

# NEWSLETTER

Février 2004

S C H E L L E N B E R G W I T T M E R

A v o c a t s

## La révision de la loi sur les cartels

**Le 20 juin 2003, le Parlement suisse a accepté une révision partielle de la loi sur les cartels (LCart). Cette révision va dans le sens d'une plus grande sévérité à l'égard des pratiques commerciales réputées anticoncurrentielles. La Commission de la concurrence (Comco) se voit en effet dotée de nouveaux moyens de répression et de détection des infractions. Il s'agit avant tout de renforcer l'effet préventif de la loi.**

Les principaux points de la révision sont les suivants:

- I sanctions directes;
- I régime du bonus et
- I base légale claire pour l'exécution de perquisitions.

### 1 Les sanctions directes

Avec l'entrée en vigueur de la LCart révisée, la Comco pourra directement infliger des amendes aux entreprises qui contreviennent aux règles de concurrence. S'alignant sur le régime en vigueur dans l'UE, la LCart devient ainsi considérablement plus stricte.

Avant la révision, le pouvoir de la Comco était en pratique limité à la sanction de la récidive. Ce n'était en effet qu'en cas de violation d'une première décision constatant une infraction à la LCart qu'une décision prononçant une amende pouvait être rendue. Pour être inquiétées, les entreprises devaient donc commettre deux fois de suite la même infraction. Il n'y aura désormais plus aucune mise en demeure. Une fois établie, la première infraction pourra être immédiatement sanctionnée.

### 1.1 Infractions concernées

Le régime des sanctions directes ne s'appliquera pas à toutes les infractions à la LCart. Seules sont concernées les infractions réputées particulièrement graves. Les autres resteront soumises au régime, nettement plus clément, en vigueur avant la révision.

Le législateur a défini trois catégories d'infractions graves:

- I les ententes horizontales assimilables à des cartels durs;
- I certaines ententes verticales et
- I l'abus de position dominante.

#### a) Cartels durs

La loi définit comme cartels durs («hard core cartels») deux types d'ententes entre entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes:

- I les ententes qui fixent les quantités ou les prix («price fixing agreements»).
- I les ententes qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux («market sharing agreements»).

Pour échapper au risque de sanction directe, des entreprises concurrentes devraient notamment s'abstenir de tout échange d'informations commercialement sensibles telles que prix, quantités, coûts de fabrication, clientèle. Même en dehors de tout accord,



un tel échange d'informations pourrait en effet être assimilé à un cartel dur.

D'autres ententes horizontales, également susceptibles de restreindre la concurrence, mais dont on peut légitimement attendre des effets positifs, ne sont pas concernées par le régime des sanctions directes. On pense en particulier à la coopération interentreprises en matière de R&D et de production.

De la même façon, des restrictions a priori dures ne devraient pas pouvoir faire l'objet de sanctions directes lorsqu'elles sont en réalité accessoires à un accord principal en soi non restrictif de concurrence (p. ex. clause de non-concurrence convenue dans le cadre d'une cession d'entreprise).

## b) Ententes verticales

Les ententes verticales lient des entreprises occupant des échelons du marché différents. Il s'agit notamment des accords de distribution. On rappellera que la Comco s'est déjà prononcée au sujet des ententes verticales dans deux communications.

A nouveau, le régime des sanctions directes ne s'applique pas à toutes les ententes verticales. Seules deux catégories sont concernées, à savoir :

- I les ententes prévoyant des prix de vente minimaux ou fixes («Resale Price Maintenance»);
- I les accords de distribution avec allocation de territoires de vente, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés y sont exclues.

Les débats parlementaires suggèrent que des sanctions directes sont exclues dans le cas de réseaux de distribution prévoyant une protection territoriale qui ne serait que relative, c'est-à-dire autorisant les revendeurs à déployer une activité de vente passive hors du territoire qui leur est alloué.

La loi ne dit malheureusement pas dans quelle mesure les prix recommandés sont aussi concernés par les nouvelles dispositions. On notera qu'en droit européen les recommandations en matière de prix sont, à certaines conditions, assimilées à des prix imposés lesquels sont en principe illégaux.

Qu'il s'agisse d'ententes horizontales ou verticales, il faut souligner que la loi ne pose qu'une présomption réfragable d'illicéité. En d'autres termes, les parties peuvent échapper à une sanction en prouvant que leurs pratiques n'éliminent pas la concurrence efficace et sont justifiées par des motifs d'efficacité économique.

## c) Abus de position dominante

Des sanctions directes peuvent enfin être prononcées en cas d'abus de position dominante. La notion d'abus s'applique à certaines pratiques d'entreprises justifiant individuellement ou collectivement d'un certain degré de puissance économique. La loi vise des pratiques qui entravent l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou à son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux. On mentionnera notamment le refus d'entretenir des relations commerciales, la pratique de prix excessifs ou la discrimination de clients ou fournisseurs.

Le cas échéant, les entreprises mises en cause peuvent faire valoir que leur comportement est justifié par des intérêts économiques objectifs («legitimate business reasons») ou n'a en réalité aucun effet anticoncurrentiel.

## 1.2 Sanctions

La loi révisée prévoit que les entreprises impliquées dans des pratiques anticoncurrentielles seront tenues au paiement d'une amende pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

La méthode de fixation des amendes est définie dans une ordonnance distincte, l'Ordonnance sur les sanctions LCart (l'ordonnance, qui n'existe actuellement qu'au stade de projet, devrait être définitivement adoptée sous peu). Le montant des amendes sera calculé en fonction de la durée et de la gravité des infractions. Le projet d'ordonnance mentionne des circonstances aggravantes, comme la récidive ou le rôle d'instigateur au sein d'un cartel, ainsi que des circonstances atténuantes, telles la cessation immédiate de l'infraction ou un rôle essentiellement passif au sein d'un cartel.

La loi révisée prévoit par ailleurs qu'aucune sanction n'est prise si la restriction de concurrence est annoncée avant qu'elle ne déploie ses effets ou si elle a cessé plus

de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête de la Comco. Ainsi, si une entreprise devait avoir des doutes concernant la légalité de certaines de ses pratiques commerciales, elle peut avoir intérêt à s'immuniser en effectuant une notification à la Commission. Les modalités d'une telle notification sont réglées dans l'Ordonnance sur les sanctions LCart, laquelle prévoit la publication d'un formulaire de notification.

## 2 Le régime du bonus

A l'instar du droit communautaire («leniency program»), le droit suisse prévoit que la Comco peut renoncer en tout ou en partie à une sanction à l'égard des entreprises qui coopèrent volontairement à la découverte et à la suppression de pratiques illicites.

Les modalités du régime du bonus sont fixées dans l'Ordonnance sur les sanctions LCart. Le projet d'ordonnance distingue immunité totale et simple réduction de l'amende. L'immunité complète est notamment exclue s'agissant du ring-leader. Par ailleurs, elle ne peut être accordée qu'à la première entreprise qui dénoncera le cartel ainsi que sa participation dans celui-ci ou qui fournira à l'autorité de la concurrence les éléments lui permettant de prouver l'infraction. Le deuxième venu pourrait donc tout au plus bénéficier d'une réduction. Une réduction de l'amende suppose quant à elle une participation à la fois spontanée et intensive à la procédure de l'autorité. La réduction est dans tous les cas plafonnée à 50%.

## 3 Les perquisitions

Avant la révision de la loi, la question de savoir si la Comco avait effectivement le droit d'effectuer des perquisitions («dawn raids») dans les locaux des entreprises soupçonnées de participer à des pratiques anticoncurrentielles était controversée.

La compétence de la Comco est dorénavant fermement établie par l'introduction d'une base légale claire dans la LCart. Selon la loi, les perquisitions et saisies sont ordonnées par un membre de la présidence de la Comco à la suite d'une demande du secrétariat. Le droit applicable prévoit un certain nombre de garanties procédurales destinées à prévenir d'éventuels abus de pouvoir. Il n'est pas exclu que la Comco procède aussi à des

perquisitions au domicile privé de cadres ou du personnel d'une entreprise.

## 4 Autres points de la révision

La loi a été révisée sur un certain nombre d'autres points. Les principaux sont évoqués ci-dessous.

### 4.1 Sanction pour des comportements passés

Avant la révision, la Comco ne pouvait en principe pas ouvrir de procédures d'enquête lorsque les pratiques réputées contraires à la LCart avaient déjà cessé au moment de son intervention.

Elle pourra désormais le faire, ce qui lui permettra notamment d'infliger des amendes aux membres d'un cartel dur qui était déjà dissous avant l'ouverture de la procédure.

### 4.2 Seuils du contrôle des concentrations

Les concentrations d'entreprises (fusions, acquisitions, entreprises communes) doivent être notifiées à la Comco avant leur réalisation lorsque les entreprises participantes ont une certaine importance économique («seuils»).

Avant la révision, la loi posait une règle générale et des seuils spéciaux pour trois secteurs de l'économie, à savoir les entreprises du secteur des médias, les entreprises du secteur de l'assurance et les entreprises du secteur bancaire. La révision supprime les seuils spéciaux pour le secteur des médias et aligne les seuils applicables au secteur bancaire sur les principes en vigueur dans l'UE.

### 4.3 Importations parallèles et PI

Avant la révision, la loi déclarait que la LCart n'était pas applicable aux restrictions de concurrence découlant exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle (PI).

Ce principe est maintenu, mais la LCart révisée précise désormais aussi que les restrictions à l'importation fondées sur la PI peuvent être prohibées. Cette disposition est essentiellement une codification de la jurisprudence KODAK concernant les droits



des titulaires d'un brevet suisse dans le cas d'importations parallèles.

## 5 Entrée en vigueur

La loi révisée et ses ordonnances d'exécution vont probablement entrer en vigueur le 1er avril 2004. S'agissant du régime des sanctions directes, une disposition transitoire prévoit cependant qu'aucune sanction ne sera prise contre une restriction à la concurrence qui serait annoncée ou supprimée dans un délai d'une année à compter de l'entrée en vigueur.

## 6 Conclusion

Si la révision va encore susciter de nombreuses questions, il est certain que les entreprises opérant en Suisse devront plus que jamais veiller à prendre les mesures nécessaires pour se conformer aux règles de concurrence consacrées par la LCart.

A cet effet, l'adoption ou la révision au sein des entreprises de «chartes de conformité» à la LCart ainsi que de programmes de sensibilisation et d'information adaptés («compliance program») constituent des instruments tout à fait essentiels.

## 7 Notre expérience

SHELLENBERG WITTMER fournit des conseils relatifs à l'impact que le droit suisse et communautaire de la concurrence peut avoir sur les accords et les pratiques commerciales d'entreprises suisses et étrangères. Ses avocats représentent des clients dans le cadre de procédures devant la Comco et ses autorités de recours. SCHELLENBERG WITTMER jouit d'excellents contacts en Europe et à travers le monde avec des experts de droit de la concurrence d'autres juridictions.

## Contacts

Nos avocats des bureaux de Zurich et Genève répondront volontiers à vos questions.

### I A Genève:

LIONEL AESCHLIMANN  
lionel.aeschlimann@swlegal.ch

YVES JEANRENAUD  
yves.jeanrenaud@swlegal.ch

### I A Zurich:

PHILIPPE BORENS  
philippe.borens@swlegal.ch

MARTIN WEBER  
martin.weber@swlegal.ch

15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
CH-1211 Genève 1  
Tél. +41 (0) 22 707 8000  
Fax +41 (0) 22 707 8001

Löwenstrasse 19  
Case postale 6333  
CH-8023 Zurich  
Tél. +41 (0) 1 215 5252  
Fax +41 (0) 1 215 5200

| [www.swlegal.ch](http://www.swlegal.ch)