

Les entreprises et la concurrence : évaluation du droit des cartels

economiesuisse a effectué sa propre évaluation du droit des cartels de 2003, parallèlement aux travaux du Conseil fédéral. Son étude se fonde sur des consultations et des comptes rendus d'expériences faites par des entreprises suisses. Le présent dossier politique expose les résultats de cette étude.

Position d'economiesuisse

Le droit des cartels suisse montre ses effets. Les entreprises helvétiques ont consenti des efforts supplémentaires pour se tenir strictement aux normes du droit de la concurrence. L'étude montre aussi que certaines règles du droit de la concurrence sont source d'insécurité juridique et peuvent se traduire par des mesures imprévisibles. En cas d'incertitude, les entreprises deviennent frileuses, au détriment de la dynamique du marché. Ainsi, des modifications ponctuelles du droit des cartels matériel comme de son application sont nécessaires dans l'intérêt de la concurrence. De plus, il convient de respecter encore plus rigoureusement les droits procéduraux. Dans l'intérêt d'une politique de concurrence globale, il faut envisager la création d'une nouvelle autorité de concurrence intégrée.

16 mars 2009

Numéro 7

dossier politique

Evaluation de la loi sur les cartels

La concurrence, un pilier de l'économie de marché

1 La protection de la concurrence, une tâche de politique économique centrale
 L'économiesuisse s'engage pour une économie de marché ouverte. Un tel régime économique non seulement garantit aux sujets économiques une liberté d'action, de décision et d'innovation étendue, mais il produit aussi de meilleurs résultats en termes d'efficacité, de productivité, de prospérité et d'emplois que d'autres systèmes économiques. Toutefois, l'économie de marché déploie ses effets positifs à condition que la concurrence soit efficace. Protéger et promouvoir la concurrence est la tâche de la politique de concurrence. Il est possible d'intensifier la concurrence non seulement via le droit de la concurrence, mais surtout grâce à :

- une politique économique extérieure libérale basée sur le libre-échange,
- une politique du marché intérieur éliminant les barrières douanières,
- une politique d'ouverture à long terme dans le secteur des marchés d'infrastructures,
- un processus d'adjudication des marchés transparent et flexible, et
- une politique qui élimine les réglementations entravant la concurrence comme les prescriptions spéciales ou les réglementations sectorielles.

l'économiesuisse effectue sa propre évaluation

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 aux révisions du droit de la concurrence de 1995 et 2003 a poussé les entreprises suisses à examiner en détail le droit des cartels et à procéder aux ajustements requis par le nouveau cadre juridique. 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'économiesuisse a décidé de procéder à sa propre appréciation¹ de la situation afin d'intervenir de manière constructive dans le débat² sur le développement du droit de la concurrence dans notre pays et d'attirer l'attention des milieux intéressés sur la nécessité d'agir.

Développement de la loi sur les cartels

2 Evaluation de la loi sur les cartels

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 a porté ses fruits. La forte augmentation des dépenses liées au conseil juridique et à la conformité aux règles montre que les entreprises font de gros efforts pour respecter les dispositions du droit des cartels. Le système de sanctions introduit en 2003 a bel et bien déployé ses effets incitatifs sur l'économie privée. 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 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,

¹ Cf. *economiesuisse, Unternehmen im Wettbewerb. Evaluation des Kartellgesetzes, Zurich 2009* : http://www.economiesuisse.ch/web/de/PDF%20Download%20Files/studie_evaluation-kartell_20090316.pdf. La version française est en production et paraîtra prochainement.

² L'art. 59a LCart 2003 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 correspondant a été présenté par le groupe d'experts le 15 janvier 2009, cf. Groupe d'évaluation Loi sur les cartels, *Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Berne 2008*

les sanctions exigent un respect encore plus strict des règles de procédure et des impératifs de l'État de droit.

Eviter le « chilling effect » du droit de la concurrence

2.1 Exigences matérielles pour un droit de la concurrence moderne

Il est communément admis que la concurrence constitue le meilleur « processus de découverte ». La concurrence est dynamique, spontanée, pluridimensionnelle et souvent effective en présence d'un petit nombre de prestataires. Un droit de la concurrence moderne doit tenir compte de ces aspects. 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 se traduit par contre par une exploitation insuffisante des opportunités (« chilling effect of competition law »).

Définitions

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)

Les accords verticaux

Si les dispositions relatives aux accords horizontaux illicites (art. 5, al. 1-3 LCart) ont globalement fait leurs preuves, la réglementation relative aux accords verticaux (art. 5, al. 4) et la communication de la Comco y relative³ ne sont pas satisfaisantes à divers égards. Le Groupe d'évaluation de la Confédération l'a aussi constaté. La présomption de suppression de la concurrence ne peut être renversée par la seule preuve de l'existence d'une concurrence intermarque, mais seulement lorsqu'il y a également une concurrence intramarque ou des gains d'efficacité particuliers. Les effets pro-concurrentiels possibles des accords verticaux sont ignorés. Du point de vue de l'économie, cela revient à surestimer le caractère dommageable de ces accords⁴. Dans les textes à tout le moins, on constate une différence inquiétante avec le droit de l'Union européenne (UE)⁵, même si le président de la Comco affirme que les accords verticaux admis dans l'UE doivent également l'être en Suisse⁶.

Les accords verticaux revêtent une grande importance pour une distribution efficace. Il conviendrait dès lors de les analyser au cas par cas plutôt que de prononcer une interdiction per se. 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. Du point de vue des entreprises, le concept qui sous-tend la disposition du droit des cartels relative aux accords verticaux (art. 5 al. 4 LCart) est erroné. Avec sa communication, la Comco n'a pas amélioré, mais au contraire aggravé la situation.

Contrairement au droit des cartels européen et américain, en Suisse, les recommandations de prix font l'objet d'une « suspicion généralisée » en vertu du ch. 11 de la communication⁷. 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.

Risque d'insécurité juridique

³ Cf. Comco, communication concernant l'appréciation des accords verticaux, décision de la Comco du 2 juillet 2007

⁴ Cf. Saurer M., La politique de la concurrence en Suisse. Protection de l'institution ou de ses acteurs ? Document de discussion d'Avenir Suisse 02/08, Zurich 2008

⁵ Cf. ch. 6 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales

⁶ Stoffel W., Vertikalabsprachen und Marktabschottung. Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission. Discours tenu lors de la Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung du 22 janvier 2008 à Zurich, et à la Geneva Conference « Economic Experts in Competition Law » du 1^{er} février 2008

⁷ Cf. à ce sujet, ch. 225 des Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales, in : JO 2000 C 291/1

Recommandation	A la lumière des théories économiques les plus récentes, l'interdiction de fait de certains accords verticaux introduite à l'art. 5, al. 4, LCart dans la foulée de la révision de 2003 doit être remise en question et supprimée. La réglementation actuelle amène l'insécurité juridique et le risque d'interventions excessives. La communication concernant l'appréciation des accords verticaux doit elle aussi être remaniée, particulièrement en ce qui concerne les recommandations de prix. Il convient de renoncer à toute restriction dépassant le cadre du droit européen. Les sanctions directes portant sur les prix de vente minimums et fixes ainsi que sur les restrictions géographiques ne sont pas remises en question.
L'abus de position dominante est interdit	<p>Position dominante</p> <p>L'abus de position dominante, par exemple le fait d'imposer des conditions commerciales inéquitables, est illicite et peut faire l'objet d'une sanction directe. 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 ».</p>
Il est difficile de prévoir si un comportement est licite	Des entreprises peuvent atteindre rapidement des parts de marché élevées, par exemple en introduisant une nouvelle prestation sur un marché partiel. Une entreprise est souvent dans l'impossibilité de déterminer à l'avance 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. A cela s'ajoute qu'un rétrécissement des limites (géographiques ou matérielles) du marché peut changer radicalement la position d'une entreprise. Cette incertitude est étroitement liée au système de concurrence en tant que processus de découverte.
L'insécurité juridique ne doit pas porter préjudice aux concurrents	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. Cette remarque concerne la menace de sanctions colossales et non la possibilité d'une intervention des autorités en soi.
Si les acteurs du marché deviennent excessivement prudents, la dynamique de marché en pâtit	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. Cette situation freinerait la dynamique de marché et affaiblirait notre économie. La concurrence est le fait d'entreprises actives et non passives. Lors d'un nouvel examen du droit suisse des cartels, il s'agira par conséquent de considérer également cet aspect.

Recommandation

La charge de la preuve relative aux pratiques abusives d'entreprises en position dominante doit toujours incomber aux autorités. A cet égard, les exigences en matière de solidité de la preuve doivent être élevées. L'insécurité juridique actuelle doit systématiquement profiter à une entreprise accusée et contribuer à réduire la sanction.

Les entreprises devraient avoir la possibilité de notifier un projet à l'étude mais non encore mis en œuvre, avec à la clé une libération de la sanction. En cas de maintien de l'exigence selon laquelle une pratique doit avoir été mise en œuvre pour pouvoir être évaluée⁸, elles 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 des sanctions portant sur des pratiques définies à l'art. 7 LCart (abus de position dominante). Dans l'appréciation d'un cas concret, il convient de tenir dûment compte de l'impératif de la détermination (« Bestimmtheitsgebot »), de la prévisibilité insuffisante ainsi que des efforts concrets déployés par l'entreprise (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.

Il convient de simplifier le contrôle des fusions

Contrôle des fusions

Le droit suisse se montre plus exigeant que le droit européen à l'égard des fusions. La majorité des investigations menées en Suisse concernent des fusions internationales qui ne touchent que marginalement le marché suisse, mais doivent être notifiées en vertu des valeurs seuil. Juridiquement, à ce jour, aucune fusion n'a été valablement interdite en Suisse. Cela se justifie dans un petit pays dont l'économie est ouverte vers l'extérieur, car les entreprises sont avant tout confrontées à la concurrence internationale. Notamment dans le but d'accélérer le processus, les entreprises concernées ont dû parfois accepter des charges excessives supposant une ingérence dans la gestion opérationnelle. A cet égard, le contrôle des fusions dans sa forme actuelle soulève passablement de questions. Cependant, le renoncement au contrôle des fusions comporterait le risque d'interventions excessives pour abus de position dominante.

Recommandation

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

Réserves quant au respect des principes de l'État de droit en ce qui concerne la fixation des sanctions

Forte hausse des amendes prononcées

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.

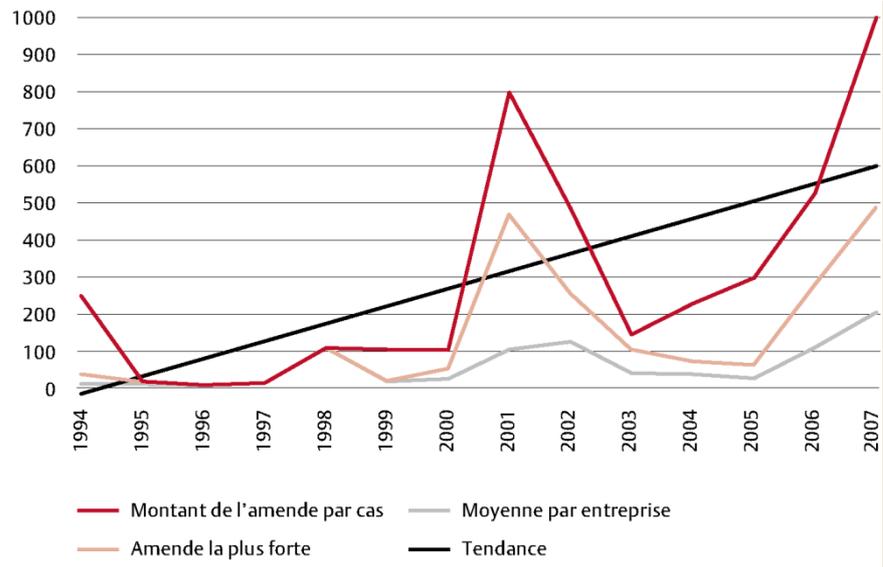
Dans l'UE, le montant total des amendes infligées a fortement augmenté ces dernières années⁹. La Comco semble suivre l'exemple de l'UE. Les moyens d'action ont été considérablement renforcés, grâce non seulement à des instruments d'enquête efficaces, mais aussi à la possibilité de libérer de l'amende 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.

⁸ 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.

⁹ Schwarze J., Bosch W., Bechtold R., Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft. Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008

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 l'on considère les amendes les plus élevées prononcées au cours des quatorze dernières années, il apparaît qu'elle inflige des sanctions de plus en plus élevées dans ce domaine.

Evolution des amendes infligées par la Commission européenne
En mio d'euros



Source : Schwarze et al. (2008)

Séparation des pouvoirs conformément à l'État de droit aussi dans la politique de concurrence

La séparation des pouvoirs est insuffisante

Du point de vue des entreprises, il est primordial que les procédures soient mises en œuvre dans le respect des principes de l'État de droit. 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 non seulement mène les enquêtes et prépare les décisions de la commission, mais participe aussi aux délibérations de celle-ci, contrairement aux parties incriminées. Cette situation n'est pas satisfaisante même si elle est comparable à celle prévalant dans l'UE. Le Tribunal administratif fédéral dispose certes du plein pouvoir d'examen, mais les expériences sont insuffisantes pour juger de l'efficacité de cette protection juridique. Dans l'UE, le tribunal de première instance exerce sa compétence d'examen avec beaucoup de retenue.

La Comco n'agit pas de manière indépendante

Il convient par ailleurs de préciser que ni la Comco ni la Commission européenne n'agissent de manière indépendante. Bien au contraire, puisqu'elles sont intégrées à l'administration et que les autorités politiques disposent d'une marge d'influence considérable¹⁰. 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. Le Tribunal administratif fédéral présente ainsi les conditions institutionnelles requises pour agir comme correctif¹¹.

¹⁰ 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

¹¹ 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 le plein pouvoir d'examen de jure 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

Création d'un droit procédural spécifique	L'adoption d'un droit procédural spécifique permettrait de mieux tenir compte des particularités du droit de la concurrence. Le cas échéant, il faudrait garantir un raccourcissement des procédures, très longues, sans renoncer à la protection découlant des principes de l'État de droit.
Recommandation	<p>La procédure de sanction relevant du droit des cartels doit mieux tenir compte des principes du droit d'être entendu, du droit de ne pas s'incriminer soi-même et de l'égalité des armes en établissant une répartition plus stricte des tâches entre les autorités d'enquête et de décision.</p> <p>Quant à l'indépendance de l'autorité de concurrence, elle doit être renforcée grâce à la séparation de celles-ci de l'administration et à la diminution de l'influence directe du pouvoir exécutif (par analogie à l'autorité de surveillance en matière de révision ou à l'autorité de surveillance des marchés financiers [FINMA] ; compétence en matière d'élection, budget autonome, pas d'instructions du département).</p>
Les programmes de conformité contribuent à la mise en œuvre du droit de la concurrence	<p>Prendre en compte les efforts de conformité des entreprises</p> <p>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, il n'est pas clair comment ces efforts consentis en Suisse ou en Europe peuvent conduire à la 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. Dans ce sens, l'économie soutient la motion déposée par le conseiller aux États Rolf Schweiger¹². Des sanctions ne doivent 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.</p>
Recommandation	<p>Il convient d'encourager les efforts des entreprises en matière de programmes de conformité et de procédures internes d'analyse des risques afin d'éviter les pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit notamment, en l'absence de responsabilité directe de l'entreprise et de mise en œuvre de mesures de conformité adéquates par celle-ci, de renoncer à toute sanction ou, du moins, de réduire les sanctions.</p> <p>La question des sanctions contre les collaborateurs qui, malgré des programmes de conformité, participent délibérément à des ententes cartellaires doit être examinée en relation avec l'introduction de la « compliance defence ».</p>
L'absence de secret professionnel est un inconvénient pour la Suisse	<p>« Legal Privilege » pour les juristes d'entreprise</p> <p>Les mesures de prévention mises en place au sein des entreprises 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 situation¹³. Les travaux en cours afin d'ancrer dans la loi un droit au secret professionnel pour les juristes d'entreprise à l'occasion de la procédure de consultation annoncée sur la loi sur les juristes d'entreprise sont pleinement soutenus par les entreprises.</p>
Le secret professionnel renforce le respect des règles de conformité	<p>La protection du secret professionnel pour les juristes d'entreprise est importante surtout 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 défauts</p>

faits pas en mesure de rendre un arrêt susceptible de réformer une décision. Cela vaut aussi pour la « Court of First Instance » de l'UE.

¹² Cf. motion 07.3856. Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace

¹³ Cf. motion 07.3281. Devoirs et droits des employés exerçant une activité de conseil juridique ou de représentation en justice. Assimilation aux avocats indépendants

lances possibles au sein de leur entreprise. Or ils ne recevront pas de telles informations s'il existe un réel danger que des autorités puissent exiger que celles-ci leur soient transmises.

Recommandation

Il faut ancrer dans la loi un droit général au secret professionnel pour les juristes d'entreprise.

Il convient d'optimiser les procédures

La sécurité juridique dans les procédures

Le législateur a introduit à l'art. 49a, al. 3 LCart une disposition qui a soulevé de nombreuses questions dans la pratique. A l'origine, c'est-à-dire dans le projet de modification de la loi sur les cartels, 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 sentir¹⁴. Le législateur entendait ainsi éviter qu'une entreprise doive assumer le risque d'une erreur d'appréciation de son comportement¹⁵. En effet, il avait été considéré discutable, du point de vue constitutionnel, 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 juridique¹⁶. 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 exécution¹⁷. 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.

Recommandation

Lorsqu'un projet est annoncé avant de déployer ses effets, une sanction ultérieure ne devrait plus être possible. Les entreprises devraient avoir la possibilité de soumettre au secrétariat un projet envisagé mais non encore mis en œuvre sans s'exposer à des sanctions. En cas de maintien de l'exigence selon laquelle une pratique doit avoir été mise en œuvre pour pouvoir être annoncée, l'entreprise devrait bénéficier de l'immunité de sanction jusqu'à la clôture 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.

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.

¹⁴ Cf. message relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, in : FF 2002 I, pp. 1911-1944

¹⁵ Cf. *ibid.*, p. 1927

¹⁶ 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

¹⁷ Cf. DPC 2008/2, p. 361 ss.

Les sanctions sont de nature pénale et doivent s'appuyer sur des bases légales claires

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. Etant donné 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) : Etant 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 des délits formels. 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.

Recommandation

Le calcul du montant de la sanction doit se fonder en priorité sur le principe de responsabilité. En l'absence de responsabilité directe, les entreprises qui ont mis en place un programme de conformité approprié doivent être libérées entièrement ou partiellement de toute sanction (« compliance defence »).

Par ailleurs, le calcul de la sanction doit impérativement 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.

Composition de la Comco

2.3 Institutions

Dans les rapports de l'OCDE¹⁸ sur la politique de la concurrence de la Suisse, certains milieux spécialisés, mais en partie aussi le président de la Comco, émettent quelques critiques à l'endroit de la dimension actuelle et de la composition de la Comco. 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

¹⁸ 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

<p>La science et la pratique sont complémentaires</p>	<p>du terrain correspond à la volonté politique claire et exprimée à maintes reprises du législateur¹⁹.</p> <p>La Commission de la concurrence est actuellement composée de douze membres élus par le Conseil fédéral. Ce groupe comprend sept professeurs. L'élection de quatre membres est proposée par les associations économiques et les syndicats, le Conseil fédéral étant libre de son choix. Un membre proposé par les organisations de consommateurs appartient à la Cour d'appel (Obergericht) de Zurich. 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. La contribution apportée aux décisions par les membres du terrain ne consiste pas en une représentation unilatérale d'intérêts. Il s'agit d'un apport de la pratique du terrain qui vient compléter la perspective dogmatique majoritaire 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.</p>
<p>Maintenir une autorité articulée en deux niveaux</p>	<p>Si le Groupe d'évaluation du Conseil fédéral propose la création d'une autorité intégrée, 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 ne soient guère ou insuffisamment pris en considération lors de l'enquête. 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 évitée.</p>
<p>La création d'un tribunal spécialisé dans le droit des cartels sur le modèle des tribunaux de commerce doit être envisagée</p>	<p>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 qu'ils exerceraient à titre principal. Des juges spécialisés exerçant leur fonction à titre accessoire apporteraient leurs connaissances de domaines spécialisés et des branches. Une telle autorité indépendante aurait logiquement besoin d'un certain appui administratif sous la forme d'un secrétariat.</p>
<p>Recommandation</p>	<p>Les membres de la Comco devraient poursuivre leur activité dans le cadre du système de milice. Les personnes dont les noms sont proposés par les groupes d'intérêts devraient pouvoir continuer à apporter leurs connaissances du terrain en tant que juges spécialisés. La compétence économique de la commission, de la présidence et du secrétariat, doit être renforcée.</p> <p>Il y a lieu de renforcer la séparation entre les fonctions d'enquête et de décision. La Commission doit pouvoir discuter et arrêter ses décisions indépendamment du secrétariat.</p> <p>Il convient d'étudier l'aménagement de la Comco en tant que tribunal des cartels, par analogie avec les tribunaux commerciaux : une présidence permanente assurée par des personnes exerçant cette fonction à titre principal et des juges spécialisés des milieux scientifiques et des représentants des principaux acteurs économiques (associations faïtières de l'économie, syndicats et consommateurs) exerçant leur fonction à titre accessoire.</p>
<p>Examiner l'introduction du « modèle du ministère public »</p>	<p>Fonction du secrétariat</p> <p>Le secrétariat assure le rôle d'autorité d'investigation. Il est donc judicieux de lui permettre d'ouvrir aussi des enquêtes sans consultation préalable de la Comco, autorité décisionnelle. Cette revalorisation devrait se manifester par la création d'une identité propre. Economiesuisse propose donc d'examiner l'introduction d'un modèle s'inspirant du modèle du « ministère public de la Confédération ». 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.</p>

¹⁹ 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

Recommandation	<p>Le secrétariat doit être plus strictement orienté sur sa mission d'enquête et d'accusation (« modèle de ministère public »), Dans cette perspective, il doit bénéficier d'une identité propre et rester à l'écart des délibérations.</p> <p>Pour rédiger ses arrêts, la commission doit disposer d'une autorité indépendante du secrétariat chargé de l'investigation.</p>
Création d'une nouvelle autorité en matière de concurrence	<p>Rapports avec les autorités sectorielles</p> <p>La politique de la concurrence doit appliquer les mêmes principes à toutes les entreprises. Des exceptions spécifiques à certaines branches doivent rester rares. Economiesuisse 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.</p>
Recommandation	<p>Les règles de politique de la concurrence doivent logiquement être fixées dans le droit des cartels, dans une approche harmonisée. Elles ne doivent pas faire l'objet de lois sectorielles supplémentaires. Il convient de renoncer autant que possible aux dérogations à la loi sur les cartels pour des branches spécifiques.</p> <p>Il y a lieu d'examiner si les autorités sectorielles et la surveillance des prix peuvent être regroupées avec la Comco en une seule (nouvelle) autorité de la concurrence. Une autre solution consisterait à séparer plus rigoureusement les compétences des autorités sectorielles et de 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.</p>
La Suisse doit utiliser la marge de manœuvre à sa disposition pour développer ses propres solutions	<p>2.4 Par rapport à l'Europe</p> <p>Le droit de la concurrence régit la concurrence internationale. Là où un comportement relevant 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 suisse²⁰. 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 son indépendance pour appliquer ses propres solutions – par exemple en matière de procédure ou d'évaluation des sanctions.</p>
Accord de coopération avec l'UE	<p>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 entre experts à ce sujet. Aujourd'hui déjà, les autorités de la concurrence entretiennent un dialogue professionnel intense. Une collaboration concrète avec échanges d'informations sur des cas particuliers n'est toutefois pas possible en raison de la situation juridique, 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 très 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). De plus, il s'agit d'observer les règles fondamentales de l'entraide administrative et juridique. L'économie attache aussi du prix au « principe de spécialité ». Enfin, la confidentialité et la protection juridique doivent demeurer garanties en tout temps.</p>

²⁰ Les entreprises doivent pouvoir faire valoir en Suisse également 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).

Recommandation

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

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

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.

Développer le droit des cartels dans l'intérêt de la concurrence

3 Conclusion

Les révisions du droit de la concurrence 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'économie suisse salue l'orientation choisie qui répond aux intérêts de l'économie de marché. 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 aussi que des modifications ponctuelles s'imposent. Les entreprises ont grand intérêt à ce que les mesures et procédures prévues par le droit de la concurrence soient plus effectives et offrent une sécurité juridique suffisante. 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 pouvoir participer directement à ces travaux.

Pour toute question :

thomas.pletscher@economiesuisse.ch
silvan.lipp@economiesuisse.ch