

Droit suisse des cartels à l'orée d'un changement radical

dossierpolitique

4 juin 2012

Numéro 12

Révision de la loi sur les cartels. Dans son message du 22 février 2012 concernant la révision de la loi sur les cartels, le Conseil fédéral propose un changement radical du droit de la concurrence : trois types d'accords horizontaux et deux verticaux seront interdits, à moins qu'ils ne soient justifiés par des motifs d'efficacité économique (ce qui revient à introduire une « interdiction partielle des cartels »). Dans le domaine institutionnel, le projet de loi prévoit la création d'une autorité de la concurrence ayant le statut d'établissement autonome et l'instauration d'un tribunal de la concurrence rattaché au Tribunal administratif fédéral. On passerait ainsi d'une procédure administrative à une procédure judiciaire. L'introduction d'une « compliance defence » et la prise en compte d'indemnités civiles lors de la fixation des sanctions constituent d'autres nouveautés majeures. economie-suisse est ouverte à une modernisation du droit des cartels, mais estime que le projet ne satisfait pas encore pleinement aux critères économiques ni aux exigences d'ordre pratique.

Position d'economiesuisse

- ▶ La révision doit viser des objectifs et des critères économiques, sans céder aux sirènes d'un populisme à courte vue.
- ▶ L'ordonnance relative aux possibilités de justification dans le cadre de l'interdiction partielle des cartels doit être rendue publique pour garantir une évaluation économique fiable.
- ▶ L'introduction d'une « compliance defence » encourage les entreprises à renforcer leurs efforts destinés à prévenir les violations du droit des cartels.
- ▶ En prévoyant une séparation plus nette entre enquêtes et décisions, la réforme des institutions répond à une exigence essentielle.
- ▶ Pour qu'une sanction puisse être prononcée, il incombe aux autorités, et non aux entreprises, d'apporter la preuve d'une infraction à la loi sur les cartels.

De la méthode dite du solde au droit de la concurrence moderne

► Depuis 1962, le droit suisse de la concurrence a considérablement changé et s'est rapproché des législations en vigueur dans d'autres États industrialisés.

Lors de la création, en 1962, de la loi sur les cartels (LCart), le législateur suisse était encore relativement loin d'une vision moderne de la concurrence. A l'époque, la commission des cartels s'attachait uniquement à évaluer les avantages et les inconvénients des cartels (méthode dite du solde).

Depuis lors, la loi a considérablement changé. Sa révision totale en 1995 et l'abandon de la « méthode du solde » a marqué un tournant majeur. L'objectif de la nouvelle loi était – et est toujours – de garantir une protection efficace de la concurrence. Sur le plan institutionnel, la compétence de décision du DFE a été transférée à la Commission de la concurrence. En 2003, les instruments à la disposition de celle-ci et de son secrétariat ont été renforcés : grâce à l'introduction de sanctions directes, il est devenu possible de punir les infractions graves au droit de la concurrence dès leur constatation et pas seulement en cas de réitération.

Besoin de révision dans trois domaines

► En 2009, le groupe d'évaluation a estimé que le concept avait fait ses preuves, mais a identifié un certain potentiel d'amélioration.

Lors de la révision partielle de la loi sur les cartels en 2003, le législateur a intégré une disposition relative à l'évaluation de l'efficacité de la loi. Début 2009, le groupe d'évaluation de la Confédération chargé de procéder à cet examen a publié ses recommandations concrètes dans son rapport de synthèse¹. En parallèle, economiesuisse a procédé à sa propre évaluation et publié ses résultats dans l'étude « Les entreprises et la concurrence »². Le groupe d'experts de la Confédération comme economiesuisse sont arrivés à la conclusion que le concept introduit en 1995 avait fait ses preuves. Un potentiel d'amélioration a toutefois été identifié sur les points suivants :

- **Institutions et procédures :** Afin d'améliorer la sécurité juridique et le respect des principes de l'État de droit dans les procédures, il convient de mieux séparer les fonctions d'investigation et celles de décision, tout en veillant à garantir l'indépendance de l'autorité de la concurrence.
- **Changements d'ordre matériel :** En ce qui concerne les restrictions verticales, il faut, dans le sens d'une évaluation au cas par cas pertinente, renoncer à la présomption ancrée dans la loi selon laquelle la concurrence est supprimée. En revanche, il convient de maintenir des sanctions en cas d'ententes illicites sur des prix minimums ou fixes et des restrictions territoriales.
- **Fusions :** Le contrôle des concentrations d'entreprises doit être maintenu dans l'intérêt de la sécurité juridique, mais il doit se limiter à une focalisation sur les risques manifestes d'abus de position dominante. Le groupe d'experts de la Confédération recommande d'harmoniser la procédure avec celle de l'UE, notamment en ce qui concerne les critères d'interdiction.

Le groupe d'experts de la Confédération s'est aussi déclaré 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.

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

² economiesuisse : Les entreprises et la concurrence. Évaluation de la loi sur les cartels, Zurich 2009 (disponible sur www.economiesuisse.ch).

Préparation de la révision en trois parties

► Première partie de la révision de la LCart : six mesures destinées à moderniser les institutions.

Réforme des institutions

Le Conseil fédéral s'est fondé sur l'évaluation de la loi en vigueur pour élaborer un premier projet de révision mis en consultation le 30 juin 2010. Celui-ci portait sur les six points suivants:

- Séparation des institutions ; réforme de l'autorité de la concurrence
- Amélioration de la procédure d'opposition
- Révision du traitement des accords verticaux
- Simplification du contrôle des fusions
- Amélioration de la collaboration avec les autorités de concurrence étrangères
- Renforcement de la procédure civile du droit des cartels

Grâce à ces mesures, le Conseil fédéral entendait mettre en œuvre les propositions d'améliorations matérielles et institutionnelles du groupe d'évaluation.

economiesuisse a évalué d'un œil critique et constructif les grandes lignes du projet et soumis d'autres propositions d'améliorations, dans le domaine des institutions en particulier.

► Deuxième partie de la révision de la LCart : prise en compte de programmes de conformité et introduction de sanctions à l'encontre des personnes physiques.

Réduction des sanctions en cas de programmes de conformité et introduction de sanctions à l'encontre des personnes physiques (motion Schweiger)

Indépendamment de la première révision partielle de la loi sur les cartels, le Parlement a adopté, fin 2010, la motion Schweiger. Celle-ci prévoit la prise en compte des programmes de conformité en tant que facteur de réduction de sanction (« compliance defence »). La motion demande aussi que les managers et les collaborateurs qui participent à des ententes horizontales en violation des instructions de leur entreprise puissent être poursuivis pénalement. Le Conseil fédéral a soutenu le premier volet de la motion, mais a refusé l'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques.

economiesuisse a salué l'instauration du concept de « compliance defence » qu'elle estime approprié pour renforcer la prévention. Par contre, elle a rejeté les deux variantes proposées pour l'introduction de sanctions à l'égard des personnes physiques, estimant qu'elles laissent trop de questions sans réponse.

► Troisième partie de la révision de la LCart : mesures visant une meilleure répercussion des gains de change.

Le droit des cartels comme instrument de lutte contre les effets du franc fort ?

Dans le sillage de la forte appréciation du franc, de nombreuses voix s'élèvent depuis le printemps 2011 pour exiger des mesures supplémentaires afin de garantir que les gains de change soient davantage répercutés sur les consommateurs suisses. Le Conseil fédéral y a donné suite en proposant, en contradiction avec la première consultation, une extension des présomptions d'illicéité de certaines ententes horizontales ou verticales.

economiesuisse s'est déclarée ouverte à l'examen d'une telle modification, pour autant que les présomptions soient économiquement justifiées et assorties de possibilités de justification appropriées. Elle a toutefois estimé que les effets du franc fort devaient être combattus par d'autres moyens, le but du droit des cartels n'étant pas de contrôler les prix, mais au contraire de garantir une concurrence efficace.

Projet actuel du Conseil fédéral

Les trois projets de consultation ont été regroupés en un seul projet de révision : le 22 février 2012, le Conseil fédéral a adopté et soumis à l'approbation des Chambres fédérales le message concernant la révision de la loi sur les cartels (LCart). Cette révision prévoit de donner une meilleure assise institutionnelle aux décisions des autorités de la concurrence et d'interdire les formes d'ententes cartellaires particulièrement nuisibles. En outre, les concentrations d'entreprises doivent pouvoir être interdites ou assorties de réserves ou de conditions si elles constituent une entrave considérable à la concurrence qui n'est pas compensée par des gains d'efficacité économique (aujourd'hui, l'accent est mis sur la position sur le marché). L'objectif visé par la révision de la LCart est d'accélérer et d'améliorer les procédures, ce qui permettra d'intensifier la concurrence en Suisse et de renforcer durablement la place économique.

► Les principales nouveautés proposées sont : une réforme des institutions, une interdiction de cinq types d'accords, un renforcement du volet civil du droit des cartels, un contrôle des concentrations d'entreprises moderne, l'instauration de la « compliance defence » et une amélioration de la procédure d'opposition.

Conformément à la décision du Conseil fédéral du 16 novembre 2011, qui portait sur la suite à donner aux trois procédures de consultation, le message propose six éléments de réforme :

- une réforme institutionnelle, avec la création d'une autorité de la concurrence en tant qu'établissement indépendant au sein de l'administration fédérale et la mise en place d'une nouvelle chambre du Tribunal administratif fédéral (jusqu'ici première instance d'appel) en tant que tribunal de la concurrence. Ainsi, d'une part, l'autorité de la concurrence resterait indépendante et, d'autre part, le tribunal de la concurrence serait l'autorité chargée des décisions de première instance en cas d'accords illicites et d'abus de position dominante au sens des articles 5 et 7 LCart, sur la base d'une proposition de l'autorité de la concurrence. Pour garantir un lien suffisant avec la pratique, il conviendra de nommer des juges disposant de compétences économiques, notamment en économie industrielle et du monde entrepreneurial ;
- une révision de l'article 5, alinéas 3 et 4 LCart prévoyant une interdiction partielle des cinq types d'accords déjà sujets à sanctions directes, assortie de possibilités pour les entreprises de les justifier. Les justifications possibles seront réglées par voie d'ordonnance ;
- un renforcement du volet civil du droit des cartels par l'extension de la qualité pour recourir aux ménages et aux pouvoirs publics en tant que clients finals et la suspension des délais de prescription pendant les enquêtes de l'autorité de la concurrence ;
- une modification des critères d'appréciation dans les cas de concentrations d'entreprises, par l'adoption du test SIEC (Significant Impediment to Efficient Competition [entraves significatives à la concurrence]), largement répandu dans l'UE, ainsi que par la simplification du contrôle des concentrations pour les entreprises actives au niveau international ;
- un règlement sur le plan légal qui permette une réduction de la sanction lorsqu'une entreprise peut prouver qu'elle a mis en place un programme efficace visant à lutter contre les infractions au droit des cartels (programme de conformité) ;
- une amélioration de la procédure d'opposition.

► Le Conseil fédéral s'oppose à l'introduction de sanctions à l'égard des personnes physiques.

Conformément à sa décision du 16 novembre 2011 de rejeter l'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, le Conseil fédéral a remis au Parlement, en même temps que le projet de révision de la LCart, son rapport concernant le classement de la motion Schweiger (07.3856) : « Droit des cartels. Équilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace ». Dans ce rapport, le Conseil fédéral propose de donner suite à la première exigence de la motion, à savoir la prise en compte des programmes de conformité en tant que facteur de réduction de sanction. Par contre, le Conseil fédéral reste opposé à la mise en œuvre de la seconde exigence, c'est-à-dire l'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques en cas d'infraction aux cartels, et demande au Parlement de classer la motion.

Importance d'une concurrence efficace pour la place économique suisse

► economiesuisse s'engage fermement en faveur de la concurrence et contre le cloisonnement de marchés.

L'application d'un droit de la concurrence efficace est indispensable à une politique économique crédible. Telle est la conclusion d'economiesuisse dans sa propre évaluation de la loi sur les cartels³ et des « Principes de la politique de concurrence » formulés dans ce document. economiesuisse s'engage résolument en faveur d'une concurrence efficace et contre les cloisonnements du marché. Elle s'oppose aussi fermement aux interventions de l'État qui faussent le jeu de la concurrence. Dans ce contexte, economiesuisse se déclare fondamentalement ouverte à une modernisation de la loi sur les cartels.

Le Conseil fédéral a tenu compte dans le cadre des trois procédures de consultation des principales revendications formulées par economiesuisse.

La séparation des compétences contribue à l'amélioration de l'État de droit et à l'évaluation des cas

► Il convient d'établir dans un rapport complémentaire les conséquences pour la pratique.

La séparation entre l'instance chargée de mener l'enquête et l'instance décisionnelle répond à l'exigence d'economiesuisse relative à une amélioration de l'État de droit. En effet, nul ne conteste que l'appréciation des cas est plus objective lorsqu'elle est confiée à une autorité décisionnelle indépendante. Etant donné le risque d'amendes élevées, le passage d'une procédure administrative à une procédure judiciaire est opportun, même au regard des surcoûts qui pourraient en découler. La mise en œuvre du projet ne répond toutefois pas à plusieurs questions importantes, d'où la nécessité d'un rapport complémentaire destiné à mettre en lumière et à analyser les conséquences de ces changements d'ordre pratique.

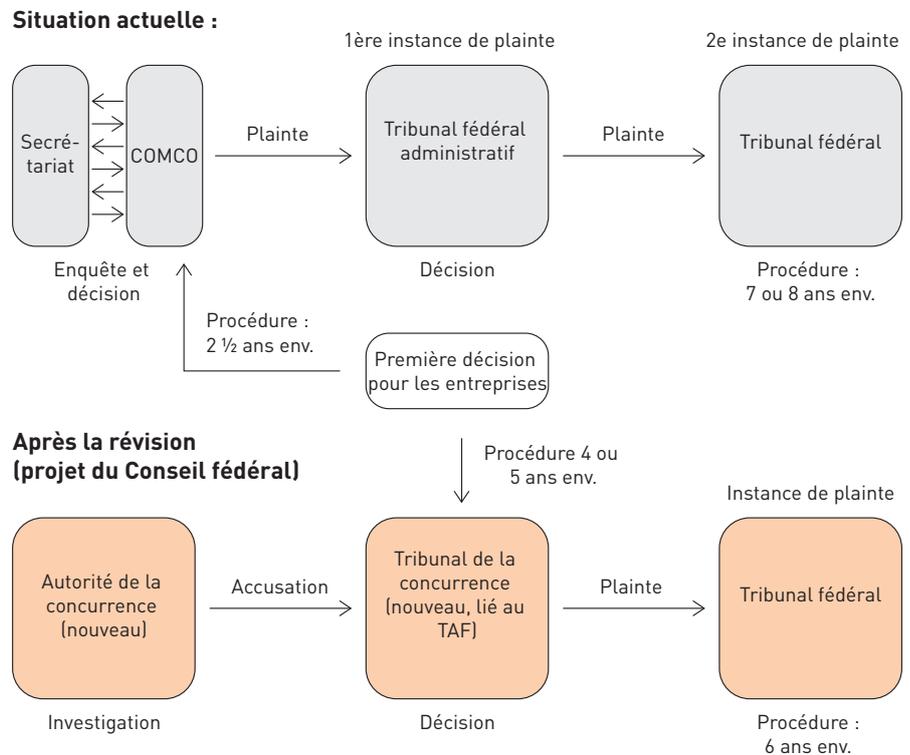
³ economiesuisse : Les entreprises et la concurrence. Évaluation de la loi sur les cartels, Zurich 2009 (disponible sur www.economiesuisse.ch).

Grafique 1

► La création d'un tribunal de la concurrence en tant que première instance permet de supprimer une instance de recours, d'où un raccourcissement de la durée totale de la procédure. Cependant, le délai estimé jusqu'à décision du tribunal de la concurrence doit être nettement raccourci par rapport à ce que prévoit le projet.

Réorganisation des institutions

Situation actuelle et proposition du Conseil fédéral



Source: economiesuisse

► C'est l'autorité de la concurrence qui décide dans quels cas une enquête doit être ouverte.

L'autorité de la concurrence joue un rôle clé. C'est elle qui décide dans quels cas une enquête est effectuée. S'agissant de concentrations d'entreprises, elle décide de facto même toute seule. En outre, elle intègre les préoccupations de la politique de la concurrence dans le débat. En cette qualité de « porte-parole de la concurrence », l'autorité de la concurrence lance les signaux. Il est donc nécessaire de la doter du statut d'établissement autonome. Son indépendance vis-à-vis non seulement des acteurs privés, mais aussi des instances publiques lors des enquêtes qu'elle mènera, s'en trouvera renforcée. De même, il est opportun que la surveillance de cette autorité renforcée soit exercée par un conseil de surveillance indépendant. Un conseil dont les tâches et les attributions ne doivent pas être sous-estimées, puisque c'est lui qui désignera les personnes responsables de l'autorité de la concurrence et fixera les priorités de celle-ci. Le conseil de surveillance sera donc en quelque sorte chargé de définir, dans les limites de la loi, les grands axes de la politique de la concurrence en Suisse, en évitant toutefois de s'immiscer dans les cas concrets.

Il importe dès lors que les milieux économiques et les partenaires sociaux soient représentés au sein du conseil de surveillance de l'autorité de la concurrence. S'il était composé uniquement d'acteurs issus de la justice et de l'administration, le conseil de surveillance se réduirait à un organe administratif et la détermination des priorités stratégiques relèverait de la compétence exclusive de la direction de l'autorité de surveillance. Il n'y aurait pas de contrôle effectif. C'est pourquoi le conseil devrait compter plus que les cinq membres prévus par le projet de loi. Par contre, il devrait siéger moins souvent que la Comco actuelle. Ce lien avec la pratique, imposé par la politique, devra être assuré par le Conseil fédéral dans son rôle d'autorité de nomination.

► Grâce au tribunal de la concurrence, on s'assure que les jugements de première instance seront rendus par un tribunal indépendant, ce qui permet de supprimer une instance.

L'institution d'un tribunal de la concurrence comme cour distincte rattachée au Tribunal administratif fédéral permet de s'assurer que les jugements de première instance seront rendus par un tribunal indépendant. Elle est aussi indispensable pour obtenir la suppression d'une instance⁴. Étant donné l'importance du lien avec la pratique et la charge de travail déjà considérable du Tribunal administratif fédéral, il est toutefois permis de douter de la pertinence de l'intégration complète de cette première instance audit tribunal. Il serait plus judicieux de mettre en place une instance efficiente et autonome dotée de juges à temps partiel jouissant de bonnes connaissances économiques (comme à l'époque lors de la création du Tribunal fédéral des brevets). Le tribunal de la concurrence serait une instance nouvellement créée, dont l'orientation diffère fondamentalement de celle du Tribunal administratif fédéral. Ce dernier est en effet une instance de recours, tandis que le tribunal de la concurrence serait appelé à rendre des jugements de première instance. On ne peut se contenter de doter la chambre actuelle⁵ de juges et de compétences supplémentaires. C'est pourquoi il importe que les membres du tribunal de la concurrence soient élus séparément et ne soient pas amenés à participer aux procédures devant d'autres cours du Tribunal administratif fédéral. En clair, le rattachement du tribunal de la concurrence au Tribunal administratif fédéral serait purement administratif. Si l'on entend garantir des procédures efficaces et rapides, il faut que les juges du tribunal de la concurrence puissent se consacrer entièrement aux cas relevant du droit de la concurrence et ne soient pas appelés à traiter d'autres questions de droit.

► Les juges doivent pouvoir se prévaloir d'une certaine expérience entrepreneuriale.

Les décisions en matière de concurrence ayant toujours une forte dimension économique, il est impératif que certains juges soient des gens du terrain bénéficiant d'une expérience entrepreneuriale et de connaissances d'économie industrielle. L'on garantirait ainsi que les membres de l'autorité de la concurrence, mais aussi les juges du tribunal de la concurrence, disposent des connaissances économiques requises. La nécessité de faire appel à des juges ayant des connaissances d'économie industrielle et une expérience entrepreneuriale découle aussi du fait que le nouveau tribunal de la concurrence ne statuera plus comme instance de recours, mais comme première instance et que ses constatations ne seront plus soumises à un libre pouvoir d'examen en cas de recours devant le Tribunal administratif fédéral. L'exercice par les juges du tribunal de la concurrence du pouvoir d'examen complet est pour cette raison indispensable. Il ne suffit pas d'accorder ce pouvoir au tribunal de la concurrence. Encore faut-il que les juges puissent effectivement l'exercer grâce à leur expérience et à leurs connaissances économiques en particulier⁶. C'est à cette condition qu'il sera possible de comprendre et d'interpréter correctement les enquêtes de l'autorité de la concurrence. Ces spécialistes ne devront pas être cantonnés dans un rôle de juges de « seconde classe », leur charge de travail sera donc substantielle.

⁴ Dans l'arrêt *Menarini Diagnostics / Italie* (arrêt CEDH 43509/08 du 27.09.2011), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une seule instance de recours avec pleine compétence d'examen suffit. Le changement n'est donc pas imposé par la CEDH, mais se fonde sur une opinion propre.

⁵ Au sujet de la composition du tribunal fédéral de la concurrence, le message précise ce qui suit (pp. 3642 et 3643) : « Cette instance [le tribunal fédéral de la concurrence] devrait se composer de juges traitant actuellement des questions relatives au droit des cartels au sein du Tribunal administratif fédéral (TAF) et d'experts indépendants (...) assurant le lien avec la vie économique quotidienne et la théorie économique en matière de concurrence. » Aux pages 3688 et 3689, le message ne fournit aucune autre information au sujet des juges traitant actuellement des questions relevant du droit des cartels au sein du TAF.

⁶ Tel est par exemple aussi le cas de la commission britannique de la concurrence, où des économistes peuvent exercer une influence déterminante sur les décisions et leur préparation. Ces économistes travaillent également à temps partiel et disposent d'une riche expérience du monde économique.

► La loi devrait fixer de manière contraignante une durée plus courte pour les procédures du droit de la concurrence.

L'allongement prévu de la procédure jusqu'à la décision de première instance (voir graphique) est inacceptable. Les procédures devant la Comco durent actuellement entre six et huit mois à compter de la fin de l'instruction. Or ce délai doit être raccourci plutôt que rallongé. Pour des raisons de sécurité juridique, la décision de première instance doit tomber dans les douze mois au maximum suivant la fin de l'instruction. Une durée plus longue devrait le cas échéant être explicitement mentionnée dans la décision et dûment motivée par le tribunal. Une durée courte contraignante est indispensable et devrait être ancrée dans la loi sous la forme d'une disposition d'ordre. Il apparaît donc clairement que l'indépendance tant personnelle qu'organisationnelle du tribunal de la concurrence vis-à-vis des procédures du Tribunal administratif fédéral est une nécessité absolue.

La durée excessive de la procédure dépend aussi du droit des procédures actuel. On a laissé passer ici la chance de simplifier, d'une manière globale, des procédures économiques complexes⁷. Plutôt que d'en rester à un assemblage de renvois aux procédures administratives et pénales, il convient à terme d'élaborer des règles spécifiques permettant de rendre des jugements en temps utile sans léser les droits des parties. Il serait judicieux de le faire dans le cadre d'une loi procédurale, ce qui permettrait de tenir compte de manière appropriée du caractère spécifique des « procédures en matière de sanctions dans le domaine des cartels » et de définir et de garantir les droits correspondants en matière de défense.

L'adoption d'une interdiction partielle des cartels doit se justifier d'un point de vue économique

► L'interdiction partielle des cartels apporte des simplifications et rapproche les règles suisses de celles de l'UE, du moins à première vue.

Le changement matériel le plus important est l'adoption d'une interdiction partielle des cartels avec possibilité de justification. Ce changement apporte une simplification et – à première vue – rapproche les règles suisses de celles de l'Union européenne (UE), à condition que chaque cas soit comme par le passé examiné à la lumière des circonstances concrètes et non pas de façon schématique. D'un autre côté, l'interdiction partielle des cartels est incompatible avec une approche libérale. Tout est interdit dans un premier temps, puis à nouveau autorisé de façon sélective par le biais d'une ordonnance (seulement annoncée). Une interdiction partielle des cartels contredit aussi dans une certaine mesure le principe de l'abus de position dominante fixé par l'article constitutionnel, même si le Tribunal fédéral et le message relatif à la nouvelle ordonnance estiment que certaines interdictions sont admissibles. A l'origine, le débat portait cependant explicitement sur des accords horizontaux et non pas sur des ententes verticales.

⁷

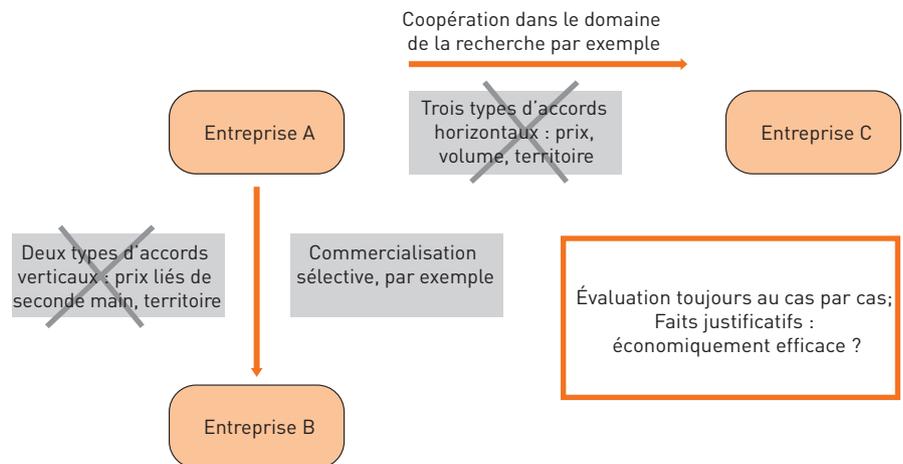
Ce problème existe aussi dans d'autres domaines, par exemple dans la législation sur le blanchiment d'argent et celle sur les marchés financiers. Des articles parus récemment dans la presse en témoignent.

Grafique 2

► L'interdiction partielle des cartels ne concerne finalement que les types d'ententes énumérés, mais à raison pas la vente sélective. L'examen de chaque cas au regard des motifs de justification est un élément central de l'interdiction partielle des cartels.

Principale nouveauté: l'interdiction partielle des cartels

L'interdiction partielle des cartels exclut cinq types d'ententes



Source: economiesuisse

Si le caractère dommageable des cartels est largement reconnu par l'économie en ce qui concerne les accords horizontaux, il est très contesté pour les ententes verticales⁸. Le message ne fournit pas de justification économique transparente de la nouvelle méthode. Le Parlement doit demander un rapport supplémentaire à ce sujet. La relation avec la répercussion des gains de change mise en évidence dans le message n'a pas une dimension économique, mais plutôt politique.

► Ce qui est autorisé dans l'UE doit rester possible en Suisse, mais la Suisse peut être plus libérale dans des cas justifiés.

Le rapprochement vers le droit de l'UE afin d'éviter de désavantager les entreprises ayant leur siège en Suisse et le fait de se baser sur le critère de l'efficacité économique à titre de justification méritent d'être salués. Ce qui est autorisé dans l'UE doit également être admis en Suisse, mais le droit suisse peut être plus libéral que le droit de l'UE. En l'absence de contrainte, il n'est pas nécessaire d'interdire en Suisse tout ce qui est prohibé dans l'UE.

On ne voit pas encore clairement comment l'efficacité économique devra être démontrée et sur la base de quels critères elle devra être appréciée. Régler ces aspects par le biais d'une ordonnance ne semble pas très heureux, car l'efficacité économique ou le manque d'efficacité constitue la typicité du fait justifiant l'interdiction des cartels. Les possibilités de justification et les obstacles à l'efficacité doivent être décrits avec précision selon le principe de la certitude juridique. En vertu du principe de la légalité, une telle description devrait déjà être esquissée au niveau légal, et non pas seulement dans une ordonnance, car les abus sont passibles de sanctions. C'est pourquoi les critères de l'efficacité économique doivent être définis avec précision dans la révision de la loi sur les cartels afin de satisfaire au principe de la sécurité juridique.

⁸ Mais même des accords horizontaux durs, comme la mise sur pied d'une coopérative d'achat afin de faire contrepoids aux acteurs économiques puissants ou des ententes (limitées dans le temps) sur les prix afin de garantir les investissements nécessaires pour la construction d'infrastructures (par exemple fabrication de fibres de verre) peuvent tout à fait se justifier d'un point de vue économique.

Une procédure dans le cadre de laquelle on commence par discuter de l'adoption d'une interdiction partielle des cartels, avant de se pencher dans une deuxième étape seulement sur l'efficacité économique justifiant un certain comportement n'est pas suffisamment mûrie. Les répercussions du projet de loi ne pourront être évaluées que lorsque l'ordonnance aura été édictée. C'est pourquoi ce texte devra être disponible – au moins sous la forme de projet – lors des débats parlementaires.

► Les motifs de justification doivent laisser suffisamment de marge de manœuvre entrepreneuriale.

Si l'on s'en tient à l'interdiction (partielle) des cartels, mais que l'on veuille néanmoins disposer d'une réglementation moderne en matière de concurrence, les justifications possibles devront impérativement laisser une marge de manœuvre entrepreneuriale suffisante aux acteurs du marché. Ce sera le seul moyen de prévenir un interventionnisme dommageable. Il ne sera possible d'en juger en connaissance de cause qu'une fois l'ordonnance édictée. Si les justifications possibles devaient s'inspirer, à juste titre, de celles admises par l'UE, le changement de système n'aurait que des effets mineurs, car les dernières décisions de la Comco tiennent déjà compte de la réglementation européenne. Ces décisions ne sont pas encore entrées en vigueur, mais la sécurité juridique visée – notamment en relation avec les accords cartellaires internationaux – serait plus rapidement instaurée par leur prompt confirmation que par le changement de système envisagé.

Le rapprochement prévu avec le droit européen de la concurrence soulève d'autres questions. On ne sait pas avec certitude si la pratique de la commission de l'UE consistant à analyser chaque cas isolément et la jurisprudence des tribunaux de l'UE pourraient servir de base pour interpréter les éléments constitutifs de l'interdiction partielle des cartels selon la devise « ce qui est autorisé dans l'UE n'est pas interdit en Suisse ». Dans ce cas, on ne sait pas non plus clairement si les règlements d'exemption par catégorie de l'UE – et en particulier les ententes verticales sur les prix – peuvent être citées à titre de justification ou de frein à l'efficacité économique. L'UE prévoit également une interdiction des ententes qui tombe sous le coup de l'art. 101 al. 1 TFUE et ne peut être levée en vertu de l'art. 101 al. 3 TFUE ou d'une exemption par catégorie. La question de la sécurité juridique en cas d'auto-appréciation n'est pas non plus résolue dans l'UE. Cependant, les règlements d'exemption par catégorie offrent du moins une certaine « sphère de sécurité ». En Suisse, de telles « sphères de sécurité » et des exemples concrets font (encore) défaut.

► L'inversion du fardeau de la preuve au détriment des entreprises est contraire au principe « in dubio pro reo » et conduit à des interventions excessives.

L'inversion du fardeau de la preuve n'est pas acceptable, malgré les modifications, mineures, apportées au projet. Dans l'avant-projet, le Conseil fédéral demandait encore que les entreprises justifient leurs décisions par des faits. Or, il n'est guère possible d'apporter de telles preuves et cette pratique aurait d'ailleurs été en totale contradiction avec la présomption d'innocence qui va de soi dans un État de droit : en effet, l'entreprise aurait dû démontrer les répercussions de ses agissements sur l'économie à la place des autorités, alors qu'elle n'a justement pas le droit de collecter de données sur ses concurrents. Dans la pratique, cela conduit à une asymétrie des informations nuisibles pour les entreprises. Le tir a quelque peu été rectifié dans le message. Cependant, on ignore toujours ce qui se passerait si aucune preuve ne pouvait être apportée. Il n'est pas admissible, qu'en cas de doute, des décisions soient prises à l'encontre des entreprises et que des sanctions administratives dont les montants peuvent atteindre plusieurs millions de francs soient prononcées à leur égard.

Ce serait très discutable du point de vue des principes de l'État de droit et créerait l'insécurité. Cette incertitude juridique pourrait pousser les entreprises à renoncer à des ententes économiques utiles et à des comportements justifiés. Aussi l'économie demande-t-elle que le principe de la présomption d'innocence (« in dubio pro reo ») soit maintenu sans restriction, également dans le droit des cartels, d'autant que la Cour européenne de justice a dans l'intervalle confirmé que les sanctions pénales de la loi sur les cartels sont régies par la loi sur le droit pénal administratif. Il n'est pas envisageable de contourner des principes de droit dans le seul but de faciliter la tâche aux autorités. Même avec une interdiction partielle des cartels, une analyse au cas par cas est en fin de compte nécessaire. Seul le lancement d'une enquête a été simplifié. En cas de doute, il faudrait au moins renoncer à la sanction.

Il serait dangereux de s'écarter des normes internationales en la matière dans une intention populiste. Ce serait par exemple le cas si des engagements de livraison difficiles à remplir étaient assortis de prix imposés depuis la Suisse, comme la motion Birrer-Heimo le demande. Le Conseil fédéral a refusé à raison de s'engager sur cette fausse piste.

L'obligation de contracter prévue par la motion Birrer-Heimo ne va pas dans le bon sens

Dans le cadre des discussions sur les mesures destinées à lutter contre le raffermissement excessif du franc, le Conseil national a pris connaissance de la motion déposée par la conseillère nationale Prisca Birrer-Heimo (PS)⁹ qui veut introduire une obligation d'approvisionner les entreprises ou les consommateurs en Suisse aux prix et conditions applicables à l'étranger. Une telle « lex Nivea » est sensée corriger la situation actuelle, selon laquelle les consommateurs suisses sont obligés d'effectuer leurs achats auprès d'un importateur ou d'une filiale en Suisse et donc de payer des prix plus élevés que les acheteurs étrangers. Les entreprises doivent cependant conserver la possibilité de pratiquer des prix différenciés. Le Conseil fédéral rejette la motion et le Conseil national débattrait du projet dans le cadre de la révision du droit des cartels.

Cette motion politiquement séduisante donne l'impression qu'il serait possible d'arriver à une « égalité des droits » qui se traduirait par une baisse des prix en Suisse. Elle est pourtant boiteuse et induit en erreur : la modification exigée ferait peser sur le monde entier une obligation de contracter relevant du dirigisme économique (la motion ne prévoit pas de restriction aux pays voisins d'Europe), même si la possibilité de continuer à différencier les prix reste prévue. Il s'agirait d'une atteinte à la liberté économique et d'un fait unique dans la politique de la concurrence¹⁰.

⁹ Texte de la motion : Le Conseil fédéral est chargé de compléter la loi sur les cartels par un article visant à lutter contre les différences de prix abusives. Cet article posera le principe selon lequel les entreprises qui vendent leurs produits de marque à l'étranger à des prix inférieurs aux prix pratiqués en Suisse agissent de façon illicite si elles refusent d'approvisionner les entreprises ou les consommateurs en Suisse par l'intermédiaire des centres de distribution situés à l'étranger aux prix et conditions applicables à l'étranger, ou si elles prennent des mesures pour empêcher que des tiers ne puissent fournir des produits en Suisse aux clients qui en font la demande.

¹⁰ La Commission européenne mentionne expressément dans ses directives que : Pour fixer ses priorités en matière d'application, la Commission part du principe que, d'une manière générale, une entreprise, qu'elle soit ou non dominante, devrait avoir le droit de choisir ses partenaires commerciaux et de disposer librement de ses biens. La Commission considère par conséquent qu'une intervention fondée sur le droit de la concurrence doit être soigneusement pesée lorsque l'application de l'article 82 risque de déboucher sur l'imposition d'une obligation de fourniture à l'entreprise dominante. (Communication de l'UE concernant les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes; 2009/C 45/02).

Les obligations de livrer ne répondent aux exigences du droit de la concurrence – et donc au droit des cartels en vigueur (art. 7) – qu'en relation avec le comportement abusif d'entreprises dominant le marché, mais pas sur l'ensemble du territoire. Cette proposition n'est pas réaliste, car elle obligerait les autorités suisses à déterminer « les prix et conditions valables à l'étranger ». Les autres pays s'opposeraient à de tels agissements de la part des fonctionnaires suisses, comme la Suisse le fait aussi dans le cas inverse. En outre, les producteurs suisses seraient également pénalisés, alors qu'ils doivent justement différencier leurs prix en fonction des conditions locales lorsqu'ils s'implantent sur de nouveaux marchés. Une intervention « sans que la preuve d'une entente ou d'une domination du marché soit fournie » comme la motion le demande, tout en soulignant la difficulté d'apporter une telle preuve, conduirait de fait à une restriction de la liberté entrepreneuriale par l'État et porterait donc atteinte à l'économie de marché.

D'un point de vue économique, il ne faut pas perdre de vue que les prix sont fonction de l'offre et de la demande. Le jeu de l'offre et de la demande doit pouvoir jouer efficacement. Les entraves résultant d'ententes verticales sur les prix et de cloisonnements territoriaux doivent être contrées. Les dispositions actuelles de la loi sur les cartels permettent déjà d'intervenir en cas d'ententes portant sur les prix ou de cloisonnements territoriaux. Ces instruments ont été encore renforcés avec les modifications proposées de l'art. 5 (interdiction partielle des cartels). Selon l'art. 4 LCart, une entreprise domine le marché si elle adopte un comportement significativement indépendant par rapport aux autres participants au marché. Cela est également le cas lorsqu'une seule entreprise est en mesure d'imposer unilatéralement ses conditions à ses partenaires commerciaux et qu'il n'existe pas d'alternative. Au besoin, une précision analogue aux dispositions en vigueur dans l'UE devrait être apportée ici. Une telle voie est plus compatible avec les principes économiques que l'option de faire cavalier seul sur le plan législatif. Le Conseil fédéral est parvenu à la même conclusion lorsqu'il a justifié le rejet de la motion.

Les programmes de conformité vont dans le bon sens

► Les programmes de conformité répondent au principe de la responsabilité et encouragent les mesures destinées à prévenir toute violation du droit des cartels.

L'introduction d'un programme de conformité dans la loi sur les cartels va dans le bon sens et peut servir d'exemple pour d'autres ordonnances juridiques. Actuellement, les efforts de conformité dans le droit européen des cartels sont réputés – à tort – avoir un effet durcissant (sur la responsabilité de la société-mère d'un groupe). Mis à part des mesures répressives et correctives, des éléments préventifs sont nécessaires pour que le droit de la concurrence puisse être appliqué efficacement. Pour déployer leurs effets, les mesures préventives doivent reposer sur le principe de la responsabilité, car seule la responsabilité peut influencer de façon adéquate le comportement futur. Dans les entreprises, l'accent doit être mis sur la responsabilité de l'organisation. Aussi faut-il accorder une grande attention aux mesures préventives engagées par les entreprises. Une trop forte accentuation des éléments purement répressifs conduit à des interventions excessives et à des comportements trop prudents de la part des entreprises, lesquels ont des répercussions économiques négatives (business chilling). Aux États-Unis, les entreprises prennent depuis longtemps des mesures de conformité sur la base de lignes directrices fédérales. En France et au Royaume-Uni, le droit des cartels prévoit également depuis peu la prise en compte proactive de mesures de conformité.

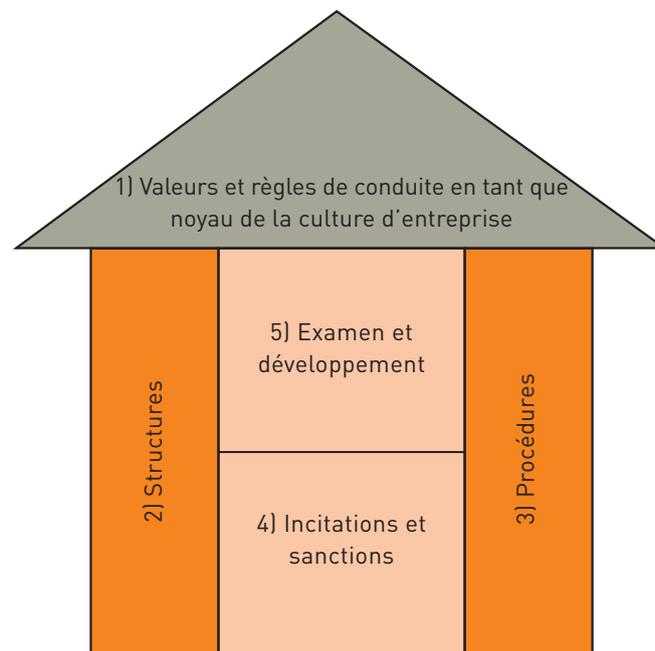
À l'instar des réglementations en vigueur dans ces pays, le droit suisse des cartels devrait contenir des indications concrètes – allant plus loin que le message – concernant la mise en œuvre de mesures de conformité sérieuses. Car seules des règles claires et transparentes donneront aux entreprises des incitations suffisamment fortes pour engager des mesures de prévention.

Grafique 3

► La « maison de la conformité » basée sur cinq éléments fondamentaux est une approche pour mettre en place un système de conformité efficace. Les efforts dans le domaine de la conformité devront désormais être pris en compte dans la démarche de concurrence des entreprises.

Les cinq piliers d'un dispositif de conformité efficace

Les efforts déployés en vue de la mise en conformité doivent être pris en compte dans la procédure des autorités de concurrence



Source: economiesuisse

En revanche, le Conseil fédéral n'a pas accepté la deuxième partie de la motion Schweiger qui demandait des sanctions individuelles pour les collaborateurs responsables d'une entreprise fautive. La question du renforcement des efforts de conformité des entreprises et des mesures de prévention visé par la motion reste donc ouverte et la position de l'économie à ce sujet est partagée. Le but de la motion, à savoir poursuivre en justice les personnes coupables d'une violation intentionnelle du droit des cartels dans le cas d'ententes horizontales, est compréhensible et justifié. De l'autre côté, de gros problèmes pourraient survenir lors de la mise en œuvre pratique.

► L'extension des possibilités d'action en droit civil pourrait encourager une « culture des plaintes collectives » selon le modèle américain.

Prise en compte des paiements dans le cadre des procédures civiles

Avec les modifications proposées pour le volet civil du droit des cartels et l'introduction d'un droit d'action en justice pour les consommateurs, le risque est grand d'importer dans notre système juridique des instruments et procédures étrangers, comme les plaintes collectives, et d'affaiblir en fin de compte l'économie suisse. Les convoitises des représentants (souvent auto-désignés) des

lésés seraient attisés, comme diverses réactions à la proposition le laissent augurer. Contrairement aux explications relatives au projet, il n'existe pas encore en Europe des instruments susceptibles de renforcer l'attrait de la voie du droit civil sans encourager simultanément une culture de la plainte. L'UE est encore en phase de recherche. Même s'il est unanimement admis qu'il ne faut pas « importer des pratiques américaines », une telle évolution ne peut être exclue. C'est pourquoi les solutions étudiées dans les pays voisins sont encore très controversées¹¹.

En plus de la réglementation spéciale du volet civil du droit des cartels, l'art. 41 CO prévoit déjà la possibilité de faire valoir des droits en réparation de dommages. Contrairement à une partie de la doctrine, on peine à comprendre pourquoi une violation du droit des cartels ne suffit pas pour motiver une illicéité permettant de faire valoir des prétentions en dommage et intérêt à ce titre.

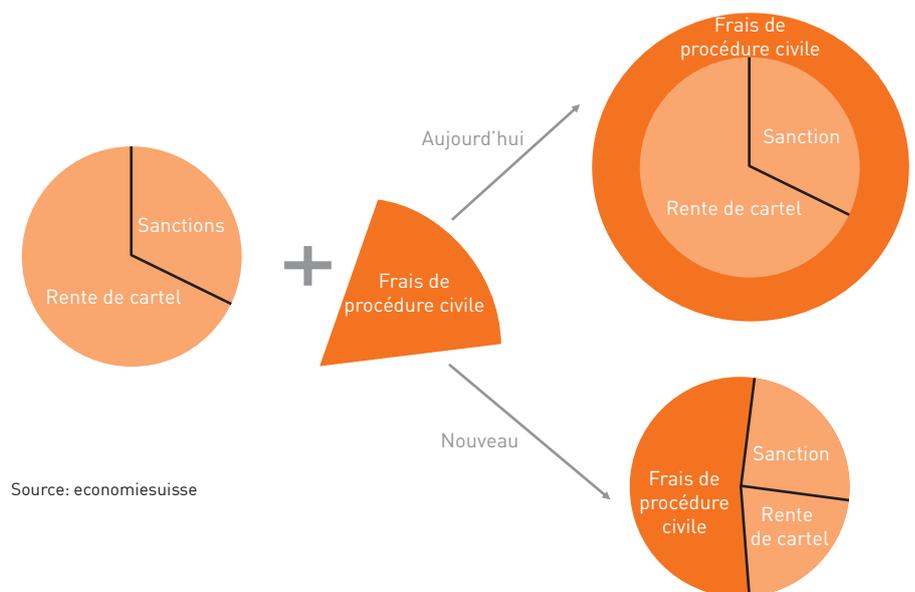
Néanmoins, il est désormais garanti que si les amendes infligées par l'État amenuisent de facto une rente de cartel, elles peuvent être réduites lors de plaintes civiles en dommages et intérêts. D'un point de vue économique, il serait faux que l'État s'enrichisse avec des amendes, alors que les acteurs effectivement lésés ne seraient pas indemnisés ou que les entreprises touchent deux fois la rente de cartel. En mettant en place des « vases communicants », le législateur suisse se montre très progressiste, en particulier par rapport à l'UE. Les possibilités de compensation doivent cependant être offertes également sous la forme de solutions formelles adoptées d'un commun accord. Sinon, les consommateurs lésés par un cartel seraient contraints de déposer plainte et de solliciter inutilement les tribunaux civils.

Grafique 1

► Par le passé, les indemnités civiles représentaient des amendes plus élevées pour les entreprises tenues de verser de telles sommes. L'État encaissait l'intégralité de la rente de cartel et les lésés touchaient éventuellement une indemnité civile. Désormais, l'indemnité civile est prise en compte lorsque la sanction est prononcée. Cette possibilité de compensation permet d'éviter une double charge.

Réduction des sanctions lors de plaintes civiles

La possibilité de compenser les indemnités civiles et une rente de cartels atténue la double sanction.



Source: economiesuisse

¹¹ Le modèle d'affaires suivant est de plus en plus utilisé dans l'UE : Une entreprise „achète” les créances de parties éventuellement lésées et porte plainte en son propre nom dans le lieu qui semble approprié. Citons par exemple la société „Cartel Damage Cases” créée par un avocat allemand en Belgique qui a déjà intenté une action en justice pour recouvrer des créances. Voir à ce sujet le cas survenu dans le cartel des agents de blanchiment et la plainte déposée auprès du tribunal régional de Dortmund (l'affaire a également fait l'objet d'une plainte pour consultation du dossier auprès du Tribunal européen, décision du 15. 12. 2011 – T-437/08, pas encore dans le recueil officiel, BeckRS 2011, 81909 – CDC hydrogène peroxyde /Commission).

Autres modifications

► L'introduction du test SIEC répond à l'évolution enregistrée dans des pays industrialisés comparables et permet une appréciation différenciée.

► La procédure d'opposition actuelle ne crée pas une sécurité juridique suffisante.

► Les modifications proposées vont dans le bon sens, mais ne suffisent pas.

Le rapprochement du contrôle des concentrations vers les critères d'appréciation européens des fusions d'entreprises obtenu par l'introduction du test SIEC mérite d'être salué. Ce test utilisé dans un nombre croissant de pays correspond à la norme en vigueur dans l'ensemble des pays de l'UE ainsi qu'aux États-Unis et au Canada¹². Ce test, qui évalue directement les effets en termes de concurrence, permet aussi de mieux tenir compte des avantages en termes d'efficacité. Il constitue donc une norme largement acceptée pour contrôler les fusions d'entreprises transfrontalières. L'introduction du test SIEC en Suisse constitue par conséquent une étape importante et permet d'éviter que des instruments de contrôle différents soient utilisés à l'avenir et que les autorités de régulation de la concurrence prennent éventuellement des décisions divergentes. Il faut néanmoins admettre qu'un test SIEC peut engendrer des dépenses supplémentaires. Etant donné que les valeurs seuil demeurent à juste titre inchangées, ces dépenses supplémentaires devraient être supportables. Fort heureusement, l'exemption des fusions transfrontalières n'ayant que de faibles ramifications en Suisse conduit en revanche à d'importantes simplifications et à une diminution des tâches administratives.

La procédure d'opposition est une contrepartie indispensable à l'introduction de sanctions directes. C'est à ce prix seulement que la sécurité du droit sera garantie aux entreprises ayant adopté un comportement conforme et que ces dernières bénéficieront d'une protection juridique suffisante. Sinon, elles seront contraintes d'adopter un comportement défensif faisant obstacle à l'innovation, ce qui conduirait à un business chilling effect nuisible pour l'économie. Il en va de même en cas d'incertitude durable au sujet de l'issue d'une procédure d'opposition du fait de la durée inhabituellement longue de celle-ci. Dans sa décision 135 II 60, le Tribunal fédéral a en outre malheureusement refusé de contraindre la Comco à se prononcer sur l'admissibilité du projet annoncé conformément à l'art 49a al. 3 LCart dans le cadre d'une décision de constatation. La situation actuelle est loin d'être satisfaisante, comme le groupe d'experts de la Confédération et Economiesuisse l'ont clairement mentionné dans leurs rapports d'évaluation. Une révision de cet aspect est urgente et cruciale.

La réduction à deux mois du temps de réaction de l'autorité de la concurrence doit être saluée. Désormais, l'entreprise n'encourt une sanction qu'à compter de l'ouverture d'une enquête formelle – avec un seuil plus élevé – et non dès l'ouverture d'une enquête préliminaire informelle, comme c'est le cas à l'heure actuelle. Toutefois, cette proposition n'élimine pas le risque d'investissement auxquels les entreprises s'exposent et un business chilling effect peut donc avoir des répercussions à ce niveau. L'autorité de la concurrence peut ouvrir une enquête préalable durant le délai d'opposition avant d'ouvrir une enquête formelle dont la durée n'est pas limitée dans le temps. Les entreprises restent donc confrontées à un risque d'investissement. Une entreprise qui effectue des investissements durant l'enquête préliminaire court en outre le risque d'être contrainte de faire des concessions envers l'autorité de la concurrence pour sauver ses investissements. Afin d'éviter une procédure d'enquête, l'entreprise fera dans la plupart des cas les concessions exigées par l'autorité de la concurrence. À la lumière des expériences pratiques, d'autres améliorations doivent être examinées à ce niveau, le cas échéant en lien avec une réglementation des abus.

¹² Une analyse comparative de l'OCDE le montre également. Tous les pays qui ont introduit le test SIEC ces dernières années au lieu de se focaliser comme par le passé sur les parts de marché et sur une position de domination du marché ont connu une amélioration.

Conclusion : exploiter les chances d'améliorer l'État de droit

► Une concurrence saine constitue le fondement d'une économie de marché libérale.

economiesuisse estime que la politique de la concurrence est de la plus haute importance. Une saine concurrence constitue le fondement d'une économie de marché libérale. Protéger et promouvoir cette économie de marché libérale est une tâche politique centrale clairement soutenue par l'économie. Un régime d'économie de marché garantit la liberté entrepreneuriale et de nombreuses possibilités de choix, de développement et d'investissement. Elle encourage l'innovation et le progrès technique, favorise les gains de productivité et permet de proposer une offre largement diversifiée pour le plus grand avantage des consommateurs. Tous ces facteurs sont dans l'intérêt de l'ensemble de l'économie. La concurrence est une condition importante pour obtenir ces effets positifs du régime de l'économie de marché.

► Seul un fondement économique et une procédure correcte permettent de prendre des décisions fondées et de faire en sorte que les acteurs économiques aient confiance dans le droit de la concurrence.

Les décisions en matière de concurrence doivent être fondées d'un point de vue économique, faute de quoi elles nuisent au bout du compte à la prospérité. En cas de doute, la priorité doit être accordée à la liberté entrepreneuriale, également lors de la négociation de contrats avec des partenaires commerciaux. La sécurité du droit ainsi que des procédures conformes à l'esprit de l'État de droit sont essentiels pour le bon fonctionnement de la concurrence. À cette condition seulement sera-t-il possible de prendre des décisions fondées et d'obtenir la confiance nécessaire de tous les acteurs économiques. Dans l'étude d'évaluation menée en 2009, economiesuisse a mis en évidence l'importance de ces aspects et émis des recommandations à ce sujet.

C'est pourquoi economiesuisse demande une analyse économique plus poussée et l'intégration conséquente dans la loi sur les cartels des nouveautés institutionnelles proposées. Cette séparation claire et les autres aspects traités dans ce papier de position deviennent donc d'autant plus importants si le changement de paradigme postulé par le Conseil fédéral dans la loi sur les cartels est mise en œuvre de façon complète.

Pour toute question:

thomas.pletscher@economiesuisse.ch

Impressum

economiesuisse, fédération des entreprises suisses
Hegibachstrasse 47, case postale, CH-8032 Zürich
www.economiesuisse.ch