

Résumé

I But et teneur de l'évaluation

La **loi sur les cartels (LCart) de 1995** a profondément modifié le droit suisse de la concurrence et jeté les bases du système actuel. Elle s'articule en trois axes: les ententes cartellaires entre entreprises, les abus de position dominante et le contrôle des fusions. La **révision partielle de 2003** a doté les autorités suisses en matière de concurrence (Commission de la concurrence [COMCO] et son secrétariat) de nouveaux instruments leur permettant de créer les conditions propres à promouvoir et à garantir une concurrence efficace. L'introduction de **sanctions directes** et de nouveaux instruments (programme de clémence, procédure d'opposition, perquisitions) était au cœur de la révision. La loi sur les cartels révisée est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004.

L'art. 59a de la loi sur les cartels révisée en 2003 formule le **mandat d'évaluation**: le Conseil fédéral veille à ce que l'exécution de la loi sur les cartels et l'efficacité des mesures prises fassent l'objet d'une évaluation, présente un rapport au Parlement d'ici le printemps 2009 et lui soumet des propositions quant à la suite à donner à l'évaluation. L'évaluation tient compte des directives du Département fédéral de l'économie, de la procédure d'examen de la politique suisse en matière de concurrence effectuée par l'OCDE en 2006 (*peer review*) et de huit interventions parlementaires (interpellation J. Alexander Baumann, 06.3237, 11.05.2006; postulat de la Commission des affaires juridiques CN, 06.3634, 03.11.2006; interpellation Eduard Engelberger, 07.3142, 22.03.2007; interpellation Christophe Darbellay, 07.3192, 23.03.2007; motion Rolf Schweiger, 07.3856, 20.12.2007; initiative parlementaire Hans Kaufmann, 08.443, 13.06.2008; motion Dominique de Buman, 08.3509, 23.09.08; interpellation Luc Recordon, 08.3640, 03.10.08).

L'évaluation avait pour **objet**, d'une part, les nouveaux instruments et les nouvelles dispositions de la loi sur les cartels révisée, les sanctions, le programme de clémence, la procédure d'opposition, les perquisitions, l'art. 3, al. 2, LCart sur la propriété intellectuelle, l'art. 5, al. 4, LCart sur les accords verticaux et la clause PME. Il importait, d'autre part, d'évaluer autant que faire se peut les effets de la loi sur les cartels. Enfin, l'évaluation entendait déterminer dans quelle mesure il conviendra d'apporter des modifications à la loi sur les cartels.

Le présent **rapport de synthèse** se fonde sur 15 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 organes d'exécution (Conseil fédéral, Département fédéral de l'économie et autorités en matière de concurrence).

Le **Groupe d'évaluation Loi sur les cartels**, composé d'un **groupe de pilotage** et d'un **groupe de contact**, était responsable de l'évaluation. La mise en place du groupe de pilotage et la sélection des membres ont apporté une double garantie: l'évaluation pouvait s'appuyer sur une vaste base de connaissances et d'expériences et être effectuée avec l'indépendance requise vis-à-vis des milieux politiques et des autorités. Le groupe de pilotage avait entre autres pour mission d'adopter différents rapports (rapports d'évaluation, études, rapport de synthèse) que le groupe de contact avait élaborés et suivis. Commencés en mars 2007, les travaux d'évaluation se sont achevés en décembre 2008.

Le groupe de pilotage avait pour **membres**: R. Corazza (secrétariat de la COMCO, directeur, responsable du projet d'évaluation de la LCart et président du groupe de pilotage), U. Böge (ancien président du Bundeskartellamt allemand et du Réseau international de la concurrence RIC), A. Brunetti (SECO, chef de la Direction de la politique économique), W. Bussmann (OFJ, responsable de l'évaluation législative et des questions touchant au fédéralisme), D. Herren (Université de Berne, Institut de droit économique) et V. Martenet (Université de Lausanne, vice-président de la COMCO). Le groupe de contact était constitué de F. Stüssi (secrétariat de la COMCO, rapporteur, chef du projet d'évaluation de la LCart),

B. Zirlick (secrétariat de la COMCO, chef du centre de compétence Droit), S. Michal (SECO, suppléant du chef du secteur Croissance et politique de la concurrence) et S. Rutz (secrétariat de la COMCO, chef du centre de compétence Economie).

Les différents **projets d'évaluation** portaient sur différents thèmes et niveaux d'évaluation: les effets de la loi, le résultat des activités des autorités en matière de concurrence, et la conception et l'exécution de la loi. Les résultats se fondent sur des études réalisées tant à l'externe qu'au sein de l'administration. Les instituts, entreprises et experts suivants ont été sollicités pour les projets externes: Polynomics AG, le Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung en collaboration avec le Centre de recherches conjoncturelles de l'EPFZ, A. Heinemann, C. Baudenbacher et R. Specht (Specht Consulting GmbH). Les analyses internes à l'administration ont été effectuées par des collaborateurs du secrétariat de la COMCO, du SECO et de l'OFJ.

II Résultats

Les effets de la loi sur les cartels

Les études commandées sur l'**analyse des effets** ont montré les limites connues des méthodes de mesure quantitative des effets. Quantifier les effets économiques d'une loi sur l'économie est difficile car cette dernière est influencée, outre par la loi sur les cartels et les activités des autorités en matière de concurrence, par de multiples facteurs tels que l'évolution de la conjoncture, les innovations techniques ou les interventions de l'Etat. L'analyse des effets des décisions prises par les autorités en matière de concurrence sur des marchés précis est par ailleurs complexe.

Les experts se sont toutefois efforcés de quantifier les **effets macroéconomiques de la loi sur les cartels** dans trois branches données (commerce de détail, banque de détail [*retail banking*] et approvisionnement en énergie). Les conséquences de décisions concrètes prises par la COMCO ont en outre été mesurées au travers de cinq études de cas touchant des domaines clés de la loi sur les cartels (accords horizontaux, abus de position dominante, concentrations d'entreprises et accords verticaux). Les cinq décisions suivantes de la COMCO ont été examinées: marché de l'asphaltage (DPC 2000/4, p. 588ss.), Swisscom ADSL (cf. DPC 2004/2, p. 407 ss.), projet de concentration entre Pfizer et Pharmacia (DPC 2003/2, p. 314 ss.), communication concernant l'appréciation des accords verticaux dans le commerce automobile sous l'angle du droit en matière de concurrence (DPC 2002/4, p. 770 ss.), régime de prix imposés et prix unique du livre (DPC 2007/2, p. 341 ss.).

Les études montrent *premièrement* qu'un **droit des cartels moderne** et une **autorité en matière de concurrence dynamique et indépendante** ont de **grandes vertus économiques** pour la Suisse. La loi sur les cartels et la COMCO ont ainsi contribué de manière décisive au gain d'efficacité dans le domaine de l'approvisionnement énergétique. Sur le marché du livre également, l'intervention de la COMCO a eu un impact positif. *Deuxièmement*, si les études permettent d'identifier les **avantages d'une utilisation mesurée des instruments du droit des cartels**, une intervention trop marquée risque d'induire des dysfonctionnements de la réglementation. Selon les études effectuées sur le commerce de détail et les services bancaires de détail, les interventions des autorités en matière de concurrence ont entraîné, dans les branches concernées, des adaptations rapides et permis des économies d'échelle. *Troisièmement*, les études portant sur le régime de contrôle des concentrations et l'appréciation des accords verticaux sur le marché automobile montrent que le **droit des cartels** doit être efficace, que l'**autorité en matière de concurrence** doit disposer des moyens de sa politique et que les tâches administratives doivent être limitées pour les entreprises. *Quatrièmement*, l'enquête sur le marché de l'ADSL a montré que les **règlementations étatiques** peuvent avoir une grande influence sur la concurrence et que la **loi sur les cartels** ne peut corriger les faiblesses que de manière limitée. Il apparaît, *cinquièmement*, que la voie choisie par le législateur en déployant les **nouveaux instruments** de la loi sur les car-

tels est pertinente dans l'optique du renforcement de la concurrence et, partant, de la création d'effets économiques positifs.

Les effets des nouveaux instruments

Les pratiques anticoncurrentielles présentent un intérêt pour les entreprises tant que l'Etat ne modifie pas leur rapport coût-utilité par une intervention ad hoc (en augmentant les coûts). La menace crédible de lourdes sanctions de nature variée contribue à empêcher ces pratiques. Dans ce contexte, les instruments nouvellement introduits par la loi sur les cartels révisée constituent une composante essentielle de la politique suisse en matière de concurrence. Leur impact a fait l'objet d'**enquêtes** approfondies menées auprès des entités directement concernées: double enquête auprès d'environ 70 avocats spécialisés dans le droit des cartels, double enquête auprès de 100 entreprises et de 50 associations, triple enquête auprès des collaborateurs du secrétariat de la COMCO, entretiens structurés uniques auprès de sept avocats spécialistes du droit des cartels, de dix grandes entreprises et de quatre associations, enquête unique auprès d'experts étrangers.

Les enquêtes ont montré que, **dans l'ensemble**, les **nouveaux instruments** mis en place par la révision de la loi sur les cartels (sanctions directes, programme de clémence, perquisitions, procédure d'opposition et disposition finale) se sont révélés **utiles**. Ils contribuent à **prévenir ou à mettre au jour des entraves à la concurrence** ainsi qu'à **promouvoir la concurrence**. Il ressort que la révision de la loi sur les cartels a accru l'**effet préventif** de la loi, la **conformité au droit des cartels** et la **peur des entreprises** de voir les autorités en matière de concurrence mettre au jour un comportement illicite. On constate donc une diffusion plus large des programmes d'adhésion volontaire antitrust (*antitrust compliance programmes*). Les instruments introduits ont augmenté l'**esprit de coopération** des entreprises et renforcé la **position des autorités en matière de concurrence**.

L'**objectif du législateur** est donc atteint sur le fond. Les effets induits par la révision de la loi sur les cartels découlent principalement des **possibilités de sanctions directes** et des **perquisitions**. Il ressort, d'après l'expérience des autorités en matière de concurrence, qui se recoupe avec les expériences faites sur le plan international, que le **programme de clémence** se profile de plus en plus comme un instrument incontournable pour mettre au jour et prouver l'existence d'entraves à la concurrence.

Mais les nouveaux instruments ont aussi pour corollaire une **charge de travail plus élevée** et requièrent davantage d'effectifs. En outre, la révision a entraîné temporairement une **baisse de la sécurité du droit**. Certains signes laissent penser que les autorités et les entreprises tendent à regarder certaines pratiques d'un oeil plus critique sous le nouveau droit que sous l'ancien.

La *procédure d'opposition* et les *ressources* à disposition peuvent encore être améliorées. Il importe en outre, eu égard au *système de sanction directe* d'ententes cartellaires particulièrement nuisibles, de clarifier la notion de *réfutation de la présomption d'illicéité*.

- En conformité avec la volonté du législateur, il convient de conserver l'énoncé de l'art. 49a, al. 1, LCart (*sanctions directes*), qui prévoit que les accords illicites particulièrement nuisibles (cartels durs) sont punissables indépendamment de la réfutation de la présomption d'illicéité (suppression de la concurrence).
- L'introduction de possibilités de sanctions rend nécessaire une *procédure d'opposition* correspondante afin d'assurer une sécurité du droit maximale. Cette procédure permet aux entreprises de soumettre à l'examen des autorités en matière de concurrence le potentiel de nuisance que recèlent leurs projets en matière de stratégies commerciales et de produits. La possibilité de sanction directe dans la procédure d'opposition ne devrait toutefois pas être rétablie à l'ouverture d'une enquête préalable, mais à l'ouverture d'une enquête seulement, et le délai légal de cinq mois devrait être raccourci. On peut

envisager un délai de deux à trois mois ou d'un mois avec option de prolongation de deux mois (comme pour le contrôle des concentrations).

- Les nouveaux instruments impliquent une charge de travail plus élevée. Alors qu'il avait été envisagé, à l'occasion de la révision de 2003, de doter le secrétariat de la COMCO de 15 postes supplémentaires, les moyens mis à disposition jusqu'à fin novembre 2008 ne lui ont permis de créer que cinq nouveaux postes. Pour rendre le droit des cartels encore plus efficace, il importe de doter le secrétariat de la COMCO de moyens supplémentaires, tant sur plan financier que du personnel.

Durée, issue et nombre des procédures engagées par les autorités en matière de concurrence

En analysant de manière approfondie 142 enquêtes préalables et 79 enquêtes sous l'angle du degré d'avancement et des voies de recours, on constate que la **durée des procédures** varie fortement et dépend de multiples facteurs ou circonstances propres au cas d'espèce. S'il est presque toujours possible d'améliorer l'efficacité des procédures, l'analyse n'a pas démontré que les autorités en matière de concurrence devaient prendre des mesures immédiates. Rien n'indique que les procédures examinées étaient excessivement longues.

L'analyse de l'**issue des procédures** engagées par les autorités en matière de concurrence visait à déterminer le taux de *réussite* de la COMCO, tant sous l'angle de la cause principale que des causes accessoires. L'examen a porté sur les différentes étapes des procédures de recours et sur le bilan de la COMCO devant les différentes instances de recours, à savoir l'ex-Commission de recours pour les questions de concurrence (REKO/WEF), le Tribunal administratif fédéral (TAF) ou le Tribunal fédéral (TF). Les décisions publiées dans le DPC de 1997 à 2007 ont servi de données de départ. L'analyse indique que le *bilan global* de la COMCO est positif. Dans 70% des décisions prises (80% s'agissant des causes accessoires), la COMCO a eu gain de cause. L'analyse spécifique des décisions du TAF et du TF montre que les procédures engagées par la COMCO devant le TF aboutissent plus souvent que celles engagées devant le TAF (ou principalement devant l'ex-REKO/WEF). Ce bilan en demi-teinte devant le TAF est toutefois à nuancer à l'aune des décisions rendues par le TF et des changements de pratiques des entreprises (en dépit de procédures gagnées). Devant les instances de recours, la COMCO présente un meilleur taux de réussite dans les causes accessoires que dans les causes principales.

Une *comparaison a été faite entre les autorités suisse et européenne de la concurrence sur la base d'un échantillon du nombre des procédures. Le comparatif a tenu compte du budget et des effectifs (nombre de personnes employées)*. Il parvient à la conclusion que les autorités suisses de la concurrence ont traité, entre 2002 et 2005, **quasiment le même nombre de procédures** que l'autorité européenne de concurrence (en proportion du budget et de l'effectif en personnel).

En résumé, l'analyse du *nombre*, de la *durée* et de l'*issue* des procédures engagées par les autorités en matière de concurrence présente un tableau satisfaisant.

La loi sur les cartels en comparaison internationale

Une comparaison effectuée entre le droit suisse des cartels et celui de certains **pays et communautés** (UE, Allemagne, France, Pays-Bas, Royaume-Uni, Etats-Unis) a montré que la législation suisse sur les cartels s'est rapprochée, grâce aux réformes de 1995 et 2003, des bonnes pratiques internationales (*best practice*). Les objectifs visés et les instruments correspondent, dans une large mesure, aux exigences posées à un droit des cartels moderne.

Dans certains domaines toutefois la loi fédérale sur les cartels ne correspond pas aux normes internationales. D'une part, parce que certaines réformes envisagées en Suisse dans le cadre de précédentes révisions ont été reportées et, d'autre part, parce que les bases léga-

les ont progressé pendant ce temps à l'étranger. Des **adaptations** sont **nécessaires** dans les domaines suivants: organisation institutionnelle (professionnalisation et attribution plus claire des compétences), b) coopération internationale (possibilité de coopérer avec des autorités étrangères afin de réprimer les pratiques anticoncurrentielles), c) traitement des accords verticaux (traitement au cas par cas, adaptation à la complexité du marché et à la doctrine économique actuelle), d) contrôle des concentrations (modernisation des tests et modification des critères d'intervention), e) procédure civile (renforcement général des actions de droit civil), f) sanctions applicables aux personnes physiques (introduction de sanctions administratives individuelles).

Ces domaines ont été minutieusement examinés dans l'évaluation. En mettant en œuvre les **recommandations** proposées par le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels, on permettrait au droit suisse des cartels d'intégrer les connaissances les plus récentes dans ce domaine.

Institutions

Les études effectuées dans le cadre de l'évaluation montrent que des **améliorations** doivent être apportées, tant du côté de la commission que du secrétariat de la COMCO, même si un travail de qualité peut, en principe, être exécuté en s'appuyant sur l'organisation prévue par la loi et le règlement interne. Afin d'améliorer le professionnalisme et l'efficacité des autorités en matière de concurrence, il faut – premièrement – modifier les dispositions légales (*de lege ferenda*). D'ici son entrée en vigueur (et en partie indépendamment de cela), des améliorations essentielles peuvent – deuxièmement – déjà être obtenues (*de lege lata*) dans le système actuel par des mesures à court ou moyen terme touchant à l'organisation de la commission et au traitement des affaires (mode opératoire de la COMCO et du secrétariat).

L'**adaptation** suivante de la **législation** (*de lege ferenda*) est nécessaire pour obtenir l'indispensable optimisation de la structure et du fonctionnement des autorités en matière de concurrence telles que prescrites par la loi :

- Les autorités en matière de concurrence doivent être structurées, que ce soit sous une forme organisationnelle à un ou deux niveaux, de manière **totale indépendance**: de manière indépendante de la sphère politique, sans que des représentants de groupes d'intérêts ne siègent dans l'organe, sans mandats de conseils d'administration; la mise au concours des postes de l'organe décisionnel s'effectue sur la base d'une proposition émanant d'un groupe d'experts et la nomination est effectuée par le Conseil fédéral ou le Parlement.
- L'**organe décisionnel** de l'autorité structurée en un ou deux niveaux doit être **professionnalisé** eu égard à sa taille (trois à cinq membres), à la matière (équilibre entre experts juristes dans les domaines du droit des cartels et du droit administratif et experts économiques en micro-économie et économie industrielle), au taux d'occupation (au moins présidence à plein temps), au recrutement et aux incitations financières et touchant au plan de carrière.
- L'attribution des compétences au sein des autorités en matière de concurrence – la commission (autorité décisionnelle) et son secrétariat (autorité d'investigation) – doit être clarifiée, que ce soit par une fusion des deux autorités (**autorité à un niveau**) ou par une séparation nette (**autorité à deux niveaux**). Le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels privilégie l'option «**autorité à un niveau**».

De lege lata, les **mesures** prises à court ou moyen terme apportent, avec une charge de travail acceptable, de nettes améliorations pour les tâches de la législature en cours. Ces mesures visent à améliorer la performance, la conduite et les processus décisionnels de la COMCO, l'orientation des processus et la culture d'entreprise au sein du secrétariat et la coordination entre la commission et le secrétariat. Ces mesures, qui doivent être mises en œuvre dans le cadre d'un projet faisant l'objet d'un suivi externe, sont déjà amorcées. La COMCO a ainsi arrêté, le 15 septembre 2008, les mesures correspondantes, qu'il convient

de saluer. A cette même date, la commission a décidé d'abandonner le modèle des chambres au profit d'un modèle de présidence. Cette décision est aussi positive. La présidence devrait néanmoins être complétée par la présence d'un/e économiste indépendant/e (deuxième vice-président/e).

Coopération avec les autorités étrangères

Dans un contexte où la libéralisation et les interconnexions économiques gagnent en importance du fait de la mondialisation, les **entraves à la concurrence dépassant les frontières** et relevant du domaine de compétence des autorités de plusieurs pays se multiplient. Les échanges internationaux sur les aspects économiques et juridiques du domaine de la concurrence revêtent toujours plus d'importance pour le travail quotidien des autorités en matière de concurrence. Ils augmentent les connaissances des autorités au niveau national et international et les possibilités de sanctionner les entraves internationales à la concurrence.

La coopération internationale de la Suisse **se limite** toutefois à un **échange d'informations informel**. Au-delà des possibilités de coopération informelles entre les autorités suisses et étrangères, des organisations internationales proposent une plateforme favorisant les échanges informels concernant les questions pratiques du droit de la concurrence (p. ex. OCDE, International Competition Network ICN). Cet échange d'informations s'effectue toutefois en principe indépendamment des cas concrets.

La Suisse n'a pas conclu, à ce jour, d'*accord international global en matière de coopération*. Il n'existe pas non plus de *norme légale nationale* régissant l'**échange d'informations formel** entre des autorités en matière de concurrence. Seul existe, au niveau bilatéral, l'accord entre la Suisse et l'UE sur le transport aérien. Si, dans l'*accord de libre-échange* en vigueur, les dispositions sur la concurrence prévoient pour la plupart une coopération, le niveau de collaboration est toutefois inégal et l'échange d'informations confidentielles est exclu. Bien que l'accord de libre-échange récemment négocié avec le Japon contienne un chapitre entier sur la coopération relative aux questions de concurrence, il n'autorise pas non plus d'échange d'informations confidentielles sur des cas concrets.

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.

Contrôle des concentrations

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 d'intervention qu'il offre pour favoriser la concurrence. Pour que la COMCO puisse interdire une fusion, le constat d'établissement ou de renforcement d'une position dominante n'est pas suffisant aux termes du droit en vigueur. Il faut que ladite position dominante soit propre à supprimer une concurrence efficace (et non seulement à l'affecter de manière notable). Ainsi, la barre interdisant une fusion est placée bien plus haut en Suisse que dans les pays européens et d'autres pays industriels qui ont un ordre juridique comparable. Le risque existe donc que des fusions entraînant des restrictions notables de la concurrence et donc des effets dommageables pour l'économie et les consommateurs suisses soient autorisées.

Une **harmonisation** du régime suisse de contrôle des concentrations avec celui de l'UE présenterait de nombreux avantages. Elle permettrait de disposer d'une méthode contemporaine d'analyse des effets (*test SIEC, analyse des gains en efficacité, standard dynamique de bien-être des consommateurs*) mieux à même de garantir des décisions économiquement fondées et d'améliorer la cohérence des décisions et de diminuer la charge administrative pour les autorités et les entreprises en cas de fusions transfrontalières.

Si l'on révisé le mécanisme de contrôle des restrictions notables de la concurrence (introduction du test SIEC), il faut aussi réexaminer les **critères d'intervention**: a) **abaissement des montants seuils** à un niveau comparable à celui d'autres pays européens, b) conclusion d'un **accord bilatéral avec l'UE** (et éventuellement avec d'importants pays industriels) concernant les fusions transfrontalières, et c) **introduction d'une présomption d'illicéité** pour les fusions non soumises à notification (possibilité d'intervenir dans les cas non soumis à notification mais apparaissant comme problématiques). Le réexamen doit tenir compte des interdépendances entre les points a) et c).

En cas de révision du régime de contrôle des concentrations, il faudrait en outre **examiner de près un certain nombre d'aspects juridiques** soulevés lors de l'évaluation du système. **Il s'agit par exemple** des exigences posées à une **notification** des concentrations impliquant des marchés de dimension internationale ou la possibilité d'une prolongation des délais légaux prévus pour l'appréciation d'une concentration d'entreprises.

Accords verticaux

A l'occasion de la révision de 2003, le législateur a durci les règles concernant les accords verticaux entre entreprises occupant différents échelons du marché. Le nouvel **art. 5, al. 4, LCart** prévoit que les accords qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace. L'adoption de l'art. 5, al. 4, LCart s'inscrit dans le contexte de la discussion – entamée avant la révision et qui s'est poursuivie au-delà – concernant l'existence ou non d'un *îlot suisse de cherté*, notamment par rapport à l'UE.

Après l'entrée en vigueur du nouvel article, la COMCO a adapté sa **communication concernant l'appréciation des accords verticaux** (DPC 2007/4, p. 681 ss.) au nouveau texte. Par cette communication, la COMCO indique les critères selon lesquels elle appréciera la présomption de suppression de la concurrence efficace, le caractère notable de la restriction de la concurrence et les motifs justificatifs.

Tant l'article de loi que la communication ont essuyé et continuent d'essuyer un feu roulant de **critiques**, qui ont été examinées dans différentes perspectives au cours de l'évaluation. *Premièrement*, il ressort d'une **comparaison des systèmes juridiques** que la tendance qui se dessine au niveau international est à la *flexibilisation et au traitement* des restrictions verticales au *cas par cas* en fonction des conditions concrètes du marché. L'idée selon laquelle les effets de certaines catégories d'accords verticaux sur la concurrence ne répond à aucune règle générale fait son chemin.

Deuxièmement, la **théorie économique et l'analyse empirique** confortent les résultats de la comparaison internationale. *D'une part*, une attitude plus restrictive à l'égard de certains accords verticaux ne peut pas être justifiée économiquement. *D'autre part*, des restrictions verticales peuvent se révéler être un instrument efficace pour résoudre des problèmes de coordination au sein de chaînes de production verticales et influencer positivement sur le niveau de bien-être. Du moment que la structure du marché permet une concurrence intermarques, il est improbable que des restrictions verticales aient des effets dommageables.

Troisièmement, sur les 91 **affaires concernant des accords verticaux portées devant la COMCO** après l'entrée en vigueur du nouvel article qui ont été **analysées dans le cadre de l'évaluation**, la majeure partie se sont révélées **licites** (ou ne présentaient tout du moins pas d'indices de pratiques illicites). Ce résultat tient principalement au fait que les pratiques n'avaient pas d'incidence notable sur la concurrence (près de 70% des cas).

En adoptant l'art. 5, al. 4, LCart, le législateur suisse s'est écarté de la pratique internationale (notamment communautaire) ainsi que de la doctrine dominante et de la pratique économiques dominantes pour le traitement des accords verticaux dans le cadre du droit des cartels. De plus, par sa communication, la COMCO a encore 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 **adaptations à la loi et à son exécution**:

- 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.
- Les chiffres 10 et 12 de la communication concernant les accords verticaux doivent être adaptés. Le premier en ce sens que la preuve d'une concurrence entre des pres-tataires de marques différentes (concurrence intermarques) doit être suffisante pour ré-futer la présomption de suppression de la concurrence efficace. Le second en ce qu'il faut abandonner le lien automatique entre restriction verticale et caractère notable de la restriction. Il faudra tenir compte de cet aspect dans la prochain réexamen de la *Communication de la COMCO concernant les accords verticaux dans le commerce au-tomobile*.

Procédure civile en matière de droit des cartels

Vu le petit nombre d'actions civiles relevant du droit des cartels portées devant les tribunaux cantonaux (qui sont les instances compétentes en Suisse), ce domaine n'a pas une grande **portée** dans notre pays. Dans les conditions actuelles, les avis sont partagés sur la question du renforcement de la voie civile et du développement des moyens et des instruments nécessaires. Les tribunaux tendent à se prononcer contre un tel renforcement.

Contrairement à la réserve manifestée en Suisse, des discussions ont lieu au niveau **inter-national** sur l'importance des actions civiles dans le droit des cartels ; des mesures ont par ailleurs été prises dans le sens d'un renforcement du volet civil du droit des cartels. Comme l'attestent bien deux études réalisées dans le cadre de l'évaluation, un grand nombre de fac-teurs différents s'opposent au développement des actions civiles en Suisse. Pour donner une place plus importante aux procédures de droit privé, il faut par conséquent adapter le cadre juridique général de manière à ce que, tout bien considéré, les personnes intéressées soient incités à faire valoir leurs droits via une action en matière civile. Les modifications de- vraient s'intégrer au système juridique en vigueur.

Il faut donner une **place plus importante** aux actions civiles en relation avec le droit des cartels en prenant une série de mesures qui donnent aux agents économiques davantage de moyens pour lutter de manière autonome contre les restrictions à la concurrence. Les princi-pales mesures touchent l'administration de la preuve, la qualité pour agir et les dommages-intérêts. Afin d'éviter les abus, il convient de ne pas intégrer les dommages-intérêts multiples et les actions collectives («class actions»). L'action de droit privé ne fait pas concurrence à la procédure administrative; elle s'inscrit comme un instrument supplémentaire dans le système d'application du droit des cartels. Le déroulement parallèle des procédures civile et adminis-trative ne devrait pas poser de gros problèmes.

Droit procédural et CEDH

La révision de 2003 de la loi sur les cartels n'a presque pas touché le **droit procédural**. C'est d'autant plus singulier que de nombreuses questions se posaient en rapport avec le droit supérieur (Constitution fédérale et CEDH) et avec les exigences d'équité, mais aussi d'efficacité de la procédure, notamment du fait de l'introduction des sanctions directes, du régime de clémence et des perquisitions. Dans l'évaluation, il s'agissait, *d'une part*, d'examiner, sur la foi d'un certain nombre de thèmes importants, si et comment il était possi-ble de satisfaire à une application du droit des cartels efficace et respectant les principes ré-gissant l'activité de l'Etat dans la perspective des personnes concernées par la procédure ainsi que des autorités responsables. *D'autre part*, il fallait déterminer si l'adoption de règles de procédure propres au droit des cartels était indiquée et si l'application de la loi sur les car-tels soulevait des problèmes (procéduraux) sous l'angle de la CEDH.

Selon une analyse réalisée dans le cadre de l'évaluation, le droit procédural ne requiert pas de **changements** fondamentaux. Un droit spécifique régissant la procédure pour le droit des cartels n'est pas nécessaire. Moyennant des adaptations ponctuelles, un grand nombre de problèmes peuvent être résolus par l'application pragmatique des règles du droit procédural en vigueur. Le principe vaut aussi pour les problèmes (de procédure) en relation avec la **CEDH** dans l'application de la loi sur les cartels.

En revanche, des **modifications ponctuelles de la loi sur les cartels et de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)** sont indiquées:

- *d'une part*, la loi contient plusieurs *points flous donnant une marge d'interprétation*, ce qui implique une certaine insécurité juridique tant pour les autorités que pour les entreprises. Les points à préciser concernent notamment l'obligation de renseigner faite aux participants à une procédure, le *legal privilege*, les émoluments, les intérêts moratoires, la participation de la présidence aux enquêtes, le droit des parties à prendre position sur le projet de décision et la praticabilité des procédures collectives. Sur ces points, une adaptation des bases légales présenterait des avantages;
- *d'autre part*, la *jurisprudence des instances de recours* pourrait exiger une révision de la loi sur les cartels si elle venait concrètement à entraver gravement voire complètement l'action des autorités contre les restrictions à la concurrence. Il s'agit ici essentiellement de questions institutionnelles touchant l'indépendance des autorités et plus particulièrement la délimitation des tâches et des compétences entre autorités chargées de l'enquête et autorités décisionnelles.

Inversement, dans les cas où le régime en vigueur déploie des effets positifs, il faudrait éviter de modifier et plus particulièrement d'**affaiblir** les règles en vigueur qui ont fait leurs preuves dans le régime actuel, par exemple en refusant d'intégrer à la loi régissant les juristes d'entreprise une disposition qui réduit l'efficacité des perquisitions réalisées dans le cadre du droit des cartels (*legal privilege*) ou rejetant l'abandon des sanctions dans les programmes d'adhésion volontaire (*compliance programmes*).

Il convient enfin d'adapter la loi lorsqu'il faut **alléger les procédures** ou introduire de nouveaux instruments permettant de mieux mettre au jour des restrictions illicites à la concurrence (p. ex. renversement du fardeau de la preuve sur les entreprises pour justifier leurs agissements, sanction des personnes physiques, applicabilité immédiate des décisions relevant du droit des cartels, extension des moyens de surveillance et d'enquête, etc.).

Sanction des personnes physiques

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*. Qu'elles prennent une forme *administrative ou pénale*, les **sanctions frappant les personnes physiques** ont un effet dissuasif beaucoup plus grand que celles frappant les entreprises. L'institution juridique de la sanction frappant les personnes physiques doit être considérée, en principe, comme un instrument législatif adapté pour l'application effective du droit de la concurrence.

Bien que l'introduction de sanctions à l'encontre de personnes physiques puisse être un **moyen efficace de durcir le droit des cartels**, il faut bien souligner qu'elle impliquerait des *changements considérables du cadre légal*. Actuellement, il n'y a pas véritablement urgence en Suisse à adopter de telles mesures puisque, contrairement à la plupart des juridictions examinées dans le cadre de l'enquête, tout le potentiel de l'institution des sanctions administratives à l'encontre des entreprises n'a pas encore été totalement exploré chez nous. Tant que les possibilités offertes par l'art. 49a LCart n'ont pas été exploitées, il est difficile de comparer la situation en Suisse avec celle rencontrée aux Etats-Unis, dans l'UE ou en Allemagne. Un système de sanctions doit être jugé dans sa globalité (droit administratif, pénal et privé).

Bien que l'introduction de **sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques** (incluant des peines privatives de liberté) recèle un potentiel de dissuasion considérable, elle n'est pas pertinente pour l'heure.

Il y a lieu en revanche d'envisager l'introduction de **sanctions administratives à l'encontre des personnes physiques** (c'est-à-dire des amendes). Leur introduction peut être un instrument efficace pour durcir la loi sur les cartels. Les autorités en matière de concurrence devraient cependant d'abord développer, en s'appuyant sur le droit en vigueur, une pratique cohérente de sanctions administratives à l'encontre des entreprises en édictant des principes directeurs, gages pour les entreprises et les personnes physiques responsables de prévisibilité et de sécurité juridique. Les sanctions individuelles devraient **s'ajouter aux sanctions à l'encontre des entreprises**. Leur introduction permettrait une répartition plus juste des responsabilités entre les entreprises et les collaborateurs à titre individuel. Il faudrait toutefois éviter que des entreprises ne se défaussent de leur responsabilité sur les collaborateurs. Il conviendrait de limiter les sanctions aux **accords horizontaux durs particulièrement nuisibles**. Afin d'éviter la séparation des compétences, le pouvoir de sanctionner administrativement devrait être transféré autant que faire se peut à l'*autorité administrative*, donc à la COMCO et au Tribunal administratif fédéral. Il conviendrait en outre, afin de conserver l'effet préventif, de légiférer pour que la sanction individuelle frappant un collaborateur ne se répercute pas sur l'entreprise, laquelle en ferait finalement les frais. Il faudrait, enfin, que les sanctions administratives individuelles puissent être combinées avec un **programme de clémence pour les personnes physiques**.

Relation entre la propriété intellectuelle et le droit des cartels

Le Tribunal fédéral s'était prononcé dans son arrêt Kodak (ATF 126 III 129 ss.) en faveur du principe de l'*épuiement national* dans le droit des brevets. Il avait constaté parallèlement que la prérogative d'empêcher des importations parallèles pouvait s'avérer, dans certaines circonstances, contraire à la concurrence et que le droit des cartels posait des limites à l'épuisement national dans le droit des brevets. Le législateur a, par la suite, révisé l'art. 3, al. 2, LCart. L'importance pratique de l'art. 3, al. 2, LCart réside en particulier dans sa relation avec les importations parallèles de biens brevetés. Lorsque des importations parallèles sont interdites ou restreintes du fait d'arrangements contractuels et d'une pratique «correspondante», de fait, du détenteur des droits de protection, le cas peut être apprécié à l'aune des dispositions de droit matériel de la loi sur les cartels.

L'évaluation montre que la **marge** de manœuvre de l'art. 3, al. 2, LCart est **étroite** dans la pratique. Manifestement, l'insécurité juridique ou le risque apparaît aujourd'hui trop grand aux acteurs potentiellement intéressés. Raison pour laquelle ils préfèrent renoncer aux importations parallèles plutôt que de se fier aux effets éventuels de la loi sur les cartels. La pression à la discipline induite par la possibilité de procéder à des importations parallèles disparaît alors aussi. Rien d'étonnant à ce qu'il y ait si peu de jurisprudence. On ne saurait pas non plus attendre de grand effet de l'art. 3, al. 2, LCart à l'avenir. 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, sur lequel le Parlement délibère actuellement.

Clause PME et communication sur l'utilisation de schémas de calculs

En 2005, s'appuyant sur le nouvel art. 6, al. 1, let. e, LCart (*clause PME*), la COMCO a adopté la *communication PME* (DPC 2006/1, p. 209 ss.) et *contrôlé* ses effets après deux années. Elle a également examiné l'effet de la *communication sur l'utilisation de schémas de calcul* (DPC 1998/2, p. 351 ss.).

L'objectif de la **communication PME** est de permettre aux PME de mieux identifier les pratiques problématiques du point de vue du droit des cartels. Dans la **communication sur l'utilisation de schémas de calculs**, la COMCO détermine à quelles conditions les accords

entre entreprises occupant un échelon de marché identique qui portent sur l'utilisation de schémas de calculs et les activités intermédiaires correspondantes d'associations de branches ou de tiers peuvent, de manière générale, être justifiés pour des questions d'efficacité économique.

Après analyse, les autorités en matière de concurrence sont parvenues à la conclusion qu'une modification de la communication PME et de la communication sur l'utilisation de schémas de calculs ne s'imposait pas et qu'une partie des doléances exprimées par quelques milieux professionnels (p. ex. admissibilité d'accords horizontaux durs pour les PME) était incompatible avec la loi sur les cartels. Les autorités en matière de concurrence ont suffisamment démontré que les deux communications ont créé une **sécurité juridique** et produit leurs **effets**. Il n'y a pas lieu de réviser ces deux communications.

III Synthèse et recommandations

Le rendement et le potentiel de croissance à long terme d'une économie dépendent d'un grand nombre de facteurs touchant à la politique économique et aux conditions-cadre. Il est prouvé qu'une **concurrence efficace** constitue l'une des conditions principales d'une efficacité macroéconomique et d'un plus grand bien-être. La loi sur les cartels qui a pour but, aux termes de son art. 1, de promouvoir une concurrence efficace doit donc être incisive.

Globalement, le concept de la loi sur les cartels **a fait ses preuves**. Les nouveaux instruments principaux introduits par la révision de la loi sur les cartels notamment, répondent aux attentes du législateur. Mais des **améliorations** sont **possibles** et **nécessaires** à divers égards, de sorte que le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels a pu formuler les 14 recommandations suivantes. Afin de concrétiser les recommandations au niveau de la loi et de formuler les articles de loi correspondants, il faut mettre sur pied un groupe d'experts.

Recommandations

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 le **contrôle des concentrations** suisse avec ceux de l'UE: test SIEC et 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.

Il faut **en outre** mettre en œuvre les recommandations 6 à 10 dans le cadre d'une révision:

6. Il faut renforcer le **droit des cartels sur le plan du droit civil**. Ainsi, les entreprises, les consommateurs et les associations concernés par des restrictions à la concurrence doivent disposer de meilleurs outils pour faire respecter leurs droits (notamment eu égard à l'administration de la preuve, à la qualité pour agir et aux dommages-intérêts).
7. En matière de droit administratif (**droit procédural**), le droit des cartels doit être amélioré (eu égard notamment à l'applicabilité, au renversement du fardeau de la preuve, aux actions collectives). Il faut rejeter en revanche un droit pour les juristes d'entreprise de refuser de témoigner et de produire des documents (*legal privilege*) et la non-sanction dans le cadre des programmes d'adhésion volontaire (*compliance programs*).
8. Il faut confirmer expressément à l'art. 49a, al. 1, LCart (**sanctions directes**) que les accords illicites particulièrement nuisibles (cartels durs) sont punissables indépendamment de la réfutation de la présomption d'illicéité (suppression de la concurrence).
9. La possibilité de sanction directe dans la **procédure d'opposition** au sens de l'art. 49a, al. 3, let. a, LCart, ne doit pas être rétablie à l'ouverture d'une enquête préalable, mais à l'ouverture d'une enquête et le délai légal de cinq mois doit être raccourci.
10. Une proposition doit être élaborée concernant l'introduction de **sanctions administratives à l'encontre des personnes physiques**.

Dans le cadre de l'**exécution**, il convient de concrétiser les recommandations 11 à 14 sans modifications législatives:

11. Les chiffres 10 et 12 de la **communication concernant les accords verticaux** doivent être adaptés. Le premier en ce sens que la preuve d'une concurrence entre des prestataires de marques différentes (concurrence intermarques) doit être suffisante pour réfuter la présomption de suppression de la concurrence efficace. Le second en ce qu'il faut abandonner le lien automatique entre restriction verticale et caractère notable de la restriction. Il faut tenir compte de cet aspect lors du prochain réexamen de la **communication concernant les accords verticaux dans le commerce automobile**.
12. Les mesures à court et moyen termes élaborées lors de l'analyse fonctionnelle visant à améliorer le fonctionnement des **autorités en matière de concurrence** doivent être mises en œuvre dans le cadre d'un projet bénéficiant d'un suivi externe.
13. La **présidence de la COMCO** doit être complétée par la présence d'un/e économiste indépendant/e en qualité de deuxième vice-président/e.
14. Pour rendre le droit des cartels encore plus efficace, il importe de doter le secrétariat de la COMCO de moyens supplémentaires, tant sur plan financier que du personnel.