

L'essentiel en bref

I But et teneur de l'évaluation

La **loi sur les cartels (LCart) de 1995** et sa **révision partielle de 2003** ont doté les autorités suisses en matière de concurrence (Commission de la concurrence [COMCO] et son secrétariat) des instruments fondamentaux dont elles disposent pour mener une politique axée sur l'encouragement et le maintien d'une saine concurrence. La révision de 2003 visait principalement l'introduction de **sanctions directes** et de nouveaux instruments (programme de clémence, procédure d'opposition, perquisitions).

Conformément à l'art. 59a de la loi sur les cartels révisée, le Conseil fédéral est tenu de veiller à ce que l'efficacité des mesures prises et l'exécution de la loi fassent l'objet d'une **évaluation**, avant de présenter un rapport au Parlement à l'issue de cette évaluation en lui soumettant des propositions quant à la suite à donner. Le présent **rapport de synthèse** du **Groupe d'évaluation Loi sur les cartels** se fonde sur les quinze rapports et études rédigés dans le cadre de l'évaluation de la loi sur les cartels. Il dresse un état des lieux des effets et du fonctionnement de la loi sur les cartels, pointe les adaptations nécessaires et s'achève par une série de recommandations destinées au législateur et aux parties prenantes à l'exécution (Conseil fédéral, Département fédéral de l'économie et autorités en matière de concurrence).

II Résultats

Les études commandées sur l'**analyse des effets** ont montré les limites connues des méthodes de mesure quantitative des effets. Elles confirment qu'un droit des cartels moderne et une autorité en matière de concurrence dynamique et indépendante présentent de grandes vertus économiques pour la Suisse. Le législateur a donc opté pour la bonne voie. Le droit des cartels doit être incisif et l'autorité en matière de concurrence doit avoir les moyens de l'appliquer. Il convient de limiter les interventions de l'Etat afin de prévenir les erreurs de réglementation, car en plus de la loi sur les cartels, d'autres réglementations de l'Etat influent notablement sur la concurrence, et la loi sur les cartels ne peut corriger que dans une moindre mesure les distorsions de la concurrence qui en résultent.

Dans l'ensemble, les **nouveaux instruments** mis en place par la révision de la loi sur les cartels (sanctions directes, régime de clémence, procédure d'opposition, perquisitions) se sont révélés utiles. Ils contribuent à prévenir ou à mettre au jour des entraves à la concurrence ainsi qu'à promouvoir la concurrence en améliorant l'effet préventif de la loi et la conformité des pratiques au droit des cartels.

L'analyse du **nombre**, de la **durée** et de l'**issue** des procédures engagées par les autorités en matière de concurrence brosse un tableau satisfaisant. Les autorités suisse et européenne chargées des affaires de concurrence traitent, en termes relatifs, approximativement le même nombre de dossiers. S'agissant de la durée des procédures, il n'y a en principe pas lieu d'intervenir. Un bilan montre que, dans 70% des décisions prises, la COMCO a eu gain de cause (80% s'agissant des causes accessoires).

Les objectifs visés et les instruments dont est doté le droit des cartels en Suisse correspondent dans une large mesure aux exigences posées au droit des cartels dans les **autres pays**. Dans certains domaines, toutefois, les standards internationaux ne sont pas atteints. Il s'agit de l'organisation des autorités en matière de concurrence sur le plan institutionnel, de la coopération internationale avec les autorités étrangères, du contrôle des concentrations, du traitement des accords verticaux, des actions civiles en matière de droit des cartels et des sanctions applicables aux personnes physiques.

L'**institution** (la COMCO et son secrétariat) doit faire l'objet d'importantes améliorations ; il existe par exemple des problèmes au niveau de la taille de la COMCO et de son organisation en « milice », de la répartition des compétences entre la COMCO (qui prend les

décisions) et le secrétariat (qui mène les investigations) et de l'indépendance (certains représentants de groupes d'intérêts siègent à la COMCO). L'organisation actuelle des autorités en matière de concurrence doit être changée dans la loi, même si l'organisation prévue permet de faire du bon travail. Les autorités en matière de concurrence devraient être totalement indépendantes (il convient notamment d'exclure les représentants de groupes d'intérêts), l'organe décisionnel doit être professionnalisé et les autorités en matière de concurrence doivent être refondues dans une autorité à un seul niveau. Il est toutefois possible d'apporter dès à présent des améliorations notables au modèle existant, une démarche qui a déjà été engagée.

La **coopération internationale** des autorités en matière de concurrence suisses avec les autorités étrangères se limite actuellement à un échange d'information informel. Pourtant, les interconnexions économiques gagnent en importance du fait de la mondialisation et les entraves à la concurrence dépassant les frontières se multiplient. Lutter contre ces entraves est nettement plus difficile si les autorités en matière de concurrence ne peuvent pas s'échanger les informations confidentielles relatives à des situations spécifiques. Les procédures séparées augmentent par ailleurs inutilement la charge administrative tant pour les autorités que pour les milieux économiques. Il convient donc de conclure au plus vite des accords de coopération avec nos principaux partenaires commerciaux, afin de rendre possible l'échange d'informations confidentielles. Il faudra également créer dans le droit national une base juridique formelle correspondante.

Par rapport à celui des autres pays, le droit suisse régissant le **contrôle des concentrations** d'entreprises présente des carences et se révèle bien pâle dans les moyens qu'il offre pour favoriser la concurrence. Il y a donc un risque que des fusions entraînant des restrictions notables de la concurrence et donc des effets dommageables pour l'économie et les consommateurs suisses soient autorisées. L'harmonisation du régime suisse de contrôle des concentrations avec ceux de l'UE permettrait d'éliminer ces problèmes et de réduire la charge administrative pour les fusions transfrontalières. Il s'agirait parallèlement de mettre en place des instruments modernes (test SIEC, analyse des gains en efficacité et standard dynamique de bien-être des consommateurs) pour contrôler les critères d'intervention dans le cadre des concentrations d'entreprises.

Le législateur suisse s'est écarté de la pratique internationale (notamment communautaire) ainsi que de la doctrine et de la pratique économiques dominantes pour le traitement des **accords verticaux** dans le cadre du droit des cartels. De plus, par sa **communication concernant l'appréciation des accords verticaux**, la COMCO a radicalisé la solution choisie par le Parlement. Tant et si bien que le risque existe de voir empêchés des accords verticaux efficaces entre des agents économiques occupant différents échelons du marché. Il est donc nécessaire d'apporter des modifications dans la loi et son application afin que chaque accord vertical soit examiné sous l'angle de son impact sur la concurrence (y compris les raisons de son efficacité). L'évaluation doit également prendre en compte la concurrence entre les marques (concurrence intermarques), un aspect qu'il conviendra d'inclure lors du prochain réexamen de la **Communication de la COMCO concernant les accords verticaux dans le commerce automobile**.

L'importance de la **procédure civile en matière de droit des cartels** est minime. Il faut la mettre en valeur par le biais de diverses mesures afin que les agents économiques puissent à l'avenir davantage dénoncer eux-mêmes des restrictions à la concurrence. Les principales mesures à cet égard comprennent des améliorations touchant à l'administration de la preuve, la qualité pour agir et les dommages-intérêts. La voie du droit privé ne fait pas concurrence à la procédure administrative ; elle constitue un élément complémentaire de mise en œuvre du droit des cartels.

Pour la **procédure administrative relative au droit des cartels**, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une loi distincte sur la procédure en matière de cartels, ni même pour résoudre des problèmes liés à la CEDH. Il faut en revanche adapter certains points du droit en vigueur,

afin de supprimer les incertitudes et les insécurité juridiques existantes et d'améliorer les instruments visant à mettre au jour les restrictions illicites à la concurrence (p. ex. renversement du fardeau de la preuve, intérêt moratoire, applicabilité immédiate). Il est possible que des adaptations s'imposent également du fait de la jurisprudence.

L'opinion selon laquelle une protection de la concurrence efficace passe par la sanction des personnes responsables en plus de la sanction des entreprises a récemment gagné du terrain au niveau international. Ceci parce que, en dernière analyse, ce sont bien des personnes physiques qui concluent les ententes cartellaires. C'est la raison pour laquelle il faut examiner l'introduction de **sanctions administratives à l'encontre des personnes physiques** (y compris le régime de clémence pour les personnes physiques). Une fois encore, les sanctions des personnes physiques ne font pas concurrence aux sanctions des sociétés ; elles constituent un instrument supplémentaire pour l'application du droit des cartels.

La loi sur les cartels règle les relations avec la **propriété intellectuelle**. L'importance des dispositions révisées est limitée. A l'avenir non plus il ne faut pas escompter d'incidence majeure. Si l'on souhaite promouvoir les importations parallèles et prévenir les effets de cloisonnement qui influent sur la concurrence pouvant naître de l'épuisement national, les mesures correctives seraient plus efficaces dans le droit des brevets, dont le Parlement délibère actuellement.

La **communication PME** et la **communication sur l'utilisation de schémas de calculs** fondées sur l'article sur les PME ont accru la sécurité juridique et se sont révélées efficaces. Il n'est pas justifiable d'appliquer des dérogations supplémentaires aux PME dans le cadre du droit des cartels.

III Synthèse

Globalement, le concept de la loi sur les cartels **a fait ses preuves**. Les instruments introduits par la révision de la loi, en particulier, répondent aux attentes du législateur. Mais des **améliorations** sont **possibles** et **nécessaires** à divers égards, si bien que l'on a pu formuler quatorze recommandations en ce sens :

La recommandation n°1 constitue le **principal constat** de l'évaluation :

1. Il faut conserver le **concept de la loi sur les cartels** tel qu'introduit en 1995 et révisé en 2003. Il n'est pas nécessaire de retoucher les instruments ajoutés en 2003 (sanctions directes, régime de clémence et perquisitions).

Les améliorations dont il est question dans les recommandations n°2 à n°5 sont **prioritaires** et justifient une révision de la loi sur les cartels.

2. Les **autorités en matière de concurrence** doivent être totalement indépendantes des milieux politiques et économiques et les décideurs professionnalisés. La commission et le secrétariat doivent être refondus dans une autorité à un seul niveau.
3. Pour pouvoir procéder à un échange formel d'informations confidentielles entre les autorités en matière de concurrence suisses et étrangères, notre pays doit conclure des **accords de coopération** avec ses principaux partenaires commerciaux. Il importe en outre, dans ce même but, d'introduire une **base légale formelle** dans le droit suisse habilitant les autorités en matière de concurrence à communiquer des données sous certaines conditions.
4. Il faut harmoniser les **contrôles des concentrations** suisses avec ceux de l'UE. Mise en place du test SIEC et de l'analyse des gains en efficacité avec un standard de bien-être adapté à la Suisse (standard dynamique de bien-être des consommateurs). Il faut parallèlement adapter les critères d'intervention (abaisser notamment les montants seuils).

5. *Au chapitre des **restrictions aux accords verticaux**, il convient d'abandonner la présomption d'illicéité prévue par la loi. Il faut en revanche conserver le système des sanctions directes en cas de prix de vente minimum ou fixe et de restrictions territoriales.*

*A la suite de cette révision, il faudra améliorer le **volet civil du droit des cartels**, le **droit procédural** et le **système des sanctions**, ou les soumettre à un examen. Il conviendra également d'améliorer la mise en œuvre.*