

Une réforme substantielle pour la loi sur les cartels

La révision de la loi sur les cartels (LCart) doit améliorer la légalité du système en vigueur. Son objectif est d'intensifier la concurrence en Suisse et de renforcer durablement notre place économique. La réforme institutionnelle constitue indéniablement l'élément décisif de cette révision, puisqu'elle doit améliorer l'assise sur laquelle reposent les décisions des autorités de la concurrence, tout en accélérant les procédures. Le projet propose également de modifier certaines dispositions-clés du droit matériel.

1 La motion Schweiger (07.3856): *Droit des cartels. Équilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace* demande que la mise en place de programmes de conformité soit considérée comme facteur de réduction, voire d'exemption de sanction, et que la possibilité de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques soit introduite sur le plan légal. Pour plus de détails concernant cette motion, voir l'article de P. Balastèr, p. 56 de ce numéro.

2 Le projet a été dirigé par Aymo Brunetti, ancien chef de la Direction de la politique économique au Seco, Rafael Corazza, directeur du Secrétariat de la Comco, et Christian Bovet, professeur de droit à l'université de Genève. Ont notamment collaboré à la révision: Bendicht Lüthi, Reto Sabel, Frank Stüssi et Beat Zirlick pour le Secrétariat de la Comco; Peter Balastèr, Sven Michal, Felix Schraner et Sarah Bochud pour le Seco.

3 OCDE, *Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation. La réforme de la réglementation en Suisse: le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation*, Paris, 2006, p. 56: «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»; Baudenbacher Carl, *Evaluation Kartellgesetz. Institutionelles Setting, Vertikale Abreden, Sanktionierung von Einzelpersonen, Zivilrechtliche Verfahren*, Berne, 2009, Strukturberichterstattung n° 44/3; rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009, ainsi que rapport et analyses comparatives du groupe d'évaluation de 2008.



La révision de la LCart prévoit que les cinq types d'accords déjà directement punissables revêtiront un caractère illicite de par la loi. Ce sera, par exemple, le cas des accords horizontaux sur les prix. En illustration: l'UBS, soupçonnée par la Comco d'avoir conclu avec d'autres banques des accords pour influencer les taux de référence interbancaires et le marché de certains produits dérivés.

Photo: Keystone

La LCart révisée en 2003 a fait l'objet d'une évaluation entre 2008 et 2009. Cette dernière s'est traduite par un certain nombre de propositions qui ont donné lieu à une première consultation publique en juin 2010. Par la suite, deux événements sont venus enrichir le projet, débouchant chacun sur une procédure de consultation, à savoir la transmission par le Parlement, en septembre 2010, de la motion Schweiger (07.3856)¹ exigeant un système de sanctions plus efficace dans le droit suisse des cartels et les craintes liées à la forte appréciation du franc suisse durant l'été

2011. C'est finalement le 22 février 2012 que le Conseil fédéral a adopté le message concernant la nouvelle révision de la LCart. Cet article vise à en présenter les principaux éléments².

Améliorer la légalité et la sécurité du droit par une réforme institutionnelle

La réforme institutionnelle crée une autorité de la concurrence et fait du Tribunal administratif fédéral le nouveau tribunal en la matière. Ainsi l'indépendance des institutions est renforcée et l'organe de décision professionnalisé par la présence de juges au bénéfice d'une formation juridique occupés à plein temps. Cette proposition se justifie par le fait que la Commission de la concurrence (Comco) dans sa forme actuelle montre ses limites et fait l'objet de critiques, notamment de la part de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)³. La Comco est en effet restée, depuis sa création sous le nom de Commission des cartels en 1962, un organe de



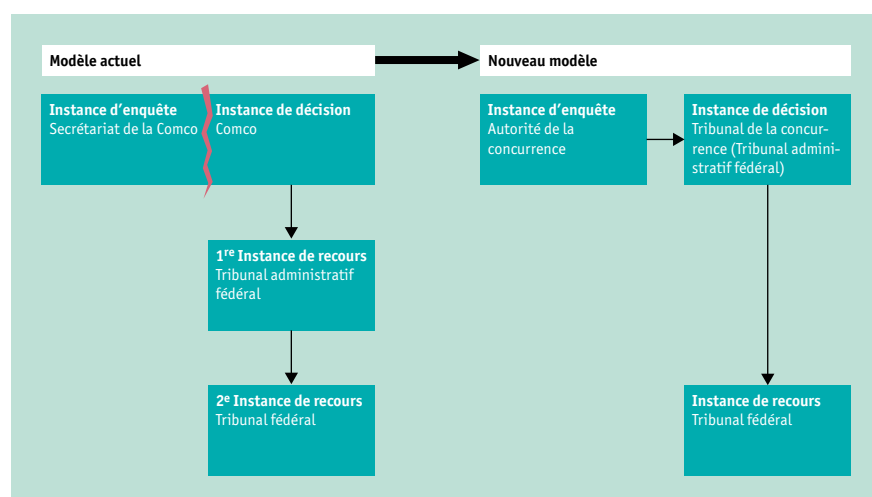
Sarah Bochud
Secteur Croissance et politique de la concurrence, Secrétariat d'État à l'Économie SECO, Berne



Felix Schraner
Secteur Droit économique international, Secrétariat d'État à l'Économie SECO, Berne

Graphique 1

De l'ancien au nouveau modèle institutionnel



Source: Bochud, Schraner / La Vie économique

milice qui n'est pas clairement séparé de l'autorité chargée de l'enquête (le Secrétariat de la Comco). La révision de 2003 a introduit de nouveaux instruments tels que les sanctions directes et le programme de clémence, ce qui a accentué le caractère quasi pénal des décisions rendues par la Comco. On peut donc se demander s'il est acceptable qu'une telle commission prononce des sanctions administratives dont les montants peuvent atteindre plusieurs millions de francs, alors que plusieurs de ses membres relèvent d'associations économiques et doivent pouvoir faire abstraction de leur devoir de fidélité envers leur employeur.

La proposition de réforme implique deux changements clés:

1. elle transforme l'actuel Secrétariat de la Comco en une autorité de la concurrence indépendante, qui mène les enquêtes et présente ses propositions à un nouveau tribunal de la concurrence de première instance indépendant (voir *graphique 1*).
2. l'actuelle commission de décision est revalorisée: elle acquiert le statut de tribunal de la concurrence, au sein duquel le lien avec l'économie et la pratique sera assuré par la présence de juges disposant, pour certains, d'une expérience entrepreneuriale et, pour d'autres, des connaissances en théorie économique de la concurrence.

Cette solution augmente la crédibilité et l'acceptation des décisions rendues, tout en exploitant des synergies considérables en termes de ressources. À l'inverse, une approche où les fonctions d'enquête et de décision seraient séparées à l'intérieur de la

Comco et de son Secrétariat paraîtrait, d'une part, peu crédible et impliquerait, d'autre part, un besoin supplémentaire en personnel; elle ne permettrait pas non plus d'accélérer les procédures, comme le souhaite le Conseil fédéral.

Les systèmes institutionnels mis en place à l'étranger peuvent, dans une certaine mesure, servir de référence. Aucun modèle européen ne semble, toutefois, émerger pour servir de standard incontesté. C'est pourquoi la proposition contenue dans la révision répond entièrement au cadre institutionnel suisse. L'idée de séparer les phases d'enquête et de décision pourrait, toutefois, servir d'exemple au-delà de nos frontières.

Condamner complètement les accords serait préjudiciable à l'économie

Dans le cadre de la forte appréciation du franc suisse et des craintes liées à une répercussion insuffisante des gains de change en faveur des clients finaux, le Conseil fédéral a agi sur plusieurs plans. À court terme, le Surveillant des prix et la Comco ont notamment été dotés d'effectifs supplémentaires. Une modification de l'art. 5 LCart⁴ a, en outre, été demandée afin de lutter – dans une perspective à long terme – contre l'îlot de cherté suisse et d'améliorer ainsi la compétitivité internationale de notre économie.

Le nouvel art. 5 prévoit que les cinq types d'accords déjà directement punissables au sens de l'actuelle LCart (al. 3 et 4) revêtent un caractère illicite de par la loi (interdiction partielle). Ainsi, les accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique, ainsi que les accords verticaux sur les prix et les cloisonnements territoriaux ne seront désormais plus illicites en raison de leurs conséquences dans le cas d'espèce – à savoir une atteinte notable à la concurrence –, mais de leur appartenance à l'un de ces cinq types d'accords. Les dommages économiques particuliers qu'ils suscitent sont également reconnus au sein de l'Union européenne (UE). La présomption légale de suppression de la concurrence – figure juridique équivoque dans le cadre de procédures quasi pénales – aujourd'hui applicable dans le cas des cinq types d'ententes sera donc retirée de la loi.

Comme une interdiction totale serait dommageable sur le plan économique, tout accord pourra être justifié par des gains d'efficacité économique prépondérants, pour autant qu'il n'élimine pas la concurrence sur le marché concerné. Il est ainsi dans l'intérêt des entreprises de contribuer activement à l'identification de tels gains. La maxime d'office aujourd'hui en vigueur n'est toutefois

4 *www.news.admin.ch*, communiqué de presse du 16 novembre 2011: *Le Conseil fédéral pose les jalons pour renforcer la loi sur les cartels*.

5 *Communication concernant l'appréciation des accords verticaux*, décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010.

6 Le test SIEC («Significant Impediment to Effective Competition») permet d'examiner si une concentration conduit à une entrave significative à la concurrence.

7 OCDE, *The Standard for Merger Review, with a particular Emphasis on Country Experience with the Change of Merger Review Standard from the Dominance Test to the SLC/SIEC test*, Policy Roundtables, Standard for Merger Review, 2009, DAF/COMP(2009)21.

pas remise en question, puisque l'autorité et le tribunal de la concurrence continuent d'effectuer leurs propres recherches, afin de déceler d'éventuels gains d'efficacité. Cette mission est indispensable dans les cas où l'entreprise elle-même a un accès restreint aux informations et données relatives au marché.

Les éléments qui peuvent être retenus pour déterminer les gains d'efficacité sont mentionnés dans l'actuel art. 5, al. 2, LCart: réduction des coûts de production ou de distribution, amélioration des produits ou des procédés de fabrication, promotion de la recherche ou de la diffusion de connaissances, exploitation rationnelle des ressources. Ils seront précisés au niveau d'une ordonnance qui prendra en compte l'actuelle Communication sur les accords verticaux (CommVert)⁵ de la Comco (voir encadré 1). Une distinction sera également opérée entre accords horizontaux et verticaux. La situation particulière des petites et moyennes entreprises (PME) restera encore à considérer, la possibilité d'une règle «de minimis» devant être examinée plus en détail. Par ailleurs, les accords concernant les coopérations d'achats devraient également faire l'objet d'exemptions.

La réforme vise à augmenter la sécurité juridique non seulement en clarifiant les interdictions partielles qui touchent les accords cartellaires et en fixant les motifs justificatifs dans une ordonnance, mais aussi en améliorant la procédure dite d'opposition (procédure de contrôle des accords avant leur mise en œuvre). Les entreprises bénéficient ainsi d'une plus grande sécurité du droit grâce à des délais raccourcis (passant de cinq à deux mois) et par le fait qu'une sanction ne peut intervenir qu'à partir de l'ouverture d'une enquête et non pas dès l'enquête préalable.

Par ailleurs, la révision prévoit de renforcer le droit civil en matière cartellaire. Alors

que, jusqu'à présent, seuls les participants au marché sont autorisés à porter plainte, les clients finaux – comme les pouvoirs publics – pourront eux aussi désormais intentar une action civile. Ceci pourra se révéler précieux dans le cas où les communautés sont lésées par un accord relatif à la passation d'un marché sur adjudication. Cette proposition ne s'oriente pas sur le système des actions collectives comme dans le modèle américain, mais sur les expériences réalisées au sein des États européens, qui montrent qu'il est possible d'augmenter l'attrait de la voie civile sans entraîner de procédures excessives.

Un contrôle des concentrations d'entreprises reflétant l'évolution internationale

Les concentrations d'entreprises peuvent entraîner la création d'un pouvoir de marché qui affecte non seulement les autres acteurs – consommateurs, petites entreprises en amont, sous-traitants sans pouvoir de marché ni marché de substitution –, mais peuvent également influencer sur la prospérité globale. Actuellement, un projet de concentration ne peut être interdit en Suisse que s'il entraîne ou renforce une position dominante et s'avère susceptible de supprimer la concurrence (contrainte du double critère). Afin de mieux prendre en compte les intégrations économiques, la révision prévoit d'adapter les critères d'appréciation.

L'introduction du test Siec⁶, largement répandu au sein de l'UE, permet deux critères d'appréciation:

- l'instauration ou le renforcement d'une position dominante;
- la formation d'entraves significatives à la concurrence, sans qu'elles ne soient compensées par des gains d'efficacité.

À la différence du statu quo, le test Siec permet un examen complet des effets négatifs et positifs d'une concentration.

Sur le plan européen, l'Allemagne reste pour le moment la seule à appliquer le test de dominance, tous les autres pays ayant adopté le test Siec et l'ayant jugé globalement positif⁷. L'expérience internationale montre que le taux d'intervention, la sécurité juridique et la complexité de son application ne subissent pas de modifications importantes.

En guise de conclusion, la révision partielle de la LCart telle que proposée par le Conseil fédéral renforce la politique suisse de la concurrence. Elle le fait notamment en sécurisant l'application des instruments introduits en 2003, lesquels ont fait leur preuve sur le plan préventif.

Encadré 1

Motifs justificatifs prévus dans la CommVert, ch. 16, al. 4

Les entreprises peuvent en particulier faire valoir, au titre des motifs d'efficacité économique visés à l'art. 5, al. 2, LCart, les justifications suivantes:

- a. la protection limitée dans le temps des investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou à l'introduction d'un nouveau produit sur le marché;
- b. la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels;
- c. la protection des investissements propres à une relation contractuelle qui ne peuvent pas être utilisés hors de cette relation d'affaires, ou seulement moyennant une perte considérable (problème du hold-up);
- d. le fait d'éviter un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex.

- conseils à la clientèle) qui peut survenir lorsqu'un producteur ou distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou distributeur (problème du parasitisme);
- e. le fait d'éviter l'imposition d'une double majoration de prix qui peut survenir lorsque tant le producteur que le distributeur disposent d'un pouvoir de marché (problème de la double marginalisation);
- f. l'encouragement à la transmission d'un savoir-faire substantiel;
- g. la garantie d'engagements financiers (par exemple des prêts) qui ne peuvent pas être fournis par le marché des capitaux.