

Le Conseil des États pour une modernisation du droit des cartels

22.03.2013

D'un coup d'oeil

Le droit de la concurrence est vital pour l'économie de marché. L'économie suisse est ouverte à une modernisation du droit des cartels pour autant qu'elle s'appuie sur des principes économiques et de l'État de droit fondés. Le Conseil des États est entré en matière sur la révision du droit des cartels. Il a suivi dans les grandes lignes le projet du Conseil fédéral qui prévoit l'interdiction de trois formes d'accords horizontaux et deux formes d'accords verticaux. Il a par ailleurs accepté une proposition individuelle qui vise à interdire la discrimination des acheteurs suisses à l'étranger dans certaines conditions. Il sera vraisemblablement très difficile d'appliquer cette disposition inhabituelle à l'échelle internationale et économiquement discutable, sans compter qu'elle ne produira probablement pas l'effet escompté.

economiesuisse a déjà procédé, il y a quelques mois, à une évaluation détaillée du projet du Conseil fédéral (voir le [dossier politique sur le droit des cartels](#)) . Au terme des délibérations approfondies de sa commission, le Conseil des États a tenu compte de plusieurs exigences des milieux économiques.

Améliorations importantes de l'interdiction partielle des cartels

La réglementation matérielle la plus importante adoptée par la Chambre haute est l'interdiction de cinq formes d'accords « durs » (interdiction dite partielle des cartels) avec possibilité de justification. L'examen préalable pratiqué actuellement pour déterminer si un accord a un effet marqué sur la concurrence est supprimé. Il faudra néanmoins examiner au cas par cas si un accord se justifie pour des raisons d'efficacité. L'évaluation économique est donc maintenue. Le Conseil des États a apporté des améliorations importantes au projet du Conseil fédéral. Le fardeau de la preuve pour les motifs de justification n'échoit pas aux entreprises mais aux autorités, ce qui est juste. Il a par ailleurs été décidé que les offres intensifiant la concurrence et les contrats de pools resteraient admis, un élément crucial notamment pour la construction et les assurances ainsi que pour d'autres secteurs d'activité. Enfin, les autorités ne se saisiront pas des cas induisant des restrictions négligeables de la concurrence (règle « de minimis »), ce qui est surtout décisif pour les PME. La décision du Conseil des États est conforme à des décisions récentes de la Commission de la concurrence (COMCO), mais a en outre le mérite d'accroître la sécurité juridique et d'alléger les procédures.

Formation des prix : une intervention qui n'aura guère d'effet

Contrairement aux règles usuelles à l'échelle internationale, le Conseil des États a accepté assez largement une proposition individuelle du conseiller aux États Hans Hess. En vertu de celle-ci, les prestataires étrangers pourront être sanctionnés d'une amende s'ils refusent de satisfaire des demandes d'acheteurs suisses aux conditions en vigueur dans leur pays. Ce sera possible lorsque les acheteurs suisses n'ont pas d'autre choix, parce que leurs propres clients demandent les produits (produits dits « must-in-stock ») ou parce que, en raison d'un achat antérieur, ils ont besoin des produits ou services (mises à jour d'un logiciel, par exemple) et que les produits sont également commercialisés en Suisse. Au-delà des justifications habituelles fondées sur la recherche de l'efficacité, il sera également possible de faire valoir la volonté de conquérir des marchés d'exportation pour bénéficier d'une exception. Par rapport à la motion Birrer-Heimo, qui a été très justement refusée, le nouvel

art. 7a est donc restreint. Ladite motion aurait également exigé l'introduction d'une obligation générale de livrer à l'étranger.

La proposition Hess énonce la condition d'une dépendance des acheteurs suisses, qui place les prestataires (étrangers) dans une position dominante. Les critères définis sont toutefois très vagues, inhabituels à l'échelle internationale et largement infondés sur le plan économique. La COMCO ne pourrait guère effectuer les investigations qui s'imposent à l'étranger et l'effet de cet article serait des plus discutables. Cet article pourrait inciter des prestataires internationaux à renoncer à traiter directement avec le marché suisse pour des raisons de sécurité juridique. Dans ce cas, il n'y aurait pas d'acteur économique à qui il pourrait être appliqué. Dès lors que des entreprises renoncent à une présence sur le marché suisse, elles n'assureraient plus non plus des prestations de service, tels que le traitement des questions de garantie. La restriction aux pays de l'OCDE évite des comparaisons économiquement insoutenables avec des pays en développement, mais va probablement à l'encontre des règles de l'OMC. Le droit actuel des cartels permet déjà d'agir contre des abus de position dominante, d'autant plus avec les durcissements décidés par le Conseil des États. Il n'est pas possible de réguler le marché de manière à faire baisser les prix, ce serait de l'économie planifiée.

Une demi-réforme des institutions

Le Conseil des États renonce à réformer les institutions en vue de séparer rigoureusement l'enquête de la décision. Il a en outre décidé de réduire la voilure de la COMCO et de la « professionnaliser ». On ignore comment la proximité du terrain pourra être garantie. Aujourd'hui, ce sont des représentants d'associations économiques qui y veillent.

Proposer de réduire la voilure de la COMCO en accroissant ses charges revient à faire de ses membres des fonctionnaires. Grâce au système de milice, les membres de la COMCO sont, actuellement, moins dépendants de l'État. On ignore encore comment l'indépendance de la COMCO à l'égard de la Confédération sera préservée et comment la proximité du terrain pourra être garantie. Le Conseil fédéral souhaitait transformer la COMCO en une institution indépendante dotée d'un conseil de surveillance. Il faut espérer que le Conseil national reviendra sur cette proposition même s'il renonce à créer un tribunal de la concurrence. Au-delà des décisions sur les affaires à traiter, il s'agit

aussi de veiller à l'application de la loi sur le marché intérieur ou de s'opposer aux activités de l'État propres à induire des distorsions de concurrence dans l'optique d'une économie de marché ouverte. L'introduction de délais d'ordre est une chose positive : elle permettra de raccourcir les procédures également du côté de l'instance de recours.

En ce qui concerne les autres questions, le Conseil des États a suivi les propositions du Conseil fédéral. La procédure dite d'opposition revêt une importance particulière pour les entreprises. Celle-ci permet de clarifier les pratiques commerciales admises. Le raccourcissement du délai de traitement représente certes un pas dans la bonne direction, mais il ne crée pas une sécurité juridique totale. La proposition minoritaire Föhn, refusée, serait allée plus loin.