

Loi sur les cartels et PME – Le guide

1. Pourquoi ce guide?

Depuis la dernière révision de la loi sur les cartels en 2003, les infractions graves au droit de la concurrence sont soumises à de fortes sanctions. Cette règle s'applique à toutes les entreprises, y compris aux PME, quelle que soit leur taille. La plus grande prudence est donc de mise dans toutes les situations relevant de la concurrence.

La loi sur les cartels fait une fois de plus l'objet de débats controversés : ainsi, pas moins de trois projets de révision sont aujourd'hui en discussion. L'Union suisse des arts et métiers usam s'oppose à ces projets, jugeant qu'il n'existe aucune nécessité urgente à procéder à une nouvelle adaptation législative, mais qu'il faut mettre en œuvre la législation en vigueur et développer une pratique fiable. Elle estime en outre qu'il vaudrait mieux, pour assurer la sécurité juridique et une planification efficace, ne pas changer trop fréquemment les règles du jeu.

Ce guide de quelques pages aisément compréhensibles expose le sens, le but et le contenu de la loi sur les cartels ; mais encore et surtout, il explique comment les PME et les organisations économiques peuvent éviter de possibles « pièges » et comment procéder en cas de doute. La plus grande prudence s'impose notamment lorsque des associations de branches émettent des recommandations de prix à l'intention de leurs membres.

L'usam assume l'entière responsabilité du texte ci-après. Le Secrétariat de la Commission de la concurrence COMCO a toutefois suivi de près les travaux et vérifié l'exactitude du contenu. La présente mouture est une édition mise à jour du premier guide publié le 16 décembre 2009.

2. La concurrence: moteur de l'économie

La concurrence est l'un des piliers fondamentaux de notre économie de marché libérale. Le droit suisse des cartels vise, selon l'article 1 de la loi sur les cartels, à « empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et à promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral ».

Dans le cadre d'une économie de marché, la concurrence remplit en effet plusieurs fonctions essentielles : elle fait varier l'offre selon les préférences des consommateurs, permet une utilisation efficace des facteurs de production, incite à optimiser les performances, favorise l'innovation des produits et processus ainsi que les mutations structurelles nécessaires à la croissance économique. La politique étatique de la concurrence doit donc avoir pour but de garantir le fonctionnement des mécanismes du marché et par là même le libre jeu de l'offre et de la demande – dans l'intérêt de l'économie toute entière.

La loi sur les cartels est en principe applicable à toutes les entreprises, quelle que soit leur taille. Elle s'applique aussi bien aux micro-entreprises n'occupant que quelques collaborateurs qu'aux grandes banques. Néanmoins, elle contient également des dispositions visant à protéger les PME face aux entreprises qui occupent une position dominante sur le marché.

Le champ d'application de la loi sur les cartels est toutefois limité. Il concerne uniquement les restrictions à la concurrence entre entreprises évoluant dans un marché libéral. Les marchés réglementés par l'Etat – tels que certaines parties du marché agricole, du secteur de la santé et du marché du travail reposant sur des conventions collectives pour certaines de force obligatoire – n'entrent pas dans la loi. La COMCO peut cependant adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir

une concurrence efficace même dans les marchés protégés. La tendance à la libéralisation progressive des marchés encore réglementés par l'Etat entraîne simultanément l'extension du champ d'application de la loi sur les cartels.

3. Les trois principes directeurs de la loi sur les cartels

La loi n'interdit pas les cartels en Suisse, mais vise à combattre les abus et les conséquences économiques négatives. Elle n'est donc pas dirigée contre les structures en tant que telles, mais uniquement contre certains comportements dommageables d'un point de vue économique – qui entravent considérablement, voire suppriment la concurrence. Elle dispose en l'occurrence de trois instruments principaux :

- **mesures contre les accords illicites.** Les accords illicites sont régis par l'article 5 de la loi sur les cartels. Il s'agit avant tout d'accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition territoriale entre entreprises occupant des échelons du marché identiques (accords horizontaux) ou différents (accords verticaux). Ces accords sont considérés comme des cartels durs et sont illicites. En revanche, les accords qui restreignent considérablement la concurrence sans toutefois la supprimer sont licites s'ils sont réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique.
- **mesures contre l'abus d'une puissance sur le marché.** L'article 7 de la loi sur les cartels interdit d'abuser d'une position dominante sur le marché. Les pratiques d'entreprise ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou à son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux. Les principales pratiques illicites sont mentionnées dans la loi. Une entreprise sans position dominante sur le marché ne peut pas abuser de sa position et l'article 7 ne s'applique donc pas.
- **contrôle des fusions.** Les opérations de concentration de grandes entreprises doivent être notifiées à la COMCO en vertu de l'article 9 de la loi sur les cartels. Si la fusion crée ou renforce une position dominante, elle peut être interdite ou uniquement autorisée sous certaines conditions.

Les accords, les pratiques d'entreprises ayant une position dominante et les fusions interdites par la COMCO peuvent cependant être autorisés par le Conseil fédéral si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. Il est cependant extrêmement rare que le Conseil fédéral recoure à cette possibilité.

L'autorité d'exécution est le Secrétariat de la COMCO. Etabli à Berne, le secrétariat dépend du Département fédéral de l'économie au niveau administratif et emploie une soixantaine de personnes – principalement des juristes et des économistes. Les décisions et décisions exécutoires sont prises par la COMCO. Présidée par le professeur Vincent Martenet, la commission compte actuellement douze membres – nommés par le Conseil fédéral, dont cinq représentants des organisations faïtières. L'usam y est représentée par Rudolf Horber jusqu'à fin 2011, auquel succèdera Henrique Schneider dès janvier 2012.

4. Possibilités pour les PME

La loi sur les cartels s'applique aux grandes entreprises et aux PME. Elle offre aux PME de multiples possibilités de se défendre. Encore trop peu connue avant tout des micro-entreprises, la législation sur les cartels donne aux PME notamment les moyens suivants :

- **pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante:** les mesures prévues par la loi contre l'abus d'une puissance sur le marché favorisent la concurrence et empêchent que des PME ne soient acculées au mur par de grandes entreprises. Les PME qui subissent des entraves à la concurrence, par exemple sous forme de refus de livraison ou de diktats de prix, peuvent se défendre, que ce soit en portant plainte auprès de la COMCO ou devant un tribunal civil.

- **empêchement de mégafusions:** le fait que des concentrations d'entreprises qui créent ou renforcent une position dominante peuvent être interdites ou autorisées moyennant des conditions ou des charges, est clairement dans l'intérêt des PME. Ainsi, lors de la fusion de la Société de Banque Suisse SBS et de l'Union de Banques Suisses pour créer la *United Bank of Switzerland UBS*, les relations de crédit avec les PME ont dû être poursuivies durant un certain temps. De même, la COMCO a autorisé le rachat de Denner par Migros en imposant des conditions, dont elle contrôle le strict respect.
- **article PME:** la dernière révision de la loi sur les cartels a notamment marqué l'introduction d'un article dit PME. Il s'agit en l'occurrence de l'article 6, al. 1, let. e, selon lequel les accords ayant pour but d'améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises dans la mesure où ils n'ont qu'un impact restreint sur le marché sont en règle générale autorisés. Les détails sont réglés dans une communication. Les cartels « durs » restent toutefois interdits, de sorte que les conséquences pratiques de cet article sont très limitées.

5. Dangers pour les PME

Plusieurs dangers et pièges guettent cependant les PME. Il faut absolument les éviter, d'autant plus que dans le pire des cas les entreprises contrevenantes risquent de devoir payer d'énormes amendes depuis la dernière révision de la loi sur les cartels. Ces amendes peuvent atteindre jusqu'à 10% du chiffre d'affaire réalisé en Suisse durant les trois dernières années. Les principaux dangers se présentent avant tout comme suit :

- **accords illicites / recommandations de prix:** les plus grands risques résident dans les accords horizontaux sur les prix, les quantités ou la répartition géographique. La plus grande prudence s'impose surtout dans le cas de recommandations de prix et de schémas de calcul. De telles mesures sont illicites notamment lorsqu'elles sont déclarées contraignantes et qu'elles sont respectées ; les PME ou organisations de branche concernées s'exposent alors à de fortes amendes. En cas d'accords verticaux – à savoir entre entreprises occupant des échelons du marché différents – tels que les recommandations de prix de revente ainsi que les cloisonnements de marché, la prudence est également de mise.
- **insécurité juridique / zone grise relativement importante:** dans de nombreux cas, notamment dans celui de recommandations de prix ou de schémas de calcul, il n'est pas possible d'affirmer d'entrée qu'un accord est licite ou illicite. D'où une grande insécurité qui peut conduire les entreprises à mener une politique commerciale exagérément prudente. La conséquence effective d'un accord ne peut être constatée qu'après enquête des autorités de la concurrence. La répartition géographique du marché joue souvent un rôle décisif. La pratique n'est pas sûre non plus face au degré d'observance d'un comportement illicite : ainsi, lorsqu'une recommandation de prix désignée comme non contraignante n'est respectée que par une faible minorité, elle devrait être licite ; mais si elle est respectée par la grande majorité, tout plaide pour une interdiction accompagnée d'une sanction directe.

6. Trois cas de figure

- **Les deux seuls petits boulangers établis dans une vallée de montagne reculée concluent un accord de prix.** Cela est à coup sûr illicite et ce pour les deux raisons principales suivantes: d'une part il s'agit d'un cartel « dur », la concurrence étant totalement supprimée ; d'autre part, il n'existe aucune concurrence externe, les consommateurs n'ont aucune autre possibilité et doivent payer des prix surfaits, non conformes au marché. Les deux boulangers seraient dans tous les cas sanctionnés, puisque la conséquence (négative) de leur accord sur le marché considéré, la vallée de montagne, est considérable.

- **Quatre petits boulangers concluent un accord sur l'achat commun de farine dans le but de survivre face à la concurrence de deux grandes boulangeries.** Un tel accord serait très vraisemblablement licite, puisqu'il ne supprimerait pas mais tout au plus réduirait la concurrence. Cet accord pourrait se justifier par des motifs d'efficacité économique. Sans accord de ce type, les quatre petits boulangers pourraient éventuellement courir le risque de disparaître, ce qui entraînerait une diminution de la concurrence. Même après conclusion d'un accord, le consommateur a toujours la possibilité de choisir son boulanger (concurrence externe).
- **Une association régionale de boulangers édicte des recommandations de prix non contraignantes et invite les boulangers à eux-mêmes varier les prix.** Dans ce cas, seule une enquête sur le marché défini permet de montrer si l'accord est licite ou non. Si une majorité des boulangers reprenaient la recommandation de prix telle quelle, l'accord est interdit et sanctionné. Si les boulangers sont en revanche nombreux à varier les prix (par exemple rabais clientèle, suppléments qualité), la recommandation de prix devrait rester sans conséquence.

7. Que faire en cas de doute ?

Les possibilités et risques tout comme les cas de figure précités le montrent clairement : la zone grise est relativement grande, il n'est souvent pas possible d'affirmer d'entrée si une mesure ou un comportement déterminé est ou n'est pas licite du point de vue du droit des cartels. Comment une PME qui n'occupe aucun juriste formé en droit cartellaire ni n'a les moyens de payer une (coûteuse) expertise doit-elle se comporter lorsqu'elle se trouve confrontée à une insécurité juridique ? Voici, brièvement décrites, les différentes réactions possibles :

- **ne rien entreprendre, aucune précaution:** la mesure discutable est mise en œuvre dans l'espoir que les autorités de concurrence n'en apprennent rien et qu'aucun tiers ne dépose plainte.
Recommandation: stratégie très dangereuse, revient à « jouer avec le feu », ne pas agir de la sorte, risque résiduel trop grand (risque d'une forte sanction directe); le comportement jugé problématique devrait être abandonné aussi vite que possible.
- **commander une expertise externe:** cette solution est relativement sûre, mais plutôt chère.
Recommandation: solution judicieuse si l'insécurité juridique en question est importante et que l'entreprise dispose des moyens nécessaires.
- **poser la question au secrétariat de la COMCO:** solution relativement sûre et avantageuse. Le premier renseignement sans engagement est gratuit, une expertise facturée au tarif horaire de 100 – à 400.– francs. A noter que les renseignements fournis par le secrétariat de la COMCO ne l'engagent pas.
Recommandation: solution judicieuse, dont les petites entreprises et les associations devraient faire usage plus souvent.
- **annonce d'une restriction à la concurrence (procédure d'opposition):** aucune sanction n'est prise si l'entreprise annonce la restriction à la concurrence avant que celle-ci ne déploie ses effets. Si aucune procédure n'est ouverte dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, la restriction à la concurrence reste sans conséquence pour l'entreprise.
Recommandation: solution judicieuse pour les PME et les associations de toute taille

- **poser la question à l'organisation de branche concernée ou à l'usam:** les organisations de branche et l'usam répondent volontiers aux questions se rapportant à la loi sur les cartels. Elles ne peuvent cependant fournir qu'un premier renseignement juridique – certes gratuit mais n'ayant pas de caractère contraignant sur le plan juridique, faute de connaissances approfondies.

Recommandation: solution judiciaire pour des cas simples; pour des informations plus précises et dont le caractère doit être contraignant, faire appel au secrétariat de la COMCO ou à un spécialiste extérieur.

8. Adresses utiles

Union suisse des arts et métiers usam, Schwarztorstrasse 26, case postale, 3001 Berne, tél. 031 380 14 14, www.sgv-usam.ch, info@sgv-usam.ch ou directement r.horber@sgv-usam.ch (jusqu'à fin 2011) puis h.schneider@sgv-usam.ch (dès janvier 2012)

Secrétariat de la Commission de la concurrence COMCO, Monbijoustrasse 43, 3003 Berne, tél. 031 322 20 40, www.comco.admin.ch, info@weko.admin.ch

9. Documents de base

- Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), RS 251
- Communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (Communication PME) du 19 décembre 2005
- Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010
- Communication concernant les conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul du 4 mai 1998

D'autres documents sont disponibles sur le site de la COMCO: www.comco.admin.ch / Documentation.

Berne, le 8 décembre 2011

Responsable du dossier

Rudolf Horber, responsable *développement territorial, commerce et agriculture*
Tél. 031 380 14 34, mél. r.horber@sgv-usam.ch