

Les recommandations de l'OCDE et l'évaluation de la loi sur les cartels

Dans le cadre de ses examens périodiques de la politique économique de la Suisse, en particulier de la politique de la concurrence, l'OCDE émet des recommandations spécifiques à la loi sur les cartels (LCart) ainsi qu'à son application par les autorités de la concurrence. Les recommandations sont consignées, d'une part, dans le rapport 2004 des *Études économiques de l'OCDE*¹ et, d'autre part, dans celui de 2006 sur le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme réglementaire suisse².

L'OCDE a émis ses recommandations³ en se basant sur une analyse approfondie des dispositions de la loi sur les cartels et de son application par les autorités de la concurrence. L'objectif de cet article est de comparer ces recommandations avec celles proposées par le groupe d'évaluation⁴.

Constatations générales

Le groupe d'évaluation a repris dans son rapport les recommandations de l'OCDE et a émis des propositions. Seul le remplacement du principe de l'abus par celui de l'interdiction des cartels n'a pas été repris. Or, le principe actuel de l'abus empêche la généralisation du système de sanctions pour toute violation de la LCart et tend à ralentir le processus d'enquête et de décision⁵. Comme l'a indiqué l'OCDE, «l'introduction du système d'interdiction constituerait un signal clair d'un changement de paradigme en Suisse en matière de cartels»⁶.

Le rapport d'évaluation comporte des recommandations qui ne figurent pas parmi celles émises par l'OCDE. Certaines d'entre elles vont dans le sens des analyses de l'organisation sur la politique de la concurrence telles que le renforcement du contrôle des concentrations, alors que d'autres n'y trouvent pas d'écho, en particulier la recommandation relative aux restrictions verticales.

Le *tableau 1* compare les recommandations du groupe d'évaluation et celles de l'OCDE. Le rapport d'évaluation classe ses recommandations en trois groupes:

- recommandations 1 à 5 prioritaires justifiant une révision de la loi sur les cartels;
- recommandations 6 à 10: améliorations à mettre en œuvre lors d'une révision;

- recommandations 11 à 14 applicables sans modification législative.

Recommandations 1 à 5 du groupe d'évaluation

La *recommandation n° 1* du rapport d'évaluation propose de conserver le concept de la loi sur les cartels tel qu'introduit en 1995 et de ne pas retoucher les instruments ajoutés en 2003 (sanctions directes, régime de clémence et perquisitions). L'OCDE s'était félicitée de cette révision en indiquant: «La législation suisse sur la concurrence s'est ainsi rapprochée encore du droit européen de la concurrence et de celui d'autres pays de l'OCDE. Il s'agit d'une étape importante que le gouvernement a franchie grâce à sa détermination à vouloir introduire davantage de concurrence en Suisse»⁷. Certes, s'agissant du concept même de loi sur les cartels, la principale divergence avec les recommandations de l'OCDE réside, comme nous l'avons déjà évoqué, dans le maintien du principe de l'abus en opposition à l'interdiction.

Indépendance des autorités de la concurrence

La *recommandation n° 2* du rapport d'évaluation rejoint une des principales recommandations émises par l'OCDE, à savoir celle d'assurer que les autorités en matière de concurrence soient totalement indépendantes des milieux politiques et économiques. Comme le souligne l'OCDE dans ses recommandations de 2006: «L'indépendance économique et politique de la Comco n'est pas garantie en raison des conflits d'intérêts inhérents au système actuel (présence de représentants des groupements d'intérêt et possibilité de siéger au sein de conseils d'administration d'entreprises). La problématique est encore plus aiguë depuis l'introduction du régime de sanctions et de celle du programme de clémence. Les mécanismes de récusation et la publication de la liste des intérêts des membres de la Comco ne constituent que des solutions partielles et ne sauraient garantir une totale indépendance de l'institution»⁸. Le rapport d'évaluation propose de refondre la Commission et le Secrétariat en une seule autorité. Cette possibilité, insuffisamment motivée, semble inspirée du *Bundeskartellsamt* allemand. Celui-ci n'est,

1 OCDE, *Études économiques de l'OCDE 2003-2004: Suisse*, Paris, 2004.

2 OCDE, *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme réglementaire*, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation: la réforme de la réglementation en Suisse, Paris, 2006.

3 Dans le cadre de son examen de la politique de la concurrence en Suisse, l'OCDE a émis en 2006 onze recommandations dont cinq sont spécifiques à la loi sur les cartels et à son application par la Comco. Les recommandations 2004 ont été émises dans le cadre de l'examen général de la politique économique suisse.

4 Les vues exprimées ici sont personnelles et ne lient en aucun cas l'OCDE.

5 OCDE (2006), p. 12.

6 OCDE (2006), p. 58.

7 OCDE (2006), p. 9.



P. Philippe Gugler
Faculté des sciences économiques et sociales de l'université de Fribourg, directeur du Centre de recherche sur la compétitivité.

Tableau 1

Relations entre les recommandations du groupe d'évaluation et les recommandations et constatations de l'OCDE

| Recommandations du groupe d'évaluation | Recommandations et constatations de l'OCDE |
|--|--|
| Recommandations 1 à 5 | |
| Conserver le concept de la loi sur les cartels et ne pas retoucher les instruments ajoutés en 2003 (sanctions directes, régime de clémence et perquisitions) | L'OCDE salue la révision de 2003 tout en relevant que le régime des sanctions ne s'applique pas à toutes les violations de la loi sur les cartels. La recommandation de l'OCDE de remplacer le principe de l'abus par celui de l'interdiction en matière de cartels n'est pas retenue dans le rapport du groupe d'évaluation. |
| Indépendance des autorités en matière de concurrence | Recommandation de l'OCDE: assurer l'indépendance économique et politique des autorités de la concurrence. |
| Conclusions d'accords de coopération | Recommandation de l'OCDE: développer des collaborations internationales en matière de concurrence. |
| Harmonisation du contrôle des concentrations avec l'UE | L'OCDE constate que le régime suisse en matière de contrôle des concentrations est plus permissif que le régime de l'UE. |
| Abandon de la présomption d'illicéité de certaines restrictions verticales | L'OCDE encourage une lutte plus efficace contre les restrictions verticales, qui contribuent à l'îlot de cherté en Suisse et entravent les échanges commerciaux internationaux. |
| Recommandations 6 à 10 | |
| Renforcement du droit des cartels sur le plan civil | Recommandation de l'OCDE: élaborer des procédures propres au droit des cartels. |
| Amélioration du droit des cartels en matière de droit administratif | Recommandation de l'OCDE: élaborer des procédures propres au droit des cartels. |
| Confirmer le régime des sanctions directes indépendamment du renversement de la présomption d'illicéité en cas de cartels | Remarque de l'OCDE: le régime des sanctions directes ne s'applique pas à toutes les violations de la loi sur les cartels. Le groupe d'évaluation n'a prévu aucune mesure visant une généralisation des sanctions directes. |
| Modification des conditions d'application de sanctions directes lors de procédures d'opposition | Remarque de l'OCDE: le régime des sanctions directes ne s'applique pas à toutes les violations de la loi sur les cartels. Le groupe d'évaluation n'a prévu aucune mesure visant une généralisation des sanctions directes. |
| Introduction de sanctions administratives à l'encontre des personnes physiques | Recommandation (2004) de l'OCDE: envisager l'introduction de sanctions pénales afin de réprimer les personnes responsables des actions anticoncurrentielles les plus sérieuses. |
| Recommandations 11 à 14 | |
| Adaptation des deux communications concernant les accords verticaux | La proposition du groupe d'évaluation visant à rendre moins contraignantes les dispositions à l'égard d'accords verticaux s'oppose aux encouragements prodigués par l'OCDE afin de lutter plus efficacement contre les restrictions verticales, qui contribuent à l'îlot de cherté en Suisse et entravent les échanges commerciaux internationaux. |
| Amélioration fonctionnelle des autorités de la concurrence et mise en place d'un suivi externe | L'OCDE a encouragé le renforcement de la professionnalisation des activités des autorités de la concurrence. |
| Nomination d'un économiste indépendant à la vice-présidence | Aucune considération explicite de l'OCDE si ce n'est celle liée au renforcement de la professionnalisation des activités des autorités de la concurrence. |
| Doter le Secrétariat de la Comco de moyens supplémentaires tant sur le plan financier que du personnel | Recommandation de l'OCDE: renforcer les ressources des autorités de la concurrence. |

Source: Gugler / La Vie économique

toutefois, pas préservé des influences politiques. Ce risque peut-il être totalement éradiqué? La question reste ouverte.

Accords internationaux de coopération

La recommandation n° 3 du rapport d'évaluation porte sur la possibilité de conclure des accords de coopération avec les principaux partenaires commerciaux et d'introduire dans le droit suisse une base légale qui permettrait l'échange d'informations sous certaines conditions. Elle est analogue à celle de l'OCDE qui constatait que «les autorités suisses de la concurrence sont relativement isolées, alors que de nombreuses pratiques anticoncurrentielles et de nombreuses concentrations d'entreprises ont une dimension internationale. L'isolement relatif des autorités suisses s'est accentué depuis la création du Réseau européen de la concurrence, qui regroupe les autorités nationales de la concurrence des 25 pays membres de l'UE. Il conviendrait dès lors de renforcer l'efficacité des activités de la Comco par le biais d'accords internationaux sur la concurrence»⁹.

Harmonisation du contrôle des concentrations avec l'UE

La recommandation n° 4 du rapport d'évaluation propose d'harmoniser le contrôle suisse des concentrations avec celui de l'UE. Bien que l'OCDE n'ait émis aucune recommandation spécifique en la matière, cette proposition rejoint la constatation du rapport OCDE, selon laquelle le droit suisse actuel paraît être moins strict que le droit communautaire. Dans son rapport, l'OCDE indiquait que «le système suisse de contrôle des concentrations est plus 'permissif' que le droit européen ou celui d'autres pays de l'OCDE, puisque seules les concentrations susceptibles d'éliminer – et non d'affecter fortement – la concurrence peuvent être interdites. Cependant, ce critère supplémentaire de 'suppression de la concurrence efficace' n'a, à ce jour, pas été appliqué stricto sensu par la Comco»¹⁰.

Abandon de la présomption d'illicéité des restrictions verticales

L'OCDE n'avait émis aucune recommandation relative aux restrictions verticales. La révision de 2003, qui avait introduit une présomption d'illicéité de certaines restrictions verticales, apparaissait comme une bonne mesure, d'autant plus que l'OCDE avait constaté que les restrictions verticales susceptibles de contribuer à l'îlot de cherté en Suisse avaient été peu combattues par le passé. Dans son rapport, l'OCDE constatait que «certaines pratiques condamnées par la Commission européenne, notamment dans

Encadré 1

Des questions qui restent en suspens

Le rapport du groupe d'évaluation analyse le droit actuel de la concurrence. L'on y retiendra qu'il reprend, dans une large mesure, les recommandations émises par l'OCDE (2004 et 2006) pour un renforcement de la culture de la concurrence en Suisse. En revanche, les recommandations destinées à lutter contre les accords interentreprises (introduction du principe de l'interdiction) n'ont trouvé aucun écho auprès du groupe d'évaluation. De plus, certaines propositions émises par ce dernier, en particulier celles liées aux restrictions verticales, ne vont-elles pas encourager les entreprises à recourir à ce genre de comportement, ce qui contribuerait au maintien de l'îlot de cherté en Suisse? Toute restriction verticale entravant les importations suisses irait à l'encontre des recommandations de l'OCDE préconisant une plus grande ouverture des marchés helvétiques à la concurrence internationale (OCDE 2006, p. 59).

La question de l'indépendance des autorités de la concurrence est primordiale. La modification de la composition de la commission devrait dès lors être prioritaire, comme le propose le rapport d'évaluation. Cette indépendance doit non seulement concerner les rapports avec les milieux économiques mais aussi avec le monde politiques. À ce titre, la proposition de fondre la Comco et le Secrétariat en une seule autorité devrait être analysée de très près afin d'éviter toute intervention politique en amont comme en aval. Comme le notait l'OCDE dans son rapport, «avant l'entrée en vigueur de la LCart-1995, le Secrétariat de la Comco était une unité du Secrétariat général du Département fédéral de l'économie (DFE). Malgré la séparation des autorités, instaurée par la LCart-1995, les habitudes de collaboration étroite ont semble-t-il perduré. (...) Par ailleurs, des liens entre le DFE et la Commission elle-même sont susceptibles de créer des incertitudes quant à une séparation totale des compétences (OCDE 2006, p. 23).

le secteur automobile, ont été déclarées licites par la Comco, qui avait ouvert des enquêtes portant sur des griefs analogues (par exemple, refus de livrer)»¹¹. La recommandation n° 5 du groupe d'évaluation de supprimer la présomption d'illicéité de certaines restrictions verticales tend à être interprétée comme un «retour en arrière». Alors que les barrières légales contribuant à l'îlot de cherté ont en partie disparu ou vont disparaître (adoption du principe dit de «Cassis du Dijon» et adoption du principe de l'épuisement régional dans la loi sur les brevets tout en gardant quelques exceptions), cette suppression faciliterait le retour des barrières privées induites par les restrictions verticales.

Recommandations 6 à 10 du groupe d'évaluation

Les recommandations 6 à 10 concernent le renforcement du droit des cartels aux plans civil et administratif, les conditions d'applications des sanctions directes – indépendamment du renversement de la présomption d'illicéité et dans le cadre de la procédure d'opposition – ainsi que leur introduction à l'encontre des personnes physiques. Elles semblent aller dans le sens de l'OCDE dans la mesure où elles mettent en place un droit des cartels aussi clair et efficace que possible. Elles répondent, en outre, partiellement à la recommandation visant à élaborer des règles de procédures propres au droit des cartels.

L'OCDE avait mis le doigt sur le fait que les sanctions directes, introduites lors de la révision de la loi en 2003, ne s'appliquent pas à toutes les violations de la loi¹². Cette lacune n'est pas comblée par le groupe d'évaluation.

Recommandations 11 à 14 du groupe d'évaluation

Une des recommandations du groupe d'évaluation propose de doter le Secrétariat de la Comco de moyens supplémentaires tant sur le plan financier que du personnel. Cette question a fait l'objet d'une recommandation explicite de l'OCDE. Selon celle-ci «un renforcement substantiel des ressources du Secrétariat permettrait une intensification et une extension des investigations ainsi qu'une durée des procédures aussi courte que possible. Un tel développement s'avérerait indispensable afin de permettre à la Comco d'assumer les compétences qui lui sont attribuées par le législateur»¹³.

Le groupe d'évaluation recommande également d'adapter les communications concernant les accords verticaux. En la matière, nous renvoyons aux réserves émises ci-dessus quant à une éventuelle relâche de l'ac-

tion des autorités de la concurrence sur ce point; celle-ci constituerait assurément un signal négatif.

Concernant les autres réflexions émises par le groupe d'évaluation (suivi externe du fonctionnement et présence d'un économiste), il appartient aux autorités compétentes d'y donner suite ou non, l'objectif principal étant de renforcer le professionnalisme des autorités de la Comco comme le propose l'OCDE¹⁴. Le rapport de l'OCDE de 2006 indique, du reste, que «le rôle de la Comco a changé avec la révision de la LCart de 2003. La Comco est devenue un organe d'application de la loi avec des fonctions quasi-judiciaires. Dans ce contexte, l'indépendance politique et institutionnelle de la Comco devient cruciale. Au regard de cette situation, de nouvelles règles sur la composition de la Comco, son fonctionnement et sur la procédure à suivre devraient être adoptées»¹⁵. ■

8 OCDE (2006), p. 57.

9 OCDE (2006), p. 58.

10 OCDE (2006), p. 19.

11 OCDE (2006), p. 13.

12 OCDE (2006), p. 26.

13 OCDE (2006), p. 58.

14 OCDE (2006), p. 22.

15 OCDE (2006), p. 56.