



Rapport

fondé sur l'art.59a de la loi sur les cartels

concernant l'évaluation de la loi sur les cartels et

propositions concernant la suite à donner au dossier

Approuvé par le Conseil fédéral le 25 mars 2009

Sommaire

1. Contexte	4
1.1 La loi sur les cartels	4
1.2 Le mandat du Parlement	4
2. Evaluation.....	5
2.1 Teneur de l'évaluation	5
2.2 Résultats de l'évaluation	5
3. Position du Conseil fédéral.....	7
3.1 Appréciation générale	7
3.2 Evaluation des recommandations	8
3.2.1 Renforcement de la COMCO en tant qu'institution indépendante.....	8
3.2.2 Modernisation du contrôle des fusions	10
3.2.3 Traitement différencié des accords verticaux.....	11
3.2.4 Examen des mesures d'accélération des procédures.....	12
3.2.5 Autres points à approfondir	13
3.2.6 Recommandations adressées au Conseil fédéral.....	13
3.3 Echange international d'informations entre autorités en matière de concurrence.....	13
4. Conclusions	14

1 CONTEXTE

1.1 La loi sur les cartels

La loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart ; RS 251) a été entièrement révisée en 1995, ce qui a profondément modifié le droit suisse de la concurrence. Outre le transfert du pouvoir décisionnel du DFE à la Commission de la concurrence (COMCO), cette révision a induit d'importantes adaptations matérielles. La loi sur les cartels s'articule depuis autour de trois axes :

- les *accords en matière de concurrence* entre entreprises qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiées par des motifs d'efficacité économique, et celles qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace (p. ex. les ententes sur les prix) sont illicites ;
- les *pratiques abusives* et injustifiées d'*entreprises occupant une position dominante* sont illicites (art. 7 LCart) ;
- les *concentrations d'entreprises* qui créent ou renforcent une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace peuvent être interdites ou autorisées moyennant des conditions ou des charges (art. 9 ss. LCart).

La loi sur les cartels a fait l'objet d'une révision partielle en 2003 qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 et qui a, en particulier, renforcé les instruments des autorités en matière de concurrence (la COMCO et son secrétariat) : grâce à l'introduction des *sanctions directes* (art. 49a LCart), les restrictions à la concurrence particulièrement nuisibles peuvent désormais être sanctionnées dès leur constatation et non pas seulement en cas de récidive. Par ailleurs, un *régime de clémence* a été introduit qui autorise la COMCO à renoncer intégralement ou en partie à recourir aux sanctions directes à l'encontre d'une entreprise coopérant à la mise au jour et à la suppression d'une restriction à la concurrence. Les autorités en matière de concurrence ont désormais aussi la possibilité d'ordonner des *perquisitions*. Autre instrument introduit, la *procédure d'opposition* permet aux entreprises de soumettre au préalable aux autorités en matière de concurrence de futures pratiques restreignant la concurrence en vue d'un examen de conformité au droit des cartels.

1.2 Le mandat du Parlement

Le Parlement avait édicté l'*art. 59a LCart* dans le cadre de la révision partielle de 2003 et donné un double mandat au Conseil fédéral, le chargeant, premièrement, de veiller à ce que l'efficacité des mesures prises et l'exécution de la loi fassent l'objet d'une évaluation et, deuxièmement, de présenter un rapport au Parlement cinq ans après l'entrée en vigueur de la révision partielle, c'est-à-dire au 1^{er} avril 2009, en lui soumettant des propositions quant à la suite à donner.

La cheffe du DFE a commandé l'évaluation de la loi sur les cartels durant l'hiver 2006/2007. La responsabilité de cette évaluation a été confiée au Groupe d'évaluation Loi sur les cartels (ci après : groupe d'évaluation), dont le groupe de pilotage était présidé par le directeur du secrétariat de la COMCO¹. Le groupe d'évaluation a achevé ses travaux en décembre 2008

¹ Le groupe de pilotage était composé de Rafael Corazza, directeur du secrétariat de la COMCO, Ulf Böge, ancien président du Bundeskartellamt allemand et du Réseau international de la concurrence RIC, Aymo Brunetti, chef de la Direction de la politique économique au Secrétariat d'Etat à l'économie, Werner Bussmann, responsable de l'évaluation législative et des questions touchant au fédéralisme à l'Office fédéral de la justice, Dorothea Herren, de l'Institut de droit économique de l'Université de Berne et Vincent Martenet de l'Université de Lausanne et vice-président de la COMCO. Le groupe de contact était constitué de

et remis au DFE, le 5 décembre 2008, son rapport de synthèse (voir annexe) s'appuyant sur 15 rapports et études². Ces rapports et études ont été publiés le 15 janvier 2009³. Le premier volet du mandat légal relatif à l'évaluation de l'efficacité des mesures prises et de l'exécution de la loi sur les cartels a donc été réalisé. Le Conseil fédéral s'acquitte du deuxième volet grâce au présent rapport destiné au Parlement.

2 EVALUATION

2.1 Teneur de l'évaluation

Conformément au mandat du législateur, l'évaluation a prioritairement porté sur la question de savoir si l'objectif principal de la révision partielle de la loi sur les cartels de 2003 – le *renforcement de l'effet préventif* par l'introduction de sanctions directes – a été atteint. L'évaluation a également inclus l'analyse des deux instruments liés aux sanctions directes que sont le régime de clémence et la procédure d'opposition. D'autres instruments (perquisitions) et dispositions (définition d'une entreprise, relation avec la propriété intellectuelle, accords verticaux et clause PME) nouvellement introduits en 2003 ont aussi été évalués. L'évaluation a en outre fourni l'occasion d'analyser les effets de la loi sur les cartels, édictée en 1995. Enfin, l'évaluation a largement tenu compte des 9 interventions parlementaires relatives à la loi sur les cartels⁴ qui ont été déposées ces trois dernières années.

2.2 Résultats de l'évaluation

Le groupe d'évaluation conclut, dans son rapport de synthèse, que la conception sous-tendant la loi sur les cartels a globalement fait ses preuves. Il estime également que le droit en vigueur dote les autorités en matière de concurrence des instruments appropriés pour mener une politique axée sur l'encouragement et le maintien d'une concurrence efficace et pour répondre aux attentes du législateur. Il pointe toutefois, à différents niveaux, des améliorations possibles et nécessaires et énonce en conséquence 14 recommandations destinées au législateur et aux organes d'exécution. Il diagnostique en particulier plusieurs carences de la loi, qui justifient à ses yeux une nouvelle révision partielle de la loi sur les cartels. Le groupe d'évaluation a aussi identifié, conformément à son mandat, différents secteurs pour lesquels il convient selon lui d'adapter la loi ou les modalités d'exécution, sans toutefois présenter de propositions de formulation concrètes d'adaptations de la loi. De plus, il a dû effectuer ses travaux à une période où certaines dispositions introduites en 2003 n'avaient pas encore fait l'objet d'arrêts de principe, ce qui fait que certaines questions d'interprétation notamment n'avaient pas encore été tranchées par les autorités en matière de concurrence ou les tribunaux compétents pendant la phase d'évaluation.

Frank Stüssi (secrétariat COMCO), Beat Zirlick (secrétariat COMCO), Sven Michal (SECO) et Samuel Rutz (secrétariat COMCO).

² Cinq rapports – dont celui sur l'analyse fonctionnelle des autorités en matière de concurrence – ont été rédigés par des experts indépendants.

³ Voir le site <http://www.comco.admin.ch> [03.03.09].

⁴ Interpellation Baumann (06.3237) : Commission de la concurrence. Organigramme ; postulat de la Commission des affaires juridiques CN (06.3634) : Rapport sur les accords verticaux illicites d'après la loi sur les cartels ; interpellation Engelberger (07.3142) : Réexamen de la communication destinée aux PME ; interpellation Darbellay (07.3192) : Communication de la Commission de la concurrence relative aux schémas de calcul ; motion Schweiger (07.3856) : Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace ; initiative parlementaire Kaufmann (08.443) : Amendes contre les cartels. Menace pour la viabilité des entreprises ; motion de Buman (08.3509) : Favoriser une authentique concurrence économique à l'intérieur du pays ; interpellation Recordon (08.3640) : Renforcement de la Commission de la concurrence ; postulat CER-N (08.3764) : Situation économique suisse et mesures de stabilisation.

Recommandations du groupe d'évaluation

Les 14 recommandations – dont 10 s'adressent au législateur – sont précisées ci-après :

Recommandation n°1 (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*).

Recommandations n° 2 à 5 (prioritaires aux yeux du groupe d'évaluation ou justifiant une révision de la loi) :

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 d'après 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.

Recommandations n° 6 à 10 (à mettre en œuvre également, aux yeux du groupe d'évaluation, dans le cadre d'une révision de la loi) :

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. Le droit des cartels doit aussi être amélioré en matière de droit administratif (**droit procédural**), 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 seulement 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**.

Recommandations 11 à 14 (destinées à l'autorité d'exécution) :

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 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 le plan financier que du personnel.

3 POSITION DU CONSEIL FÉDÉRAL

3.1 Appréciation générale

Le rendement et le potentiel de croissance à long terme d'une économie dépendent d'un grand nombre de facteurs touchant à l'économie et aux conditions-cadre. Il est prouvé qu'une concurrence efficace est l'une des conditions essentielles de l'efficacité macroéconomique et de la réalisation du but de prospérité inscrit dans la Constitution fédérale. Aussi le Conseil fédéral estime-t-il primordial que la loi sur les cartels repose sur des bases solides et qu'elle soit incisive.

Dans le cadre de l'évaluation, deux études ont été menées visant à mesurer les effets économiques de la loi et des décisions des autorités en matière de concurrence. Bien que les données disponibles n'aient souvent pas permis d'analyse économétrique, les études ont montré qu'un droit des cartels moderne et une autorité en matière de concurrence dynamique et indépendante présentent de grandes vertus économiques pour la Suisse. Il est apparu, concrètement, que la loi sur les cartels et la COMCO ont grandement contribué au gain d'efficacité dans le domaine de l'approvisionnement énergétique. Ces études ont également confirmé l'importance des instruments introduits en 2003 pour induire ou renforcer les effets positifs sur l'économie.

Le Conseil fédéral arrive par conséquent à la conclusion que la conception sous-tendant la loi sur les cartels en vigueur a globalement fait ses preuves et qu'il convient de garder ce cap. Le Conseil fédéral constate en particulier que les nouveaux instruments mis en place par la révision de la loi répondent au vœu du législateur d'empêcher, en augmentant l'effet préventif de la loi, « les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables

aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral » (art. 1 LCart).

Le Conseil fédéral propose par conséquent au législateur de maintenir la conception actuelle de la loi sur les cartels (trois axes matériels : lutte contre les ententes cartellaires nuisibles, lutte contre les abus de position dominante et contrôle des fusions) ainsi que les nouveaux instruments (sanctions directes, régime de clémence, perquisitions et procédure d'opposition).

Il estime toutefois que la loi sur les cartels présente certaines carences et que des améliorations doivent être apportées. Aussi a-t-il l'intention de mettre en consultation un projet de révision partielle de cette loi. Partant, il a chargé le DFE de concrétiser les recommandations du groupe d'évaluation en tenant compte des conséquences sur les finances et sur le personnel. Sur la base de propositions concrètes d'adaptations de la loi sur les cartels, il décidera alors d'ici le printemps 2010 d'ouvrir ou non une procédure de consultation en vue d'une révision partielle. Il tiendra compte de la manière dont les autorités d'exécution auront réagi d'ici là aux recommandations qui leur auront été adressées, de l'évolution de la pratique de la COMCO et des tribunaux jusqu'à cette date et de la réaction du Parlement au présent rapport et aux interventions parlementaires pendantes. Le Conseil fédéral reconnaît aussi qu'une révision de la loi au sens des recommandations du groupe d'évaluation serait étayée par diverses interventions parlementaires et saluée sur le plan international.

3.2 Evaluation des recommandations

Le Conseil fédéral souhaite qu'une adaptation de la loi sur les cartels porte principalement sur les points d'action jugés prioritaires par le groupe d'évaluation. Il s'agit du *renforcement de la COMCO en tant qu'institution indépendante*, de *l'adaptation du contrôle des fusions* et du *traitement différencié des accords verticaux*. Le Conseil fédéral estime par ailleurs qu'il convient d'examiner les mesures qui permettraient d'*accélérer les procédures* et, dans la mesure du possible, de les concrétiser. Dans l'éventualité où une révision aurait lieu, le Conseil fédéral s'efforcerait enfin d'alléger le travail des entreprises sur les plans matériel et administratif.

3.2.1 Renforcement de la COMCO en tant qu'institution indépendante

Aux termes de la loi sur les cartels, les autorités en matière de concurrence sont composées de la COMCO (qui prend les décisions) et d'un secrétariat (qui mène les investigations), la commission comprenant entre 11 et 15 membres, en majorité des experts indépendants. Depuis 2008, la COMCO compte 12 personnes (toujours 15 jusque là), 7 experts indépendants et 5 représentants d'associations et de groupes d'intérêts. Tous exercent leur mandat selon le système de milice, parallèlement à une activité professionnelle principale. Suite à ce resserrement d'effectif, la COMCO a abandonné l'ancien système de chambres au profit d'un système de présidence.

Le groupe d'évaluation estime que des améliorations doivent précisément être apportées à ce niveau institutionnel. Selon lui, les autorités en matière de concurrence doivent être totalement *indépendantes* des milieux politiques et économiques (c'est-à-dire ne pas compter, en particulier, de représentants d'associations et de groupes d'intérêts ni de personnes siégeant dans des conseils d'administration) et l'organe de décision doit être professionnalisé et donc résolument réduit (*professionnalisation*). Il devrait se limiter à un

petit nombre d'experts travaillant à un taux d'occupation plus élevé, sachant que la présidence au moins devrait être un poste à temps complet. De plus, la *répartition des compétences* au sein des autorités en matière de concurrence, parfois obscure et critiquée de multiples côtés, doit être clarifiée, que ce soit par une refonte de la commission et du secrétariat en une autorité à un niveau ou par une séparation nette entre autorité décisionnelle et autorité chargée de l'enquête.

La composition actuelle de la COMCO est héritée de l'époque où l'ancienne commission des cartels devait mettre en regard, sur le plan de la politique de la concurrence, les inconvénients découlant d'une restriction à la concurrence et les avantages éventuels (de nature sociale ou environnementale p. ex.) qui en étaient retirés, et ne pouvait pas prononcer de sanctions directes. Toutefois, depuis 1995, la COMCO est tenue de prendre exclusivement en compte, dans le cadre de ses décisions, les aspects de concurrence, raison pour laquelle elle n'a plus besoin d'une large assise politique et peut donc revoir son effectif à la baisse. La COMCO est ainsi quasiment devenue une instance judiciaire, également habilitée, depuis 2004, à prononcer des sanctions directes. Elle ne peut être crédible en tant que telle que si ses décisions sont impartiales sur le plan politique et économique. Par ailleurs, la complexité des affaires à traiter, le temps que doivent y consacrer les membres (env. 40% pour un membre ordinaire) et le déséquilibre qui s'ensuit par rapport au secrétariat professionnel en termes de connaissances, de pouvoir de décision et de contrôle des processus se sont accrus de manière notable ces dernières années. En outre, la COMCO est en mesure aujourd'hui déjà de faire appel à des experts indépendants si elle ne dispose pas, dans un cas concret, du savoir-faire requis.

La situation actuelle est remise en question principalement par l'OCDE mais aussi par des interventions parlementaires⁵, de nombreux experts et des observateurs internes, car la COMCO ne satisfait plus, par sa taille et sa structure, en particulier en comparaison internationale, aux exigences posées. Du fait des représentants d'associations et de groupes d'intérêts siégeant à la COMCO, la Suisse se démarque également de la norme en vigueur dans d'autres pays en matière d'indépendance et de la tendance à la professionnalisation.

Selon l'étude du professeur Baudenbacher⁶, président de la Cour de justice de l'AELE, les représentants d'associations et de groupes d'intérêts ne sont pas en mesure, sur le plan structurel, de trancher en toute indépendance. Ils se trouvent par définition en situation de conflit d'intérêts permanent. Rien que la suspicion de partialité de membres de la COMCO rend leurs décisions, qui comprennent aussi des sanctions, sujettes à caution au regard des principes de l'Etat de droit.

Si la taille de la COMCO venait à être réduite à l'avenir avec, en contrepartie, une augmentation du taux d'occupation de ses membres, la COMCO serait comparable avec les autorités de régulation sectorielles créées ces dernières années (FINMA, ComCom, ECom). La question des connaissances pratiques en économie et du savoir-faire technique pourrait aussi être réglée en élisant à la COMCO des juges spécialisés qui, de par leur expérience professionnelle, ont acquis le bagage nécessaire.

Le Conseil fédéral estime que la COMCO devrait pouvoir œuvrer, à l'avenir, avec une plus grande indépendance en se profilant davantage comme un organe professionnel spécialisé. Par conséquent, il a chargé le DFE d'élaborer des propositions concrètes en vue d'une

⁵ Interpellation Baumann (06.3237) : Commission de la concurrence. Organigramme ; motion de Buman (08.3509) : Favoriser une authentique concurrence économique à l'intérieur du pays ; interpellation Recordon (08.3640) : Renforcement de la Commission de la concurrence.

⁶ En allemand uniquement : Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, Prof. Dr. Carl Baudenbacher, 31 août 2008.

réforme institutionnelle (renforcement de l'indépendance et du professionnalisme de l'organe de décision et clarification de la répartition des compétences au sein des autorités en matière de concurrence). Même si d'autres options peuvent être examinées, la priorité est une commission comptant sensiblement moins de membres, qui travaillent toutefois à des taux d'occupation plus élevés qu'aujourd'hui, et une autorité à un seul niveau. Il convient en outre d'examiner les alternatives possibles qui intègrent compétence et expérience économiques au sein de la commission tout en réglant, dans le respect des principes de l'Etat de droit, les conflits d'intérêts que cela peut poser sous l'angle de l'indépendance. Lorsqu'il évaluera ces propositions, le Conseil fédéral prendra en considération, outre les conséquences financières et sur le personnel, les mesures que les autorités en matière de concurrence auront elles-mêmes mises en œuvre dans l'intervalle, sur la base de la recommandation n° 12 du groupe d'évaluation, pour améliorer leur fonctionnement⁷.

3.2.2 Modernisation du contrôle des fusions

De l'avis du groupe d'évaluation, le droit suisse régissant le contrôle des fusions ne tient pas suffisamment compte, sous sa forme actuelle, des conséquences anticoncurrentielles des fusions. Les critères d'application et d'intervention de la loi sur les cartels sont permissifs en comparaison internationale. La barre interdisant une fusion est placée plus haut en Suisse que dans les pays européens et d'autres pays industriels qui ont un ordre juridique comparable. Ainsi, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une fusion ne peut pas même être interdite lorsque celle-ci crée ou renforce une position dominante. Cela n'est possible que si cette position dominante est capable de supprimer une concurrence efficace. Il n'est dès lors quasiment pas possible d'interdire des concentrations en Suisse, quand bien même celles-ci seraient susceptibles d'entraîner des restrictions notables de la concurrence et des effets nuisibles pour l'économie nationale, notamment pour les consommateurs. De plus, le régime actuel de contrôle des fusions mobilise d'importantes ressources du côté des entreprises concernées comme des autorités en matière de concurrence.

Un régime de contrôle des fusions aussi permissif ne tient pas compte, de l'avis des experts, des objectifs de la loi sur les cartels vu les fortes tendances à la concentration sur différents marchés. Car il est largement reconnu que, sur des marchés concentrés, mêmes des fusions qui n'éliminent pas totalement la concurrence efficace, peuvent induire une certaine domination du marché qui prétérite l'économie et les consommateurs, voire le niveau de vie.

Aussi le groupe d'évaluation recommande-t-il d'harmoniser le régime suisse de contrôle des fusions avec celui de l'UE. Un rapprochement avec le droit européen doit entraîner, d'une part, un abaissement des valeurs seuils, sachant qu'il faudrait examiner parallèlement les critères d'intervention. D'autre part, la procédure administrative pour les autorités et les entreprises doit être simplifiée, notamment dans le cadre des concentrations multinationales, pour accroître l'efficacité du contrôle des fusions et stabiliser autant que possible la charge malgré l'abaissement des valeurs seuils. En outre, un rapprochement avec le droit européen permettrait aux entreprises et aux autorités en matière de concurrence de s'appuyer sur une jurisprudence internationale et sur la vaste expérience d'autres autorités.

Fort de ce constat, le Conseil fédéral a chargé le DFE d'élaborer une proposition concrète concernant l'adaptation du régime de contrôle des fusions, en particulier eu égard aux valeurs seuils et aux seuils d'intervention.

⁷ Les autorités en matière de concurrence ont commencé, en octobre 2008, à élaborer et mettre en œuvre, dans le cadre d'un projet bénéficiant d'un suivi externe, diverses mesures destinées à améliorer le travail dans le système actuel (organisation de la commission, fonctionnement de la COMCO et du secrétariat).

3.2.3 Traitement différencié des accords verticaux

Dans le cadre de la révision partielle de 2003, le Parlement a édicté l'art. 5, al. 4, LCart, se démarquant ainsi du message du Conseil fédéral. Cet article dispose la présomption dite d'illicéité : certains accords verticaux (à savoir ceux conclus entre des agents économiques agissant à différents échelons du marché, tels les fabricants et les détaillants) sont a priori présumés supprimer une concurrence efficace. Le Conseil fédéral était d'avis que les accords verticaux ne devaient pas être systématiquement considérés comme nuisibles sur le plan économique, mais devaient être appréhendés sous l'angle d'ententes ordinaires soumises à un examen d'illicéité selon les critères généraux de la LCart. La COMCO a précisé cette disposition dans une communication de sorte qu'aujourd'hui certaines catégories d'accords verticaux sont considérées quasi automatiquement comme illicites indépendamment des parts de marché concernées. Cette approche a induit le risque que des formes de coopération pertinentes sur le plan économique, voire favorables à la concurrence, soient empêchées. Cela contredit l'article relatif à l'objet de la loi sur les cartels et va à l'encontre de la tendance internationale, notamment européenne, d'un traitement au cas par cas de tels accords.

Depuis qu'elles existent, cette disposition de la loi sur les cartels et la communication de la COMCO ont fait l'objet de critiques de la part d'experts, d'avocats et d'associations. Le principal reproche est que la communication de la COMCO contredit les constats économiques en ne tenant pas suffisamment compte, en particulier, de l'importance de la concurrence intermarques (c'est-à-dire de la concurrence entre différentes marques présentes sur un même marché). Or, selon la théorie économique et l'analyse empirique, les accords verticaux ne peuvent en règle générale avoir d'effets nuisibles sur la concurrence que lorsque des entreprises occupant une position de force sur le marché sont impliquées. En revanche, du moment que la concurrence fonctionne entre différentes entreprises actives sur un marché, il est fort improbable que des accords verticaux aient des effets dommageables. A contrario, tant qu'une vive concurrence règne sur un marché, il est probable qu'une telle restriction s'avère efficace et influe positivement sur le niveau de prospérité. Cette disposition légale a été soumise à une analyse approfondie dans le cadre des travaux d'évaluation et en réponse au postulat 06.3634⁸. Il ressort des 91 affaires concernant des accords verticaux portées devant la COMCO que la plupart des accords verticaux n'ont pas d'effet notable sur la concurrence. Le groupe d'évaluation a constaté que la présomption d'illicéité de certains accords verticaux inscrite à l'art. 5, al. 4, LCart semble également non pertinente dans cette perspective.

Les entreprises y ont vu un signe que cet article protège les (petits) concurrents et non la concurrence. Les avocats interrogés dans le cadre de l'évaluation estimaient que les entreprises suivraient cette nouvelle disposition légale et opteraient par conséquent pour des pratiques imparfaites, moins efficaces en termes de production, de distribution et de vente.

Tant et si bien que le risque existe, avec la nouvelle disposition et la communication, de voir empêchés des accords verticaux efficaces entre des agents économiques occupant différents échelons du marché, avec des répercussions négatives sur les entreprises et les consommateurs. Compte tenu du fait que les adaptations en matière d'exécution ne permettent de résoudre qu'une partie des problèmes, le groupe d'évaluation recommande, au chapitre des accords verticaux, d'abandonner la présomption d'illicéité prévue par la loi mais de conserver le système des sanctions directes en cas de prix de vente minimum ou fixe et de restrictions territoriales.

⁸ Postulat de la CAJ-N (06.3634) : Rapport sur les accords verticaux illicites d'après la loi sur les cartels.
COO.2101.103.4.390242 / 2009-03-17/33

Sur le fond, le Conseil fédéral partage l'idée selon laquelle les accords verticaux devraient être évalués de manière plus différenciée. Il a donné mandat au DFE d'élaborer des propositions concrètes relatives à la suppression de la présomption du caractère nuisible des accords verticaux. Une telle adaptation aurait pour conséquence que les accords verticaux seraient soumis à un examen au cas par cas, au même titre que les pratiques d'entreprises occupant une position dominante. Après avoir pris connaissance de ces propositions, le Conseil fédéral tiendra également compte, pour prendre sa décision définitive, de la manière dont la COMCO aura mis en œuvre la recommandation n° 11 qui lui a été adressée par le groupe d'évaluation, qui propose une adaptation ad hoc de la communication de la COMCO relative aux accords verticaux.

3.2.4 Examen des mesures d'accélération des procédures

Une analyse détaillée de la durée des procédures engagées par la COMCO a été effectuée dans le cadre de l'évaluation de la loi sur les cartels⁹. En moyenne, ces dernières années, une enquête sans examen préalable durait à peine 25 mois. Si une enquête était précédée d'un examen préalable, la durée totale de la procédure s'élevait à 33 mois en moyenne. Les procédures déférées devant la première instance de recours ont duré en moyenne 38 mois (32 mois sans examen préalable). Pour les affaires portées devant le Tribunal fédéral, la durée moyenne de la procédure s'est élevée à 57,5 mois (47 mois sans examen préalable). La durée des différentes procédures fluctue fortement et dépend, selon l'analyse du groupe d'évaluation, de plusieurs facteurs (complexité du dossier, ressources du secrétariat, efficacité des autorités, attitude des destinataires de la décision). Le groupe d'évaluation a conclu que, même pour les longues procédures, la durée pouvait s'expliquer. L'Office fédéral de la justice estime également que les procédures ne sont pas exagérément longues.

On peut estimer que les changements recommandés ou déjà engagés dans le domaine institutionnel permettront ou permettraient, du moins dans certains cas, de raccourcir les procédures. Les adaptations proposées dans le domaine matériel (adaptation du régime de contrôle des fusions et de la disposition relative aux accords verticaux) permettraient aussi à l'autorité en matière de concurrence d'utiliser ses ressources de manière plus ciblée. De plus, un échange d'informations avec les autorités étrangères (voir ci-dessous) pourrait aussi, dans certains cas, faciliter et donc accélérer une enquête. Raccourcir le délai légal dans la procédure d'opposition, améliorer l'application administrative du droit des cartels et confirmer que les accords illicites particulièrement nuisibles sont punissables indépendamment de la réfutation de la présomption d'illicéité (suppression de la concurrence) sont autant d'éléments supplémentaires pouvant contribuer à accélérer les choses. Il importe également d'examiner si, pour rendre le droit des cartels encore plus efficace, il ne faudrait pas doter le secrétariat de la COMCO de moyens supplémentaires tant sur le plan financier que du personnel. Les nouveaux instruments ont sensiblement accru la charge de travail et poussent les autorités en matière de concurrence à leurs limites, notamment en ce qui concerne les perquisitions.

Le Conseil fédéral estime qu'il est dans l'intérêt des parties en présence, mais aussi des autres entreprises et des consommateurs, que la durée des procédures relevant du droit des cartels soit encore réduite, pour autant que cela soit possible¹⁰. Il a chargé le DFE d'examiner les adaptations mentionnées ci-dessus ainsi que d'autres mesures qui permettraient d'accélérer les procédures, et de formuler des propositions visant à apporter,

⁹ Voir le rapport de projet P6 du 23 décembre 2008 « Verfahrensdauer kartellrechtlicher Verfahren ».

¹⁰ Voir notamment la motion de Buman (08.3509): Favoriser une authentique concurrence économique à l'intérieur du pays.

là où cela est nécessaire, des adaptations légales, lesquelles ne doivent toutefois ni restreindre les droits des parties ni créer un droit procédural spécifique à la loi sur les cartels. Il faudrait en outre examiner, sur le plan de l'exécution, des mesures d'accélération des procédures et les mettre en œuvre si possible indépendamment d'éventuelles adaptations légales. Lorsque ces propositions seront connues, au moment de l'évaluation des correctifs à apporter, il faudra tenir compte, au niveau légal, des mesures que la COMCO aura engagées elle-même pour réduire la durée des procédures.

3.2.5 Autres points à approfondir

Outre ces aspects, le DFE va examiner de manière approfondie les autres recommandations du groupe d'évaluation, dont certaines font aussi l'objet d'interventions parlementaires, et formuler, au besoin, des propositions concrètes pour adapter la loi sur les cartels. Il s'agit par exemple du renforcement du volet civil du droit des cartels, de modifications ponctuelles du droit procédural et de l'introduction d'une base légale formelle qui autorise la communication de données aux autorités étrangères en matière de concurrence. Comme indiqué dans sa réponse à la motion Schweiger¹¹, le Conseil fédéral entend également examiner l'introduction de sanctions à l'encontre de personnes physiques parties à des cartels¹².

3.2.6 Recommandations adressées au Conseil fédéral

Le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels a formulé deux recommandations à l'intention du Conseil fédéral. Il l'invite d'une part à compléter la présidence de la COMCO en y faisant rentrer un économiste indépendant en qualité de deuxième vice-président. Le Conseil fédéral examine actuellement cette recommandation.

Le groupe d'évaluation recommande d'autre part de doter le secrétariat de la COMCO de moyens supplémentaires, tant sur le plan financier que du personnel ; cette recommandation fait d'ailleurs l'objet de deux interventions parlementaires¹³. Vu les charges supplémentaires attendues sur les finances fédérales, le Conseil fédéral est contraint d'analyser cette recommandation d'un œil critique. Il est d'avis qu'il faut disposer d'une évaluation plus précise du développement du droit des cartels avant de prendre une décision concernant le renforcement éventuel des ressources financières et humaines du secrétariat et, le cas échéant, sur l'ampleur de ce renforcement. Il veut en particulier attendre de pouvoir mesurer les résultats concrets obtenus par la COMCO dans l'amélioration de son fonctionnement grâce à la mise en œuvre de la recommandation qui lui a été adressée.

3.3 Echange international d'informations entre autorités en matière de concurrence

Les restrictions transfrontalières à la concurrence ont augmenté de pair avec l'imbrication croissante de l'économie mondiale. Pour lutter efficacement contre ce type de restrictions, il faut que les autorités en matière de concurrence puissent coopérer à l'échelon international

¹¹ Motion Schweiger (07.3856) : droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace.

¹² Le Conseil fédéral continue de rejeter la prise en compte de programmes d'adhésion volontaire (*compliance programs*), demandée également par la motion Schweiger, non comme motif d'atténuation, mais comme motif d'exclusion de la sanction.

¹³ Motion de Buman (08.3509): Favoriser une authentique concurrence économique à l'intérieur du pays ; interpellation Recordon (08.3640): Renforcement de la Commission de la concurrence.

et qu'elles soient autorisées à échanger des informations confidentielles. La Suisse n'a pas conclu, à ce jour, d'accord international en matière de coopération couvrant l'échange d'informations confidentielles et n'a pas de norme légale nationale régissant l'échange formel d'informations entre autorités en matière de concurrence. Seul l'accord sur le transport aérien avec l'UE contient des dispositions de droit de la concurrence concernant l'échange d'informations. Quelques accords de libre-échange comprennent des dispositions de coopération en matière de concurrence, mais ils ne prévoient toutefois pas l'échange d'informations confidentielles. L'absence d'accord de coopération prévoyant l'échange d'informations confidentielles peut être problématique, par exemple dans le cas suivant: lorsqu'une autorité en matière de concurrence étrangère procède à une perquisition hors du territoire suisse contre un cartel international qui intègre des entreprises opérant en Suisse, ces dernières peuvent aujourd'hui avoir connaissance de l'opération avant que la COMCO ne soit informée des soupçons de cartel et de la perquisition. Ainsi, ces entreprises peuvent se prémunir contre la découverte par la COMCO d'informations pertinentes au regard du droit des cartels. Aussi le groupe d'évaluation recommande-t-il à la Suisse de conclure des accords de coopération avec ses principaux partenaires commerciaux, notamment l'UE, afin de permettre un échange formel d'informations confidentielles entre les autorités en matière de concurrence suisses et étrangères¹⁴.

Si l'échange d'informations doit aussi avoir lieu avec les autorités des pays avec lesquels aucun accord de ce type n'a été conclu, il faudrait en outre introduire dans la loi sur les cartels une base légale formelle qui autorise la communication de données, par analogie avec la loi sur l'application de sanctions internationales ou la loi sur le transfert international des biens culturels. Comme signalé plus haut, le DFE va préparer une proposition concrète sur la base de la recommandation du groupe d'évaluation.

Dans sa décision du 27 février 2008 concernant les nouveaux thèmes de négociation avec l'UE, le Conseil fédéral a estimé qu'un tel accord de coopération n'avait rien d'un dossier prioritaire, puisqu'il l'a placé sur la liste des thèmes pour lesquels il ne juge actuellement pas utile d'entreprendre des démarches exploratoires ou des négociations avec l'UE. En septembre 2008, à la demande de l'UE, la question a été abordée pour la première fois au niveau politique entre la commissaire européenne à la concurrence et la cheffe du DFE. Depuis lors, une mission exploratoire a été réalisée au niveau technique. L'UE a manifesté son intérêt aux deux niveaux pour un accord de ce genre. Le Conseil fédéral est d'avis que, du point de vue de la concurrence, la Suisse trouve un intérêt général à conclure un accord de coopération avec l'UE, ainsi qu'avec d'autres partenaires commerciaux importants. Il estime toutefois que l'éventuelle ouverture de négociations avec l'UE sur ce dossier doit être décidée en temps utile dans le cadre d'une évaluation générale de la politique intérieure et européenne de la Suisse. Il a donc chargé le DFE et le DFAE de procéder à des examens complémentaires propres à lui permettre d'apprécier, notamment dans l'optique de la politique européenne, l'opportunité de négociations sur un accord de coopération avec l'UE portant sur l'échange formel d'informations confidentielles entre autorités en matière de concurrence.

4 CONCLUSIONS

Le Conseil fédéral propose au législateur de maintenir la conception actuelle de la loi sur les cartels fondée sur trois axes matériels (lutte contre les ententes cartellaires nuisibles, lutte contre les abus de position dominante et contrôle des fusions) ainsi que les nouveaux

¹⁴ V. notamment la motion de Buman (08.3509): Favoriser une authentique concurrence économique à l'intérieur du pays.

instruments (sanctions directes, régime de clémence, perquisitions et procédure d'opposition).

Il estime toutefois que la loi sur les cartels présente certaines carences et que des améliorations doivent être apportées. A cette fin, il a chargé le DFE de soumettre des propositions concrètes en vue d'une adaptation de la loi sur les cartels d'ici au printemps 2010. Les propositions doivent notamment viser à renforcer la COMCO en tant qu'institution indépendante, à adapter le contrôle des fusions et le traitement différencié des accords verticaux, et à accélérer les procédures. Le DFE est par ailleurs appelé à examiner de manière approfondie d'autres améliorations suggérées par le groupe d'évaluation, dont certaines font aussi l'objet d'interventions parlementaires, et de proposer le cas échéant leur concrétisation. Le DFE et le DFAE sont en outre chargés de procéder à des examens complémentaires propres à permettre au Conseil fédéral d'apprécier, notamment dans l'optique de la sa politique européenne, l'opportunité de négociations sur un accord de coopération avec l'UE portant sur l'échange formel d'informations confidentielles entre autorités en matière de concurrence.

Sur la base de ces examens et de ces propositions concrètes, le Conseil fédéral décidera alors d'ici au printemps 2010 de l'ouverture d'une procédure de consultation. Ce faisant il tiendra compte de la manière dont les autorités d'exécution auront réagi d'ici là aux recommandations du groupe d'évaluation, de l'évolution de la pratique de la COMCO et des tribunaux jusqu'à cette date et de la réaction du Parlement au présent rapport et aux interventions parlementaires pendantes.