

# L'évaluation de la loi sur les cartels à travers quelques thèmes clés juridiques

L'évaluation prévue par la nouvelle loi sur les cartels (LCart) cinq ans après son entrée en vigueur arrive un peu tôt, compte tenu des nombreuses questions d'application qui font encore l'objet de procédures et qui seront résolues par les autorités et les tribunaux dans les prochaines années. Il faut, néanmoins, saluer ces conclusions qui anticipent la résolution de certains problèmes juridiques déjà identifiés. On songe en particulier aux questions relatives à l'organisation des autorités de la concurrence, à certaines adaptations procédurales (en particulier dans le domaine de la procédure d'annonce prévue à l'art. 49a, al. 3, lit. a, LCart) et à la critique des dispositions concernant les restrictions verticales de l'art. 5, al. 4, LCart.



**Franz Hoffet,**  
Associé, Homburger,  
Zurich



**Pierre Kobel,**  
Associé, Hirsch Kobel,  
Genève

## Correctifs institutionnels

Les révisions introduites en 1995 et 2003 par le législateur ont assurément amené la LCart à un niveau international tant sur le plan de son contenu que de son effectivité. Elles n'ont, toutefois, rien changé au cadre institutionnel. Le système d'une commission de milice avec un Secrétariat date pour l'essentiel des années 50–60.

Il faut maintenir le concept actuel de LCart comme le propose le groupe d'évaluation dans sa première recommandation. Cela dit, le groupe d'évaluation a raison de vouloir donner la priorité aux modifications structurelles à introduire dans les autorités de concurrence et à leur plus grande professionnalisation. La Commission de la concurrence est aujourd'hui une autorité d'application du droit qui peut prononcer des sanctions draconiennes (amendes de plusieurs centaines de millions de francs) et prendre des décisions lourdes de conséquences (interdiction de fusion ou imposition de charges). Elle dispose par ailleurs de moyens d'enquête et de contrainte (perquisition, saisie et audition de témoins) analogues aux autorités d'instruction pénale.

Le groupe d'évaluation recommande une refonte de la commission et du Secrétariat dans une autorité à un seul niveau. Notre expérience d'avocat nous permet de douter qu'une telle proposition suffise au regard des exigences d'un État de droit et de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Il conviendra de se pencher très sérieusement sur cette question lors de la mise en œuvre des recommandations.

## Aspects procéduraux et annonces: plus de sécurité et de protection juridique

Les aménagements procéduraux qui font l'objet des recommandations visent essentiellement à améliorer la mise en œuvre de la procédure administrative. Cela se comprend eu égard au mandat assigné au groupe d'évaluation, lequel consiste à examiner l'efficacité de la loi. Les aspects relatifs à la protection juridique des entreprises concernées ont, toutefois, été négligés. Du point de vue des praticiens du droit cette question est pourtant importante, même en termes d'efficacité

de la loi. Le fait, par exemple, de limiter à quinze minutes les auditions d'entreprises susceptibles d'être sanctionnées d'amendes élevées, ne favorise pas une application efficace de la loi. De nombreux autres exemples résultant de la pratique montrent qu'il y a un besoin sérieux d'améliorer la procédure en matière de protection des parties.

Les évaluateurs critiquent pour de bonnes raisons la procédure d'annonce de l'art. 49a, al. 3, lit. a, LCart: le manque de pratique est en effet un sérieux facteur d'insécurité juridique dans le domaine du droit suisse des cartels. L'impact de cette insécurité juridique s'est encore renforcé avec l'introduction de sanctions directes dès la première infraction. Constitutionnellement, il a donc fallu introduire une procédure d'annonce pour donner aux entreprises la faculté de lever ces incertitudes juridiques. Bien que la demande pour plus de sécurité juridique soit légitime, elle a récemment été rejetée par le Tribunal fédéral dans l'affaire Maestro. Il est urgent de remédier à cette situation lors d'une révision.

## Refus de l'interventionnisme en matière d'accords verticaux

La critique sans détour faite par le groupe d'évaluation au sujet de l'art. 5, al. 4, LCart et de la communication sur les accords verticaux doit être accueillie avec satisfaction. La pratique juridique de ces dernières années n'a en effet révélé aucun cas d'infraction significative aux règles rigides introduites contre certaines restrictions verticales à la concurrence, à la suite d'un certain activisme politique visant à mettre fin à «l'îlot de cherté suisse». Il paraît, en revanche, impensable de sanctionner certaines de ces restrictions tout en étendant la possibilité de sanctionner les accords illicites au sens de l'art. 5, al. 3 et 4, LCart, qui ne concerne que ceux qui entraînent considérablement la concurrence et non qui la suppriment. Un tel pouvoir de sanction serait contraire aux exigences constitutionnelles et introduirait une grave insécurité juridique compte tenu du nombre limité de cas d'application. ■