



Dossier de presse

Date:

16 novembre 2011

Révision de la loi sur les cartels

Le Conseil fédéral a fixé, le 16 novembre 2011, le cadre de la révision de la loi sur les cartels (LCart): il est prévu 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. Le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie (DFE) d'élaborer, d'ici au début 2012, un message sur la révision de la LCart. L'objectif visé par cette révision est d'accélérer et d'améliorer les procédures, ce qui permettra d'intensifier la concurrence en Suisse et de renforcer durablement la place économique.

1. Généralités

1.1 Contexte

La dernière révision intégrale de la législation suisse sur le droit de la concurrence date de 1995. Sa teneur a alors été rapprochée de la norme européenne par la mise en place d'une commission décisionnelle à la place de la commission des cartels et par des adaptations du droit matériel. Cette évolution est devenue réellement effective depuis la révision de 2003, lorsque la COMCO a obtenu compétence pour prononcer des sanctions considérables dès la première infraction constatée (et pas seulement en cas de récidive) dans cinq cas d'ententes cartellaires particulièrement nuisibles à l'économie et en cas d'abus de position dominante. Etant donné ce durcissement du régime des sanctions, le Conseil fédéral avait également mis en consultation, en 2003, un projet visant à modifier la composition de la COMCO (qui prévoyait l'exclusion des représentants de groupes d'intérêt). Le projet capota toutefois du fait de la résistance des groupes d'intérêt.

Depuis, les réformes de 1995 et de 2003 ont été évaluées par l'OCDE en 2005; une évaluation complète de la LCart a également été réalisée en 2008/2009 en exécution de l'art. 59a LCart (obligation de réaliser une évaluation après cinq ans). Les deux évaluations ont confirmé que, contrairement aux adaptations du droit matériel et des

possibilités de sanctionner, l'évolution institutionnelle n'avait pas encore eu lieu. Elles ont recommandé la mise en place d'un organe de décision plus restreint, dont les membres exercent à un taux d'occupation plus élevé et qui ne compte pas de personnes appartenant également, en tant qu'entité ou que collaborateur, à une organisation de défense d'intérêts économiques. Les évaluations ont également relevé différents éléments de droit matériel appelant une amélioration.

1.2. Contexte actuel

Trois consultations ont été réalisées au sujet de la révision de la LCart: deux consultations ordinaires (la première et la deuxième) et une consultation sous forme de conférence.

Le 30 juin 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un premier projet de révision de la LCart. L'évaluation de la loi réalisée en 2008/2009 en exécution de l'art. 59a a recommandé de procéder à une réforme institutionnelle et à diverses modifications de droit matériel. La procédure de consultation a pris fin le 19 novembre 2010.

Dans la lettre du 30 juin 2010 adressée aux participants à la consultation, le Conseil fédéral a annoncé qu'il ouvrirait rapidement une seconde consultation relative à la LCart en cas d'adoption de la motion Schweiger (07.3856 «Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace»). Le 21 septembre 2010, le Conseil des Etats a également transmis la motion, telle que modifiée par le Conseil national (réduction de la sanction uniquement, pas d'exemption de sanction pour les programmes efficaces visant à faire respecter la législation sur les cartels [règle de la conformité]). Cette seconde consultation a eu lieu du 30 mars au 6 juillet 2011.

Enfin, le Conseil fédéral a décidé, le 17 août 2011, que les deux formes d'accords verticaux citées à l'art. 5, al. 4, LCart, notamment, devraient être interdites, tout en laissant aux entreprises la possibilité de se justifier. Le 23 septembre 2011, il a décidé d'ouvrir une procédure de consultation sous forme de conférence sur la révision de cet article. La consultation s'est déroulée le 5 octobre 2011, et les prises de position écrites pouvaient être déposées jusqu'au 10 octobre 2011.

2. Suite de la procédure

Le 16 novembre 2011, le Conseil fédéral a chargé le DFE d'élaborer, d'ici au début de 2012, un message sur la révision de la LCart. Il ressort des trois consultations réalisées que le message devra être axé sur les éléments suivants:

2.1. Eléments issus de la première consultation

a) Renforcement de l'**autonomie institutionnelle (réforme institutionnelle)**: selon la loi en vigueur, les décisions en matière de droit de la concurrence sont prises par une commission indépendante, la COMCO, laquelle dispose de son propre secrétariat, le Secrétariat de la Commission de la concurrence. La révision de 2003 a accentué le caractère quasi pénal des décisions rendues par la COMCO. Sous l'angle de la légalité, il n'est pas satisfaisant qu'un organe au sein duquel siègent des représentants d'associations économiques prononce des sanctions administratives dont les montants peuvent atteindre plusieurs millions de francs. La volonté de séparer plus clairement l'instance responsable de l'enquête de celle prenant la décision a été très bien accueillie lors de la consultation. C'est la raison pour laquelle il est prévu qu'une

autorité de la concurrence (autorité chargée de l'enquête dans les cas de restrictions à la concurrence et du jugement des démarches de concentrations d'entreprises) externe à l'administration soit créée. Pour ce qui est de l'organe de décision de première instance qui se prononcera sur les ententes cartellaires illicites et les abus de position dominante, il est prévu d'intégrer au TAF un Tribunal fédéral de la concurrence sous forme de chambre.

b) **Amélioration de la procédure d'opposition**: il est prévu qu'une entreprise qui soumet pour examen une pratique aux autorités avant de l'appliquer n'encourra dorénavant une sanction qu'à compter de l'ouverture d'une enquête formelle, et non déjà, comme à l'heure actuelle, à l'ouverture d'une enquête préliminaire informelle. Par ailleurs, il faudra qu'une procédure (enquête préalable ou enquête) soit engagée contre l'entreprise faisant l'annonce dans les deux mois suivant cette annonce, faute de quoi la pratique ne pourra plus être sanctionnée. Les entreprises bénéficient ainsi à un stade précoce d'une meilleure sécurité juridique en cas de pratiques discutables sous l'angle du droit des cartels. L'amélioration de la procédure d'opposition a reçu un bon accueil lors de la consultation.

c) Durcissement des **critères d'évaluation des concentrations d'entreprises soumises à l'obligation d'annonce**, assorti d'allègements administratifs pour les entreprises en cas de fusion entraînant une délimitation internationale du marché et dans le domaine des délais (rapprochement avec les conditions en vigueur dans l'UE): le contrôle des concentrations, tel qu'appliqué aujourd'hui en Suisse, s'est révélé peu efficace. Même avec la pratique récente de la COMCO, il y a lieu de constater que le contrôle des concentrations, inchangé depuis 1995, n'a que peu d'effets lorsqu'il s'agit d'empêcher de fortes concentrations du marché. Le critère d'appréciation doit faire l'objet d'une nouvelle réglementation afin de mieux prévenir l'accumulation de pouvoir économique. S'agissant des critères d'évaluation, la variante 1 du dossier de consultation doit être intégrée au message, afin d'introduire en Suisse le test SIEC (*Significant Impediment to Efficient Competition*), largement répandu dans l'UE. Les concentrations peuvent être interdites ou soumises à des réserves si elles constituent une entrave considérable à la concurrence qui n'est pas compensée par des gains d'efficacité économique. A la différence du système en vigueur, le test SIEC permet d'appréhender l'ensemble des effets positifs et des effets négatifs d'une concentration d'entreprises. Le renforcement et la simplification du contrôle des concentrations ont été salués par la majorité des participants à la consultation.

2.2. Eléments issus de la deuxième consultation

d) Inscription dans la loi d'une **sanction administrative réduite en cas d'application d'un programme efficace visant à faire respecter le droit des cartels** («programme de conformité»): la motion Schweiger, qui a été transmise au Conseil fédéral le 21 septembre 2010, demande que les entreprises qui appliquent un programme efficace aux fins de respecter le droit des cartels ne soient frappées que d'une sanction administrative réduite. Dans le but d'encourager les efforts de conformité légale, elle demande également l'introduction, dans la LCart, de sanctions pénales applicables aux personnes physiques qui ont participé à la mise sur pied d'un cartel. Le projet de révision a été passablement critiqué par les participants à la consultation. La majorité d'entre eux rejette le projet. Seule l'introduction dans la loi d'une sanction réduite pour les entreprises appliquant des programmes de conformité a été approuvée par une petite minorité des participants. C'est pourquoi le Conseil

fédéral a décidé de ne reprendre dans le message que le premier point de la motion Schweiger – à savoir l'atténuation de la sanction fondée sur les programmes de conformité. A cette fin, il est prévu de compléter l'art. 49a LCart en veillant à formuler la disposition de façon à obliger les entreprises à prouver l'exécution ininterrompue d'un programme de conformité efficace et son application résolue.

2.3. Eléments faisant partie du mandat donné par le Conseil fédéral le 17 août 2011

e) **Adaptation de l'art. 5 LCart:** par décision du 17 août 2011, le Conseil fédéral a chargé le DFE de faire interdire par la voie légale les accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique, ainsi que les ententes verticales sur les prix et les cloisonnements territoriaux, tout en autorisant des possibilités de justification. Le 5 octobre 2011, le DFE a mené à ce sujet une consultation sous la forme d'une conférence. Le projet a reçu l'approbation de la plupart des cantons, de la majorité des partis politiques, des organisations de consommateurs, de certaines associations faîtières de l'économie et de la COMCO. Il a par contre été rejeté par de nombreuses associations économiques (dans une moindre mesure par celles représentant des clients finaux) et les milieux des avocats.

Selon la proposition de mise en œuvre élaborée par le DFE, la différence fondamentale par rapport au droit en vigueur réside dans le fait que l'illicéité des accords horizontaux ou verticaux particulièrement nuisibles tiendra à la forme qu'ils revêtent, et non plus à leurs effets économiques, à savoir une atteinte notable à la concurrence. Ainsi, les cinq formes d'accords qui sont déjà directement punissables seront réputées présenter un caractère intrinsèquement illicite en vertu de la loi. Il ne sera plus nécessaire de prouver que ces accords portent une atteinte notable à la concurrence. A l'inverse, de tels accords pourront demeurer licites s'ils sont justifiés par des motifs d'efficacité économique. Il incombera désormais aux entreprises qui font valoir ces motifs d'en apporter la preuve. Ce qui est en principe retenu au titre de l'analyse des gains d'efficacité économique sera réglé par voie d'ordonnance ou de communication, en opérant une distinction entre accords horizontaux et accords verticaux.

f) **Renforcement des actions civiles:** selon la doctrine dominante, seuls ont qualité pour agir à l'heure actuelle les agents économiques dont l'accès à la concurrence ou son exercice sont entravés. L'élargissement de la qualité pour agir aux clients finaux permettra de pallier l'inégalité générée par le fait que ceux-ci ne peuvent pas faire valoir le dommage qu'ils subissent en se fondant sur le droit des cartels. La décision prise par le Conseil fédéral le 17 août 2011 d'introduire une interdiction de principe des accords directement punissables et l'impossibilité, pour l'Autorité de la concurrence, de se saisir à temps, par manque de ressources, de tous les cas visés à l'art. 5 LCart modifient la perspective. Cette nouvelle donne plaide en faveur d'une extension de la qualité pour agir aux clients finaux. Outre les ménages, les pouvoirs publics pourraient eux aussi tenter une action civile, alors que leur qualité pour agir en droit des cartels n'est pas clarifiée à ce jour. Le renforcement des actions civiles a été accepté timidement lors de la première consultation. Le Conseil fédéral estime cependant que cet élément de la révision va dans le sens des efforts visant une meilleure répercussion des avantages de change.

2.4. Eléments de la révision qui ne seront pas repris dans le message

Les éléments suivants, proposés lors des consultations sur la révision de la LCart, ne seront pas repris dans le message:

- **deux variantes concernant l'adaptation de l'art. 5 LCart** proposées lors de la première consultation: la décision du Conseil fédéral de faire interdire, par la voie légale, cinq types d'accords horizontaux et d'accords verticaux a rendu caduques les propositions d'amendement de l'art. 5 soumises lors de la première consultation;
- **élargissement des possibilités de collaboration internationale**: cet élément de la révision a suscité d'importantes réserves de la part des participants à la consultation. C'est pourquoi le Conseil fédéral a décidé de ne pas régler dans la loi la collaboration avec les autorités étrangères en matière de concurrence. Celle-ci sera donc réglée de préférence par la conclusion, avec d'autres Etats, d'accords de coopération en matière de concurrence;
- **poursuite des collaborateurs** ayant contribué à une violation de la législation sur les cartels: la majorité des participants à la consultation se sont dit opposés à l'introduction de sanctions applicables aux personnes physiques. Plusieurs participants craignent que les dirigeants ne rejettent la responsabilité sur leurs collaborateurs. Bon nombre des participants à la consultation ont également fait remarquer que le droit des cartels doit rétablir la concurrence en cas d'abus. La correction du comportement de l'entreprise et la sanction dont celle-ci fait l'objet devraient demeurer au premier plan. Par ailleurs, aux yeux de nombreux milieux consultés, de telles sanctions sont déjà possibles selon le droit en vigueur. Le Conseil fédéral entend tenir compte du mauvais résultat de la consultation et demander au Parlement, dans un rapport en réponse à la motion Schweiger, l'abandon du deuxième point de la motion.

Renseignements:

Aymo Brunetti, chef de la Direction de la politique économique, SECO,
tél. 031 322 21 40