

Loi sur les cartels : le CF tient compte des exigences de l'économie

dossier politique

25 octobre 2010 Numéro 19

Révision de la loi sur les cartels. Accélérer les procédures et accroître l'indépendance des autorités compétentes dans le domaine du droit des cartels, tels sont les deux objectifs poursuivis par le Conseil fédéral avec la révision du droit des cartels. Le projet soumis en consultation prévoit entre autres une réorganisation complète des institutions. En effet, il aboutit à la séparation stricte de l'autorité d'enquête et de celle de décision. Dans cette optique, la réforme prévoit aussi la création d'un Tribunal fédéral de la concurrence qui œuvrera comme autorité de décision. Le secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) deviendra quant à lui une autorité d'accusation. La réorganisation des institutions vise à améliorer le respect des principes de l'État de droit de même qu'à accroître la qualité et la rapidité des décisions relevant du droit des cartels. Le Conseil fédéral propose encore des modifications en ce qui concerne les accords verticaux, le contrôle des fusions, la procédure d'opposition et la collaboration avec des autorités étrangères. La procédure de consultation se termine le 19 novembre 2010.

Position d'economiesuisse

- ▶ La sécurité juridique et des procédures respectant les principes de l'État de droit sont des facteurs clés pour une concurrence efficace. Dans son évaluation de la loi sur les cartels, economiesuisse a mis en avant l'importance de ces facteurs et présenté des recommandations. Le Conseil fédéral a tenu compte de ces remarques dans son projet de révision.
- ▶ La séparation stricte entre l'autorité chargée de l'investigation et celle chargée de la décision est importante. La restructuration des autorités compétentes en matière de droit des cartels proposée par le Conseil fédéral va dans le bon sens. economiesuisse soumettra des propositions concrètes lors de la consultation.
- ▶ Une modification de la loi est nécessaire pour améliorer le respect des principes de l'État de droit dans les procédures. Cependant, la loi actuelle donne déjà une marge de manœuvre pour renforcer l'État de droit et accélérer les procédures. Il convient d'exploiter immédiatement ces possibilités.

Évolution du droit de la concurrence

► Refonte de la loi sur les cartels dans le cadre de la révision totale de 1995

De la méthode dite du « solde » à une loi sur les cartels moderne

La loi suisse sur les cartels (LCart) a radicalement changé au cours des cinquante dernières années. Lors de sa création en 1962, le législateur était encore relativement loin d'une vision moderne de la concurrence. Une protection efficace de la concurrence n'était pas la priorité. La commission des cartels de l'époque s'attachait plutôt à évaluer les avantages et les inconvénients des cartels (méthode dite du « solde »). La révision totale de 1995 a marqué un tournant majeur vers une politique de la concurrence moderne : l'objectif défini alors est la protection d'une concurrence efficace. Sur le plan institutionnel, la compétence de décision du DFE a été transférée à la Commission de la concurrence. Sur le plan matériel, le droit de la concurrence helvétique a été réorganisé :

- Les accords interentreprises qui entravent sensiblement la concurrence et ne peuvent être justifiés par des raisons d'efficacité économique ainsi que ceux qui ont pour effet d'abolir une concurrence efficace sont illicites.
- Les comportements abusifs et non justifiés d'entreprises dominant le marché sont illicites.
- Les concentrations d'entreprises qui créent ou renforcent une position dominante sur le marché et susceptibles de mettre un terme à une concurrence efficace peuvent être interdites ou autorisées à certaines conditions.

► Des sanctions directes ont été introduites lors de la révision de la loi sur les cartels de 2003

La loi sur les cartels a été soumise à une révision partielle en 2003. La nouvelle loi est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004. Cette révision partielle a avant tout renforcé les instruments à la disposition de la Commission de la concurrence et de son secrétariat : l'introduction de sanctions directes a permis de punir les infractions graves au droit de la concurrence dès leur constatation et pas seulement en cas de réitération. Un programme de clémence a par ailleurs été introduit, lequel permet à la COMCO de renoncer complètement ou partiellement à sanctionner une entreprise qui participe à la mise au jour et à la suppression de restrictions de la concurrence. De plus, la nouvelle loi donne aux autorités compétentes en matière de concurrence la possibilité d'effectuer des perquisitions. Enfin, elle a introduit un autre instrument : la procédure d'opposition qui permet aux entreprises de soumettre à l'autorité compétente en matière de concurrence un projet susceptible de restreindre la concurrence afin que celle-ci examine sa conformité avec le droit des cartels.

► Examen de l'efficacité de la LCart cinq ans après sa révision : economie-suisse publie sa propre étude

Évaluation de la LCart de 2003 : des améliorations s'imposent du côté des institutions

Lors de la révision de la loi en 2003, le législateur a inséré un article relatif à son évaluation. Celui-ci oblige le Conseil fédéral à évaluer l'efficacité de la loi sur les cartels après cinq ans. Début 2009, le Groupe d'évaluation de la Confédération a publié ses recommandations concrètes dans son rapport de synthèse¹. economie-suisse a procédé à sa propre évaluation, en parallèle, et publié l'étude « Les entreprises et la concurrence »². Le groupe d'experts de la Confédération comme economie-suisse sont arrivés à la conclusion que le concept introduit en 1995 a fait ses preuves. Un potentiel d'amélioration a surtout été identifié pour les points suivants :

- **Institutions et procédures** : Les fonctions d'investigation et de décision doivent être mieux séparées l'une de l'autre afin d'améliorer la sécurité juridique et le respect des principes de l'État de droit dans les procédures.
- **Changements matériels** : En ce qui concerne les restrictions verticales, il faut renoncer à la présomption ancrée dans la loi selon laquelle la concurrence est supprimée. En revanche, il convient de maintenir l'application de sanctions directes en cas de prix de vente minimums ou fixes et de restrictions territoriales.
- **Fusions** : Le contrôle des fusions doit être maintenu dans l'intérêt de la sécurité juridique, mais il doit devenir plus concret grâce à une focalisation sur des risques manifestes d'abus de position dominante. Le groupe d'experts de la Confédération recommande d'harmoniser la procédure avec celle de l'UE.

Le groupe d'experts de la Confédération est aussi favorable à la conclusion d'un accord de coopération avec les principaux partenaires commerciaux de la Suisse afin de permettre des échanges formels d'informations confidentielles entre les autorités compétentes en matière de concurrence suisses et étrangères.

Révision de 2010 : réorganisation des institutions

Le Conseil fédéral propose des améliorations matérielles et une réorganisation des institutions

Le Conseil fédéral s'est fondé sur l'évaluation de la loi en vigueur pour élaborer son projet de révision. Il entend remédier aux défaillances de la loi constatées : son projet propose des améliorations matérielles et en ce qui concerne l'organisation institutionnelle. La procédure de consultation sur la révision partielle de la loi sur les cartels s'est ouverte le 30 juin 2010 et se termine le 19 novembre 2010³.

► Réaction à l'évaluation de la loi sur les cartels

¹ Cf. Groupe d'évaluation Loi sur les cartels, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Berne décembre 2008 (un résumé existe en français)

² economie-suisse, Les entreprises et la concurrence : évaluation de la loi sur les cartels, Zurich 2009

³ Cf. Projet de loi sous <http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=fr>

► Réorganisation complète des institutions : séparation de l'investigation et de la décision

► Séparation des institutions

Le Conseil fédéral prévoit une séparation stricte des fonctions d'investigation et de décision. Cette séparation garantira un meilleur respect des principes de l'État de droit pour ce qui concerne les décisions relevant du droit des cartels, ce qui est dans l'intérêt de la concurrence. Ce faisant, la révision satisfait une exigence importante de « L'évaluation de la loi sur les cartels » d'economiesuisse. Celle-ci reste importante même si le Tribunal administratif fédéral a récemment établi dans un arrêt que la procédure actuelle satisfait déjà la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Concrètement, le projet du Conseil fédéral propose de créer une autorité de la concurrence pour l'investigation et un Tribunal fédéral de la concurrence pour la décision. Les membres du Tribunal de la concurrence seraient nommés par le Parlement⁴. Le Conseil fédéral propose que la nouvelle autorité de décision reste fermée aux représentants d'associations. Au-delà des trois juges ordinaires, le projet prévoit la constitution d'un pool de juges suppléants jouissant d'une expérience en entreprise ou de connaissances économiques pour garantir le lien avec la pratique. Les associations sont invitées à faire des propositions.

► Une autorité de recours en moins

► Corrections au niveau des procédures

Afin d'améliorer les procédures, le Conseil fédéral propose entre autres de réduire le nombre d'instances de quatre à trois. Il prévoit par ailleurs de raccourcir le délai de la procédure d'opposition de cinq à deux mois. Il souhaite aussi créer les bases légales pour permettre une collaboration internationale des autorités compétentes en matière de concurrence.

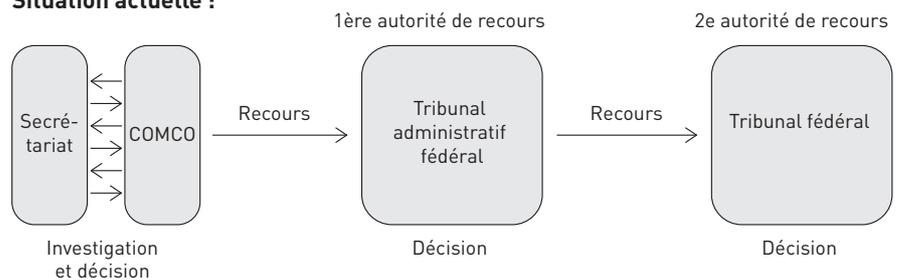
Graphique 1

► La révision de la loi sur les cartels vise à améliorer les procédures. Le Conseil fédéral propose de réduire le nombre d'instances de quatre à trois.

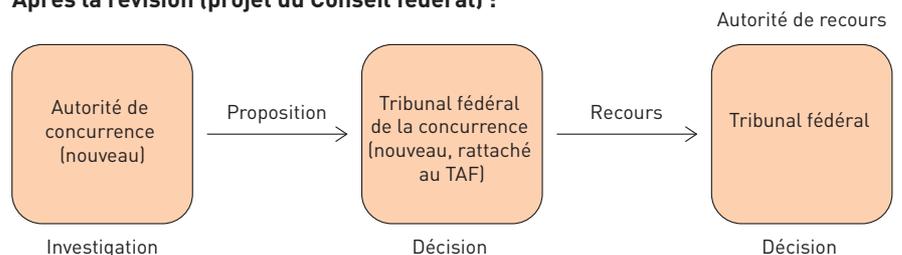
Réorganisation des institutions

Situation actuelle et proposition du Conseil fédéral

Situation actuelle :



Après la révision (projet du Conseil fédéral) :



Source : economiesuisse

⁴ Actuellement, les membres de la COMCO sont nommés par le Conseil fédéral.

- **Différenciation des accords verticaux**
- **Traitement des accords verticaux selon leur effet**
- Des améliorations sont également au programme pour le traitement des accords dits verticaux. L'article 5 alinéa 4 de la loi sur les cartels actuelle interdit pratiquement les accords. Les analyses au cas par cas proposées, d'une part, éviteraient le cloisonnement du marché et, d'autre part, permettraient aux entreprises de mettre en œuvre des accords de distribution judicieux sur le plan microéconomique. Le Conseil fédéral propose plusieurs possibilités.
- **Modernisation des fusions**
- Le projet de révision renforce et simplifie le contrôle des fusions : Afin d'éviter des concentrations problématiques, l'une des variantes proposées par le Conseil fédéral adapte les critères d'évaluation à ceux en vigueur au sein de l'UE. Le Conseil fédéral entend aussi alléger les formalités administratives dans le but de réduire les doublons lors de l'évaluation de fusions internationales.
- **Projet séparé sur la conformité et les sanctions à l'encontre des personnes physiques**
- **Allègements administratifs et durcissement des critères d'évaluation**
- **Le Conseil fédéral élabore un projet en matière de sanctions à l'encontre de personnes physiques**
- Au cours de la session d'automne 2010, le Conseil des États a soutenu une motion du conseiller aux États Rolf Schweizer (ZG) qui, dans l'optique d'une mise en œuvre efficace de la loi sur les cartels, vise à créer des incitations afin d'encourager les entreprises à mettre en œuvre des programmes de conformité. D'une part, ces programmes doivent être pris en considération pour justifier une réduction de peine. D'autre part, les cadres et collaborateurs qui auront sciemment et volontairement contrevenu aux programmes de conformité internes et contourné ainsi les lois de la concurrence, s'il s'agit de cartels dits durs, pourront être poursuivis pénalement à titre personnel. Economiesuisse soutient la demande relative à une prise en compte des programmes de conformité. Ainsi, la législation tiendra davantage compte du principe de la faute. Lesdits programmes visent à éviter les atteintes au droit et donc à mettre en œuvre le droit de la concurrence. Des mesures correspondantes peuvent et doivent être prises rapidement. L'introduction de sanctions pénales à titre personnel soulève, par contre, plusieurs questions centrales, comme celle des conséquences pour l'entreprise, sur les procédures et les instances ou celle de la précision perfectible des prescriptions en matière de concurrence. Lors de l'élaboration du projet, le Conseil fédéral devra examiner soigneusement ces aspects et leurs conséquences. La position d'Economiesuisse sur les sanctions à l'encontre de personnes physiques pourra seulement être arrêtée lorsque des propositions concrètes auront été formulées.
- Avis de l'économie sur la révision proposée**
- **L'économie salue la révision partielle de la loi sur les cartels**
- La commission de la concurrence d'Economiesuisse a établi une évaluation provisoire en se fondant sur les premières réactions de ses membres, qu'elle affinera sur la base des réponses définitives qu'elle recevra. Aux yeux de l'économie, une amélioration des institutions compétentes en matière de droit des cartels est urgente. Les mesures prévues comprennent la séparation de l'autorité d'investigation et de décision, l'accélération des procédures et l'implication de praticiens dans le futur Tribunal de la concurrence (pool de juges spécialisés). Les premières réactions recueillies dans le cadre de la consultation interne d'Economiesuisse sont pour l'essentiel positives.

► La séparation institutionnelle est juste et importante

► Une amélioration du respect des principes de l'État de droit s'impose

économiesuisse a déjà indiqué dans son évaluation que le respect des principes de l'État de droit au niveau des procédures joue un rôle central pour un droit de la concurrence efficace. La séparation stricte de l'autorité de concurrence, chargée de l'investigation, et du Tribunal indépendant, qui prend la décision, améliore sensiblement le respect des principes de l'État de droit dans les procédures. Le Conseil fédéral a repris cette proposition dans son projet de révision. La réorganisation des autorités compétentes en matière de droit des cartels qu'il propose va dans la bonne direction. L'indépendance du Tribunal de la concurrence revêt aussi une importance décisive. Il convient donc de saluer la proposition du Conseil fédéral relative à l'élection par le Parlement des membres du Tribunal de la concurrence. D'après les milieux économiques, le futur Tribunal de la concurrence doit compter des personnes du terrain parmi les juges spécialisés. Il est indispensable de bénéficier de leur expérience et de leurs connaissances économiques pour l'évaluation de cas concrets.

► La Suisse a un pas d'avance sur l'UE

Grâce aux propositions concrètes du Conseil fédéral, la Suisse est en avance par rapport à l'Union européenne. En effet, l'UE n'a pas encore tenu de débat approfondi sur l'amélioration des structures institutionnelles. Au sein de l'UE, les décisions en matière de concurrence sont actuellement prises par la Commission elle-même, dont l'indépendance politique n'est pas garantie.

► Procédures : des améliorations sont déjà possibles

► La réduction du nombre d'instances permettrait un gain de temps

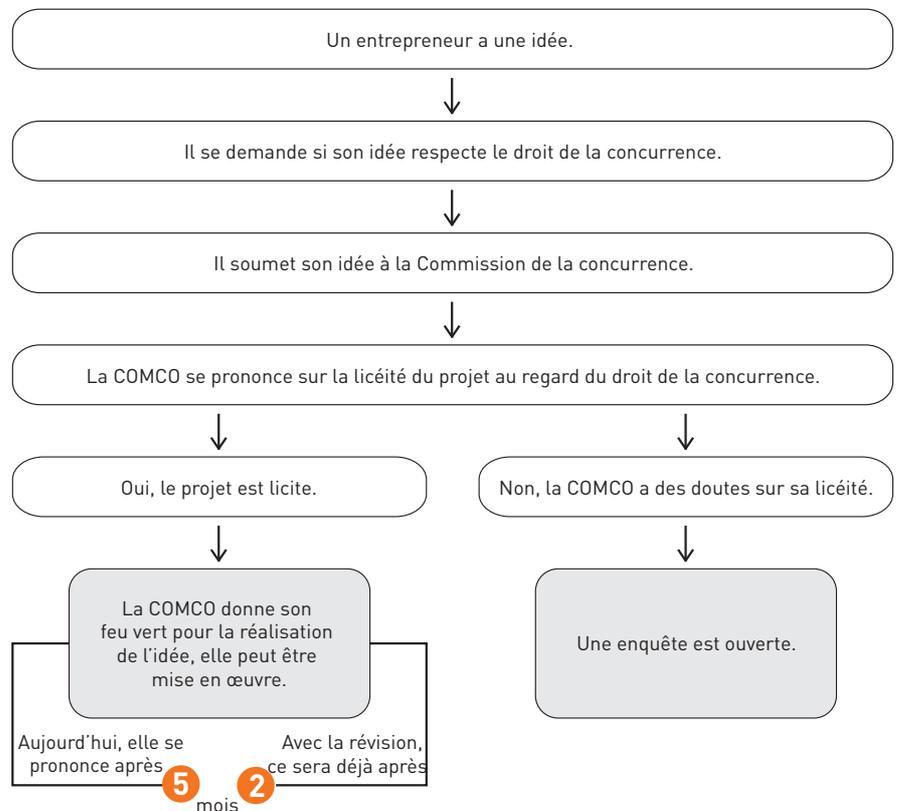
Il est urgent d'accélérer les procédures en matière de droit des cartels. La proposition du Conseil fédéral tient compte de cette exigence. Par analogie avec le système des tribunaux commerciaux, seul le Tribunal fédéral pourra désormais être saisi d'un recours. La suppression d'une instance (Tribunal administratif fédéral) fait gagner du temps aux personnes impliquées dans un procès. Il faut toutefois relever que la loi en vigueur offre déjà des possibilités d'améliorer les procédures. Ces dernières seraient plus courtes si les délais étaient prolongés seulement à titre exceptionnel et avec mesure.

► La procédure d'opposition doit être raccourcie

La procédure d'opposition, qui dure cinq mois, est beaucoup trop longue. Cette procédure permet aux entreprises de déterminer la conformité de certaines pratiques avec le droit des cartels avant leur mise en œuvre. Cette clarification constitue le contrepoids nécessaire aux sanctions directes. Le raccourcissement du délai proposé, à deux mois, va dans la bonne direction. Afin de supprimer également le risque d'investissement des entreprises, le projet devrait aller encore plus loin.

Graphique 2

► La révision raccourcit la procédure d'opposition de cinq à deux mois

Amélioration de la procédure d'opposition

Source : economiesuisse

► Les conditions préalables concrètes à une collaboration avec l'étranger

Comme condition à l'adoption de bases légales pour la collaboration avec l'étranger, economiesuisse demande la garantie de la protection juridique et des droits de la défense dans les procédures. Cela s'ajoute aux critères à habituels à satisfaire pour les procédures d'assistance administrative et d'entraide judiciaire (double incrimination, principe de spécialité). Cependant, afin de garantir les droits de protection et la réciprocité, la collaboration doit être garantie par un accord et ne doit pas être inscrite unilatéralement dans la loi suisse.

► Améliorations en ce qui concerne les accords verticaux

► Accords verticaux : économiquement, seule une évaluation au cas par cas doit être admise

Du point de vue économique, la réglementation légale actuelle relative aux accords verticaux doit être considérablement améliorée. Elle surestime la nuisance de tels accords et occulte leur possible effet procompétitif. economiesuisse plaide donc, avec la majorité de ses membres, pour une analyse au cas par cas rigoureuse. C'est la seule solution possible aux yeux des économistes. Il faut pour cela biffer l'article 5, alinéa 4 de la loi sur les cartels. Les autres dispositions de la loi permettent déjà d'agir en cas d'abus effectif et concret. La possibilité de prononcer des sanctions pour ces cas doit aussi être maintenue. C'est également ce que propose le Conseil fédéral dans la première variante.

► Le contrôle des fusions doit être exercé avec retenue

► Renforcement prévu du contrôle des concentrations

À l'heure actuelle, la majorité des cas examinés concernent des fusions internationales, qui ne touchent que marginalement le marché suisse, mais doivent être notifiées en vertu des valeurs seuil. Le projet de révision prévoit très justement de renoncer à ce double examen qui alourdit les procédures. En Suisse, il est actuellement possible d'interdire des fusions quand elles donnent naissance à une entreprise qui occupe une position dominante sur le marché ou qu'elles renforcent la position dominante d'une entreprise. Les analyses économiques modernes s'attachent davantage à mesurer la restriction de la concurrence (test SIEC) en donnant aux entreprises la possibilité de justifier leurs pratiques (gain d'efficacité, par exemple). Ces analyses prennent plus de temps que la procédure actuelle, mais elles induiraient un rapprochement de l'UE.

► La révision, une chance d'améliorer le respect des principes de l'État de droit

La sécurité juridique et des procédures respectant les principes de l'État de droit sont des facteurs clés pour une concurrence efficace. Dans son évaluation de la loi sur les cartels, *economiesuisse* a mis en avant l'importance de ces facteurs et présenté des recommandations concrètes. La séparation stricte entre l'autorité chargée de l'investigation et celle chargée de la décision est importante. La réorganisation des autorités compétentes en matière de droit des cartels proposée par le Conseil fédéral va dans la bonne direction.

► Des améliorations dans le cadre de la loi en vigueur

Une révision de loi comme celle qui est proposée prend du temps. Aussi est-il important de mettre en œuvre rapidement les améliorations qui sont déjà possibles avec la loi actuelle. Les instances d'investigation et de décision peuvent aujourd'hui déjà agir de manière largement indépendante : il s'agit de le communiquer plus clairement et de le mettre en pratique dans les procédures. Ainsi, il suffit de faire en sorte que le secrétariat, qui a déjà mené les investigations, ne rédige pas la décision de la COMCO. Une modification de la loi est nécessaire pour raccourcir la procédure en ce qui concerne les instances de recours. Cependant, une définition de priorités par la COMCO et les autorités de recours permettrait aussi de répondre aux attentes relatives à un raccourcissement des procédures. Ces dernières seraient aussi plus courtes si les délais étaient étendus seulement à titre exceptionnel et de manière restreinte.

Pour toutes questions :

thomas.pletscher@economiesuisse.ch

silvan.lipp@economiesuisse.ch

caroline.debuman@economiesuisse.ch