

Ständerat

Conseil des Etats

Consiglio degli Stati

Cussegl dals stadis



## 16.4094 é Mo. Fournier. Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence

---

Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du 27 juin 2017

---

Réunie le 27 juin 2017, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats a procédé à l'examen préalable de la motion visée en titre, qui a été déposée le 15 décembre 2016 par le conseiller aux Etats Jean-René Fournier et qui lui a été transmise par le Conseil des Etats le 6 mars 2017.

La motion charge le Conseil fédéral de modifier la loi sur les cartels (LCart) sur quatre points, afin de répondre aux besoins des PME : 1. les procédures judiciaires doivent être simplifiées et accélérées ; 2. les décisions rendues par la Commission de la concurrence ne doivent pas être publiées avant d'être entrées en force; 3. les sanctions en cas d'accords illicites tiennent compte de façon adéquate de la taille de l'entreprise et de sa capacité d'en assumer les effets économiques et financiers ; 4. les parties ont droit à une allocation de dépens.

### Proposition de la commission

La commission propose, par 9 voix contre 3 et 1 abstention, d'adopter la motion. Une minorité (Levrat, Fetz, Zanetti Roberto) propose de rejeter la motion.

Rapporteur : Bischof

Pour la commission :  
Le président

Martin Schmid

#### Contenu du rapport

- 1 Texte et développement
- 2 Avis du Conseil fédéral du 15 février 2017
- 3 Considérations de la commission



## 1 Texte et développement

### 1.1 Texte

Le Conseil fédéral est chargé de modifier les bases juridiques en matière de concurrence afin que:

1. les procédures judiciaires en la matière soient simplifiées et accélérées, ce qui serait réalisable en inscrivant des délais dans la législation;
2. la publication d'informations en cours de procédure soit réglementée par la loi: pour éviter que les parties ne soient inutilement - et peut-être à tort - victimes de préjugés sur le marché et dans l'opinion publique, les décisions rendues par la Commission de la concurrence ne doivent pas être publiées avant d'être entrées en force;
3. les sanctions en cas d'accords illicites tiennent compte de façon adéquate de la taille de l'entreprise et de sa capacité d'en assumer les effets économiques et financiers: elles doivent respecter le principe de proportionnalité et être limitées, de par la loi, à un niveau permettant aux entreprises concernées de les supporter;
4. les parties aient droit à une allocation de dépens.

### 1.2 Développement

La loi sur les cartels se développe par sa pratique. Dans le respect de la volonté du législateur, la pratique courante de la Commission de la concurrence et la jurisprudence des tribunaux coïncident à bien des égards. Toutefois, l'une et l'autre ne prennent pas suffisamment en considération la situation des PME. Le législateur a tenu compte du fait que l'économie suisse repose essentiellement sur une structure faite de petites et moyennes entreprises; comme elle voulait aussi, à l'origine, prendre également les PME en considération, la Commission de la concurrence a même édicté à leur intention la "Communication PME". L'évolution de la jurisprudence s'est malheureusement avérée contraire à cette intention initiale. La jurisprudence tend à ne pas prendre en compte la situation particulière des PME qui ne disposent pas des mêmes moyens en personnel qualifié, en matériel et du point de vue financiers que les grands groupes nationaux et internationaux.

C'est ce que la motion en question entend corriger. Elle concrétise la volonté originelle du législateur et précise comment améliorer la défense des intérêts des PME dans les procédures relevant du droit de la concurrence et rétablir ainsi une équité de traitement entre grands groupes économiques et PME. Ces précisions sont nécessaires pour permettre aux PME de retrouver la sécurité juridique dans les affaires de concurrence relevant de la loi sur les cartels, dans le respect du principe de proportionnalité. D'autre part, selon le droit en vigueur, les parties n'ont droit à aucune indemnité dans le cadre des procédures de la Commission de la concurrence. Toutefois, pour les PME concernées, ces procédures généralement très complexes, très longues et très onéreuses représentent une charge financière considérable. C'est la raison pour laquelle il convient d'assurer que, dans toute procédure de concurrence relevant du droit administratif, les parties bénéficient d'indemnités judiciaires en fonction de l'issue de la procédure.

## 2 Avis du Conseil fédéral du 15 février 2017

Dans son message du 22 février 2012 relatif à la révision de la loi sur les cartels (LCart; RS 251) et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence (FF 2012 3631), le Conseil fédéral, se fondant sur l'évaluation conforme à l'article 59a LCart, a déterminé la nécessité de légiférer



subsistant selon lui dans la LCart. Contrairement au Conseil des Etats, qui est entré en matière sur le projet, le Conseil national a refusé par deux fois de le faire, la dernière en date du 17 septembre 2014, mettant ainsi un terme au projet de révision. Depuis, bon nombre d'interventions parlementaires proposant des adaptations ponctuelles de la LCart ont été déposées. Si le Conseil fédéral est toujours d'avis qu'il y a matière à légiférer eu égard au droit des cartels, il estime néanmoins que des modifications de la LCart devraient toutefois être considérées par une approche globale.

Le Conseil fédéral accorde une grande importance aux intérêts des PME, d'autant plus que 99 pour cent des entreprises de Suisse sont des PME. Garantir une concurrence efficace est donc une tâche essentielle en vue de prévenir des atteintes injustifiées à la concurrence et de protéger en particulier les PME contre les entreprises ayant une position dominante.

1. Le Conseil fédéral aussi souhaite que les procédures cartellaires se déroulent rapidement et simplement. Il faut toutefois qu'elles tiennent compte de la complexité de la matière, de l'ampleur des travaux nécessaires pour déterminer les faits, des droits de partie, ainsi que des ressources et de l'indépendance des autorités de la concurrence et des tribunaux. Les procédures de sanction au titre de la LCart étant analogues aux procédures pénales, les droits de partie et de procédure (droit d'être entendu, etc.) revêtent une grande importance. Il ne faut en aucun cas faire de compromis eu égard à l'Etat de droit. Les règles en place offrent la souplesse nécessaire pour relever les défis liés à la poursuite des faits relevant du droit des cartels. Des délais immuables risquent en particulier de compromettre la qualité des enquêtes et des décisions des autorités de la concurrence et des tribunaux.

2. Le Secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) est tenu de communiquer l'ouverture d'une enquête par publication officielle et de mentionner expressément l'objet et les parties concernées par l'enquête (art. 28 LCart). Cette disposition a pour but d'attirer l'attention des tiers concernés afin qu'ils puissent participer à l'enquête. En vertu du principe de l'économie de procédures, il est souhaitable que les potentielles victimes du cartel participent aussi tôt que possible à la procédure afin que tous les arguments soient connus au plus vite. Cette approche est donc dans l'intérêt public. Qui plus est, l'ouverture d'une procédure ne présente pas de caractère préjudiciable.

La LCart contient des normes complexes avec des notions qui demandent à être interprétées. Pour les entreprises, il est important de savoir à l'avance la manière dont ces normes seront appliquées par les autorités. Le fait de ne publier les décisions qu'une fois qu'elles ont pris force (c'est-à-dire potentiellement seulement après une décision du Tribunal fédéral) signifierait que seules les anciennes décisions de la COMCO, potentiellement surannées, seraient publiées, ce qui constituerait un considérable pas en arrière en matière de prévention et de transparence des activités de l'administration. Par ailleurs, cela pourrait inciter certaines entreprises à exploiter les voies de droit juste pour repousser la publication. Enfin, tenter de garder secrète une décision de la COMCO dont bon nombre de participants à la procédure ont connaissance risque de piquer la curiosité des médias, qui seront d'autant plus motivés pour découvrir ce dont il s'agit, mais aussi d'être source de rumeurs, ce qui entraverait considérablement la capacité des entreprises concernées à communiquer de manière contrôlée.

3. Concernant la sanction d'une entreprise, la LCart prévoit d'ores et déjà que la sanction maximale ne peut en aucun cas être supérieure à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 LCart). L'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart; RS 251.5) pose déjà expressément le principe de proportionnalité (art. 2 al. 2 OS LCart). La sanction est calculée en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites, sachant que le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en considération pour le calcul de cette sanction (art. 2 al. 1 OS LCart). Dans sa pratique, la COMCO tient en outre toujours compte du risque d'insolvabilité d'une entreprise qui pourrait résulter de la sanction. Du fait de ce régime de sanction



équilibré et fondé sur le chiffre d'affaires, qui tient compte à la fois des auteurs de l'infraction et de l'infraction elle-même, la capacité économique et financière des entreprises est d'ores et déjà prise en considération à l'heure actuelle.

4. La loi fédérale sur la procédure administrative (RS 172.021) ne prévoit généralement pas d'allocation de dépens pour les procédures administratives de première instance. Les dépens peuvent seulement être revendiqués à partir d'une procédure de contestation devant les tribunaux. Le Conseil fédéral est d'avis qu'une dérogation à ce principe pour le seul droit des cartels ne se justifie pas plus qu'une disposition spéciale.

Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

### 3 Considérations de la commission

La motion porte sur quatre points, qui avaient fait l'objet de discussions lors de l'examen de la dernière révision de la loi sur les cartels ([12.028](#)), révision qui avait été finalement rejetée. La commission soutient cette tentative de modifier seulement ces quatre points sans que cela n'entraîne une révision plus étendue, qui aurait peu de chances d'aboutir. Selon elle, la mise en œuvre de la motion se traduirait par de nombreux avantages. Ainsi l'accélération des procédures rendrait ces dernières également convenables pour les petites entreprises (point 1). En outre, le fait que les parties aient droit à une allocation de dépens (point 4) permettrait aux PME d'être mieux à même de supporter les frais de procédures souvent très longues. Pour ce qui est du point 2, la majorité de la commission considère que le fait de rendre public l'ouverture d'une enquête de la COMCO porte préjudice à la réputation des entreprises impliquées, qui sont parfois finalement lavées de tout soupçon. Or, même si, à la fin de la procédure, les tribunaux statuent en leur faveur, l'image de ces entreprises est définitivement écornée. Enfin, la mesure proposée au point 3 permettrait de mieux tenir compte de la situation économique et de la taille des entreprises à sanctionner, de sorte que la sanction infligée ne les mette pas en grande difficulté.

Une minorité de la commission propose, quant à elle, de rejeter cette motion : elle estime en effet que les propositions présentées contribueraient à affaiblir la loi sur les cartels et partage les réserves du Conseil fédéral. Elle craint qu'une accélération des procédures ne mène à une baisse de qualité et que la COMCO ne finisse par renoncer à ouvrir des enquêtes sur des cas très complexes. Enfin, elle considère que la publication de l'ouverture des procédures a l'avantage d'être dissuasive pour les autres acteurs de la branche et de permettre d'informer directement le public, sans que l'information passe exclusivement par les médias.