



Annexe 1

Dossier de presse concernant le

Message concernant la révision de la loi sur les cartels

Le Conseil fédéral a approuvé et transmis au Parlement le message concernant la révision de la loi sur les cartels (LCart) le 22 février 2012. La révision de la LCart a un double objectif: elle vise, d'une part, à intensifier la concurrence en Suisse dans l'esprit d'un régime économique libéral et, d'autre part, à renforcer la sécurité juridique. Sur le plan institutionnel, elle prévoit de transformer l'actuel secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) en une Autorité de la concurrence, et la Commission de la concurrence elle-même, en une instance judiciaire sous la forme d'une nouvelle chambre intégrée au Tribunal administratif fédéral. Le projet tient en outre compte de l'évolution de la législation européenne, créant ainsi un cadre concurrentiel répondant aux besoins d'une économie moderne. A cette fin, il est notamment prévu d'interdire les formes d'ententes cartellaires particulièrement nuisibles, les cas justifiés par des gains d'efficacité économique pouvant faire exception. Par ailleurs, les concentrations d'entreprises doivent pouvoir être interdites ou assorties de réserves ou de conditions dès lors qu'elles constituent une entrave considérable à la concurrence. En contrepartie, les gains d'efficacité résultant d'une concentration d'entreprises devront être davantage pris en compte dans l'appréciation du projet sous l'angle du droit des cartels.

1. Généralités

1.1. Contexte

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

Depuis, les réformes de 1995 et de 2003 ont été évaluées par l'OCDE en 2005 et une évaluation complète de la LCart a été réalisée en 2008/2009 en exécution de l'art. 59a LCart (obligation de réaliser une évaluation après cinq ans). Les deux évaluations ont confirmé que, contrairement aux adaptations du droit matériel et des possibilités de sanctionner, l'évolution institutionnelle n'avait pas encore eu lieu. Elles ont recommandé la mise en place d'un organe de décision restreint, dont les membres exercent à un degré d'occupation plus élevé et n'appartiennent pas, en tant qu'entité ou que collaborateur, à une organisation de défense d'intérêts économiques. Les évaluations ont également relevé différents éléments de droit matériel appelant une amélioration.

1.2. Situation actuelle

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

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

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

Enfin, par décision du 17 août 2011, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie (DFE) de lui «proposer une révision de la loi sur les cartels qui interdira les accords visés actuellement à l'art. 5, al. 3 et 4, LCart [...] et admettra des possibilités de justification». Le 23 septembre 2011, il a décidé d'ouvrir une procédure de consultation sous forme de conférence sur la révision de cet article. Cette «consultation conférentielle» s'est déroulée le 5 octobre 2011.

2. Contenu du message

Le 16 novembre 2011, le Conseil fédéral a chargé le DFE d'élaborer, d'ici au début de 2012, un message sur la révision de la LCart. Le message s'articule autour des axes suivants:

2.1. Renforcement de l'**autonomie institutionnelle (réforme institutionnelle)**: selon la loi en vigueur, les décisions en matière de droit de la concurrence sont prises par une commission indépendante du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, la COMCO, laquelle dispose de son propre secrétariat, le secrétariat de la COMCO. La révision de 2003 a accentué le caractère quasi pénal des décisions rendues par la COMCO. Dans un Etat de droit, il n'est pas satisfaisant qu'un organe au sein duquel siègent des représentants d'associations économiques prononce des sanctions administratives dont les montants peuvent atteindre plusieurs millions de francs. De plus, la volonté de séparer plus clairement l'instance responsable de l'enquête de celle prenant la décision a été très bien accueillie lors de la consultation ; l'idée de la séparation sous-tend la réforme institutionnelle présentée ci-après, laquelle prévoit de revaloriser à la fois le secrétariat de la COMCO et la commission elle-même.

Pour la future autorité de la concurrence (instance chargée de l'enquête) qui émanera du secrétariat de la COMCO, la forme juridique de l'établissement de droit public permet de préserver l'indépendance fonctionnelle par rapport à l'administration, comme c'est le cas actuellement pour la COMCO et son secrétariat. Au-delà de cette indépendance, la forme de l'établissement souligne le caractère de droit public propre à la mission de l'Autorité de la concurrence. Compte tenu de l'urgence inhérente aux projets de fusion, il est prévu à l'avenir que l'Autorité de la concurrence tranche elle-même. Elle assumera en outre des fonctions de conseil vis-à-vis des autorités et des entreprises, de sorte que ses tâches iront bien plus loin que celles d'un pur organe d'enquête.

L'actuelle COMCO sera transformée en une instance judiciaire sous la forme d'une chambre intégrée au Tribunal administratif fédéral. Au moment de pourvoir ce Tribunal de la concurrence, il conviendra de concilier la professionnalisation (augmentation du taux d'activité des membres de l'organe décisionnel) et la préservation du rapport à la pratique. Une partie de l'organe décisionnel doit pouvoir se consacrer entièrement aux aspects

juridiques des cas relevant du droit des cartels et à son interprétation, tandis que l'autre partie de l'organe devra garantir le rapport à la pratique et à la doctrine économiques. Le premier aspect (professionnalisation) sera couvert par les juges du Tribunal administratif fédéral qui s'occupent actuellement des affaires relevant du droit des cartels. Dans cette fonction, ils ne connaîtront plus des cas d'entente et d'abus de position dominante en qualité d'instance de recours, mais en première instance, ce qui permet notamment de raccourcir les voies de droit. La prise en charge du second aspect (rapport à la pratique) devra être assurée par la nomination de juges supplémentaires au sein du Tribunal administratif fédéral, lesquels disposeront d'une part d'expérience dans la direction d'entreprises et, d'autre part, se distingueront par leurs connaissances des questions économiques touchant à la concurrence. Le haut degré d'indépendance auquel doivent satisfaire les juges exclura à l'avenir l'influence des groupes de pression.

La réorganisation proposée remplit toutes les conditions posées par le Conseil fédéral pour la réforme institutionnelle. Elle permet notamment d'accélérer notablement le processus entre la procédure d'opposition et la décision en dernière instance, sans pour autant qu'il en résulte une grosse charge financière supplémentaire.

2.2. Amélioration de la procédure d'opposition: il est prévu qu'une entreprise qui soumet pour examen une pratique aux autorités avant de l'appliquer bénéficiera de deux avantages par rapport à la pratique actuelle. Premièrement, il faudra qu'une procédure (enquête préalable ou enquête) soit engagée contre l'entreprise faisant l'annonce dans les deux mois suivant cette annonce (contre cinq actuellement), faute de quoi la pratique ne pourra plus être sanctionnée. Deuxièmement, une entreprise dans cette situation n'encourra dorénavant une sanction qu'à compter de l'ouverture d'une enquête formelle, et non déjà, comme à l'heure actuelle, à l'ouverture d'une enquête préliminaire simple. Les entreprises bénéficient ainsi à un stade précoce d'une meilleure sécurité juridique en cas de pratiques discutables sous l'angle du droit des cartels.

2.3. Durcissement des critères d'évaluation des concentrations d'entreprises soumises à l'obligation d'annonce, assorti d'allègements administratifs pour les entreprises en cas de fusion d'entreprises opérant à l'international et en matière de délais (rapprochement avec les conditions en vigueur dans l'UE): le contrôle des concentrations, tel qu'appliqué aujourd'hui en Suisse, s'est révélé peu efficace. Même avec la pratique récente de la COMCO (projet de fusion Orange-Sunrise), il y a lieu de constater que le contrôle des concentrations, inchangé depuis 1995, n'a que peu d'effets lorsqu'il s'agit d'empêcher de fortes concentrations sur le marché. Le critère d'appréciation doit faire l'objet d'une nouvelle réglementation afin de mieux prévenir l'accumulation de pouvoir économique. Le projet prévoit l'introduction en Suisse du test SIEC (*Significant Impediment to Efficient Competition*), largement répandu dans l'UE. Les concentrations peuvent être interdites ou soumises à des conditions et des charges si elles constituent une position dominante ou une entrave considérable à la concurrence qui n'est pas compensée par des gains d'efficacité économique. A la différence du système en vigueur, le test SIEC permet d'appréhender l'ensemble des effets positifs et des effets négatifs d'une concentration d'entreprises.

De nos jours, les fusions d'entreprises opérant à l'international sont souvent annoncées et examinées parallèlement dans plusieurs Etats, ce qui génère un surplus de travail et de frais pour les entreprises et l'Autorité de la concurrence, souvent sans que la procédure menée en Suisse n'apporte quelque chose pour la concurrence sur le marché local. C'est notamment le cas lorsque les marchés sur lesquels opèrent les entreprises qui fusionnent ne sont pas cantonnés aux frontières nationales. La simplification prévue pour les fusions internationales réduit l'investissement en ressources tant pour les entreprises que pour l'Autorité de la concurrence. Selon le projet, les concentrations d'entreprises sur les marchés qui englobent au moins l'EEE et la Suisse seront encore essentiellement soumises à une obligation d'annoncer, mais plus à un examen approfondi, vu qu'elles seront de toute façon évaluées par les instances européennes. Il s'ensuit un rapprochement avec l'UE. Dans les cas où les marchés sont délimités par les frontières nationales, l'allègement pour les

entreprises prend la forme d'une harmonisation des critères d'appréciation et des délais avec l'UE.

2.4. Inscription dans la loi d'une **sanction administrative réduite en cas d'application d'un programme efficace visant à faire respecter le droit des cartels** dans les entreprises («programme de conformité»): la motion Schweiger, qui a été transmise au Conseil fédéral le 21 septembre 2010, demande que les entreprises qui appliquent un programme efficace aux fins de respecter les dispositions régissant les cartels ne soient frappées que d'une sanction administrative réduite si elles enfreignent néanmoins le droit des cartels. Les autorités et les tribunaux devront apprécier l'ampleur de la réduction dans chaque cas d'espèce. Les sanctions administratives devront viser à contribuer au rétablissement d'une situation de concurrence efficace, soit à un marché exempt d'entreprises qui font des profits grâce à des ententes illicites. A cette fin, il est prévu de formuler la disposition de façon à obliger les entreprises à prouver l'exécution ininterrompue d'un programme de conformité efficace et son application résolue. Souvent, un tel programme de conformité permet d'éviter que la direction et les employés se comportent de façon inadéquate sous l'angle du droit des cartels.

2.5. **Interdiction partielle des cartels pour cinq types d'accords particulièrement nuisibles à la concurrence** (modification de l'art. 5 LCart): dans le contexte du franc fort, le Conseil fédéral a décidé, le 17 août 2011, de stimuler la concurrence en Suisse en faisant interdire par la voie légale les accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique, ainsi que les ententes verticales sur les prix et les cloisonnements territoriaux, tout en autorisant des possibilités de justification. Cette mesure a une portée qui va au-delà de la situation actuelle de fermeté du franc: elle vise notamment à lutter contre l'îlot suisse de cherté et à améliorer la compétitivité internationale de l'économie suisse dans une perspective à long terme et se pose en réponse à des problèmes juridiques apparus en relation avec la réglementation en vigueur (art. 5 LCart).

La différence fondamentale par rapport au droit en vigueur réside dans le fait que l'illicéité des accords horizontaux ou verticaux particulièrement nuisibles ne tiendra plus à leurs effets économiques directs au cas par cas, à savoir une atteinte notable à la concurrence, mais dépendra du type de l'accord. Interdiction et sanction seront fonction des paramètres concurrentiels annihilés par l'accord en question (concurrence sur les prix, concurrence à l'importation, etc.). Ainsi, les cinq types d'accords qui sont déjà directement punissables seront réputés présenter un caractère intrinsèquement illicite en vertu de la loi. Il ne sera plus nécessaire de prouver qu'ils portent une atteinte notable à la concurrence. La portée économique jouera toutefois un rôle dans l'importance de la sanction. A l'inverse, de tels accords pourront demeurer licites s'ils sont justifiés par des motifs d'efficacité économique. L'accord reste toutefois réputé illicite dans le cas d'espèce si les motifs de justification ne sont pas étayés par des moyens de preuve suffisants au regard du droit. Pour clarifier si des motifs justificatifs existent, il est dans l'intérêt des entreprises de contribuer activement à la recherche. La maxime d'office n'est toutefois pas remise en question; en d'autres termes, l'Autorité de la concurrence doit aussi contribuer par ses propres recherches à la preuve d'éventuels gains d'efficacité; le principe s'applique aussi au Tribunal de la concurrence. Cette mission de l'Autorité de la concurrence prend tout son sens lorsque l'entreprise elle-même a un accès restreint aux informations et données relatives au marché. Ce qui est retenu au titre des gains d'efficacité économique sera réglé par voie d'ordonnance, en opérant une distinction entre accords horizontaux et accords verticaux.

L'adaptation simplifie et accélère la procédure en matière de droit des cartels. D'une part, l'examen, actuellement requis pour confirmer la présomption légale de restriction de la concurrence pour ces cinq types d'accords, tombe. Dans la pratique actuelle, cette présomption est très souvent rejetée dans les cas d'accords verticaux. Selon le projet, dans l'examen individuel qui suivra, il s'agira uniquement d'établir l'existence de gains d'efficacité; il ne sera plus nécessaire de prouver dans chaque cas d'espèce le caractère notable de la restriction de la concurrence.

2.6. Renforcement des actions civiles: à l'heure actuelle, selon la doctrine dominante, seuls les agents économiques qui ne peuvent prendre part à la concurrence ou en sont exclus ont qualité pour agir. L'élargissement de la qualité pour agir aux clients finaux (consommateurs) permettra de pallier l'inégalité générée par le fait que ceux-ci ne peuvent pas faire valoir le dommage qu'ils subissent en application du droit des cartels. La première consultation, en été 2010, n'a pas donné un résultat clair sur la question du renforcement des actions civiles. La décision prise par le Conseil fédéral le 17 août 2011 d'introduire une interdiction partielle des accords directement punissables assortie de la possibilité de faire valoir de justes motifs modifie la perspective car, faute de ressources, l'Autorité de la concurrence est dans l'impossibilité de se saisir à temps de tous les cas couverts par l'art. 5 LCart. Cette nouvelle donne plaide en faveur d'une extension de la qualité pour agir aux clients finaux. Outre les ménages, les pouvoirs publics pourraient eux aussi tenter une action civile. En l'état actuel des choses, il n'est pas établi clairement que l'art. 12 LCart habilite les pouvoirs publics à agir au civil s'ils ont été lésés par une soumission concertée sur un marché public.

Le Conseil fédéral estime que le renforcement des actions civiles va dans le sens des efforts déployés pour une meilleure répercussion des avantages de change. Cet élément de la révision est appuyé par une autre nouveauté: lorsqu'une procédure administrative est en cours, la prescription des prétentions civiles sera suspendue de l'ouverture de l'enquête par l'autorité de la concurrence jusqu'à l'entrée en force de la décision dans la procédure administrative. Le cas échéant, cette nouveauté permettra au juge civil de s'appuyer sur les éléments établis dans le cadre de la procédure administrative.