusqu'à restreindre des pratiques qui ont 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'État 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'*economiesuisse* 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 efficaces et offrent toute la sécurité juridique voulue. Pour cela, des modifications ponctuelles du droit des cartels matériel et formel s'imposent, 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.



**Ulrich Jakob Looser**  
président de la Commission  
de la concurrence



**Pascal Gentinetta**  
président de la direction



	<b>Management Summary</b>	<b>4</b>
<b>1</b>	<b>Rappel de la situation</b>	<b>7</b>
1.1	La politique de concurrence, pivot de la politique économique libérale	8
1.2	Enjeux actuels du débat sur la politique de concurrence	10
<b>2</b>	<b>Évaluation de la loi sur les cartels</b>	<b>14</b>
2.1	Droit matériel	14
2.2	Procédures et sanctions	28
2.3	Institutions	39
2.4	Par rapport à l'Europe	44
<b>3</b>	<b>Exigences relatives à un droit de la concurrence moderne</b>	<b>46</b>
<b>4</b>	<b>Annexe</b>	<b>50</b>
4.1	Organisation	50
4.2	Principes de politique de la concurrence d'économie suisse	52
4.3	Tableau synoptique des recommandations du Groupe d'évaluation Loi sur les cartels	54
4.4	Liste des figures	56
4.5	Abréviations	56
4.6	Bibliographie	58

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. L'économiesuisse 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 observation encore plus stricte des règles de procédure et des impératifs de l'État 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'économiesuisse 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:** 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 pas 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, notamment en ce qui concerne les recommandations en matière de prix. Les restrictions allant au-delà des règles européennes doivent être supprimées. A noter que l'application de sanctions directes en cas de prix de vente minimums ou fixes et de restrictions territoriales n'est pas remise en question.
- **Positions dominantes:** 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. Les entreprises doivent avoir la possibilité d'annoncer 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 être mise en œuvre pour pouvoir être annoncée<sup>1</sup>, 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 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 examinés lors de la

<sup>1</sup> 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 seuil 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 et le principe de l'égalité des armes en procédant à une répartition plus stricte des fonctions entre l'autorité d'instruction et l'autorité décisionnelle. 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 en matière de programmes de conformité et de procédures internes d'analyse des risques afin d'éviter les restrictions de la concurrence 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 en relation avec l'introduction de la «compliance defence». 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 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 tenir compte des dommages-intérêts, nécessairement prévisibles, à verser à des clients et concurrents et d'amendes qui seraient prononcées par d'autres juridictions dans 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'une autorité indépendante 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»). Dans cette perspective, il doit bénéficier d'une identité propre et rester à l'écart des délibérations.
- **Système de milice:** Les membres de la Comco doivent continuer d'exercer leur mandat selon un système de milice. Les membres proposés par les groupes d'intérêt doivent, en tant que juges spécialisés, apporter leurs connaissances pratiques, comme dans les tribunaux de commerce. La commission doit délibérer et prendre ses décisions indépendamment du secrétariat. Pour cela, elle doit disposer de capacités administratives indépendantes 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, non seulement la Comco, mais aussi les autorités sectorielles dotées de compétences en matière de concurrence<sup>2</sup> et la surveillance des prix. A 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 de la concurrence européen 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'État 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 collaboration, il conviendra tout d'abord de s'assurer que les principes de l'État de droit sont respectés, puis d'établir les règles fondamentales de l'entraide administrative et judiciaire et d'instaurer la protection du secret professionnel des 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.

---

<sup>2</sup> Commission de la communication (ComCom), Commission de l'électricité (ElCom) et autorité de régulation postale (PostReg).

## **L'objectif de la loi sur les cartels: une protection efficace de la concurrence**

Le droit suisse de la concurrence a été profondément modernisé lors des deux révisions de la loi sur les cartels de 1995 et de 2003. Les anciennes dispositions légales accordaient une grande importance aux principes de la liberté économique individuelle et de la lutte contre les abus en matière de concurrence. Avec la révision de 1995, le législateur a mis l'accent sur la protection et la promotion de la compétitivité. Les orientations conceptuelles et matérielles de la loi se sont rapprochées des normes internationales – et notamment européennes – du droit de la concurrence. Consacrant le principe de la protection d'une concurrence efficace, la loi sur les cartels de 1995 vise à «empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et [à] promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral» (art. 1, LCart 95). La révision opérée en 2003 a eu pour but d'améliorer la loi de 1995 en instaurant notamment des sanctions directes dès la première infraction à la loi sur les cartels<sup>3</sup>. D'autres modifications – en partie contestées – concernaient la définition des entreprises détenant une position dominante, l'appréciation des accords verticaux et le traitement des PME. L'art. 59a précise que le Conseil fédéral veille à ce que l'exécution de la loi sur les cartels et l'efficacité des mesures prises fassent l'objet d'une évaluation. Il lui est en outre demandé de présenter un rapport au Parlement au plus tard cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi. Le rapport de synthèse relatif à la loi sur les cartels a été présenté par le groupe d'experts le 15 janvier 2009<sup>4</sup>. Cette évaluation est quelque peu prématurée dans la mesure où la loi n'est définitivement entrée en vigueur qu'en 2005, après une période transitoire. Le nombre d'expériences réalisées avec les nouvelles règles est donc limité.

## **Une politique de concurrence dans l'intérêt de la place économique suisse**

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 les ajuster au nouveau cadre juridique. Les expériences faites par les entreprises montrent que la protection institutionnelle de la concurrence et la liberté de concurrence qui en résulte vont dans le sens des intérêts de l'économie. Il apparaît toutefois que les entreprises sont aussi confrontées à des interventions imprévisibles et préjudiciables de l'autorité de concurrence. Elles estiment que l'introduction de dispositions parfois controversées dans la loi sur les cartels 2003, en particulier, a engendré un certain flou et une insécurité juridique qu'il convient d'éliminer rapidement dans l'intérêt d'un régime de concurrence efficace.

## **L'économie évalue la loi sur les cartels**

En raison de l'importance de la politique de concurrence pour le développement de l'économie de marché en Suisse et de l'intérêt manifesté par les entreprises pour un cadre général offrant des conditions juridiques sûres et un environnement concurrentiel, l'économie suisse a décidé de procéder à sa propre appréciation de la situation afin d'intervenir de manière constructive dans le débat sur le développement du droit de la concurrence dans notre pays et d'attirer l'attention des milieux intéressés sur la nécessité d'agir. Cette évaluation du droit suisse de la concurrence tient compte de l'évolution du droit communautaire. Les règles de concurrence font actuellement l'objet d'un vaste

<sup>3</sup> Avant l'introduction du système de sanctions directes, l'autorité compétente se bornait à constater l'infraction et une sanction n'était prononcée qu'en cas de transgression durable.

<sup>4</sup> Voir Groupe d'évaluation Loi sur les cartels, résumé du rapport, Berne 2008 (La version intégrale «Evaluation gemäss Art. 59a KG» est disponible uniquement en allemand).

### Les expériences faites par les entreprises sont au centre de l'évaluation

débat au sein de l'UE en raison de l'évaluation du règlement 1/2003<sup>5</sup> prévue en 2009. Le règlement CE sur les concentrations et les règles de la concurrence applicables aux accords verticaux font également l'objet d'un examen<sup>6</sup>. Les institutions et les questions de procédure ne constituent par contre pas des thèmes prioritaires dans les discussions de la Commission européenne.

La présente évaluation de la loi sur les cartels par la Commission de la concurrence d'économiesuisse repose sur les «Principes de politique de la concurrence»<sup>7</sup> approuvés par le Comité directeur et sur les expériences faites par les entreprises suisses en lien avec cette loi. Le Comité d'économiesuisse a défini les lignes directrices de cette appréciation le 30 novembre 2008.

### 1.1 La politique de concurrence, pivot de la politique économique libérale

### Des marchés ouverts et la concurrence renforcent la place économique suisse

économiesuisse s'engage en faveur d'une politique économique libérale. L'ouverture des marchés et une forte concurrence renforcent l'attrait et la compétitivité de la place économique suisse. Pour les acteurs économiques, il est vital de protéger et d'encourager la libre concurrence par une législation moderne ainsi qu'une politique active en matière de concurrence. Une concurrence efficace constitue le fondement de l'économie de marché libérale. Elle favorise:

- l'innovation et le progrès technique,
- une offre étendue,
- un rapport prix-prestation plus compétitif pour les produits et les services et
- un accroissement de la prospérité en général.

Étant donné que le bon fonctionnement de la concurrence peut être entravé par certaines pratiques des entreprises, par des prescriptions étatiques spéciales et par des réglementations sectorielles, il convient d'instaurer une politique uniforme au niveau institutionnel, axée sur la protection de la concurrence.

### La loi sur les cartels est efficace

Ces dernières années, les entreprises suisses ont fait des efforts supplémentaires considérables à tous les niveaux pour respecter les dispositions légales en matière de concurrence. La loi sur les cartels déploie ses effets et la concurrence dynamise le marché, grâce notamment à la nouvelle politique de concurrence. Simultanément, les entreprises constatent que le droit suisse de la concurrence pourrait être amélioré.

### Éviter les interventions inadéquates

Premièrement, les expériences réalisées en matière de politique de concurrence – tant en Suisse qu'à l'étranger – montrent que de *mauvaises règles du droit de la concurrence* et la pratique qui en résulte de la part de l'autorité compétente ouvrent la porte à des *interventions étatiques inadéquates*, susceptibles d'entraver les comportements pro-concurrentiels des entreprises. Un interventionnisme trop marqué, contradictoire ou imprévisible de l'autorité de concurrence dans les processus de marché peut compromettre l'objectif visé en termes de protection de la concurrence. Les entreprises hésiteront en effet à innover ou à développer des stratégies de marché compétitives si le risque d'insécurité juridique ou la menace d'intervention, voire de sanction de la part de l'autorité de surveillance se révèlent trop élevés. Une telle situation va à l'encontre de la dynamisation

<sup>5</sup> Cf. Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du traité, in: JO n° L 001 du 4 janvier 2003, p. 001.

<sup>6</sup> La Commission européenne a mené une consultation publique concernant le fonctionnement du règlement CE sur les concentrations (règlement n° 139/2004 du Conseil), cf. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1591&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>

<sup>7</sup> Voir économiesuisse, Principes de politique de la concurrence (annexe 4.2).

et de l'intensification de la concurrence voulues par la politique de concurrence. Les entreprises doivent pouvoir distinguer sans ambiguïté les comportements autorisés de ceux qui ne le sont pas. Dans le cas des cartels rigides (accords sur la fixation de prix, accords de répartition géographique, etc.), les règles existantes sont, de manière justifiée, définies avec précision. En cas de griefs concernant l'abus de position dominante (art. 7 LCart), il serait également souhaitable de pouvoir se fonder sur des règles précises et définitives, mais de telles mesures empêcheraient souvent les entreprises d'adopter des comportements pro-concurrentiels. Dans ce genre de situation, une évaluation au cas par cas est préférable à l'instauration de règles précises. Afin de respecter néanmoins les principes de l'État de droit (en l'absence de réglementation légale claire), l'imprécision des règles générales ne doit pas pénaliser les entreprises.

### **Améliorer la sécurité juridique**

Deuxièmement, il est dans l'intérêt des entreprises que les *interventions des autorités de surveillance* soient aussi prévisibles que possible. Ce *besoin de sécurité juridique et de prévisibilité* est menacé par diverses réglementations en vigueur. Il suffit en effet que des dispositions matérielles soient ambiguës ou que des autorités étatiques prennent des décisions peu compréhensibles pour que les acteurs économiques renoncent à des activités ou des investissements favorables à la concurrence. Il est donc indispensable aux yeux des entreprises que les réglementations relevant du droit des cartels et leur application tiennent compte des circonstances économiques. Elles souhaitent également que la Comco accorde une attention soutenue aux principes de sécurité juridique et de prévisibilité lorsqu'elle traite des situations relevant du droit des cartels par le biais d'un processus décisionnel cohérent, d'une politique de communication adaptée à la réalité et de décisions claires dans des situations nouvelles. Les procédures doivent être exécutées avec rapidité et efficacité. Ces exigences constituent également un indicateur pour l'évaluation de la loi sur les cartels.

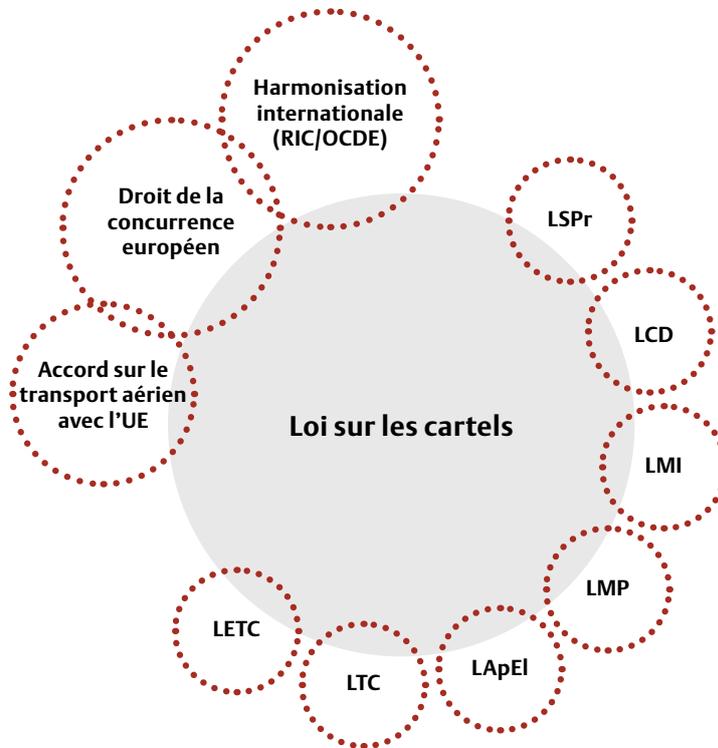
### **La politique de concurrence dans son acception la plus large**

La politique de concurrence va au-delà de la loi sur les cartels et doit être considérée dans un sens large. L'État dispose en effet d'instruments supplémentaires dans d'autres domaines pour mettre en œuvre sa politique de concurrence (cf. figure 1). Dans son acception la plus large, la politique de concurrence englobe une politique économique extérieure libérale basée sur le libre-échange, une politique du marché intérieur visant à éliminer les barrières douanières (introduction du principe du Cassis de Dijon, nouvelle réduction des entraves techniques au commerce, etc.), un processus d'adjudication des marchés publics transparent et flexible ainsi qu'une politique d'ouverture à long terme dans le secteur des marchés d'infrastructures. Les milieux économiques s'engagent résolument en faveur de la suppression de réglementations qui entravent et entraînent une distorsion de la concurrence. Les prescriptions étatiques spéciales et les réglementations sectorielles représentent un risque pour l'économie de marché. Seule une politique de concurrence globale est en mesure d'augmenter durablement l'intensité de la concurrence sur les marchés.

**Figure 1**

Dans l'optique d'une politique de concurrence au sens large, il convient d'évaluer la loi sur les cartels en lien avec d'autres lois et règles internationales ayant une incidence sur la concurrence.

**La loi sur les cartels dans le contexte des autres lois et règles internationales régissant la concurrence**



RIC: Réseau international de la concurrence (collaboration avec les autorités de concurrence); OCDE: Organisation de coopération et de développement économique; LETC: Loi sur les entraves techniques au commerce; LTC: Loi sur les télécommunications; LApEI: Loi sur l'approvisionnement en électricité; LMP: Loi sur les marchés publics; LMI: Loi sur le marché intérieur; LCD: Loi contre la concurrence déloyale; LSPR: Loi concernant la surveillance des prix

Source: economiesuisse

**1.2 Enjeux actuels du débat sur la politique de concurrence**

Deux thèmes ont pris une ampleur particulière dans le débat scientifique et dans la pratique du droit de la concurrence au cours de ces dernières années: on constate d'une part que de nombreux pays se tournent de plus en plus vers une *approche davantage axée sur la dimension économique* («more economic approach»). D'autre part, des *manquements aux principes de l'État de droit*, relevés notamment dans le domaine des procédures et de la pratique en matière de sanctions, donnent lieu à une appréciation critique du droit de la concurrence.

**1.2.1 L'approche économique**

La politique de l'Union européenne (UE) et des États-Unis en matière de concurrence accorde une importance prépondérante à la dimension économique, notamment sur les questions relatives aux abus de position dominante et aux accords verticaux<sup>8</sup>. Pour sa part, la Suisse semble privilégier depuis 2003 la voie des interdictions et des obligations formelles. De telles règles de principe présentent l'avantage de la simplicité et de la sécurité juridique, mais elles ne tiennent pas compte des développements de l'économie et vont parfois à l'encontre de la réalité économique. La très grande majorité des experts en économie estime que l'interdiction générale de certains accords verticaux ou de diffé-

**Tendance à une évaluation des cas particuliers fondée sur des critères économiques**

<sup>8</sup> Cf. Schmidtchen D., Der «more economic approach» in der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1956, Cahier 1 2006, pp. 6–16.

## Définitions

### Erreurs de réglementation de type 1 et 2

L'activité des autorités de surveillance peut déboucher sur deux types d'erreurs.

Premièrement, il est possible que l'autorité de concurrence prenne une mesure qui ne se justifie pas sur le plan économique.

On parle dans ce cas d'une erreur de type 1.

Deuxièmement, elle peut omettre de prendre une mesure qui aurait été utile.

Il s'agit alors d'une erreur de type 2.

renciations de prix et de prestations est dommageable pour la concurrence parce qu'elle interdit des pratiques efficaces et pro-concurrentielles. L'inscription d'une interdiction per se dans la loi oblige l'autorité de concurrence à intervenir même si les mesures qui en résultent sont dommageables pour la concurrence. On parle dans ce cas d'une erreur de type 1 (cf. encadré). Pour éviter cette erreur, des représentants de l'approche économique proposent un nouveau modèle de politique de concurrence basé sur l'effet du comportement. Selon ce modèle, les pratiques des entreprises ne sont plus soumises à une interdiction per se, l'accent étant désormais porté sur la vérification préalable du bon fonctionnement de la concurrence. Si les règles du marché sont respectées, un comportement ne peut par définition nuire à l'économie. En cas de distorsion sensible de la concurrence, il est vérifié dans chaque cas si cette distorsion est admise parce qu'elle est compensée par un comportement renforçant l'efficacité et la prospérité économiques. Si l'autorité de surveillance ou l'entreprise démontre que la politique de l'entreprise a un effet pro-concurrentiel – dans le sens d'une justification par l'efficacité – il sera autorisé.

## Les critiques à l'encontre de l'art. 5, al. 4

Avenir Suisse a mis en doute l'efficacité économique des mesures applicables aux accords verticaux en Suisse depuis 2003<sup>9</sup>. L'art. 5, al. 4 de la loi sur les cartels selon lequel certains types d'accords verticaux<sup>10</sup> sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace énonce une interdiction per se, d'autant que la Comco précise que la présomption ne pourra pas être contredite par la preuve d'une concurrence intermarques. Du point de vue économique, les accords verticaux assurent une coordination efficace au sein des chaînes de valeur, lesquelles peuvent ainsi entrer en concurrence avec d'autres chaînes de valeur. Les accords verticaux devraient donc être soumis à une analyse au cas par cas. Pour les partisans de l'approche formelle, en revanche, des critères contraignants devraient pouvoir être déduits des lois au nom de la sécurité juridique. Des règles abstraites et facilement applicables qui ignorent la différence entre la promotion et l'affaiblissement de la concurrence ne sont pas adaptées aux pratiques commerciales nombreuses et extrêmement diversifiées.

## Il convient de soumettre la disposition sur les accords verticaux à un examen critique

Comme nous l'avons évoqué plus haut, les théories économiques courantes montrent que certains types de comportement peuvent avoir une incidence à la fois favorable et défavorable sur la concurrence. Cela ne permet guère l'instauration d'un cadre légal simple et schématique. Les effets de la politique de concurrence sont souvent peu clairs en l'absence de méthodes et de données économiques fiables permettant d'apprécier l'effet bénéfique d'une intervention de l'autorité de surveillance<sup>11</sup>. On peut certes examiner a posteriori les conséquences des décisions sur un indicateur du marché – en règle générale le bien-être des consommateurs. Ainsi, on a constaté que la Communication de la Comco concernant les accords verticaux avait considérablement réduit les différences de prix par rapport à l'étranger dans le commerce automobile<sup>12</sup>. On ne sait toutefois pas encore si et dans quelle mesure ces écarts auraient diminué sans cette communication et si les réductions de prix ont une incidence favorable et tangible sur l'économie globale. Dans le sillage de l'évaluation de la loi sur les cartels, il convient donc de vérifier dans quelle mesure les dispositions sur les accords verticaux doivent être reformulées à la lumière des discussions actuelles.

<sup>9</sup> Cf. Saurer M., La politique de la concurrence en Suisse. Protection de l'institution ou de ses acteurs? Avenir Suisse, document de réflexion 02/08, Zurich 2008.

<sup>10</sup> Fixation de prix de vente minimaux ou de prix de vente fixes, attribution de territoires, etc.

<sup>11</sup> La Competition Commission britannique tente régulièrement de quantifier les effets de ses décisions sur le bien-être des consommateurs. Elle précise toutefois que ses méthodes d'évaluation comportent certaines imperfections et un degré d'incertitude élevé (cf. [http://www.competition-commission.org.uk/our\\_role/analysis/evaluation\\_report.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/our_role/analysis/evaluation_report.pdf) et [http://www.competition-commission.org.uk/our\\_role/analysis/estimated\\_costs\\_07\\_08.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/our_role/analysis/estimated_costs_07_08.pdf))

<sup>12</sup> Evenett S.J. & Meier M., Competition Law and Europe's Open Borders: The Case of Motor Vehicle Distribution in Switzerland. Note de discussion n° 2008-19, St-Gall 2008.

**Le système des sanctions peut aussi entraver la concurrence**

**1.2.2 Les manquements aux principes de l'État de droit au niveau de la procédure et de la pratique des sanctions**

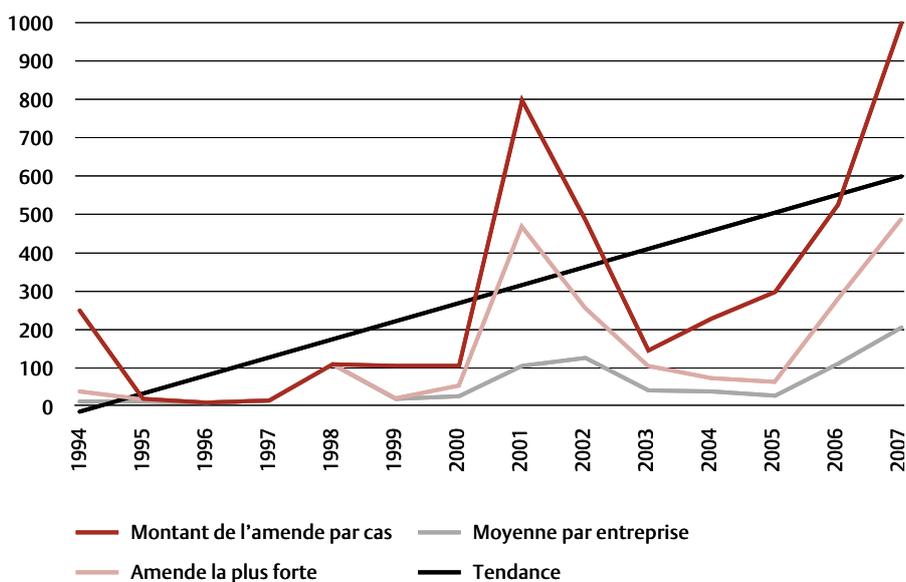
Une innovation importante de la loi sur les cartels 2003 a été l'introduction d'un système de sanctions immédiates. À ce jour, la Comco n'a pratiquement pas prononcé de telles sanctions ayant déjà force exécutoire<sup>13</sup>. Cela n'est guère étonnant vu que la période transitoire s'étendait jusqu'en mars 2005. On relèvera avec intérêt la très forte croissance des amendes infligées ces dernières années au sein de l'UE, notamment si l'on considère que la politique suisse en matière de concurrence s'inspire de plus en plus des pratiques européennes (cf. figures 2 et 3). L'introduction d'amendes comporte deux aspects: d'une part, le système de sanctions a un effet préventif, puisqu'il encourage les entreprises à respecter les dispositions du droit de la concurrence et à introduire des programmes de conformité. Mais d'un autre côté, il introduit un élément dissuasif qui risque d'inciter les entreprises et leurs collaborateurs à faire preuve d'une prudence excessive et à ne pas exploiter pleinement les potentialités du marché, et donc à affaiblir en fin de compte la compétitivité de l'économie suisse.

**Figure 2**

Les amendes infligées par la Commission européenne pour des infractions à la loi sur les cartels ont atteint des niveaux historiques ces dernières années. Si on considère les amendes les plus élevées prononcées au cours de ces quatorze dernières années, il apparaît que la Commission inflige des sanctions de plus en plus élevées dans ce domaine.

**Évolution de la pratique des amendes en droit communautaire**

En mio. d'euros



Source: Schwarze et al. (2008)

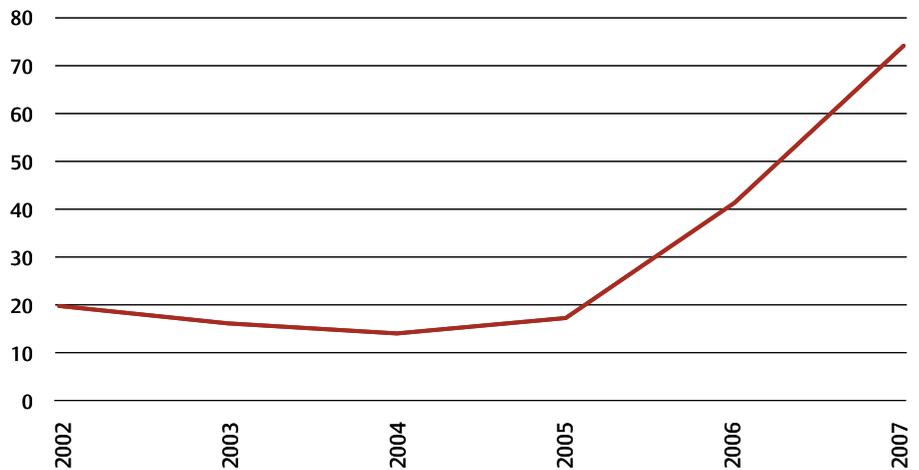
<sup>13</sup> Cf. DPC 2008/01.

### Figure 3

Jusqu'en 2005, le montant total des amendes était systématiquement inférieur à un milliard d'euros et la moyenne par entreprise inférieure à 20 milliards d'euros. Deux ans plus tard, le montant total des amendes avait plus que triplé. Les sanctions prononcées aujourd'hui ont un impact majeur sur la fortune des entreprises concernées; de telles interventions doivent reposer sur une base légale suffisamment précise et dans le cadre d'une procédure satisfaisant les principes de l'État de droit.

### Moyenne des amendes prononcées par entreprise et par année

En mio. d'euros



Source: Schwarze et al. (2008)

### Les manquements aux principes de l'État de droit

Dans ce contexte, les entreprises reprochent avant tout au système de sanctions de ne pas respecter les principes de l'État de droit. Eu égard à la portée des sanctions, les règles de procédure fondées sur les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme doivent être strictement observées. Cette exigence n'est pas respectée à bien des égards, notamment si l'on considère:

- l'obligation dans les faits de s'accuser soi-même dans le cadre du « programme de clémence »<sup>14</sup>,
- la prise en compte insuffisante de la notion de faute,
- l'intégration des autorités de surveillance dans les autorités politiques<sup>15</sup> et
- l'inégalité des armes dans les procédures.

En conséquence, les entreprises expriment un mécontentement croissant à ce sujet<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> L'immunité totale n'est accordée qu'à la première entreprise qui dénonce un cartel, ce qui encourage de façon excessive les auto-accusations.

<sup>15</sup> En Suisse, le Conseil fédéral dispose d'une capacité d'influence. Au sein, de l'UE, c'est la Commission européenne elle-même qui dirige l'autorité.

<sup>16</sup> Cf. Schwarze J., Bosch W., Bechtold R., Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft. Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008; Lever J., Opinion, BDI Imprint No 406, 12 novembre 2007; cf. aussi: « Kritik an spektakulären EU-Kartellbussen » dans la Frankfurter Allgemeine Zeitung du 21 octobre 2008.

## Le respect du droit des cartels occasionne des frais élevés pour les entreprises

La politique de la concurrence suivie par notre pays ces dernières années a dynamisé la concurrence sur le marché suisse. D'une manière générale, la décision de miser sur la protection d'une concurrence efficace, lors des révisions de la loi sur les cartels de 1995 et de 2003, a porté ses fruits. La forte augmentation des dépenses liées au conseil juridique et à la conformité aux règles montre que les entreprises ont consenti de gros efforts pour respecter les dispositions du droit des cartels. Le système de sanctions introduit en 2003 a déployé ses effets incitatifs sur l'économie privée. Pour les entreprises, le respect du droit de la concurrence implique des frais supplémentaires non négligeables. Même dans les cas de moindre importance, elles doivent en effet fréquemment se faire conseiller sur le plan juridique, ce qui coûte cher. Si la sensibilité aux questions cartellaires s'est nettement développée au sein de l'économie privée, cela ne semble pas être le cas du côté des collectivités publiques. Prix administrés, libéralisation hésitante dans le domaine des infrastructures et conditions problématiques d'attribution des mandats publics continuent de faire obstacle à la concurrence dans ce secteur.

## Des adaptations s'imposent dans l'intérêt de la concurrence

La révision de la loi sur les cartels de 2003 a introduit non seulement des dispositions favorables à la concurrence, mais également des règles constituant un frein en la matière. Ces dernières sont au centre des explications données ci-après. Du point de vue des entreprises, d'importants ajustements s'imposent, si l'objectif est de mettre en place une politique de la concurrence moderne à laquelle il incombe de protéger la concurrence.

### 2.1 Droit matériel

## La concurrence, vue comme un processus de découverte

La concurrence garantit une liberté d'action et de décision individuelle maximale. Elle est la mieux à même d'induire une allocation des ressources efficace et il est communément admis qu'elle constitue le meilleur «processus de découverte»<sup>17</sup>. *La concurrence est dynamique, spontanée, pluridimensionnelle et souvent effective en présence d'un petit nombre de prestataires*. Cela signifie qu'on ne peut évaluer l'intensité de la concurrence sur la base de la seule observation de la structure du marché. Il serait par exemple faux de déduire de la structure des prix sur un marché qu'il y a forcément violation du droit des cartels. La concurrence agit en effet non seulement sur le prix, mais aussi sur d'autres éléments comme la qualité. De même, la guerre des prix que l'on observe dans certains secteurs doit être interprétée avec circonspection: elle peut être l'expression d'une saine concurrence entre acteurs en action et en réaction, ou le signe d'une volonté d'éviction abusive de la part d'une entreprise dominant le marché. De même, il ne suffit pas de dénombrer les acteurs d'un marché pour évaluer une situation en termes de concurrence. Il est tout à fait possible, dans une situation de monopole, que le simple fait qu'un nouvel acteur envisage d'entrer sur un marché pousse le monopoliste à pratiquer un prix optimal du point de vue économique (concurrence potentielle<sup>18</sup>). Et deux concurrents actifs sur le même marché peuvent être suffisants pour que la concurrence déploie ses effets. La concurrence est également caractérisée par une alternance permanente d'innovations et d'imitations.

<sup>17</sup> Cf. Hayek F.A., *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, in: *Freiburger Studien*, Tübingen 1969, pp. 249–265.

<sup>18</sup> Cf. Baumol W.J., *Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure*, in: *American Economic Review*, 72 (1) 1982, pp. 1–15.

## La sécurité juridique: le préalable d'une concurrence efficace

Le droit moderne de la concurrence doit tenir compte de cette dimension dynamique. La garantie de la sécurité juridique revêt également une importance centrale. C'est elle qui permet aux entreprises de participer librement au marché concurrentiel. L'insécurité induit en revanche une exploitation insuffisante des opportunités («chilling effect of competition law»). Les entreprises doivent savoir très clairement si leur comportement (actuel ou futur) est licite du point de vue du droit des cartels ou si elles s'exposent à des sanctions de la Comco. La situation juridique prévalant aujourd'hui en Suisse (mais aussi dans l'UE) ne satisfait pas pleinement à ces exigences.

## L'art. 5, al. 1 sur les accords horizontaux a fait ses preuves

### 2.1.1 Accords horizontaux

Les dispositions concernant les accords horizontaux illicites (art. 5, al. 1 à 3, LCart) n'ont pas été modifiées dans le cadre de la révision de 2003. L'introduction de sanctions directes à l'encontre des cartels horizontaux durs a toutefois conduit à un examen des activités au sein des entreprises et des associations et a mis en lumière certaines imprécisions juridiques. Dans les différentes branches, diverses approches ont été choisies pour clarifier ces points. Des notifications ont été transmises durant le délai de transition et il a même été demandé que soit publiée une communication consacrée au secteur des assurances. Quelques incertitudes ont ainsi pu être levées, en particulier grâce à cette dernière démarche. Certains points restent néanmoins flous. Le droit des cartels ne se prononce pas clairement sur la licéité des communautés de soumissionnaires lors d'appels d'offres publics (et privés), par exemple.

Lorsque l'on compare le droit des cartels helvétique avec son pendant européen, on constate que la Suisse a publié beaucoup moins de textes explicatifs, garants de la sécurité juridique. Dans le domaine des accords horizontaux, ceux-ci se limitent à une communication PME et à une communication concernant l'utilisation de schémas de calcul. Du côté européen, on trouve par exemple:

- des lignes directrices concernant l'application de l'art. 81, al. 3, du traité CE,
- une communication de minimis complète,
- un règlement concernant l'application de l'art. 81, al. 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement,
- une communication de la Commission sur la définition du marché en cause, et
- un règlement concernant l'application de l'art. 81, al. 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances.

## Des communications pour clarifier le droit

Afin d'améliorer la sécurité juridique, il serait souhaitable que la Comco signe de nouvelles publications ou communications. On pense par exemple à celle consacrée à la pratique des autorités suisses de surveillance de la concurrence dans le domaine des assurances<sup>19</sup>, ou à des communications concernant la licéité des communautés de soumissionnaires, à une communication de minimis complète, à une communication relative à la définition du marché en cause, etc. A cet égard, il faut veiller à ce que les pratiques jugées licites dans l'UE le soient par analogie en Suisse, notamment en ce qui concerne les valeurs seuil. Il est par exemple objectivement incompréhensible que les accords de recherche et de développement soient autorisés au sein de l'UE jusqu'à une part de marché de 25%, alors qu'en Suisse, cette valeur seuil a été fixée à 10%<sup>20</sup>.

### Recommandation

Les communications de la Comco doivent être complétées dans le sens d'une harmonisation avec le droit européen des cartels et les valeurs seuil doivent être alignées sur les normes de l'UE.

<sup>19</sup> Cf. DPC 2007/1, p. 137 ss.

<sup>20</sup> Cf. ch. 3, al. 1, let. a, communication PME; Comco, communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (communication PME), décision de la Commission de la concurrence du 19 décembre 2005.

**L'art. 5, al. 4, sur les accords verticaux est controversé**

**Définitions**

**Concurrence intermarques et intramarque, intégration verticale**

- Concurrence intermarques: concurrence entre différents produits équivalents proposés par différents fabricants  
Exemple: La concurrence entre les différentes marques de voitures
- Concurrence intramarque: concurrence que se livrent les distributeurs d'un même produit  
Exemple: La concurrence entre différents canaux de distribution (garages) sur une même marque de voitures
- Intégration verticale: Association d'entreprises situées à différents niveaux de production et de commercialisation d'un produit  
Exemple: Les marques propres des gros détaillants

**La pratique de la Comco selon l'art. 5, al. 4, LCart**

**2.1.2 Accords verticaux**

La communication de la Comco sur les accords verticaux est insatisfaisante à plusieurs égards<sup>21</sup>. La pratique actuelle de la Comco fait ainsi disparaître les possibles effets pro-concurrentiels des accords verticaux. Elle semble donc, économiquement parlant, surestimer le caractère dommageable des accords verticaux. Dans la teneur des textes, déjà, on constate une différence avec le droit européen<sup>22</sup>, même si le président de la Comco affirme que les accords verticaux admis dans l'UE doivent également l'être en Suisse<sup>23</sup>. Les accords verticaux revêtent une grande importance pour l'efficacité de la distribution. C'est essentiellement associés à une position dominante sur le marché qu'ils peuvent poser problème. Une position trop restrictive à l'égard des accords verticaux pousse les fabricants à une intégration verticale ou, à l'adoption d'un modèle d'agence, réduisant ainsi sensiblement la marge de manœuvre des partenaires de distribution.

Selon le ch. 10, al. 2, de la communication concernant l'appréciation des accords verticaux, la présomption de suppression de la concurrence (voir art. 5, al. 4, LCart) ne peut pas être renversée par la simple preuve de l'existence d'une concurrence intermarques, mais seulement lorsqu'il y a également une concurrence intramarque ou des gains d'efficacité particuliers. Par comparaison, dans l'UE, les restrictions verticales ne posent généralement problème qu'en cas de concurrence insuffisante entre les marques. De plus, le ch. 6 de la communication concernant l'appréciation des accords verticaux n'oblige pas la Comco à tenir compte de la situation concurrentielle. Du point de vue économique, les accords verticaux ne posent en principe aucun problème dès lors que la concurrence intermarques fonctionne.

La réglementation actuelle équivaut à une interdiction per se des accords verticaux<sup>24</sup>. Ce sont alors surtout les concurrents et non la concurrence que l'on protège. Les accords verticaux sont traités avec plus de sévérité que les concentrations verticales. Cette distinction amène un durcissement de la pratique suisse. Les dispositions relatives aux accords verticaux sont libellées de manière aussi interventionniste que possible. Il est faux de dire qu'en sa teneur et son but, l'art. 5, al. 4, LCart spécifie que la preuve de l'existence d'une concurrence intermarques ne suffit pas à renverser la présomption de suppression de la concurrence. Cela signifie en l'espèce que la définition de la concurrence en cas d'accord horizontal donnée par l'art. 5, al. 3, LCart (définition plus large: concurrence intermarques et intramarque) diffère de celle de l'art. 5, al. 4, LCart (définition plus restrictive: concurrence intramarque uniquement).

Les éléments constitutifs de la présomption de suppression de la concurrence énumérés à l'art. 5, al. 4, LCart sont fondamentalement erronés. Un accord vertical ne peut en réalité jamais (sauf si l'on considère une entreprise en position dominante) supprimer une concurrence efficace. Cette thèse de la concurrence intramarque et intermarques a été agitée pour que la Comco puisse atteindre son objectif d'une application juridique simplifiée grâce aux éléments constitutifs de la présomption. Si elle est appliquée systématiquement, cela revient à dire que la présomption de suppression de la concurrence ne peut être renversée qu'en l'absence de tout accord, puisqu'un accord vertical sur les prix supprime toujours totalement la concurrence intramarque, sous peine de ne pas être efficace du tout. Selon l'arrêt Leegin<sup>25</sup> rendu par la Cour suprême des États-Unis, les ac-

<sup>21</sup> Cf. Comco, communication concernant l'appréciation des accords verticaux, décision de la Commission de la concurrence du 2 juillet 2007.  
<sup>22</sup> Cf. ch. 6 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales.  
<sup>23</sup> Stoffel W., Vertikalabsprachen und Marktabschottung. Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission. Discours tenu lors de la Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung le 22 janvier 2008 à Zurich et à la Geneva Conference «Economic Experts in Competition Law» le 1<sup>er</sup> février 2008.  
<sup>24</sup> Cf. Saurer M., La politique de la concurrence en Suisse. Protection de l'institution ou de ses acteurs? Document de réflexion d'Avenir Suisse 02/08, Zurich 2008.  
<sup>25</sup> Cf. Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., S. Ct. 2705 (2007).

cords verticaux sur la fixation de prix minimums ne sont plus interdits en soi. Il s'agit désormais de tenir compte de l'ensemble des circonstances entourant un cas concret, et donc également d'une concurrence intermarques efficace.

Par ailleurs, plusieurs questions de *sécurité juridique* se posent. La communication concernant l'appréciation des accords verticaux de la Comco, datée du 2 juillet 2007, a en particulier pour objectif d'améliorer la sécurité juridique et d'harmoniser le droit suisse avec le droit européen. Par cette nouvelle communication, la Comco veut présenter les critères sur la base desquels elle entend juger de la présomption de suppression d'une concurrence efficace selon l'art. 5, al. 4, LCart et de l'ampleur de l'atteinte à la concurrence au sens de l'art. 5, al. 1, LCart. Cette communication ne permet pas d'atteindre cet objectif. Elle amène au contraire une insécurité juridique accrue ainsi que des divergences par rapport au droit européen sur les règles concernant les recommandations de prix, la concurrence intermarques, les valeurs seuil de part de marché («safe harbour rules») et la distribution duale. Dans plusieurs passages, la communication concernant l'appréciation des accords verticaux utilise en outre une terminologie et des critères imprécis, ce qui accentue encore l'insécurité juridique<sup>26</sup>. Etant donné que les sanctions pénales ont été notablement durcies suite à la révision de la loi sur les cartels du 20 juin 2003, un tel flou est inacceptable pour les entreprises potentiellement concernées.

## La réglementation relative aux prix va trop loin

Contrairement au droit européen et américain des cartels, en Suisse, les recommandations de prix font l'objet d'une suspicion généralisée en vertu du ch. 11 de la communication<sup>27</sup>. Il est difficile de savoir quelles recommandations de prix sont encore autorisées. Les éléments d'appréciation concernant le niveau de prix à l'étranger et le suivi des recommandations de prix, en particulier, sont situés en dehors de la sphère d'influence des entreprises. Le catalogue des critères est considérablement plus sévère que ne l'est la pratique de l'Union européenne pour laquelle les recommandations de prix ne sont illicites que lorsqu'elles constituent une imposition de prix voilée, c'est-à-dire lorsqu'elles sont effectivement observées suite à l'exercice de pressions ou à l'octroi d'avantages. En outre, l'application de ce catalogue de critères dans la pratique paraît problématique. En réalité, seul le critère concernant l'exercice de pressions paraît approprié. L'obligation pour les recommandations de prix d'être expressément désignées comme «non contraignantes» est équivoque, dans la mesure où elle n'est pas gérable dans la pratique (Le client doit-il par exemple marchander le prix de ses médicaments avec son pharmacien?). Il se pourrait que le commerce ne soit pas en mesure de se conformer à cette obligation sans l'aide du fabricant ou du grossiste. La communication concernant l'appréciation des accords verticaux ne tient pas compte de cet aspect.

Les points suivants contribuent eux aussi à l'insécurité juridique:

- Dans cette communication sont prévues des valeurs seuil de part de marché en soi relativement simples à appliquer. En présence d'une part de marché inférieure à 15%, on estime qu'il n'y a «pas de restriction notable à la concurrence» et qu'il n'existe en règle générale «aucun effet cumulatif de verrouillage» à moins de 30% du marché. Cette définition de plusieurs valeurs seuil de part de marché implique un *examen compliqué, à deux niveaux*, que le droit européen ne connaît pas. Il conviendrait d'étudier une introduction systématique des «safe harbour rules», selon lesquelles les accords verticaux sont licites en deçà d'une certaine valeur seuil de part de marché.
- La communication concernant l'appréciation des accords verticaux ne contient *aucune* disposition relative à la *distribution duale*, dans laquelle le produit est distribué à la fois par les distributeurs et par le fabricant lui-même. En Suisse, il n'est pas clair si la

<sup>26</sup> Par exemple au ch. 11 («niveau des prix significativement plus élevé», «une part importante des revendeurs»), au ch. 13, al. 1 et 2 («en règle générale», concernant la restriction notable de la concurrence) et au ch. 15, al. 2 («en règle générale», concernant le caractère justifié des accords limitant la concurrence).

<sup>27</sup> Cf. à ce sujet ch. 225 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, dans: JO 2000 C 291/1.

communication s'applique également dans ce cas. De son côté, le droit européen contient une règle précisant que le règlement d'exemption par catégorie relatif aux accords verticaux s'applique également aux accords de distribution duale.

## Recommandation

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 minimums ou fixes et de restrictions territoriales n'est pas remise en cause.

## Bonnes pratiques de la Comco pour l'examen de cas sous l'angle de l'art. 7

### 2.1.3 Position dominante

L'*abus* de position dominante, par exemple le fait d'imposer des conditions commerciales inéquitables, est illicite depuis l'entrée en vigueur de la refonte de la loi sur les cartels de 1995 et punissable, depuis la révision de 2003, d'une amende pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise incriminée au cours des trois derniers exercices. Pour les entreprises, il est primordial de pouvoir déterminer à l'avance dans quelle mesure elles occupent *effectivement une position dominante* et peuvent, autrement dit, du point de vue des autorités de surveillance de la concurrence, agir indépendamment des autres acteurs du marché, et jusqu'à quel point les conditions commerciales, notamment, peuvent être qualifiées d'inéquitables. La Comco et son secrétariat ont été appelés à examiner une série de cas sous l'angle de l'art. 7 LCart et à rendre des expertises concernant la question de la dominance d'un marché. Les tribunaux civils ont eu, eux aussi, à se prononcer sur de telles situations. L'examen de ces cas suit un schéma par principe constant et habituel au niveau international. On peut attester que dans ce domaine, la Comco applique autant que faire se peut les principes de «bonne pratique».

## La prévisibilité insuffisante ne doit pas porter préjudice aux entreprises

Les conditions du marché sont extraordinairement dynamiques. Même de petites entreprises peuvent atteindre rapidement des parts de marché élevées, par exemple en introduisant une nouvelle prestation sur un marché partiel. Or une entreprise est souvent dans l'impossibilité de *déterminer* à l'avance *de manière certaine* si les autorités de surveillance de la concurrence, appelées à se prononcer sur leur cas, concluraient à l'existence d'une position dominante et d'un abus de celle-ci. Car le comportement d'une entreprise en situation de dominance peut a priori aussi bien être l'expression d'une concurrence souhaitée que d'une stratégie d'obstruction ou d'exploitation abusive. C'est un fait internationalement reconnu que la distinction entre un comportement pro-concurrentiel (licite) et un comportement anticoncurrentiel (illicite) est extrêmement difficile. Quand les prix sont-ils «inéquitables» et quelles sortes de conditions commerciales sélectives sont «injustifiées»? A cela s'ajoute qu'un rétrécissement des limites (géographiques ou matérielles) du marché peut changer radicalement la position d'une entreprise. Une entreprise de taille moyenne à l'échelle de la Suisse peut devenir dominante si les autorités arrivent à la conclusion qu'un marché doit être délimité au plan cantonal ou régional, par exemple.

Il est évident qu'il faut agir à *titre préventif pour éviter* que des entreprises en position dominante n'adoptent des comportements clairement illicites et les amener sur la voie du droit. Mais dans la mesure où il n'est guère possible de prévoir si les autorités pourraient juger illégitime telle pratique de telle entreprise, l'insécurité juridique ne doit pas porter préjudice aux entreprises. Lorsque des comportements jugés après coup contraires au droit des cartels font l'objet de sanctions directes, les entreprises supportent aujourd'hui les conséquences d'une réglementation équivoque.

## Art. 82: des incertitudes persistent dans l'UE après 50 ans d'expérience

S'agissant des dispositions légales concernées – les art. 7 et 4, al. 2, LCart et leur application –, la sécurité juridique dont les entreprises ont besoin fait défaut. L'analyse critique présentée ci-après de manière détaillée ne concerne toutefois pas uniquement la Suisse. Elle pourrait également être faite dans d'autres juridictions connaissant des règles analogues.

### Politique de la concurrence: pratiques de l'Union européenne et de la Suisse

En décembre 2005, soit près d'un demi-siècle après l'entrée en vigueur des règles de concurrence du traité instituant la Communauté économique européenne, encore valables sans changement aujourd'hui, la Commission européenne a publié un premier document de réflexion sur l'application de l'art. 82 du traité CE et invité les parties concernées à lui soumettre leurs observations<sup>28</sup>. Par ce document de réflexion, la Commission européenne voulait présenter de *possibles* principes d'application de l'art. 82 du traité CE<sup>29</sup>. De nombreux commentaires lui sont parvenus<sup>30</sup>.

Le 3 décembre 2008, la Commission européenne a publié son document d'orientation sur les priorités retenues dans l'application de l'art. 82 du traité CE<sup>31</sup> dans lequel elle explique qu'elle entend à l'avenir axer ses décisions sur les effets des pratiques examinées et les théories économiques. Pour un certain nombre de pratiques comme le couplage, les prix d'éviction ou le boycott de livraison, la Commission européenne apporte ainsi un peu plus de clarté et de prévisibilité. A l'avenir, elle entend se concentrer sur les *situations dommageables pour les consommateurs*. Elle protégera l'efficacité des mécanismes de concurrence, mais non les concurrents eux-mêmes. L'UE assure que les décisions précédentes n'étaient pas erronées, mais qu'elles seraient argumentées différemment aujourd'hui. Elle précise que les lignes directrices ont fait l'objet de discussions approfondies avec les autorités nationales de surveillance de la concurrence et que celles-ci sont d'accord sur une grande partie du contenu du document d'orientation<sup>32</sup>. Les premiers commentateurs affirment que celui-ci ne va guère plus loin que la jurisprudence connue<sup>33</sup>. C'est toutefois précisément cette jurisprudence qui est à l'origine de la publication du document de réflexion en 2005<sup>34</sup>. Les lignes directrices publiées n'ont pas

<sup>28</sup> Art. 82 du traité CE (ex-art. 86): «Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États 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. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à: a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables; b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs; c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence; d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.»

<sup>29</sup> «This discussion paper sets out *possible* principles for the Commission's application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.» DG Competition, discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation, décembre 2005, p. 4, ch. 1.

<sup>30</sup> Cf. <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>

<sup>31</sup> Cf. Commission des Communautés européennes, communication de la Commission: Orientation sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusive des entreprises dominantes. Bruxelles, 9 février 2009; cf. [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance_fr.pdf)

<sup>32</sup> Cf. Mémoire de la Commission européenne sur les lignes directrices mentionnées (MEMO/08/761) du 3 décembre 2008, p. 3.

<sup>33</sup> Cf. Freshfields Bruckhaus Deringer, European Commission priorities for action on dominant companies. Briefing, décembre 2008.

<sup>34</sup> Cf. DG Competition, discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Public consultation, décembre 2005, p. 4.

permis d'obtenir la clarté souhaitée. Ainsi, 50 ans après l'entrée en vigueur du traité CE, l'application de son art. 82 est toujours empreinte d'une grande insécurité.

## Des incertitudes persistent en Suisse aussi

La pratique relative à l'art. 7 LCart en Suisse ne jouit pas d'un tel recul. Pour les sociétés (et les autorités), il est donc d'autant moins facile de savoir quand une entreprise peut être qualifiée de dominante et quels comportements peuvent être considérés comme abusifs de la part d'une telle entreprise.

## Marge d'appréciation importante pour la délimitation du marché

### La définition du marché

Par entreprise 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 participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs selon l'art. 4, al. 2, LCart). Du point de vue de la Comco, une entreprise ne peut pas se comporter de manière essentiellement indépendante si elle se trouve *confrontée à une concurrence effective ou potentielle suffisamment forte*. D'autres facteurs peuvent encore avoir un effet régulateur et faire obstacle à ce type de comportement. Dans un premier temps, il s'agit toujours de délimiter ce qu'on appelle un marché matériellement et géographiquement pertinent<sup>35</sup>. Il n'existe pas de méthode universelle pour délimiter un marché en cas d'abus de position dominante. Le test SSNIP<sup>36</sup> a bien été développé pour examiner les projets de concentration et aborde la définition du marché en cherchant à savoir s'il serait profitable pour les parties, *après* la réalisation de la concentration, de relever leurs prix d'un certain montant. Cette méthode ne convient toutefois pas lorsqu'il s'agit de constater si une entreprise domine le marché *aujourd'hui* ou si c'était le cas à un moment considéré<sup>37</sup>. Le test SSNIP demande si une société serait en mesure de relever ses prix et de générer des profits supplémentaires. Cela est considéré comme le signe d'une aptitude à se comporter de manière indépendante. Une entreprise dominante aujourd'hui (ou à un moment donné) aura toutefois déjà fixé ses prix de manière à maximiser son profit. Cela signifie que la question de savoir si une telle entreprise pourrait relever ses prix et accroître ses profits doit – si l'entreprise est effectivement déjà en position dominante – nécessairement aboutir à la conclusion que le marché est défini trop largement<sup>38</sup>. On entend parfois l'argument selon lequel le problème pourrait être contourné en fondant le test SSNIP sur un prix concurrentiel hypothétique<sup>39</sup>. Un tel procédé n'est toutefois pas acceptable dans la mesure où les autorités font alors déjà des suppositions sur la situation concurrentielle existante, en préjugant de ce qu'elles devraient en réalité commencer par analyser, entrant ainsi dans un cercle vicieux<sup>40</sup>. Ces difficultés concernant la méthode à employer pour définir le marché dans les cas d'abus de position dominante ne peuvent pas non plus être contournées par le recours à des repères tels que l'emploi visé, les caractéristiques physiques du produit ou sa propre expérience générale. Ces repères de fortune font un peu plus perdre de vue le fait qu'il n'y

<sup>35</sup> Cf. par exemple DPC 2007/2, p. 201, ch. 79 comparé à p. 208, ch. 126, ou à p. 252, ch. 69.

<sup>36</sup> Small but significant and non-transitory increase in price. Cf. à ce sujet les Horizontal Merger Guidelines de l'U.S. Department of Justice et de la Federal Trade Commission du 2 avril 1992, p. 6, mais aussi la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publiée au JO C 372, p. 5 ss., en particulier ch. 15 ss. La Comco utilise elle aussi le test SSNIP. Cf. par exemple DPC 2007/2, p. 204, ch. 101, ainsi que la note.

<sup>37</sup> Autrement dit, le test SSNIP est approprié pour évaluer un état de fait ex ante, mais non ex post.

<sup>38</sup> Ce problème est connu sous le nom de «cellophane fallacy», en référence au cas DuPont de Nemours aux États-Unis. Cf. par exemple Motta M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge 2004, p. 105.

<sup>39</sup> Cf. notamment la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publié au JO C 372 du 9 décembre 1997, p. 5–13, ch. 19: «Dans les enquêtes qu'elle mène sur les abus de position dominante, notamment, la Commission tient également compte de toute augmentation notable précédente du prix courant.»

<sup>40</sup> Cf. aussi par exemple Carlton D. W., *Does Antitrust Need to be Modernized?* *Journal of Economic Perspectives* 21/3 2007, p. 164.

a pas d'élément objectif permettant de définir le marché pertinent dans les cas d'abus de position dominante<sup>41</sup>. Lorsqu'une autorité dispose d'une telle marge d'appréciation, une entreprise ne peut pas savoir pour sûr à l'avance, c'est-à-dire avant que le marché n'ait été effectivement délimité par l'autorité en question, si elle sera qualifiée de dominante ou non.

### **Souvent, les entreprises ne connaissent pas leur part de marché**

#### **L'évaluation de la position sur le marché pertinent**

L'insécurité juridique est encore plus grande si les entreprises ne savent pas comment les autorités évalueront la concurrence actuelle et potentielle, et si elles tiendront compte d'autres facteurs régulateurs (Lesquels? S'agit-il à chaque fois des mêmes facteurs ou varient-ils en fonction de la situation?). A cela s'ajoute que, contrairement à ce qu'on suppose fréquemment, les entreprises concernées ne *connaissent que peu l'environnement concurrentiel* dans lequel elles évoluent. Il leur est souvent difficile d'évaluer leur propre part de marché, à plus fortes raisons si elles sont présentes sur plusieurs marchés locaux. Alors, évaluer les parts de marché des concurrents ainsi que d'autres facteurs entrant en ligne de compte (obstacles entravant l'accès de concurrents au marché, par exemple) relève de la gageure. Contrairement à la Comco, les entreprises n'ont pas la possibilité de mener une étude de marché par questionnaire, un état de fait justifié du point de vue de la concurrence. Des parts de marché élevées jouent ordinairement un rôle important dans l'analyse de la concurrence actuelle. Pourtant, la taille relative d'une entreprise ne permet pas de préjuger de sa puissance commerciale, tant qu'on n'a pas vérifié si une autre entreprise peut constituer une alternative suffisamment sérieuse ou pourrait le faire si la première relevait ses prix, limitait les quantités ou baissait la qualité. Les tailles absolue et relative ne doivent donc pas induire « automatiquement » une présomption de position dominante, ni a fortiori un soupçon d'abus de position dominante. La Comco jouit aujourd'hui d'une grande marge d'appréciation. Les entreprises ne sont pas en mesure de prévoir de quelle manière elle va l'exploiter concrètement.

### **Extension peu claire aux rapports de dépendance**

#### **Les «rapports de dépendance»**

Dans le cas de la Suisse, l'insécurité juridique est encore accentuée par le fait que le législateur a changé les définitions lors de la dernière révision de la loi (ajout de la parenthèse mentionnant les acteurs du marché dans l'art. 4, al. 2, LCart), suscitant un débat enflammé au sujet de ce que couvre désormais la notion définie par cette disposition<sup>42</sup>. La pratique de la Commission de la concurrence elle-même n'a apporté aucun éclaircissement sur ce point: dans le cas Coopforte, elle a constaté que l'art. 4, al. 2, LCart définissait les *rapports de dépendance entre fournisseurs et acheteurs*<sup>43</sup>. Ainsi un fournisseur est-il dépendant de son distributeur, premièrement, s'il n'y a pas d'acheteur équivalent pour lui ou que la demande du distributeur ne lui permet pas de couvrir ses frais fixes, et, deuxièmement, lorsque certains de ses actifs sont spécifiquement axés sur la demande du distributeur et ne peuvent être utilisés pour la production d'autres biens à un coût économiquement acceptable<sup>44</sup>. Une fois ces conditions remplies, il faut alors vérifier si la dépendance ainsi constatée n'est pas la conséquence d'une décision stratégique du fournisseur se révélant désavantageuse à ce stade, autrement dit s'il ne s'agit pas d'une

<sup>41</sup> On essaie aujourd'hui de contourner en partie le problème par une méthode expérimentale, appelée « conjoint analysis ». Il s'agit de demander à des personnes comment elles se comporteraient dans certaines situations hypothétiques. Il est toutefois connu qu'un comportement hypothétique peut différer fortement d'un comportement réel. Cette méthode a donc elle aussi ses défauts. En outre, elle n'a encore jamais été utilisée par la Commission de la concurrence.

<sup>42</sup> Cf. par exemple à ce sujet Amstutz M., Reinert M., Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht? paru dans: sic! 7/8/2005, p. 537 ss. et dans: sic! 9/2005, p. 631 ss.; ainsi que Lüscher Ch., Marktbeherrschung nach der KG-Revision – Symbolakt oder auch (erweiterter) Ansatz der Effektivierung (relativen) Machtgleichgewichts zwischen Unternehmen? paru dans: Jusletter du 14 février 2005; ou Zäch R., Schweizerisches Kartellrecht, Berne 2<sup>e</sup> édition 2005, p. 277 ss., ch. 574 ss.

<sup>43</sup> Cf. DPC 2005/1, p. 160, ch. 92.

<sup>44</sup> Cf. DPC 2005/1, p. 161, ch. 98.

situation découlant de la propre responsabilité du fournisseur, car on ne saurait dans ce cas parler d'un problème de droit de la concurrence<sup>45</sup>. En effet, étant donné que des investissements spécifiquement axés sur la demande d'un distributeur en particulier ne peuvent être consentis qu'à la suite d'une décision stratégique du fournisseur, il ne peut y avoir de rapport de dépendance tel que le conçoit la Comco en dehors d'un processus de concentration ou de la constitution d'un cartel de distributeurs<sup>46</sup>. Ce principe est valable même lorsque les deux critères (1 et 2) s'appliquent de manière alternative<sup>47</sup>, c'est-à-dire non cumulative, car le Parlement ne voulait pas que la modification de l'art. 4, al. 2, LCart serve d'assurance pour les entreprises s'étant rendues volontairement dépendantes d'un seul partenaire<sup>48</sup>. On peut supposer qu'une entreprise livrant à un distributeur une part si importante de sa production que la perte de ce distributeur menacerait son existence même en soit consciente. Il ne devrait pas faire de doute qu'une entreprise est consciente de ce risque, qu'elle l'accepte et assume son choix en connaissance de cause. En conséquence, l'interprétation de la Comco sur ce point revient à dire qu'il n'existe pas de rapport de dépendance involontaire et donc pas non plus de rapport de dépendance méritant protection. Il reste maintenant à voir si la Comco entendait bel et bien arriver à cette conclusion.

## Effet contre-productif

Mais l'«*extension*» contestée et contestable des éléments constitutifs de la position dominante aux liens de *dépendance économique* pour tous les acteurs du marché pourrait bien avoir déjà déployé ses *effets pervers*. Si une entreprise doit craindre que ses fournisseurs puissent s'adresser à la Comco pour exiger de meilleures conditions de livraison (prix, quantités, durée contractuelle, etc.) lorsqu'elle dépasse certaines quantités de référence vis-à-vis de ces fournisseurs, elle réfléchira avant même la conclusion d'un contrat à la quantité ne devant absolument pas être dépassée pour qu'une telle action auprès de la Comco puisse être évitée. Ou elle renoncera à recourir à un tiers pour son approvisionnement en visant autrement dit une intégration verticale, même si cette solution n'est pas la meilleure en termes d'économie d'entreprise. Mais de cette manière, ce sont précisément les entreprises que l'on voulait protéger via l'extension de l'art. 4, al. 2, LCart qui sont en fin de comptes pénalisées. Cette extension consacrée par la révision de la loi sur les cartels devrait être supprimée, tout au moins pour les éléments constitutifs relevant de l'art. 7 LCart.

## Un comportement donné peut être pro-concurrentiel ou anticoncurrentiel

### Les pratiques illicites en vertu de l'art. 7 LCart

A l'heure actuelle, il est souvent très difficile pour une entreprise de prévoir si elle va être jugée dominante sur le marché par les autorités compétentes en matière de concurrence et si son comportement sera considéré comme l'expression d'une concurrence souhaitée ou au contraire d'une stratégie d'obstruction ou d'exploitation abusive<sup>49</sup>. Au chapitre de la sécurité juridique dans le domaine des abus de position dominante, l'Antitrust Modernization Commission des États-Unis arrive au résultat suivant: «Standards currently employed by U.S. courts for determining whether single-firm conduct is unlawfully exclusionary are generally appropriate. Although it is possible to disagree with the decisions in particular cases, in general the courts have appropriately recognized that vigorous competition, the aggressive pursuit of business objectives, and the realization of efficiencies not available to competitors are generally not improper, even for a domi-

<sup>45</sup> Cf. DPC 2005/1, p. 166, ch. 144.

<sup>46</sup> Dans le cadre d'un processus de concentration, le fournisseur pourrait se retrouver dans un tel rapport de dépendance sans que sa responsabilité ne soit engagée, dans la mesure où les autres possibilités de débouchés pourraient être limitées en raison de la concentration elle-même. La même remarque s'applique à la constitution d'un cartel de distributeurs.

<sup>47</sup> Telle est l'interprétation de la Comco présentée dans DPC 2008/1, p. 201, ch. 606.

<sup>48</sup> Cf. à ce sujet les débats parlementaires relatifs à l'art. 4, al. 2, LCart publiés au BO 2003 (Conseil des États) p. 328 ss. et BO 2003 N (Conseil national) p. 831 s.

<sup>49</sup> Cf. Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) du 23 novembre 1994, paru dans: FF 1995 1, p. 472.

nant firm and even where competitors might be disadvantaged. [...] Additional clarity and improvement in Sherman Act Section 2 legal standards are desirable, particularly with respect to areas where there is currently a lack of clear and consistent standards, such as bundling and whether and in what circumstances (if any) a monopolist has a duty to deal with rivals.»<sup>50</sup>

Dans le cadre de l'évaluation de la loi sur les cartels, force est de constater que les faits constitutifs énumérés à l'art. 7, al. 2, LCart ainsi que la clause générale de l'al. 1 de ce même article ne permettent pas de déterminer clairement et à l'avance quel comportement concurrentiel est licite (parce que pro-concurrentiel) et lequel est illicite (parce qu'anticoncurrentiel). Il y a donc insécurité juridique non seulement sur la question de la position dominante, mais également en ce qui concerne celle du comportement abusif.

### **L'insécurité juridique qui persiste ne doit pas porter préjudice aux entreprises**

#### **Des règles plus précises ne sont pas la solution**

On ne saurait remédier à l'insécurité juridique à coup de dispositions légales, d'ordonnances d'exécution ou de principes directeurs. Déjà difficile à établir au cas par cas, la distinction entre comportements licites et illicites l'est encore plus dans le cadre de règles générales. Une règle générale telle qu'une interdiction per se de certains comportements comme le regroupement offrirait certes l'avantage de la clarté et de la précision, mais elle risquerait fort de produire des résultats indésirables dans de très nombreux cas. Elle interdirait fréquemment des comportements économiquement justifiés et avantageux pour les consommateurs. Les textes explicatifs reposant sur un précédent et concernant une branche en particulier ou un comportement spécifique sont légèrement moins problématiques. C'est notamment le cas du document d'orientation de la Commission européenne sur l'application de l'art. 82 du traité CE ou de communications telles que celles de la Comco sur les accords verticaux, sur la distribution automobile ou sur l'utilisation de schémas de calcul. Mais même alors, il est important de ne pas corser les acteurs du marché et étouffer ainsi le processus de découverte que constitue la concurrence<sup>51</sup>. Quel que soit le texte explicatif ou le précédent, il reste toujours une certaine part d'imprécision juridique qui, dans le cadre de sanctions, ne doit en aucun cas être au détriment des entreprises.

### **Calcul de la sanction: considérer la prévisibilité**

#### **Des modifications s'imposent**

Il est évident qu'il faut éviter que des entreprises en position dominante n'adoptent des comportements illicites et les amener sur la voie du droit. Mais dans la mesure où il est difficile de prévoir si les autorités jugeront illicite telle pratique de telle entreprise, l'insécurité juridique ne doit pas porter préjudice à l'entreprise concernée. Si la sécurité juridique requise ne peut être assurée et que le mécanisme de marché précède l'intervention de l'État, il convient d'exiger que:

1. la *charge de la preuve* relative au comportement illicite d'une entreprise dominante le marché – autrement dit la preuve de la position dominante et celle du comportement illicite – *incombe* toujours *aux autorités*, les exigences en matière de solidité de la preuve devant être élevées<sup>52</sup>;
2. le *calcul de la sanction* énoncé à l'art. 49a LCart et s'appliquant aux pratiques illicites définies à l'art. 7 LCart tienne compte de *l'ensemble des circonstances* entourant la situation considérée. A l'examen d'un cas, il importe de tenir dûment compte de l'impératif de détermination («Bestimmtheitsgebot»), de la prévisibilité insuffisante de la décision de la Comco et des efforts concrets déployés par l'entreprise (par exemple sa demande d'un avis de droit pour déterminer l'admissibilité de tel ou tel comporte-

<sup>50</sup> Cf. Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, avril 2007, p. 83.

<sup>51</sup> Cf. par exemple à ce sujet D. Emch, M. Saurer, Wettbewerber in der Zwangsjacke von Art. 5 Abs. 4 KG. Gefahr kontraproduktiver Wirkungen der Wettbewerbspolitik bei vertikalen Abreden, paru dans: sic! 5/2008, p. 335 ss.

<sup>52</sup> Cf. à ce sujet M. Amstutz, S. Keller, M. Reinert, «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht. BR/DC 3/2005, p. 114 ss.

ment). 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 une réduction voire l'annulation de la sanction.

Aujourd'hui, les menaces de sanctions qui pèsent sur les entreprises les contraignent à une prudence extrême. Une telle réglementation doit éviter dans tous les cas que les entreprises ne fassent preuve d'un excès de prudence sur le marché. En effet, cela freinerait la dynamique de marché et affaiblirait notre économie. Lors d'un nouvel examen du droit suisse des cartels, il s'agira par conséquent de considérer également cet aspect.

## La procédure de notification

L'insécurité juridique devrait être limitée grâce à la procédure de notification. Les restrictions à la concurrence peuvent être notifiées à la Comco avant d'être effectives. Ensuite, la Comco a la possibilité d'ouvrir une procédure d'enquête pendant cinq mois (art. 49a, al. 3, let. a, LCart). La politique actuelle ne permet pas de tirer parti de cette solution simplifiée. Dans la pratique, celle-ci refuse de se prononcer, dans le cadre d'une procédure de notification, sur une restriction à la concurrence non (encore) appliquée. Elle exige en fait qu'une restriction à la concurrence soit, après avoir été notifiée, mise en œuvre avant de procéder à l'évaluation<sup>53</sup>. Conséquence, l'insécurité juridique persiste, doublée d'un risque d'amende important (cf. page 35 ss.).

### Recommandation

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.

Les entreprises doivent avoir la possibilité d'annoncer 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 être mise en œuvre pour pouvoir être annoncée<sup>54</sup>, 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 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.

<sup>53</sup> Cf. Maestro Interchange Fee, DPC 2007/3, p. 471 ss.; arrêt du TAF B-4037/2007 du 29 février 2008.

<sup>54</sup> 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.

## Il est judicieux de définir des valeurs seuil élevées

### 2.1.4 Contrôle des fusions

Le droit suisse pose davantage de conditions que le droit européen pour les interventions en cas de fusions. Les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées lorsque 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 qu'au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs (art. 9, al. 1, LCart). Ces valeurs seuil bien définies présentent l'avantage d'être simples à mettre en pratique et de garantir ainsi une certaine sécurité juridique, mais elles négligent la configuration réelle du marché. Un chiffre d'affaires important ne se traduit pas nécessairement par une position influente sur le marché. Il peut en effet arriver qu'une entreprise dépasse la valeur seuil indiquée ci-dessus, tout en ne réalisant que de petites parts de marché pour les différents produits qu'elle commercialise. Il y a lieu de tenir suffisamment compte de telles circonstances lors de l'examen d'un cas.

Les valeurs seuil ont été fixées à dessein et à raison à un niveau relativement élevé, afin que les concentrations d'entreprises concernées soient peu nombreuses. Le Conseil fédéral a ainsi tablé sur le fait que seules seraient touchées les concentrations «sur les marchés qui, juridiquement ou effectivement, sont d'accès difficile pour les nouveaux concurrents (étrangers)»<sup>55</sup>. Il apparaît ainsi clairement que le contrôle des concentrations inscrit dans la loi sur les cartels ne doit pas intervenir isolément, mais en interaction avec un libre-échange étendu. Les fusions d'entreprises de petite taille ne sont en revanche pas contrôlées d'office, mais seulement si nécessaire plus tard, sur la base de leur comportement, si elles atteignent une position dominante aux termes de l'art. 7 LCart et en abusent. Le traitement des petites entreprises diffère donc de celui des grandes, sans que cela se justifie du point de vue de la protection de la concurrence. Le législateur estimait probablement que les exigences en matière de concurrence pouvaient bénéficier d'une protection suffisante dans le cadre de l'art. 7 LCart.

## Fusion: éviter les doubles examens

La majorité des investigations menées en Suisse concernent néanmoins des fusions internationales qui ne touchent que marginalement le marché suisse, mais doivent être notifiées en vertu des valeurs seuil. Les grandes entreprises, tant suisses qu'étrangères, remplissant les critères de notification sont souvent déjà concernées par les règles européennes en matière de concentration, de sorte que l'examen de la Comco intervient parallèlement à celui des autorités de surveillance de la concurrence de l'UE. Ce double examen mobilise de précieuses ressources, tant au sein des entreprises qu'à la Comco. Il importe donc de garantir la simplicité des procédures administratives, afin de *limiter autant que possible cette charge supplémentaire*. On peut aussi se demander si le marché suisse diffère réellement du marché européen et si un examen indépendant doit être mené pour le marché suisse. Le secrétariat de la Comco pourrait ainsi, dans l'intérêt d'une gestion administrative efficace de ses ressources, se concentrer davantage sur les pratiques illicites. Afin d'éviter la mise en œuvre d'examens parallèles à Berne et à Bruxelles, les critères existants pourraient être adaptés comme suit: Lorsque plus de 90% du chiffre d'affaires de l'ensemble des entreprises participantes est généré hors de Suisse, la notification n'est pas obligatoire<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994.

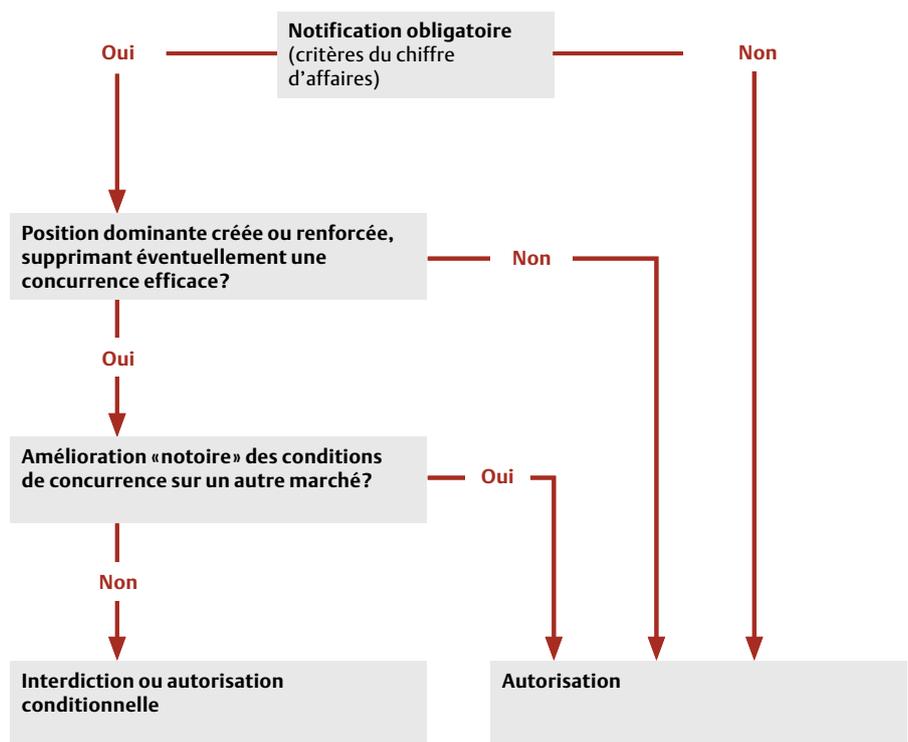
<sup>56</sup> Proposition de l'avocat Franz Hoffet, présentée dans le cadre du «Colloque du droit des cartels» à l'Université de Fribourg en septembre 2008.

**La réglementation suisse est plus souple que celle de l'UE**

Le contrôle des fusions a pour but de circonscrire les possibles conséquences économiques indésirables des concentrations d'entreprises. Dans le message concernant la loi sur les cartels de 1994<sup>57</sup>, le Conseil fédéral affirme que l'on ne peut guère concevoir un droit équilibré de la concurrence sans contrôle préventif des fusions, un tel contrôle devant par conséquent également être introduit en Suisse. La loi sur les cartels donne à la Comco la compétence d'interdire la concentration ou de l'autoriser, lorsqu'elle crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace. Une telle intervention est toutefois à éviter lorsque la fusion amène une amélioration des conditions de concurrence sur d'autres marchés, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 LCart). La réglementation suisse est par conséquent plus souple que celle de l'Union européenne. Au sein de l'UE, il suffit que la concentration constitue un obstacle important à la concurrence efficace («significant impediment to effective competition» SIEC) pour que les autorités de surveillance de la concurrence puissent l'interdire. Cette orientation du droit suisse est appropriée et doit être saluée.

**Figure 4**

**Appréciation des concentrations d'entreprises**  
(Art. 9 et 10 LCart)



Source: Guyer (2006).

<sup>57</sup> Message du 23 novembre 1994.

### Mise en œuvre complexe

La mise en œuvre des dispositions abstraites de la loi sur les cartels est néanmoins tout sauf simple. Un contrôle des fusions axé sur des *critères d'efficacité* économique exige d'anticiper les conséquences des mécanismes du marché. Or prévoir l'évolution future des marchés constitue bien la difficulté majeure de l'exercice. Pour apprécier globalement l'impact d'une fusion, la Comco doit anticiper les résultats de la stratégie des entreprises fusionnées, la réaction des concurrents (potentiels) et le résultat du marché. Pour pouvoir peser intelligemment les conséquences de sa décision, elle doit pouvoir prévoir avec clarté comment le marché évoluerait sans la fusion considérée. Ainsi seulement est-il possible de chiffrer l'ampleur de l'éventuelle détérioration des conditions de concurrence causée par l'opération de concentration. Il n'existe toutefois encore aucun modèle microéconométrique satisfaisant permettant d'établir les prévisions en question avec suffisamment de précision<sup>58</sup>. Il apparaît donc clairement qu'il n'est pas judicieux d'interdire ou de compliquer les concentrations d'entreprises sur la base de considérations relatives à la structure du marché. L'addition des parts de marché ne doit par conséquent pas davantage justifier un examen des autorités que le simple décompte des concurrents (potentiels).

### Il faut saluer l'inscription des délais dans la loi

Le fait que les délais soient ancrés dans la loi doit être salué. La Comco doit décider s'il y a lieu de procéder à l'examen approfondi d'une concentration d'entreprises dans un délai d'un mois à compter de la notification de l'opération de concentration. Si elle ne le fait pas, la fusion peut être réalisée immédiatement. La procédure d'examen ne doit pas durer plus de quatre mois. Les entreprises peuvent ainsi tabler sur une durée déterminée de la procédure.

### Les charges détaillées grevées par la Comco posent problème

Les charges grevées par la Comco méritent une analyse détaillée. On constate ici une propension à protéger *les concurrents et les structures et non la concurrence elle-même*. Les charges imposées dans le cas de la concentration de Migros et Denner sont révélatrices de cette tendance<sup>59</sup>. Pour apprécier ces charges, encore faut-il garder en tête la procédure en vigueur. Si la Comco, dans le cadre de son examen approfondi, arrive à la conclusion que la fusion devrait être interdite dans la mesure où elle pourrait induire une position dominante sur certains marchés (partiels), il ne reste plus aux parties désireuses de fusionner qu'à s'efforcer d'élaborer de nouvelles charges et de les soumettre dans le temps restant du délai d'examen imparti à l'autorité de surveillance de la concurrence. Faute de temps, les entreprises concernées n'ont donc pratiquement aucune latitude pour contester la conclusion de cette dernière ou le résultat provisoire de son examen. La Comco examine ces propositions et autorise la fusion à condition que les charges soient respectées et lorsqu'elle estime qu'elles constituent une intervention plus modérée qu'une interdiction, et qu'elles tiennent compte des réserves formulées. Le facteur temps accroît néanmoins le risque que des charges exagérées soient proposées et acceptées, simplement pour que la fusion puisse être réalisée. Ce risque est d'autant plus grand si, au moment de l'examen, le projet de concentration a déjà été rendu public et qu'un échec de la fusion serait particulièrement dommageable et doit absolument être évité. Si les entreprises concernées avaient eu préalablement connaissance des charges imposées par les autorités, elles n'auraient peut-être pas planifié cette opération ou l'auraient fait différemment.

<sup>58</sup> Une importante étude relative au contrôle des fusions a été réalisée pour le compte de la Commission européenne. Celle-ci repose cependant exclusivement sur des considérations ex post. Cf. P. Buccirossi, L. Ciari, T. Duso, S. Fridolfsson, G. Spagnolo, C. Vitale, Ex-post merger review of merger control decisions, décembre 2006. ([http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies\\_reports/lear.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf))

<sup>59</sup> Comco, Conditions à la concentration Migros/Denner (extrait en allemand), 2007 (<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/9456.pdf>)

## Un contrôle des fusions exercé avec retenue est dans l'intérêt de la concurrence

Les mesures ordonnées doivent être justiciables et présenter pour cette raison *un degré de précision très élevé*. Elles entraînent par conséquent une ingérence importante dans la gestion opérationnelle des entreprises. Du point de vue de la prospérité et compte tenu des points faibles de la procédure mentionnés plus haut, des charges formulées ouvertement seraient plus adéquates. Ainsi, il serait possible de réagir avec souplesse à l'évolution du marché. De plus, il importe d'assurer la possibilité d'un examen séparé de ces charges, sans que cela ne remette en question la légitimité de la fusion réalisée. Autrement dit, il ne doit pas s'agir de conditions d'autorisation de la fusion examinée.

Pour l'économie suisse, la protection de la concurrence est centrale. C'est pourquoi elle exige que le contrôle des fusions soit exercé avec retenue pour se concentrer sur les risques de position dominante manifestes. D'éventuelles charges ne doivent pas servir à conserver des structures des entreprises qui fusionnent. C'est ainsi seulement que le contrôle des fusions suisse peut enrayer des évolutions économiquement dommageables.

### Recommandation

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 doit être exercé avec retenue, et toute ingérence dans la gestion opérationnelle des entreprises doit si possible être évitée. Les charges grevées à la fusion doivent être libellées avec souplesse et pouvoir être examinées séparément.

L'introduction de valeurs seuil différenciées doit permettre d'exclure les fusions internationales qui ne concernent que marginalement le marché suisse du champ de l'obligation de notification.

## Sanctions élevées pour les atteintes au droit de la concurrence

### 2.2 Procédures et sanctions

Les infractions au droit de la concurrence font l'objet de sanctions sévères, en Suisse et dans l'UE. Les amendes ont indéniablement contribué à une *meilleure application* du droit de la concurrence, comme le prouvent les efforts consentis par les entreprises soucieuses de respecter la loi. Dans l'UE plus particulièrement, le montant total des amendes infligées a fortement augmenté, ce qui profite davantage aux caisses des États qu'aux consommateurs ou partenaires commerciaux potentiellement pénalisés par des pratiques nuisibles. En Suisse, la Comco semble suivre l'exemple de l'UE. Les moyens d'action ont été considérablement renforcés, grâce non seulement à des instruments d'enquête efficaces, mais aussi à la possibilité de libérer de l'amende l'entreprise qui, la première, dénonce une pratique anticoncurrentielle («programme de clémence»). Il importe dès lors, dans l'intérêt d'un procès équitable, que les principes du droit procédural soient appliqués à la lettre.

## Principes de l'État de droit

Du point de vue des entreprises, il est primordial que les procédures soient mises en œuvre selon les principes de l'État de droit. Or des mesures s'imposent en l'espèce. Selon la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), c'est un «juge indépendant» qui doit trancher dans les procédures pénales, qui comprennent aussi les procédures où des sanctions financières élevées sont prononcées. En Suisse, ce sont avant tout la répartition des tâches et la coopération entre la Comco, chargée de statuer sur le montant de la sanction, et son secrétariat qui posent problème. En effet, le secrétariat de la Comco ne se contente pas de mener les enquêtes, il prépare aussi les décisions de la commission et participe aux délibérations de celle-ci, contrairement aux parties incriminées. Cette situation n'est pas satisfaisante.

L'adoption d'un droit procédural spécifique permettrait de mieux tenir compte des particularités du droit de la concurrence. Le cas échéant, il faudrait raccourcir les procédures, très longues aujourd'hui, sans renoncer à la protection découlant des principes de l'État de droit.

Il convient par ailleurs de préciser que ni la Comco ni la Commission européenne ne sont indépendantes. Bien au contraire, puisqu'elles sont intégrées à l'administration et que les autorités politiques disposent d'une marge d'influence considérable (élection des membres de la commission, désignation de la direction, budget, directives relatives à l'ouverture d'une procédure et possibilité de casser une décision).

### 2.2.1 Bases juridiques déficientes des procédures

La Cour européenne des droits de l'homme a, dans l'affaire Engel déjà, formulé des critères afin de déterminer si des affaires qui, selon le droit national, ne tomberaient en principe pas sous le coup du droit pénal, sont tout de même de nature pénale en raison de leur contenu et devraient, de ce fait, bénéficier de la garantie d'un procès équitable («fair trial») conformément à l'art. 6 CEDH<sup>60</sup>. En se fondant sur cette jurisprudence, la Commission européenne pour les droits de l'homme constate que les sanctions administratives prévues par le droit des cartels européen ont des conséquences juridiques financières et présentent un *caractère punitif*<sup>61</sup>. Il est aujourd'hui largement admis que les sanctions directes au sens de l'art. 49a LCart doivent être qualifiées de sanctions pénales et que, par conséquent, l'art. 6 CEDH est applicable<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Cf. Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1976, p. 231.

<sup>61</sup> Cf. notamment le rapport de la Commission européenne du 30 mai 1991, n° 115 98/85, Société Stenuit v. France, s. Nordlander K., The Commission's Policy on Recidivism: Legal Certainty for Repeat Offenders, in: The Competition Law Review, vol. 2, 1<sup>ère</sup> édition, août 2005, p. 62, Frowein J., Peukert W., Europäische Menschenrechtskonvention EMRK – Kommentar, Kehl am Rhein 2/1996, art. 6, nm 187, Hangartner Y., Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel W., Zäch R. (éd.), Kartellgesetzrevision 2003. Neuerungen und Folgen, Zurich, Bâle, Genève 2004, p. 275 s. et également Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1985, p. 67 (affaire Öztürk).

<sup>62</sup> Cf. comme précédemment Hirsbrunner M., Carte blanche für die Wettbewerbskommission? – Anmerkungen zu der vorgeschlagenen Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, in: RSDA 2002, p. 95 s., Spitz Ph., Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in: sic! 7/8/2004, p. 556, 561, 564 s., Sommer P., Raemy A., Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts, in: sic! 10/2004, p. 759, nbp 7, Hoffet F., Seckler D., Vom Anwaltsgeheimnis zum «Legal Privilege», in: RSJ 101 2005, p. 333, Krauskopf P., Pirlot Pittet C., La nouvelle Loi sur les Cartels: un Vade-Mecum pour les Entreprises, in: sic! 3/2004, p. 245 s., Kobel P., Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 13 (2004), p. 1154, Waser A., Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zurich 2002, p. 73, Hangartner, in: Stoffel/Zäch (éd.), Kartellgesetzrevision 2003, p. 275 ss., Bilger St., Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen; unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahren, Fribourg 2002, p. 93.

## Les entreprises réclament des procès équitables

Ce point est en l'espèce déterminant pour apprécier si l'actuelle réglementation des compétences en matière de répression et de jugement dans les procédures de sanction relevant du droit des cartels est conforme à la CEDH, si le principe de l'équité (droit d'être entendu, égalité des armes) est suffisamment respecté dans ces procédures, ainsi que la mesure dans laquelle la politique d'information parfois très agressive de la Comco influe sur la présomption d'innocence selon l'art. 6, al. 2 CEDH.

## L'indépendance du Tribunal administratif fédéral constitue-t-elle un correctif ?

### Justice indépendante

Il sera intéressant d'observer l'évolution de la pratique du Tribunal administratif fédéral en tant qu'instance de recours contre les décisions de la Comco. Dans les affaires relevant du droit des cartels, le tribunal jouit également du plein pouvoir d'examen (il examine si le droit fédéral a été violé, si l'instance inférieure a constaté les faits de manière correcte et complète et apprécie l'adéquation). Il peut en outre procéder à des auditions de témoins et à des interrogatoires. Le Tribunal administratif fédéral présente ainsi les *conditions institutionnelles requises* pour écarter les craintes au sujet de l'indépendance de la Comco (cf. aussi chapitre 2.3 «Institutions»). La question de savoir si cela suffit pour compenser effectivement les lacunes juridiques mentionnées dépend toutefois de la nature de l'affaire et des faiblesses de la procédure<sup>63</sup>.

## Les parties incriminées sont pénalisées

### Droit d'être entendu et égalité des armes

Le Règlement interne de la Comco (ci-après le règlement de la Comco) contient plusieurs dispositions qui posent problème du point de vue du principe de l'équité selon l'art. 6 CEDH<sup>64</sup>.

- L'art. 12, al. 2 du règlement de la Comco<sup>65</sup>, selon lequel le secrétariat de la Comco peut discuter de questions importantes – par exemple lors d'enquêtes préalables ou dans le cadre de l'enquête à proprement parler – avec la commission, la chambre ou la présidence avant le dépôt d'une proposition, ou indépendamment de celui-ci, est problématique au regard du principe de l'égalité des armes. Selon l'art. 17 du règlement de la Comco, les membres de la commission peuvent participer à toutes les étapes de l'enquête menée par le secrétariat, en particulier à l'audition de témoins. Toutefois, ce droit n'est, *de lege lata*, pas accordé aux parties qui encourent des sanctions directes, ce qui est en contradiction avec l'exigence de la CEDH selon laquelle, dans les procès de nature pénale, la partie «accusée» doit, au moins une fois pendant la procédure, avoir l'occasion d'assister à l'audition des témoins à charge et de leur poser des questions. Ce droit est particulièrement important lorsque les *preuves* sont produites sous le *régime de l'immunité des témoins* (aussi appelé institution du «témoin de la Couronne»). Les dépositions émanent alors souvent de collaborateurs d'entreprises elles-mêmes impliquées dans le cartel et qui, afin d'éviter des sanctions à leur entreprise, ont tout intérêt à charger au maximum les autres participants au cartel.
- En revanche, les parties accusées ont toujours la possibilité de s'exprimer par écrit, voire oralement, devant la commission appelée à statuer. Cette possibilité est censée garantir le droit d'être entendu, sachant toutefois que, ensuite, les délibérations se poursuivent à nouveau en *présence du secrétariat* sans que les parties aient l'occasion de prendre position.

<sup>63</sup> Malgré l'indépendance organisationnelle et fonctionnelle du Tribunal administratif fédéral, on peut se demander si celui-ci est effectivement à même de compenser l'indépendance judiciaire insuffisante de la Comco, car les conditions d'une telle compensation ne sont pas réunies: le Tribunal administratif fédéral possède un plein pouvoir d'examen de iure mais pas de facto, puisqu'il n'a pas la possibilité d'administrer la preuve de façon exhaustive, laissant régulièrement à la Comco, l'instance inférieure, la charge de l'évaluation technique. Faute de bases suffisantes pour prendre une décision, il n'est dans les faits pas en mesure de rendre un arrêt susceptible de réformer une décision. Cela vaut aussi pour la cour de première instance de l'UE.

<sup>64</sup> RS 251.1, Règlement interne de la Commission de la concurrence (<http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/251.1.fr.pdf>)

<sup>65</sup> Ibidem.

- Prenons le droit allemand sur les cartels comme point de comparaison: dans le cadre de l’audition de témoins devant l’autorité fédérale allemande de la concurrence (Bundeskartellamt) selon le paragr. 57, al. 2 de la loi relative aux restrictions de la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; GWB), le paragr. 397 du code de procédure civile (Zivilprozessordnung; ZPO) accorde aux parties le droit de poser des questions aux témoins (par écrit ou, en accord avec le tribunal, de vive voix). Le témoin délateur, c’est-à-dire le demandeur dans le cadre d’une procédure de clémence en Allemagne, ne bénéficie de la confidentialité selon la communication du Bundeskartellamt relative à la réglementation du bonus que dans les limites des lois applicables et uniquement jusqu’à la communication de l’acte d’accusation aux participants au cartel. Autrement dit, le droit d’être entendu et l’égalité des armes exigés par la CEDH sont accordés en Allemagne dès l’ouverture de la procédure.

Il est important pour les entreprises que les principes du droit d’être entendu et de l’égalité des armes soient aussi respectés strictement dans les procédures de sanction relevant du droit des cartels.

**La politique d’information de la Comco ne doit pas violer la présomption d’innocence**

**Non à une politique d’information de la Comco qui viole la présomption d’innocence**  
La politique de communication agressive de la Comco et de son secrétariat lors de l’ouverture de procédures soulève la question de savoir si cette pratique ne constitue pas, dans certains cas, une violation du principe de la présomption d’innocence et aboutit à un *préjugement*. A la lecture de certains communiqués de presse – émanant de la Comco elle-même – et de leurs titres, dont «La Comco élimine des discriminations faites aux PME par Publigroup» (20 mars 2007; affaire en suspens devant le Tribunal administratif fédéral), «La Comco augmente la pression sur les opérateurs de téléphonie mobile en constatant une position dominante sur le marché» (28 novembre 2006; pour l’heure, aucune décision n’a été rendue qui confirmerait l’existence de restrictions à la concurrence dans le domaine de la téléphonie mobile) ou «Résultat de l’enquête de la Comco: TicketCorner a renoncé aux clauses d’exclusivité» (22 décembre 2006, c’est-à-dire une date postérieure à celle où le jugement a été cassé par la commission de recours compétente, ce qui permet de douter de la pertinence de sa publication), on peut en outre se demander si la Comco a, dans tous les cas, informé avec toute la circonspection que l’on peut attendre de la part d’une instance judiciaire.

En tant qu’«ambassadrice de la concurrence», la Comco doit informer le public de ses activités. Elle se doit cependant de toujours bien mesurer la portée médiatique de ses communications. Pour une entreprise cotée en Bourse, par exemple, l’annonce en des termes trop agressifs de l’ouverture d’une procédure à son encontre peut avoir des conséquences négatives, notamment lorsqu’il en résulte des dommages irréparables et que, par la suite, les accusations portées contre elle se révèlent infondées. Il est dès lors souhaitable que la Comco fasse preuve, lorsqu’elle informe sur les enquêtes qu’elle mène, de l’*objectivité requise* et qu’elle respecte les règles ad hoc concernant la publicité dans les affaires impliquant des sociétés cotées en Bourse.

**La Comco doit informer de façon objective également après la clôture d’une enquête**

La politique d’information de la Comco relative aux enquêtes closes et aux décisions rendues doit également être appréciée d’un œil critique. Compte tenu des problèmes d’évaluation méthodologiques signalés ci-dessus (Comment est-il possible d’apprécier l’impact d’une mesure sur le changement effectif observé sur le marché? Peut-on exclure que cette modification aurait eu lieu même sans cette intervention?), un comportement objectif et impartial semblerait ici aussi plus approprié.

## Recommandation

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 le principe de l'égalité des armes en procédant à une répartition plus stricte 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).

## Les programmes de conformité pour la mise en œuvre du droit de la concurrence

### 2.2.2 Efforts de conformité légale des entreprises

De nombreux grands groupes suisses actifs à l'échelle internationale ont mis sur pied ces dernières années des programmes de conformité visant à *identifier à temps et à éviter les infractions au droit des cartels*. De tels programmes, qui requièrent un important investissement en temps et en argent, impliquent non seulement la création de services juridiques ad hoc, mais aussi l'organisation de séminaires avec d'éminents spécialistes du droit des cartels. Tant le conseil d'administration que les organes dirigeants de ces sociétés et de leurs filiales se penchent activement et de manière exhaustive sur la question du respect des normes de conformité par l'entreprise.

Les efforts de conformité légale des entreprises contribuent efficacement à l'application du droit de la concurrence et doivent être encouragés dans l'intérêt de la libre concurrence. Dans la pratique, cependant, on ne voit pas comment faire en sorte que ces efforts consentis en Suisse ou en Europe conduisent à une réduction, voire à une exemption totale des sanctions (contrairement à ce qui est le cas aux États-Unis). Les entreprises exigent que les *mesures qu'elles prennent afin d'empêcher les pratiques anticoncurrentielles* se traduisent par une diminution ou une annulation des sanctions. En ce sens, l'économie soutient la motion déposée par le conseiller aux États Rolf Schweiger<sup>66</sup>. Celle-ci demande l'introduction dans la loi sur les cartels d'une règle explicite disposant que les entreprises qui appliquent un plan d'action strict aux fins de respecter le droit des cartels ne soient frappées que d'une sanction administrative réduite, voire soient exemptées de toute sanction si elles satisfont aux conditions (à prévoir dans la loi). Les sanctions ne peuvent pas être prononcées sans examen préalable de la responsabilité. S'il est prouvé que l'entreprise respecte ses devoirs de diligence (mise en œuvre d'un programme de conformité efficace), elle doit pouvoir se disculper.

## Le droit de la concurrence doit tenir compte des programmes de conformité et réduire la sanction en conséquence

Selon la motion Schweiger, l'entreprise est sanctionnée lorsqu'elle n'a pas pris toutes les mesures idoines destinées à éviter un comportement anticoncurrentiel de ses collaborateurs. Si, toutefois, l'entreprise a mis en œuvre un programme de conformité approprié, efficace et durable, la sanction doit être réduite en l'absence de faute directe (agissements illicites de certains organes, par exemple), voire abandonnée, le fardeau de la preuve relative aux efforts de conformité consentis étant à la charge de l'entreprise («compliance defence»).

<sup>66</sup> Cf. Motion Schweiger (07.3856 – Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace).

Pour promouvoir les efforts de conformité des entreprises, la motion Schweiger propose en outre d'introduire dans la loi sur les cartels des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques participant activement à un cartel. On ancrerait ainsi explicitement dans le droit sur la concurrence des éléments du principe de la responsabilité personnelle. En adoptant un tel système de sanctions, la Suisse suivrait la tendance observée au niveau international, dans les pays anglo-saxons plus particulièrement. A noter que la Suisse connaît déjà le principe de responsabilité dans le droit pénal des entreprises.

#### Recommandation

Les efforts consentis par les entreprises en matière de programmes de conformité et de procédures internes d'analyse des risques afin d'éviter les restrictions de la concurrence 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 les collaborateurs qui participent intentionnellement à des accords cartellaires au mépris des programmes de conformité en relation avec l'introduction de la «compliance defence».

### L'instauration du secret professionnel pour les juristes d'entreprise renforce la prévention

#### 2.2.3 «Legal privilege» pour les juristes d'entreprise

Les mesures de prévention mises en place au sein de l'entreprise afin de prévenir les comportements illégaux tels que les infractions à la loi sur les cartels ou la corruption ne peuvent déployer pleinement leurs effets que si les juristes d'entreprise sont couverts par le secret professionnel, ce qui n'est pas le cas actuellement. Il est grand temps de remédier à cette situation.

Au cours de la session d'été 2008, le Conseil des États a *accepté*, à l'instar du Conseil national, la *motion* «Devoirs et droits des employés exerçant une activité de conseil juridique ou de représentation en justice. Assimilation aux avocats indépendants»<sup>67</sup>. Les travaux en cours afin d'ancrer dans la loi un droit au secret professionnel pour les juristes d'entreprise dans le cadre de la procédure de consultation prévue en 2009 sur la loi sur les juristes d'entreprise sont pleinement soutenus par les entreprises. Ce droit est important également pour la place économique suisse, dans la mesure où il existe un risque que des entreprises ayant leur siège en Suisse et qui sont impliquées dans un procès civil à l'étranger doivent remettre des documents provenant de leur service juridique parce que leurs juristes ne peuvent se prévaloir du droit de refuser de témoigner. Dans les États anglo-américains ainsi que dans divers pays d'Europe continentale (Belgique et Espagne, par exemple), en revanche, non seulement les avocats externes, mais aussi les juristes d'entreprise sont protégés par un secret professionnel. Des jugements rendus à l'étranger ont d'ailleurs montré que des entreprises suisses peuvent être obligées de produire la correspondance de leurs juristes d'entreprise, et ce uniquement parce que la législation suisse, contrairement à celle des États étrangers concernés, ne protège pas explicitement les activités des juristes d'entreprise par un secret professionnel. Afin d'éviter cette importante inégalité de traitement des entreprises helvétiques dans la procédure d'administration des preuves devant des juges étrangers, il est, pour des considérations relevant de la politique économique notamment, urgent d'agir. L'attrait de la Suisse en tant que lieu d'implantation pour les entreprises et les grands groupes pourrait en effet pâtir du fait qu'il existe un risque que des tribunaux et des avocats étrangers puissent exiger la mise à disposition d'informations qui, dans d'autres juridictions, ne seraient pas transparentes.

<sup>67</sup> Cf. Motion 07.3281 – Devoirs et droits des employés exerçant une activité de conseil juridique ou de représentation en justice. Assimilation aux avocats indépendants.

### **Le secret professionnel constitue un élément important de la conformité**

La protection du secret professionnel pour les juristes d'entreprise est importante *sur-tout dans l'optique d'un renforcement du respect des règles de conformité* au sein des entreprises. Les juristes d'entreprise jouent aujourd'hui un rôle déterminant en matière de conformité légale des entreprises. Mais pour qu'ils puissent prévenir les infractions aux réglementations, ils doivent avoir accès aux informations relatives aux risques et aux défaillances possibles dans leur entreprise. Or on ne leur communiquera pas de telles informations s'il existe un réel danger que des autorités puissent exiger que celles-ci leur soient transmises.

### **Les juristes d'entreprise soutiennent les autorités de concurrence pour la mise en œuvre du droit de la concurrence**

Les juristes d'entreprise peuvent soutenir efficacement les autorités en matière de concurrence pour assurer la mise en œuvre de la législation topique dans les entreprises. C'est pourquoi il est particulièrement important, en relation avec le droit des cartels, qu'ils soient protégés par le secret professionnel. Les juristes d'entreprise ne sont en mesure d'appliquer des programmes de conformité internes ou d'apprécier s'il y a lieu d'invoquer la règle de l'immunité des témoins que si les collaborateurs leur fournissent toutes les *informations sensibles* dont ils ont besoin. Celles-ci ne leur seront toutefois divulguées que si ces derniers savent, comme mentionné, que les juristes d'entreprise sont couverts par le secret professionnel. L'ancrage dans la loi du secret professionnel pour les juristes d'entreprise s'inscrit donc clairement dans l'intérêt de la lutte contre les cartels comme de l'économie en général. Aussi est-il incompréhensible que la Comco, dans sa notice sur le déroulement des perquisitions, s'oppose catégoriquement à l'instauration du secret professionnel pour les juristes d'entreprise. Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la position de la Comco était – *de lege lata* – légitime ou non. C'est pourquoi, par souci de clarté, l'économie exige – *de lege ferenda* – que la loi prévoie clairement un secret professionnel pour les juristes d'entreprise.

La réglementation en vigueur produit en outre des effets pervers: pour les entreprises concernées, il est en effet « plus sûr » de confier les enquêtes sur leurs propres pratiques à des « généralistes » externes plutôt qu'à leurs « spécialistes » internes qui, pourtant, connaissent parfaitement les particularités souvent très complexes de la branche et de l'entreprise. On assiste ainsi non seulement à une intervention injustifiée dans la liberté d'organisation de l'entreprise, mais aussi à un affaiblissement des incitations à mettre sur pied un programme de conformité. Une entreprise peut dès lors être tentée de renoncer à un programme de conformité afin d'éviter que la Comco ne puisse en utiliser les résultats contre elle. Or il devrait justement être dans l'intérêt de la politique en matière de concurrence que les entreprises cherchent activement à respecter la loi et qu'elles ne soient pas pénalisées pour leurs efforts.

### **Ancrer dans la loi le secret professionnel des juristes d'entreprise**

L'économie demande que les autorités suisses en matière de concurrence soutiennent, dans le cadre de la procédure de consultation annoncée sur la loi sur les juristes d'entreprise, les efforts visant à ancrer dans la législation le droit au secret professionnel pour les juristes d'entreprise. Ce droit n'entrave en rien les procédures relevant du droit des cartels. Au contraire, il renforce la conformité légale et, partant, le droit des cartels, et améliore aussi le respect des principes de l'État de droit dans les procédures.

#### **Recommandation**

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

## Améliorer l'efficacité de la procédure de notification

### 2.2.4 Sécurité du droit dans les procédures

Les entreprises mettent tout en œuvre afin d'agir en conformité avec la loi. Elles ne peuvent toutefois y parvenir que si le contenu des prescriptions juridiques est suffisamment clair, ce qui n'est malheureusement pas toujours le cas dans le domaine du droit des cartels.

#### Procédure de notification

Le législateur a introduit à l'art. 49a, al. 3 LCart une disposition qui a soulevé de nombreuses questions dans la pratique. Après les al. 1 et 2, qui décrivent la sanction, l'al. 3 de cet article énonce ce qui suit: «Aucune sanction n'est prise si: a. l'entreprise annonce la restriction à la concurrence avant que celle-ci ne déploie ses effets; toutefois une sanction peut tout de même être prise si, dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 est communiquée à l'entreprise et que celle-ci maintient la restriction; (...)». A l'origine, c'est-à-dire dans le projet de modification de la loi sur les cartels soumis au Parlement, il était prévu qu'aucune sanction ne serait prononcée si une entreprise annonçait une restriction à la concurrence avant que les effets ne s'en fassent sentir<sup>68</sup>. Le législateur entendait ainsi éviter qu'une entreprise doive assumer le risque d'une erreur d'appréciation de son comportement<sup>69</sup>. En effet, il avait été considéré *problématique*, du point de vue constitutionnel<sup>70</sup>, de rattacher des sanctions directes à la présomption d'illicéité au sens de l'art. 5, al. 3 et 4 LCart, ou à la présomption d'abus au sens de l'art. 7 LCart, *sans qu'il soit possible d'éclaircir préalablement la situation juridique*. Les débats des Chambres ont conduit à l'introduction de la procédure dite d'opposition, selon laquelle une annonce ne libère d'une sanction que si la Comco n'ouvre pas une procédure dans les cinq mois qui suivent ladite annonce. Cette possibilité d'opposition annule presque totalement les effets attendus de l'annonce, et ce pour diverses raisons:

- Le secrétariat et la Comco ne peuvent pas se faire une idée objective et précise des projets annoncés, dans la mesure où ceux-ci doivent être communiqués *avant* qu'ils ne déploient leurs effets.
- En cas de doutes sur la position à adopter, parce que le projet n'est ni manifestement licite ni manifestement illicite, la Comco ou son secrétariat menacent d'ouvrir une enquête si le projet devait être mis à exécution<sup>71</sup>. L'annonce conduit ainsi, sans qu'il y ait examen sur le fond, à une interdiction pure et simple de la pratique.
- Vu que la disposition en vigueur relative à la possibilité d'annonce peut déboucher sur une interdiction de fait, elle pose problème du point de vue constitutionnel.
- Le délai de cinq mois accordé à la Comco pour former opposition est beaucoup trop long («time to market»).

La crainte de voir les entreprises abuser de la possibilité d'annonce – qui les libérerait automatiquement de la sanction – pour obtenir une rente cartellaire ou autre pendant la durée de la procédure est, à nos yeux, injustifiée. En effet, la Comco a toujours la possibilité, par des mesures provisionnelles, de couper court rapidement à des infractions manifestes à la loi sur les cartels.

<sup>68</sup> Cf. Message relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, in: FF 2002 I, pp. 1911–1944.

<sup>69</sup> Cf. *ibidem*, p. 1927.

<sup>70</sup> Cf. Rhinow R., Gurovits A. A., Avis de droit sur la constitutionnalité de l'introduction de sanctions directes dans la loi sur les cartels à l'intention du Secrétariat général du Département fédéral de l'économie (DFE) du 5 juillet 2001, in: DPC 2001/3, p. 601.

<sup>71</sup> Cf. DPC 2008/2, p. 361 ss.

## La procédure de notification actuelle n'instaure pas la sécurité juridique

### Droit à une constatation de licéité

Comme évoqué (cf. page 19), il est souvent difficile pour une entreprise d'apprécier concrètement si un projet qu'elle entend mener à bien est susceptible de violer le droit des cartels. Au manque de sécurité juridique et de prévisibilité s'ajoute ainsi le risque de se voir infliger une amende très élevée. Il y a insécurité juridique dans la mesure où les rares décisions prises par la Comco ne permettent guère de tirer des conclusions pertinentes pour répondre aux questions qui se posent. De plus, tant la Comco que le Tribunal administratif fédéral ont jusqu'ici toujours nié le droit d'obtenir une décision en constatation. Ainsi, dans la « décision en matière de cartes de débit » rendue le 7 mai 2007, la Comco a estimé que les conditions légales pour une décision en constatation relative au projet envisagé n'étaient pas remplies. Cette décision a été confirmée le 29 février 2008 par le Tribunal administratif fédéral, qui a néanmoins précisé, en substance, que le droit des cartels ne contenait aucune indication précise qui permette d'établir une distinction claire entre processus de marché concurrentiels et processus de marché anticoncurrentiels (consid. 4.2.2) et que, par conséquent, on ne pouvait contester le besoin évident de sécurité juridique du recourant (consid. 4.3). Le Tribunal administratif fédéral a par ailleurs soutenu la Comco, qui avait estimé que les effets anticoncurrentiels du projet envisagé ne pouvaient pas être appréciés de manière suffisamment précise pour qu'une décision puisse être rendue. L'entreprise concernée n'a pas à supporter les conséquences de cet état de fait<sup>72</sup>. En l'absence du droit d'obtenir une décision en constatation, les entreprises se voient contraintes soit de renoncer à leur projet potentiellement illicite au regard de la loi sur les cartels, soit de le mettre en œuvre en prenant le risque de se faire sanctionner lourdement. L'insécurité juridique qui en découle ne saurait être supportée par les entreprises.

Pour ces raisons, Economiesuisse demande, au cas où la procédure de notification ne serait pas améliorée, qu'un droit légal d'obtenir une décision en constatation soit introduit dans la loi, sur le modèle de l'art. 25 LPA.

## Les PME ont besoin de communications compréhensibles pour le profane

### Communications de la Comco

Les entreprises apprécient que la Comco *précise sa pratique* dans des communications ad hoc, celles-ci contribuant à améliorer la sécurité juridique. Cependant, cette sécurité ne peut être assurée que si lesdites communications sont rédigées dans un langage clair, c'est-à-dire compréhensible également pour les personnes sans connaissances juridiques ou économiques particulières. Ceci est d'autant plus nécessaire depuis le renforcement des sanctions en 2003. Comme l'illustre le ch. 11 de la communication concernant l'appréciation des accords verticaux (recommandations de prix par des producteurs et fournisseurs), qui a suscité une grande insécurité parmi les entreprises potentiellement concernées et, partant, contraint la Comco à des clarifications ultérieures, le niveau requis de sécurité juridique n'a, par le passé, pas toujours été garanti<sup>73</sup>. C'est pourquoi Economiesuisse demande que le critère de la sécurité juridique soit davantage pris en compte lors de la révision de communications existantes et de la rédaction de nouvelles communications.

Pour nombre d'entreprises de petite et moyenne taille, le droit des cartels est une matière absconse, source d'insécurité juridique à plus d'un égard. Elles doivent recourir à des spécialistes pour faire examiner – à grands frais – leurs pratiques commerciales, le dispositif normatif en vigueur se fondant sur des notions juridiques floues et sur un classement des communications de la Comco dans le domaine des PME selon une hiérarchie peu claire. Le grand nombre de cas de figure pratiques doivent être pris en considération par des formulations correspondantes, cela va de soi. Il est également opportun d'har-

<sup>72</sup> Le Tribunal fédéral a confirmé, le 15 décembre 2008, la position du Tribunal administratif fédéral.

<sup>73</sup> Cf. Comco, communication concernant l'appréciation des accords verticaux, décision de la Commission de la concurrence du 2 juillet 2007.

moniser les seuils de parts de marché utilisés pour apprécier l'impact restreint sur le marché (ch. 3 de la communication PME)<sup>74</sup> avec ceux du droit cartellaire de l'UE (ch. 7 de la communication de minimis de la Commission européenne).

### Adapter la réglementation PME à l'UE

Il serait possible, sans effet notable sur la concurrence, de satisfaire le *besoin accru de sécurité juridique* des PME dans le domaine du droit des cartels: les règles spéciales pour les microentreprises énoncées dans la communication PME (ch. 4 et 5) devraient être étendues aux petites entreprises. Ces dernières sont à définir par analogie à la « recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises » valable dans l'UE. La réglementation spéciale s'appliquerait alors aux entreprises qui emploient moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 16 millions de francs (10 millions d'euros). Il faut partir du principe que seule une poignée d'entreprises de cette catégorie atteignent le seuil de parts de marché défini au ch. 3 de la communication PME. Cela permettrait de renforcer considérablement la sécurité juridique du droit de la concurrence. Il convient, par souci d'exactitude, de préciser que les accords cartellaires durs doivent être exclus du champ d'application de ces règles spéciales (ch. 5 de la communication PME).

### Une communication séparée pour régler l'impact restreint sur le marché

Pour des considérations d'ordre systématique, il serait souhaitable que la communication PME s'adresse exclusivement aux agents économiques évoqués. Etant donné que les règles relatives à l'impact restreint sur le marché (ch. 3 de la communication PME) s'appliquent indépendamment de la taille de l'entreprise, il serait judicieux d'examiner la possibilité de formuler lesdites règles dans une communication séparée (par analogie à la communication de minimis de la Commission européenne).

Une hiérarchisation claire des communications permet de renforcer la sécurité juridique. Ainsi, la communication PME en tant que réglementation spéciale devrait primer la communication concernant l'appréciation des accords verticaux. Pour les petites entreprises, il en résulterait une amélioration non négligeable de la sécurité juridique, dans la mesure où elles sauraient que toutes les règles les concernant se trouvent exclusivement dans la communication PME.

#### Recommandation

Une pratique qui n'a pas encore déployé ses effets au moment de sa communication à la Comco ne devrait plus être passible de sanctions ultérieures. Les entreprises doivent avoir la possibilité d'annoncer 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 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.

Lors de la rédaction de futures communications ou de la révision de communications existantes, il convient de tenir davantage compte du critère de la sécurité juridique en formulant des exceptions plus contraignantes et en insistant davantage sur l'harmonisation avec les règles de l'UE.

<sup>74</sup>

Ibidem.

## Les sanctions doivent reposer sur des bases légales claires

### 2.2.5 Fixation du montant de la sanction

En vertu de la loi sur les cartels en vigueur, une entreprise peut, en cas de restrictions illicites à la concurrence, être tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Appelée «sanction administrative» (titre de la section 6 de la LCart), cette amende peut rapidement avoir des conséquences financières graves, pour les entreprises présentant une faible marge bénéficiaire nette notamment (commerce de détail ou de gros), et mettre en péril leur existence même. Compte tenu de leur sévérité possible, les sanctions prévues à l'art. 49a LCart sont de *nature pénale*, conformément aux principes de la CEDH.

En tant que sanctions de nature pénale, les «sanctions administratives» selon l'art. 49a LCart doivent préserver les droits fondamentaux des entreprises concernées. En admettant un fondement légal et une séparation des pouvoirs clairs, il convient notamment de tenir compte des points suivants:

- *Principe de responsabilité* (nulla poena sine culpa): Étant donné le montant des sanctions, il convient d'ancrer pleinement le principe de responsabilité dans le droit de la concurrence. Il faut éviter que les sanctions cartellaires deviennent un délit formel. Une entreprise ne doit être punie que
  - si ses organes ont délibérément participé à des restrictions illicites à la concurrence ou,
  - si elle n'a pas pris toutes les mesures d'organisation objectivement nécessaires pour éviter l'infraction (droit pénal des entreprises, art. 102 CP).
- *Présomption d'innocence* (in dubio pro reo): Il appartient à la Comco de prouver la restriction illicite à la concurrence.
- *Droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination* (nemo tenetur se ipsum accusare, nemo tenetur se ipsum prodere).

Le respect des droits fondamentaux peut être garanti grâce aux mesures suivantes:

- La Comco doit apporter la preuve de la responsabilité de l'entreprise. Lors de la fixation du montant de la sanction, elle doit tenir compte en particulier des programmes de conformité: lorsqu'il s'avère qu'une entreprise a pris des mesures appropriées et durables en vue de respecter le droit des cartels, il faut abandonner les accusations à son encontre (conséquence: renonciation à l'amende ou réduction de celle-ci).
- Adaptation du programme de clémence afin de clarifier les questions de l'autodénonciation et de la garantie illimitée de la maxime inquisitoire.

## Il faut tenir compte des dommages-intérêts que l'entreprise serait susceptible de devoir verser

La fixation du montant de la sanction doit tenir compte *de la faute*, mais également *de dommages-intérêts prévisibles* à verser aux clients et concurrents, ainsi que des amendes infligées dans la même affaire par d'autres juridictions. Selon l'art. 2, al. 1 de l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart), le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise doit être dûment pris en compte pour le calcul de la sanction. Or il arrive souvent que des actions de droit privé en dommages-intérêts absorbent (partiellement) le profit tiré des pratiques illicites. C'est pourquoi il faudrait tenir compte d'actions en dommages-intérêts prévisibles lors du calcul de la sanction. Les amendes infligées à l'étranger pour une même infraction peuvent ainsi, conformément à la note explicative de la Comco relative à l'art. 2, al. 2 OS LCart, être prises en compte en application du principe de la proportionnalité lors de la fixation du montant de la sanction. La prise en considération d'amendes prononcées à l'étranger ne devrait pas relever de la libre appréciation des autorités en matière de concurrence, mais être *obligatoire* afin d'éviter qu'une entreprise ne soit punie deux fois pour la même infraction. Tel doit en particulier être le cas lorsque l'amende en question a été calculée sur la base également du bénéfice ou chiffre d'affaires réalisé en Suisse (prise en compte par exemple du chiffre d'affaires d'un groupe ayant son siège en Suisse).

**Sanctionner seulement si le caractère illicite du comportement est suffisamment étayé**

Dans les domaines des accords verticaux et des abus de position dominante, on est confronté au problème de l'infinie diversité des modèles commerciaux et à la difficulté de formuler une réglementation légale claire et contraignante. Par analogie à la jurisprudence de l'UE et de l'Allemagne, la Comco est invitée à ne prononcer une sanction que lorsque le caractère illicite de la pratique a été suffisamment étayé et qu'une sanction était objectivement prévisible.

**Recommandation**

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 tenir compte des dommages-intérêts, nécessairement prévisibles, à verser à des clients et concurrents et d'amendes qui seraient prononcées par d'autres juridictions dans la même affaire.

**Exigences élevées en ce qui concerne les compétences de la Comco**

### 2.3 Institutions

Les institutions (Comco, secrétariat, tribunaux) jouent un rôle décisif dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Elles sont *dotées de compétences étendues* et agissent directement sur la vie économique. C'est pourquoi elles doivent répondre à des exigences élevées, notamment en matière de crédibilité, de compétences et d'efficacité. À juste titre, l'opinion publique et les milieux spécialisés les observent et jugent leurs actions d'un œil critique. De par la confidentialité qu'elles doivent impérativement respecter, l'accès au mode de fonctionnement effectif de ces organisations reste nécessairement limité pour des tiers.

La Comco prend actuellement toutes ses décisions en séance plénière. Réduite de quinze à douze membres, elle a abandonné le système de chambres prévu dans son Règlement interne (SR 251.1). La présidence de la commission, chargée d'approuver les actes d'enquête, est composée du président et du vice-président. Actuellement, les personnes qui occupent ces fonctions sont des juristes. Comme pour la Commission de l'UE, la question de savoir si la Comco est une instance judiciaire au sens de la CEDH n'est pas clairement résolue. Compte tenu des exigences élevées imposées par l'État de droit aux instances juridiques (en particulier art. 6 CEDH), cette question revêt une certaine importance. Ce qui n'est pas contesté en revanche, c'est que l'instance de recours contre les décisions de la Comco, le Tribunal administratif fédéral, est une instance judiciaire (tout comme le Tribunal de première instance des Communautés européennes) qui, selon une opinion répandue, offre une protection juridique suffisante.

Le secrétariat de la Comco, principal organe chargé des enquêtes, occupe environ 65 collaborateurs (58,4 équivalents plein temps). Pour les investigations, ils sont répartis entre trois services, «domaine des produits», «domaine des services» et «domaine des infrastructures». Le secrétariat est en outre responsable des enquêtes préalables, de la consultation des offices et d'autres prises de position et il fait des propositions à la commission. Dans certaines circonstances, le Conseil fédéral peut lever les décisions de la commission en instituant certaines réglementations particulières et il peut confier l'examen de certaines situations au secrétariat. Dans la pratique, toutefois, on ne connaît pas de tels cas. Le préposé à la surveillance des prix participe aux séances de la Comco avec voix consultative. Son champ d'activité s'étend surtout à la surveillance des prix administrés et des monopoles. Il dispose pour ce faire de dix-sept collaborateurs (15,3 équivalents plein temps).

**La composition de la Comco fait l'objet de critiques**

**2.3.1 Compétences et composition de la Commission de la concurrence**

La Comco est actuellement composée de douze membres élus par le Conseil fédéral. Ce groupe comprend sept professeurs, essentiellement des juristes. L'élection de quatre d'entre eux a été *proposée* par les associations économiques et les syndicats, le Conseil fédéral étant cependant libre de son choix. Un membre proposé par les organisations de consommateurs appartient à la Cour d'appel (Obergericht) de Zurich. Dans les rapports de l'OCDE<sup>75</sup> sur la politique de la concurrence de la Suisse, certains milieux spécialisés, mais aussi, en partie, le président de la Comco, émettent quelques critiques à l'endroit de la dimension actuelle et de la composition de la Comco. La crainte d'une surcharge de la commission de milice est exprimée. L'annulation de plusieurs séances montre toutefois que le nombre de cas traités est davantage limité par les ressources du secrétariat chargé de l'enquête que par l'autorité décisionnelle.

**La participation de représentants du terrain correspond toutefois à la volonté politique**

Déjà lors de la révision de 2003, il avait été proposé d'abolir le droit de proposition des associations. Le Conseil fédéral n'avait plus fait cette proposition au Parlement suite à une *prise de position claire* des intéressés lors de la *procédure de consultation*. La participation de représentants du terrain correspond à la volonté politique claire du législateur, exprimée à maintes reprises – même si plusieurs experts craignent toujours que ce droit mette en péril l'indépendance de la Comco<sup>76</sup>. Ils demandent le remplacement de la commission de milice actuelle par un organe décisionnel permanent.

**La science et la pratique se complètent**

Les membres proposés apportent leurs connaissances pratiques indépendamment des instructions des acteurs du marché. Ne serait-ce que pour des raisons de confidentialité, ils ne doivent pas évoquer les cas particuliers en dehors du cadre de la Comco. Cette mesure est entre autres liée au fait que l'on retrouve souvent des membres de la même association faïtière dans les procédures. En tant qu'autorité chargée de l'élection des membres de la Comco, le Conseil fédéral n'est pas lié par les propositions des groupes d'intérêts. De plus, ces membres de la Comco sont soumis aux *mêmes obligations* que les personnes dites «indépendantes». La contribution apportée par les personnes du terrain ne consiste pas en une représentation unilatérale des intérêts. Il s'agit d'un apport de la pratique du terrain qui vient compléter la perspective plutôt dogmatique des professeurs qualifiés d'indépendants. Les membres proposés peuvent être comparés aux juges spécialisés des tribunaux commerciaux et des baux et loyers. On ne peut pas présumer que ces derniers entravent le bon fonctionnement de la justice.

Les conflits d'intérêts se produisent plus souvent avec les membres de la commission «dits indépendants» qui sont également experts ou qui ont un lien avec certaines parties<sup>77</sup>. Ces *mandats accessoires* directement liés au droit de la concurrence réduisent plus fortement le degré d'indépendance d'une collaboration au sein de la commission que ce n'est le cas des représentants des associations faïtières. Le droit de la concurrence est précisément un domaine dans lequel la pratique du terrain est indispensable. Car en fin de compte, la mise en œuvre du droit de la concurrence n'est pas une confrontation juridique abstraite: elle fait partie intégrante de la politique économique, c'est pourquoi il est essentiel que les principaux acteurs de l'économie soient représentés dans l'organe décisionnel. On constate aussi dans le cas des tribunaux ordinaires une volonté de représentation proportionnelle. Celle-ci est souvent appliquée avec rigidité, afin de prendre en compte, à côté de la compétence juridique, les différents partis politiques de sorte à refléter la société. Une composition représentative de l'organe décisionnel, dans le sens démocratique (ou pluraliste), contribue fortement à augmenter l'acceptation générale

<sup>75</sup> Cf. OCDE, Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation. Réforme de la réglementation en Suisse, OCDE, Rapport sur la réforme de la réglementation, Paris 2006.

<sup>76</sup> Cf. par exemple Müller J.P., avis de droit du 15 mars 2007 relatif à la décision de la Commission de la concurrence du 5 février 2007 concernant les frais de terminaison sur le marché de la téléphonie mobile (32-0158), 2007.

<sup>77</sup> Le rapport du Groupe d'évaluation du Conseil fédéral mentionne de manière abstraite un problème de récusation, sans toutefois présenter de chiffres corroborant cette affirmation.

des décisions prises. En matière de politique de la concurrence, cette acceptation des institutions par les acteurs économiques est essentielle<sup>78</sup>.

### **Examiner d'un œil critique la position de force de la présidence**

La *structure interne* de la commission mérite elle aussi d'être prise en considération. La réduction en taille de la Comco en 2008, avec l'abolition du système caméral, s'est traduite par un renforcement considérable de la présidence. Il y a lieu d'examiner si cette dernière, habilitée à approuver les actes d'enquête, doit continuer d'être investie de cette compétence. Il conviendrait aussi d'étudier la réintroduction du système de chambres, lequel permettrait la constitution d'un capital de connaissances spécifiques. Cela permettrait de palier au manque de connaissances de détail déploré chez les membres de la commission.

Il est régulièrement suggéré de transformer la commission en un organe permanent. A l'heure actuelle, il n'est cependant pas sûr que le nombre de cas à traiter soit suffisant pour envisager une telle option. En 2007, la Comco a pu maîtriser sa charge de travail en dix-sept séances d'une journée. Mais vu la grande portée des décisions prises, il serait opportun de disposer d'un tribunal spécialisé de cinq membres. Les conflits d'intérêts n'étant pas exclus non plus dans ce cas de figure, et vu que les règles usuelles de récusation devraient être respectées, un tel organe devrait compter au moins sept ou neuf juges spécialisés dans les cartels. La *différence de taille* avec la commission de douze membres que compte le système de milice actuel serait *minime*. De plus, des questions de délimitation des compétences par rapport au secrétariat se poseraient. Indépendamment de ces questions organisationnelles, il est indispensable que l'activité de l'autorité des cartels soit professionnelle. Le taux d'occupation des divers membres de la commission n'a aucune influence sur le niveau élevé visé dans la jurisprudence en matière de droit de la concurrence<sup>79</sup>.

### **L'abandon du système de milice n'est pas justifié**

Le remplacement du système de milice par l'engagement de trois à cinq «juges spécialisés dans le droit de la concurrence» exerçant à titre principal soulève de sérieuses questions de délimitation de compétences et de tâches entre autorités de décision et d'enquête. Si le Groupe d'évaluation du Conseil fédéral propose ce modèle, c'est surtout pour des raisons d'efficacité. Cependant, ce regroupement de l'enquête et de la décision *porte atteinte aux droits de la défense*. Il y a tout lieu de s'inquiéter que des arguments à décharge au niveau de l'enquête ne soient guère ou insuffisamment pris en considération lors de l'enquête. En pratique, cela aboutirait à la contestation de chaque décision auprès de l'instance de recours dans le but de parvenir à une appréciation objective. Le Tribunal administratif fédéral n'étant pas spécialisé dans l'appréciation des questions de politique de la concurrence, la menace de surcharge qui pèse sur lui est évidente.

Le système de milice actuel qui regroupe des académiciens et des représentants de l'économie permet aussi d'intégrer directement les connaissances pratiques et scientifiques dans le processus de décision. Cela contribue à la prise de décisions appropriées. La constitution d'un organe composé exclusivement de juges serait susceptible d'entraîner une trop forte pondération des critères juridiques. Pour une procédure respectueuse des principes de l'État de droit, la séparation entre les fonctions d'enquête et de décision, le détachement de l'administration et de l'influence politique sont plus importants.

### **Il conviendrait d'examiner la création d'un tribunal des cartels selon le modèle des tribunaux commerciaux**

Du point de vue de l'économie, il conviendrait d'examiner la création d'un tribunal des cartels selon le modèle des tribunaux commerciaux appliqué aujourd'hui en Suisse dans quatre cantons. Deux juges au moins, spécialisés dans les cartels, assureraient la présidence et la vice-présidence, des fonctions qui seraient exercées à titre principal. Huit juges spécialisés environ exerçant cette fonction à titre accessoire apporteraient leurs

<sup>78</sup> En lien avec la crise des marchés financiers, la composition de l'autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA), constituée exclusivement d'experts, a fait régulièrement l'objet de critiques. L'acceptation des décisions est ainsi remise en question.

<sup>79</sup> Le Tribunal fédéral des brevets se composera aussi de deux juges exerçant à titre principal et d'une vingtaine de juges spécialisés exerçant à titre accessoire et fonctionnera selon le système de milice.

connaissances de domaines spécialisés et des branches. Cet organe de jugement spécialisé devrait être constitué sur une base paritaire de représentants d'intérêts et d'indépendants. Dans cette optique, les associations économiques, tout comme les organisations de consommateurs et les syndicats, disposeraient d'un droit de proposition. Il vaudrait aussi la peine d'étudier l'introduction d'un système caméral analogue à celui du modèle du Tribunal de commerce de Zurich. Comme c'est le cas actuellement pour l'élection des juges au Tribunal fédéral, l'organe chargé de l'élection des juges exerçant à titre principal et de ceux exerçant à titre accessoire pourrait être le Parlement<sup>80</sup>. Une telle autorité indépendante aurait logiquement besoin d'un certain appui administratif sous la forme d'un secrétariat. Sur le plan de l'organisation et de la hiérarchie, cette fonction de « greffier » devrait être clairement séparée des fonctions d'accusation et d'exécution actuelles du secrétariat de la Comco.

## Recommandation

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 titre principal, assisté de spécialistes et de représentants des principaux acteurs économiques (associations faitières de l'économie, syndicats et consommateurs) exerçant leur fonction à titre accessoire.

## Il conviendrait d'examiner l'introduction d'un modèle s'inspirant du « ministère public »

### 2.3.2 La fonction du secrétariat

Le secrétariat assume la fonction d'*autorité d'investigation*. Il devrait donc pouvoir ouvrir des enquêtes aussi sans consulter la Comco, autorité décisionnelle. Cette revalorisation devrait se manifester par la création d'une identité propre. Des réflexions visant à axer davantage encore le travail du secrétariat sur les fonctions d'enquête et d'accusation et à le décharger des tâches d'exécution et d'appui vont dans la même direction. Elles s'inspirent de l'idée que le secrétariat doit assumer divers rôles. Non seulement il présente à la commission une accusation fondée sur ses enquêtes, mais il est aussi compétent en matière d'exécution des décisions, lesquelles vont parfois à l'encontre de ses accusations. Il y aurait lieu d'examiner à cet égard si le secrétariat doit continuer à offrir les mêmes services de conseils. Du point de vue des entreprises, de tels conseils sont vivement souhaités; mais ils peuvent parfois entrer en conflit avec les tâches d'investigation du secrétariat. Cette activité risque d'influencer les décisions de la commission.

C'est la raison pour laquelle l'économiesuisse propose d'examiner sérieusement l'introduction d'un modèle s'inspirant du « ministère public ». Le secrétariat actuel embrasserait ainsi une fonction d'autorité d'accusation et ne serait pas en même temps un organe de soutien de la Comco. Il se concentrerait exclusivement sur les fonctions d'enquête et d'accusation. Une telle autorité de « ministère public de la concurrence » serait placée sur un pied d'égalité avec la partie qu'elle accuse. Une organisation autonome et identité propre seraient indispensables pour bien renforcer la séparation des pouvoirs.

<sup>80</sup> Dans le cas du Tribunal fédéral des brevets nouvellement créé, le Conseil national envisage l'élection par le Parlement des deux juges exerçant à titre principal et celle des juges exerçant à titre accessoire par la commission juridique du Parlement, le but étant d'éviter une politisation de la désignation des juges nommés à titre accessoire.

### Recommandation

Le secrétariat doit être plus strictement orienté sur sa mission d'enquête et d'accusation (« modèle du ministère public »). Dans cette perspective, il doit bénéficier d'une identité propre et rester à l'écart des délibérations.

Pour rédiger ses arrêts, la Commission doit disposer d'une autorité indépendante du secrétariat chargé de l'investigation.

**La surveillance des prix est un instrument fondamentalement étranger au régime de concurrence**

#### 2.3.3 Surveillance des prix

La surveillance des prix est un instrument fondamentalement étranger au régime de concurrence. En effet, dans un système d'économie libérale, les prix se forment automatiquement de par les mécanismes du marché. En cas de *dysfonctionnement partiel du marché*, causés notamment par les prix administrés ou les monopoles, la surveillance des prix peut émettre des recommandations. Les cas de prix excessifs pratiqués par des entreprises dominantes sur le marché pourraient être confiés à la Comco, autorité habilitée à enquêter sur l'abus de position dominante. La question se pose de savoir si le maintien de deux instances partiellement concurrentes (surveillance des prix et Comco) est judicieux. Sous cet aspect, il y aurait lieu d'approuver l'intégration de la surveillance des prix dans une nouvelle autorité de concurrence globale. Une autorité de la concurrence intégrée paraît mieux à même d'appliquer une politique de la concurrence cohérente. L'Australie et les Pays-Bas ont opté pour une telle organisation.

**Il convient d'examiner le regroupement de la Comco avec toutes les autorités sectorielles**

#### 2.3.4 Rapport avec les autorités sectorielles

La politique de la concurrence doit appliquer les mêmes principes à toutes les entreprises. Des exceptions spécifiques à certaines branches doivent rester rares. Si une autorité se voit attribuer la compétence de fixer les prix dans le cadre d'une réglementation sectorielle spécifique par exemple, il n'y a pas de raison que la Commission de la concurrence soit investie de compétences susceptibles d'entrer en conflit avec celle-là. Cela nuirait en effet à la sécurité du droit et augmenterait les coûts de la régulation. L'économiste suisse propose de s'inspirer des *modèles australien et néerlandais* et d'étudier le regroupement de toutes les autorités sectorielles et de la Comco dans une seule autorité de la concurrence. Il serait ainsi possible de concentrer plus efficacement les ressources des gardiens de la concurrence. Des chambres spécialisées seraient à prévoir pour créer un savoir spécialisé.

**La politique de concurrence touche aussi les marchés publics**

Le contrôle de la *concentration du pouvoir des services d'achat* revêt une importance particulière lorsqu'il est question de collaboration en matière d'achats. Le projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) prévoit aussi une participation de la Comco dans ce domaine. Indépendamment de cela, lors de soumissions pour lesquelles la LMP ne prévoit pas de protection juridique (par exemple dans le cas des biens d'armement), seule la loi sur les cartels offre la possibilité d'examiner le comportement de l'autorité qui procède à un appel d'offre. En outre, la Comco a le droit de déposer un recours lorsque une décision d'achat restreint indûment l'accès au marché (art. 9, al. 2bis LMI).

**Les réglementations sectorielles: point crucial de la politique de concurrence**

Il y a lieu de prendre des mesures en vue de coordonner les règles spécifiques à différents secteurs, surtout dans les domaines qui sont (encore) en cours de libéralisation. C'est aussi le cas dans les rapports avec la surveillance des prix. Il y a lieu ici d'étudier et d'examiner sérieusement et sans réserve la possibilité de regrouper la Comco, les autorités sectorielles et la surveillance des prix. Cette approche permettrait de régler les principes de base de l'organisation institutionnelle. La question de l'incorporation de représentants du terrain dans l'organisation intégrée occuperait ici une place centrale.

Outre la Comco, il existe des autorités de régulation responsables de secteurs partiels de l'économie suisse. Entrent dans cette catégorie la Commission de la communication

(ComCom), la Commission de l'électricité (ElCom) ainsi que l'autorité de régulation postale (PostReg). La politique de la concurrence devant s'inspirer des mêmes principes pour toutes les branches et entreprises, les règles de politique de la concurrence devraient en bonne logique être fixées uniformément dans la loi sur les cartels, et non en sus dans des lois sectorielles. Il convient aussi de s'abstenir autant que possible d'introduire des dérogations pour des branches spécifiques<sup>81</sup>.

Dans la mesure où une réglementation spécifique à un secteur permettant par exemple à l'autorité de régulation de fixer des prix est introduite, l'autorité de la concurrence ne doit pas pouvoir disposer de compétences susceptibles d'entrer en conflit avec celles de l'autorité sectorielle, et ce pour des raisons de sécurité du droit et de gestion administrative. Cette règle doit également s'appliquer aux cas dans lesquels l'autorité de régulation ne peut intervenir que lorsque les acteurs du marché ne parviennent pas à se mettre d'accord. Une « concurrence entre autorités » augmente l'insécurité du droit, entraîne des coûts de procédure supplémentaires et entrave ainsi la concurrence.

### Recommandation

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.

Il convient d'envisager la mise sur pied d'une autorité de concurrence (nouvelle) unique qui engloberait non seulement la Comco, mais aussi 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.

## 2.4 Par rapport à l'Europe

### L'économie suisse possède une forte orientation internationale

L'économie suisse est l'une des plus mondialisées de notre planète. Une entreprise helvétique sur cinq est partie prenante de la concurrence internationale du fait de ses filiales, de ses entreprises communes ou de ses coopérations à l'étranger. Une grande partie de ces liens extérieurs nous rattachent à l'UE. Nos interconnexions avec nos voisins européens sont bien sûr particulièrement intenses pour des raisons de proximité géographique. Cela se traduit aussi par le fait que de nombreuses entreprises suisses actives à l'échelle européenne appliquent des « concepts européens », par exemple une politique européenne uniforme en matière de prix.

### Utiliser la marge de manœuvre disponible pour développer ses propres solutions

Le droit de la concurrence régit la concurrence internationale. Là où un comportement relevant sous l'angle du droit des cartels s'observe à la fois en Suisse et dans l'UE, les deux autorités cartellaires vérifient son admissibilité. Pour faciliter leurs activités face à la concurrence mondiale tout en assurant la sécurité du droit, les entreprises suisses préconisent une politique du *rapprochement « eurocompétitif »*, qui veut que ce qui est autorisé dans l'UE le soit aussi sur le territoire suisse<sup>82</sup>. Dans toutes les questions relevant du droit des cartels où les dispositions de l'UE apparaissent excessives, la Suisse est en revanche pleinement légitimée à se montrer plus libérale et à user de la marge de manœuvre à sa disposition pour développer ses propres solutions – par exemple en matière de procédure ou d'évaluation des sanctions. L'eurocompétitivité doit l'emporter sur l'eurocompatibilité.

<sup>81</sup> Cf. aussi *economiesuisse*, Principes de politique de concurrence, ligne directrice n° 5.

<sup>82</sup> Les entreprises devraient ainsi pouvoir faire valoir également en Suisse les motifs de dérogation prévus par les règlements de l'UE portant sur l'exemption par catégories (par exemple le règlement CE N° 2790/1999 relatif aux accords verticaux ou le règlement CE N° 358/2003 concernant certaines catégories d'accords dans le secteur des assurances).

**Un éventuel accord de coopération conclu entre la Suisse et l'UE devra respecter les principes de l'État de droit**

Les objectifs de l'eurocompatibilité et de la protection d'une concurrence efficace visés par les deux précédentes révisions du droit suisse des cartels ne font pas toujours bon ménage. La Suisse doit s'abstenir d'adopter le droit de la concurrence de l'UE sur les points où l'Europe cède à l'hyper-réglementation ou se montre trop interventionniste. Elle n'est nullement obligée de reprendre à son compte les dispositions imparfaites ou lacunaires du droit européen de la concurrence. La protection de la concurrence l'emporte, elle aussi, sur l'eurocompatibilité.

L'actuelle commissaire européenne à la concurrence a proposé à la Suisse de conclure un accord de coopération. Le président de la Comco appelle aussi de ses vœux un tel accord. A l'heure actuelle, des discussions exploratoires techniques ont lieu à ce sujet. Aujourd'hui déjà, les autorités de la concurrence entretiennent un *intense dialogue professionnel*. Une collaboration concrète avec échanges d'informations sur des cas particuliers n'est toutefois pas possible en raison de la situation juridique présente, sauf pour les cas de fusion et moyennant l'accord des parties.

Compte tenu de l'étroitesse des rapports économiques que nous entretenons avec nos voisins, il convient d'examiner avec tout le soin nécessaire la perspective d'une coopération adéquate avec l'UE. L'économie assortit cependant la mise en route de négociations dans ce sens de *conditions claires*. Avant toute négociation sur un accord de coopération, elle demande que soient levées les réserves actuelles concernant les manquements aux principes de l'État de droit (CEDH). A ce titre, un problème non résolu a trait aux amendes infligées par la Commission de l'UE pour des infractions au droit des cartels. Ces infractions devraient satisfaire l'impératif de la détermination («Bestimmtheitsgebot»), et être prévisibles pour les entreprises. Il faudrait aussi obtenir la garantie qu'une amende ne puisse être infligée que si l'infraction est due à la négligence ou au comportement délibéré d'une personne, et que ce comportement puisse être clairement imputable à l'entreprise incriminée. En outre, les efforts déployés par les entreprises pour rester dans la légalité, par exemple en se soumettant à des programmes de conformité, doivent aussi être pris en compte dans l'établissement des responsabilités, ou du moins pour fixer le montant des amendes. De plus, il s'agit d'observer les règles fondamentales de l'entraide administrative et juridique. Un comportement critique doit être punissable dans les deux zones juridiques. L'économie attache aussi du prix au principe de spécialité, selon lequel les informations transmises doivent être utilisées exclusivement aux fins prédéfinies et non pour d'autres procédures, par exemple dans le domaine fiscal. La confidentialité et la protection juridique doivent demeurer garanties en tout temps. Enfin, il convient d'introduire la protection suisse du secret professionnel pour les juristes d'entreprise.

**Recommandation**

La Suisse doit autoriser les pratiques admises par le droit de la concurrence européen.

Par contre, elle ne doit pas reprendre le droit de la concurrence européen 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'État de droit et du libéralisme. La Suisse doit utiliser la marge de manœuvre à sa disposition pour développer ses propres solutions. L'eurocompétitivité prime sur l'eurocompatibilité.

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

---

# 3 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. L'économiesuisse 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'État 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 observation 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 Suisse<sup>83</sup>. 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:

---

<sup>83</sup> Cf. aussi le tableau synoptique des recommandations du Groupe d'évaluation Loi sur les cartels (annexe 4.3).

---

## Questions matérielles

### Les accords horizontaux

1. 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.

### Les accords verticaux

2. 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.

### L'abus de position dominante

3. 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.

### Le contrôle des fusions

4. 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 grevées à la fusion doivent être libellées avec souplesse et pouvoir être examinées séparément. L'introduction de valeurs seuil différenciées doit permettre d'exclure les fusions internationales qui ne concernent que marginalement le marché suisse du champ de l'obligation de notification.

## Procédures et sanctions

### La procédure de sanction prévue par le droit des cartels

5. 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 le principe de l'égalité des armes en procédant à une répartition plus stricte 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).

### La conformité

6. Les efforts consentis par les entreprises en matière de programmes de conformité et de procédures internes d'analyse des risques afin d'éviter les restrictions de la concurrence 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. Il convient d'envisager l'introduction d'un système qui sanctionnerait les collaborateurs qui participent intentionnellement à des accords cartellaires au mépris des programmes de conformité en relation avec l'introduction de la «compliance defence».

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

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

## **La sanction**

8. 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 (loi fédérale sur la procédure administrative). 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'illégalité 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.

## **La fixation de la sanction**

9. 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 tenir compte des dommages-intérêts, nécessairement prévisibles, à verser à des clients et concurrents et d'amendes qui seraient prononcées par d'autres juridictions dans la même affaire.

## **Institutions**

### **La Comco**

10. 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 titre principal, assisté de spécialistes et de représentants des principaux acteurs économiques (associations faitières de l'économie, syndicats et consommateurs) exerçant leur fonction à titre accessoire.

### **Le secrétariat**

11. Le secrétariat doit être plus strictement orienté sur sa mission d'enquête et d'accusation («modèle du ministère public»). Dans cette perspective, il doit bénéficier d'une identité propre et rester à l'écart des délibérations. Pour rédiger ses arrêts, la Commission doit disposer d'un lieu indépendant du secrétariat chargé de l'investigation.

---

**Les règles de politique de la concurrence**

12. 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.

**La nouvelle autorité de concurrence**

13. Il convient d'envisager la mise sur pied d'une autorité de concurrence (nouvelle) unique qui engloberait, non seulement la Comco, mais aussi 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**

**L'eurocompétitivité**

14. 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 de la concurrence européen 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'État de droit et du libéralisme. La Suisse doit utiliser la marge de manœuvre à sa disposition pour développer ses propres solutions.

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

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

### 4.1 Organisation

L'évaluation a été effectuée par economiesuisse (direction du projet) en collaboration avec sa Commission de la concurrence. Elle se fonde sur une enquête menée auprès des organisations membres d'economiesuisse. Les réponses à cette consultation ont été évaluées et ont grandement influencé le contenu technique de l'étude. Le Comité d'economiesuisse a arrêté l'orientation de l'étude et des recommandations le 30 novembre 2008.

**Responsable**

Thomas Pletscher, economiesuisse

**Collaboration**

Silvan Lipp, economiesuisse

Mario Senn, economiesuisse

**Version française**

Caroline de Buman, economiesuisse

Martina Penert, economiesuisse

**Remerciements**

economiesuisse assume l'entière responsabilité pour l'élaboration de l'étude et son contenu. Elle remercie toutes les personnes qui ont contribué à cette publication par leurs précieux conseils et leurs suggestions, sans lesquels la présente étude n'aurait pas vu le jour. Elle adresse des remerciements particuliers à la Commission de la concurrence d'economiesuisse.

### **Membres de la Commission de la concurrence:**

#### *Présidence*

Ulrich Jakob Looser                      Accenture SA

#### *Membres*

Luca Albertoni                              Camera di comm., dell'ind. & dell'artigianato  
del cantone di Ticino

Stefan Arnold                                F. Hoffmann-La Roche SA

Hanspeter Berchtold                      Swiss International Air Lines SA

Urs Brogli                                      Hirslanden

Daniel Lucien Bühler\*                    Schindler Management SA

Bernard Cloëtta                             Association suisse des cosmétiques et des détergents

Beat Hagmann                                hotelleriesuisse

Dagmar T. Jenni\*                            Swiss Retail Federation

Philip Kübler\*                                Swisscom SA

Christoph Leibenath                        Nestlé S.A.

Stefanie Luckert                            Vereinigung Schweizerischer Unternehmen in Deutschland

Urs Meier                                      Swissmem

Serge Oesch                                 Société Suisse des Entrepreneurs, Secrétariat Romand

Thomas Pletscher                            economiesuisse

Michael Plüss                                 Novartis Suisse

Clemens Roggen                            SGCI Chemie Pharma Schweiz

Patrick Schäfli                                VSIG Commerce Suisse

Patrick Sommer                            CMS von Erlach Henrici SA

Mate Soso-Bucher                            Association Suisse d'Assurances

Christian Stiefel                             SwissHoldings

Iris-Claude Turck\*                         Credit Suisse

Claudia Wild                                 Thales Suisse SA

Christoph Winzeler                         Association suisse des banquiers

\* Comité de rédaction de l'étude

## 4.2 Principes de politique de la concurrence d'économiesuisse

Cadre pour les travaux de la Commission de la concurrence<sup>84</sup>:

La concurrence est un des piliers d'une économie libérale. Une politique de la concurrence efficace doit chercher à maintenir et à optimiser la compétitivité internationale de notre pays et renforcer ainsi la place économique suisse. Cela suppose une politique économique extérieure visant à garantir le libre accès aux marchés étrangers, une politique active dans le domaine de la recherche et, de manière générale, un esprit d'émulation par rapport aux meilleurs modèles mondiaux dans les domaines politiques décisifs pour la place économique.

En matière de politique de la concurrence, economiesuisse se fonde sur les lignes directrices suivantes:

- 1 Une concurrence efficace constitue le fondement de l'économie de marché**  
L'économie de marché s'appuie sur une concurrence efficace. Celle-ci favorise l'innovation et le progrès technique, une offre étendue, un rapport prix-prestation plus compétitif pour les produits et services ainsi qu'un accroissement de la prospérité en général. Du point de vue macroéconomique, il faut privilégier des solutions concurrentielles, également lorsqu'elles impliquent des changements et des adaptations pour les entreprises concernées. La concurrence prévient les abus de position dominante. Toutefois, la puissance sur le marché n'est pas nécessairement le reflet d'un abus, elle peut être la conséquence d'une force d'innovation spéciale ou de l'excellence d'une prestation.
- 2 L'ouverture est une condition préalable à la croissance**  
Plus une économie s'ouvre vers l'extérieur, plus son potentiel de croissance est grand. Le protectionnisme, au contraire, diminue la concurrence entre les acteurs économiques et, par voie de conséquence, freine la croissance économique d'un pays. Pour une petite économie comme celle de la Suisse, l'ouverture vers l'extérieur revêt une importance particulière. L'élimination de barrières étatiques entravant l'accès au marché est essentielle. Les efforts multipliés dans le cadre de négociations multilatérales et bilatérales pour améliorer l'accès aux marchés mondiaux des produits, services et investissements directs revêtent dès lors une importance fondamentale. Si, sur la base d'une pesée générale des intérêts, le marché est ouvert unilatéralement, il faut veiller à ce que cela n'entraîne pas une discrimination des producteurs et prestataires de services actifs uniquement sur le marché helvétique. Ils doivent eux aussi bénéficier de l'élimination des barrières entravant l'accès au marché.
- 3 Eviter toute réglementation induisant des distorsions de concurrence**  
Les réglementations peuvent souvent provoquer des distorsions de concurrence – sans compter les coûts directs pour les entreprises engendrés par l'application des prescriptions. Les conséquences sur la concurrence de tout projet de loi et d'ordonnance doivent être établies et 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 l'intérêt public.
- 4 Se fonder sur la réalité plutôt que sur des modèles théoriques**  
Le droit de la concurrence doit s'appuyer sur les réalités économiques et non sur des modèles théoriques uniquement. Lors de l'élaboration et de l'interprétation du droit

<sup>84</sup> Les situations sont examinées au cas par cas en tenant compte des circonstances et des faits.

de la concurrence, il faut tenir compte de ce qui se fait au niveau international et éviter la mise en place d'une pratique plus restrictive en Suisse que dans des pays et régions comparables, notamment l'UE et les États-Unis.

#### **5 Des réglementations horizontales avant des directives sectorielles**

La politique de la concurrence doit s'appuyer 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.

#### **6 Prévisibilité et sécurité juridique: deux facteurs essentiels**

La prévisibilité et la sécurité juridique revêtent une grande importance pour tous les acteurs économiques. C'est principalement à la Comco d'agir. Elle doit prendre des décisions cohérentes sur les annonces faites par des entreprises, rédiger des communications qui reposent sur des faits et 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 des procédures en conséquence.

#### **7 Instaurer le secret professionnel pour les juristes d'entreprise en vue d'une mise en œuvre efficace du droit**

Les consultations menées au sein même de l'entreprise contribuent de manière décisive à la mise en œuvre efficace du droit de la concurrence. Les juristes d'entreprise, lors de consultations relatives à la concurrence à l'intérieur même de l'entreprise, doivent absolument bénéficier du secret professionnel.

#### **8 Protéger les droits de propriété, préserver la concurrence**

Le droit de la propriété intellectuelle encourage l'innovation. Ce droit est primordial pour un pays comme la Suisse qui ne dispose pas de ressources naturelles et dont l'économie est centrée sur les connaissances. Il faut veiller à bien protéger les droits de la propriété intellectuelle, à l'instar de ceux liés à la propriété matérielle. La loi sur les cartels ne s'applique pas aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. Par contre, le comportement d'une entreprise occupant une position dominante sur le marché peut tomber sous le coup de la loi sur les cartels si cette position dominante résulte de droits liés à la propriété intellectuelle.

#### **9 Appels d'offres publics: un instrument pour favoriser la concurrence**

Les appels d'offres publics sont un instrument efficace pour instaurer la concurrence. A cet effet, il convient de mettre en place des procédures rapides et proportionnées afin d'éviter un travail administratif excessif aux participants. Les recours, nécessaires, ne doivent pas menacer la réalisation des projets et la définition des critères ne doit pas être utilisée pour exclure des participants.

#### **10 La concurrence doit également s'exercer au niveau de la desserte de base**

Les règles de la concurrence doivent également s'appliquer à la desserte de base. Les éventuelles interventions étatiques ne doivent pas induire de distorsions de concurrence. Cela implique de publier les coûts de manière transparente, de soumettre les mandats de prestations à des appels d'offres et de différencier clairement les activités du service public des activités commerciales.

Le Comité directeur d'économiesuisse a adopté ces principes lors de sa séance du 22 octobre 2007.

### 4.3 Tableau synoptique des recommandations du Groupe d'évaluation Loi sur les cartels

Recommandations présentées par le Groupe d'évaluation de la Confédération le 5 décembre 2008	Position d'economiesuisse
1. Conserver le concept de la loi sur les cartels, pas de révision en profondeur des instruments introduits en 2003 (sanctions directes, régime de clémence et perquisitions)	<ul style="list-style-type: none"> <li>— La loi sur les cartels a fait ses preuves, elle déploie ses effets.</li> <li>— Pas de changement en ce qui concerne les sanctions directes pour les cartels durs, mais vérifications ponctuelles en cas d'abus de position dominante (art. 7)</li> </ul>
2. Veiller à l'indépendance des autorités en matière de concurrence par rapport aux milieux politiques et économiques; professionnaliser les décideurs; refondre la commission et le secrétariat dans une autorité à un seul niveau	<ul style="list-style-type: none"> <li>— L'autorité de concurrence doit être indépendante de l'influence de l'exécutif politique et de l'administration.</li> <li>— Mieux séparer l'enquête de la décision dans le sens d'un respect plus strict des principes de l'État de droit («modèle du ministère public»)</li> <li>— Autorité constituée d'un président exerçant à titre principal et de juges suppléants (spécialisés dans les sciences et l'économie), par analogie avec les tribunaux de commerce</li> <li>— Examiner la création d'une autorité de concurrence regroupant la Comco, les autorités de régulation sectorielles et la surveillance des prix</li> </ul>
3. Conclure un accord de coopération avec les autorités d'autres pays pour pouvoir échanger des informations confidentielles et créer une base légale	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Trois conditions sont posées à des échanges d'informations: la garantie de la protection juridique, celle des droits de défense dans les procédures et celle des critères habituels pour l'entraide administrative et judiciaire (double incrimination, principe de spécialité)</li> </ul>
4. Harmoniser le contrôle des concentrations suisse avec celui de l'UE: introduire le test SIEC et l'analyse des gains d'efficacité et adapter les critères d'intervention (abaisser les montants seuil)	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Simplifier le contrôle des fusions, en particulier en présence d'une relation prépondérante avec l'étranger</li> <li>— Faire preuve de modération en ce qui concerne le contrôle des fusions et éviter toute ingérence dans la gestion opérationnelle des entreprises</li> </ul>
5. En ce qui concerne les restrictions verticales, abandonner la présomption d'illicéité et conserver le système des sanctions directes en cas de restrictions territoriales et en matière de prix	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Examiner la suppression de l'interdiction per se</li> <li>— Le droit suisse ne doit pas être plus restrictif que le droit européen.</li> </ul>
6. Renforcer le droit des cartels sur le plan du droit civil et améliorer l'application du droit (administration de la preuve, qualité pour agir et dommages-intérêts)	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Prise en compte des dommages-intérêts prévisibles pour le calcul de la sanction</li> <li>— Pas de renversement du fardeau de la preuve</li> </ul>

<p>7. Améliorer l'application du droit administratif avec le renversement du fardeau de la preuve, les procédures collectives et l'applicabilité; rejeter l'introduction d'un droit pour les juristes d'entreprise de refuser de témoigner et de produire des documents («legal privilege») et prévoir l'abandon des sanctions en présence de programmes d'adhésion volontaire (programmes de conformité)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Prise en compte de la faute dans le calcul de la sanction</li> <li>— Réduction des sanctions quand le programme de conformité est approprié, dans la mesure où il n'y a pas de responsabilité directe de l'entreprise</li> <li>— Introduction d'un «legal privilege» pour les juristes d'entreprise pour renforcer les mesures de prévention internes («compliance defence»)</li> </ul>
<p>8. Confirmer la punissabilité directe des cartels durs indépendamment de la réfutation de la présomption d'illicéité (suppression de concurrence)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Soutenir le système des sanctions directes pour les cartels durs</li> </ul>
<p>9. En cas de procédure d'opposition (art. 49a, al. 3, let. a LCart), rétablir la possibilité de sanction directe à un stade ultérieur et raccourcir les délais</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Renforcer la procédure d'annonce</li> <li>— Raccourcir les délais</li> </ul>
<p>10. Introduire des sanctions administratives à l'encontre des personnes physiques</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Examiner l'introduction de sanctions à l'encontre de personnes physiques en lien avec celle de la «compliance defence»</li> </ul>
<p>11. Adapter la communication concernant l'appréciation des accords verticaux et rapprocher le droit suisse du droit européen</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Adapter la communication concernant l'appréciation des accords verticaux et rapprocher le droit suisse du droit européen</li> </ul>
<p>12. Améliorer le fonctionnement des autorités en matière de concurrence</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Il est essentiel que les autorités travaillent efficacement et dans le strict respect des principes de l'État de droit.</li> </ul>
<p>13. Elire un économiste indépendant à la présidence de la Comco pour renforcer sa compétence économique</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Renforcer la proportion d'économistes de la Comco et du secrétariat</li> </ul>
<p>14. Doter le secrétariat de la Comco de ressources financières et humaines supplémentaires</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Doter l'autorité compétente d'un secrétariat indépendant afin de garantir la séparation nécessaire entre l'enquête et la décision</li> <li>— Création d'une entité séparée de l'administration dotée de son propre budget</li> </ul>

#### 4.4 Liste des figures

Figure 1	La loi sur les cartels dans le cadre législatif régissant la concurrence
Figure 2	Evolution de la pratique des amendes en droit communautaire
Figure 3	Moyenne des amendes prononcées par entreprise et par année
Figure 4	Appréciation des concentrations d'entreprises

#### 4.5 Abréviations

al.	alinéa
art.	article
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CER	Commission de l'économie et des redevances
ch.	chiffre
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Comco	Commission de la concurrence
Comcom	Commission fédérale de la communication
consid.	considérant
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile suisse
Cst.	Constitution
DFE	Département fédéral de l'économie
DG Concurrence	Direction générale de la concurrence de la Commission européenne
DPC	Droit et politique de la concurrence; organe de publication des autorités suisses en matière de concurrence
EEE	Espace économique européen
ElCom	Commission fédérale de l'électricité
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
JO	Journal officiel de l'Union européenne
LApEl	Loi sur l'approvisionnement en électricité
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi contre la concurrence déloyale
LETC	Loi sur les entraves techniques au commerce
LMI	Loi sur le marché intérieur
LMP	Loi sur les marchés publics
LPA	Loi fédérale sur la procédure administrative
LSPr	Loi concernant la surveillance des prix
LTC	Loi sur les télécommunications
OCCE	Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OS LCart	Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (ordonnance sur les sanctions LCart)

PME	Petites et moyennes entreprises
PostReg	Autorité de régulation postale
REC	Règlement d'exemption par catégorie
RIC	Réseau international de la concurrence
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
TAF	Tribunal administratif fédéral (Commission de recours pour les questions de concurrence jusqu'au 31 décembre 2006)
test SIEC	Test «Significant Impediment to Effective Competition»
test SSNIP	Test «Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price»
TF	Tribunal fédéral
Traité CE	Traité instituant la Communauté européenne
UE	Union européenne

## 4.6 Bibliographie

- Amstutz M., Keller S., Reinert M., «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, in: Baurecht 3/2005, p. 114 ss.
- Amstutz M., Reinert M., Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?, in: sic! 7/8/2005, p. 537 ss. et in: sic! 9/2005, p. 631 ss.
- Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, avril 2007
- Baumol W.J., Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure. American Economic Review, 72 (1) 1982, pp. 1–15
- Bilger St., Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen; unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht, Fribourg 2002
- Buccirossi P., Ciari L., Duso T., Fridolfsson S., Spagnolo G. et Vitale C., Ex-post merger review of merger control decisions, décembre 2006
- Carlton D. W., Does Antitrust Need to be Modernized?, Journal of Economic Perspectives 21/3 2007, p. 164
- Comco, Auflagen zum Zusammenschluss Migros/Denner (extrait), 2007
- Comco, communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (communication PME), décision de la Commission de la concurrence du 19 décembre 2005
- Comco, communication sur l'appréciation des accords verticaux, décision de la Commission de la concurrence du 2 juillet 2007
- Commission des Communautés européennes, communication de la Commission: Orientation sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes. Bruxelles, 9 février 2009
- DG Concurrence, discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, public consultation, décembre 2005
- economiesuisse, réponse à la consultation concernant la révision totale de la loi sur les marchés publics, novembre 2008
- economiesuisse, principes de politique de la concurrence – cadre pour les travaux de la Commission de la concurrence, prise de position, Zurich, 2008
- Emch D., Saurer M., Wettbewerber in der Zwangsjacke von Art. 5 Abs. 4 KG. Gefahr kontraproduktiver Wirkungen der Wettbewerbspolitik bei vertikalen Abreden, in: sic! 5/2008, p. 335 ss.
- Evenett S.J. & Meier M., Competition Law and Europe's Open Borders: The Case of Motor Vehicle Distribution in Switzerland. Discussion Paper n° 2008-19, St-Gall 2008
- Freshfields Bruckhaus Deringer, European Commission priorities for action on dominant companies. Briefing, décembre 2008

- Frowein J., Peukert W., Europäische Menschenrechtskonvention EMRK – Kommentar, Kehl am Rhein 2/1996
- Groupe d'évaluation Loi sur les cartels, Synthèsebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Berne 2008
- Guyer, P., Marktdominanz. Grundbegriffe und Untersuchungsansatz. Mimeo, St-Gall 2006
- Hangartner Y., Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Stoffel W., Zäch R. (éditeur), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zurich, Bâle, Genève 2004, p. 275 ss.
- Hayek F.A., Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Freiburger Studien, Tübingen 1969, pp. 249–265
- Hirsbrunner M., Carte blanche für die Wettbewerbskommission? – Anmerkungen zu der vorgeschlagenen Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, in: SZW 2002, p. 91 ss.
- Hoffet F., Seckler D., Vom Anwaltsgeheimnis zum «Legal Privilege», in: SJZ 101/2005, p. 333 ss.
- Kobel P., Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif pénal, AJP 13 (2004), p. 1150 ss.
- Krauskopf P., Pirlot Pittet C., La nouvelle Loi sur les Cartels: un Vade-Mecum pour les Entreprises, in: sic! 3/2004, p. 242 ss.
- Lever J., Opinion, BDI Imprint n° 406, 12 novembre 2007
- Lüscher Ch., Marktbeherrschung nach der KG-Revision – Symbolakt oder auch (erweiterter) Ansatz der Effektivierung (relativen) Machtgleichgewichts zwischen Unternehmen?, in: Jusletter du 14 février 2005
- Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (LCart, loi sur les cartels) du 23 novembre 1994, in: FF 1995 I, pp. 472–645
- Message relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, in: FF 2002 I, pp. 1911–1944
- Motta M., Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge 2004
- Müller J.P., Rechtsgutachten vom 15. März 2007 betreffend Verfügung der schweizerischen Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 in Sachen Terminierung Mobilfunk (32-0158), 2007
- Nordlander K., The Commission's Policy on Recidivism: Legal Certainty for Repeat Offenders, in: The Competition Law Review, Vol. 2, Issue 1, août 2005
- OCDE, Le rôle de la politique de concurrence dans la réforme de la réglementation. La réforme de la réglementation en Suisse, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation, Paris 2006

Rhinow R., Gurovits A. A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) du 5 juillet 2001, in: RPW 2001/3

Saurer M., La politique de la concurrence en Suisse. Protection de l'institution ou de ses acteurs ? Avenir Suisse, document de réflexion 02/08, Zurich 2008

Schmidtchen D., Der «more economic approach» in der Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, 56, cahier 1 2006, pp. 6–16

Schwarze J., Bosch W., Bechtold R., Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft. Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008

Sommer P., Raemy A., Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrechts, in: sic! 10/2004, p. 758

Spitz Ph., Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in: sic! 7/8/2004, p. 561

Stoffel W., Vertikalabsprachen und Marktabschottung. Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission. Discours tenu lors de la Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung, le 22 janvier 2008 à Zurich et à la Geneva Conference «Economic Experts in Competition Law», le 1<sup>er</sup> février 2008

Waser A., Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zurich 2002

Zäch R., Schweizerisches Kartellrecht, Berne, 2<sup>e</sup> édition 2005



economiesuisse  
Fédération des entreprises suisses  
Carrefour de Rive 1  
Case postale 3684  
CH-1211 Genève 3

economiesuisse  
Verband der Schweizer Unternehmen  
Hegibachstrasse 47  
Postfach  
CH-8032 Zürich

economiesuisse  
Verband der Schweizer Unternehmen  
Spitalgasse 4  
Postfach  
CH-3001 Bern

economiesuisse  
Federazione delle imprese svizzere  
Corso Elvezia 16  
Casella postale 5563  
CH-6901 Lugano

economiesuisse  
Swiss Business Federation  
Avenue de Cortenbergh 168  
B-1000 Bruxelles

[www.economiesuisse.ch](http://www.economiesuisse.ch)