

Droit et politique de la concurrence en Suisse

Comment la Suisse a-t-elle amélioré sa législation de la concurrence ?

L'application de la loi est-elle suffisamment vigoureuse ?

Quelles sont les limites de la politique de la concurrence ?

Comment le plaidoyer en faveur de la concurrence promeut-il la réforme ?

Comment la Suisse peut-elle renforcer la politique de la concurrence ?

Pour plus d'informations

Références

Où nous contacter ?

Introduction

La politique de la concurrence contribue de façon cruciale à promouvoir la réforme axée sur l'ouverture des marchés mais aussi à favoriser le bien-être du consommateur. Le manque de concurrence est l'une des principales causes du niveau élevé des prix de nombreux produits et services sur le marché suisse. Traditionnellement la politique de la concurrence suisse manque de sévérité à l'égard des comportements anticoncurrentiels permettant à un marché intérieur relativement peu concurrentiel de se maintenir sans être contesté. L'impact de la politique de la concurrence sur le développement économique suisse a donc été tout au plus neutre jusqu'ici. Cependant, compte tenu de la faiblesse actuelle de la croissance, l'idée qu'une politique de la concurrence plus énergique pourrait contribuer à améliorer les perspectives économiques est maintenant admise.

La réforme de 2003 de la loi sur les cartels a renforcé le droit suisse de la concurrence grâce notamment à l'introduction de sanctions directes pour les violations les plus graves de la loi et d'un programme de clémence, le rapprochant ainsi du droit communautaire et de celui de bon nombre d'autres pays de l'OCDE. La Commission de la concurrence suisse s'est vue dotée de nouveaux pouvoirs considérables pour combattre les restrictions privées à la concurrence.

La Comco devra appliquer ces instruments de manière résolue et prendre des mesures pour promouvoir les réformes réglementaires. Pour mener à bien sa mission, elle devra compter avec des dispositions et mécanismes existant qui entravent sa totale indépendance. Les autorités suisses de la concurrence ne bénéficient pas des réseaux d'échanges à la disposition des autorités nationales de la concurrence des pays européens membres de l'Union européenne. De plus, leur niveau de ressources relativement faible, complique leur action.

Le renforcement de la concurrence est clé pour l'avènement d'un marché intérieur efficace. Les amendements visant à renforcer la loi sur les cartels ainsi qu'un certain nombre d'autres propositions démontrent que la Confédération est fermement résolue à s'attaquer aux problèmes. Il est trop tôt pour dire si ces actions seront efficaces et dans quelle mesure elles favoriseront un changement général d'attitude, notamment aux niveaux infra fédéraux d'administration. ■

Comment la Suisse a-t-elle amélioré sa législation de la concurrence ?

La première loi suisse sur les cartels, promulguée en 1962, était indulgente souffrant de l'absence de pouvoirs décisionnels et d'un manque d'instruments efficaces. Avant 1985, elle autorisait une série d'arguments, prétendus contre-poids au tort causé par les cartels. En 1995, une nouvelle loi (et une loi sur le marché intérieur), visait à poser les bases d'une politique de la concurrence plus ferme. La loi de 1995 sur les cartels « a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral ». Cette loi conférait des pouvoirs décisionnels à la Commission de la concurrence (Comco) comme le pouvoir d'interdire des restrictions illicites sur la concurrence, mais présentait un certain nombre de failles : par exemple, il ne pouvait y avoir sanction qu'en cas de violation d'une première décision constatant une infraction.

Une révision de la loi a été adoptée en 2003 donnant à la Comco des outils plus affûtés. Après une période de transition, le nouveau texte est entré en vigueur en avril 2005. Il tente de remédier aux faiblesses du texte précédent et d'aligner la loi suisse sur les principes en vigueur dans l'UE (et dans l'OCDE) en introduisant

- Des sanctions financières jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires (des trois dernières années) ;
- Un programme de clémence autorisant une réduction ou exemption d'amendes en échange d'informations fournies aux autorités et une coopération dans le cadre d'une enquête concernant une entente ;
- Une présomption d'illicéité pour les ententes verticales en matière de prix et les accords de distribution avec allocation de territoires de vente
- Des accords possibles entre PME sous certaines conditions ;
- De nouvelles procédures d'enquête ;
- L'obligation pour les membres de la Comco de déclarer leurs intérêts
- Une application plus claire de la loi aux entreprises de droit privé comme de droit public.

La loi suisse relative aux accords restrictifs est fondée sur le principe de « l'abus » plutôt que sur l'interdiction absolue comme c'est le cas dans la plupart des pays de l'OCDE. De ce fait, la charge de la preuve incombe à l'autorité de la concurrence, la Comco. La Comco a interdit onze cartels horizontaux et conclu six accords amiables, mais la plupart n'avaient qu'un intérêt économique restreint. Quant aux interdictions d'accords verticaux, il n'y en a eu que quelques-uns alors qu'il est largement reconnu que ce type d'accord est à l'origine des différences de prix entre la Suisse et les autres pays. Reconnaisant que les accords verticaux posent des problèmes, notamment sur les prix de revente et les importations parallèles, la Comco a énoncé en 2002 dans une communication des principes très proches de ceux de l'UE.

Les dispositions de la loi suisse en matière d'abus de position dominante sont proches de ceux de l'UE. Les amendements de 2003 invitent à une analyse des relations de marché ainsi que de la structure du marché et précise la notion d'entreprise dominante. Il n'est pas encore possible de dire si ces changements se révéleront efficaces dans la pratique. Le nombre des décisions est minime.

Le régime helvétique en matière de fusion est plus permissif que celui de beaucoup d'autres pays de l'OCDE visant seulement les fusions susceptibles d'éliminer la concurrence. La Comco peut autoriser une fusion et la position

dominante qui en résulte dès lors qu'elle améliore la concurrence sur un autre marché. A ce jour, une seule fusion a été interdite mais il faut noter que la procédure de notification préalable a conduit plusieurs sociétés à renoncer à leur projet de fusion et que plusieurs autres restent encore soumises à conditions.

En Suisse, la protection des consommateurs est moins étroitement rattachée aux problèmes de concurrence que dans d'autres juridictions. La Comco a beau compter parmi ses membres un représentant des consommateurs, elle n'a pas de compétence directe dans les affaires de consommateurs. Globalement et en dépit des structures institutionnelles et juridiques existantes, comme le Bureau fédéral de la consommation, l'autorité de surveillance des prix et les associations de consommateurs, la protection des consommateurs n'est à l'évidence pas une priorité élevée. ■

L'application de la loi est elle suffisamment vigoureuse ?

La structure et les effectifs de l'autorité de la concurrence ne lui donnent pas le poids et les ressources nécessaires pour tirer aussi efficacement parti que possible des outils dont elle dispose.

La structure de la Comco repose sur la tradition suisse de la milice. Ses membres exercent à temps partiel. Sur ses quinze membres, six représentent des groupes d'intérêts spéciaux (secteurs de l'industrie, de la distribution, des consommateurs, du travail et de l'agriculture). Les membres peuvent aussi siéger dans des conseils d'administration de sociétés quoiqu'ils soient tenus de déclarer leurs intérêts. Le Conseil fédéral nomme les membres de la Comco et désigne son secrétaire général. Le secrétariat de la Comco compte 45 membres dotés d'un statut de fonctionnaire.

En comparaison internationale, la structure institutionnelle de la Comco est faible. Des membres à temps partiel qui représentent des groupes d'intérêts spéciaux alimentent la controverse. De nouvelles sanctions et le programme de clémence mettent en lumière ces difficultés. Des conflits d'intérêts peuvent se produire, lorsqu'il s'agit d'infliger des amendes à une entreprise dont le représentant est un membre de la Comco ou lorsque l'application du programme de clémence implique la dénonciation d'une société dont les intérêts sont représentés au sein de la Comco, par le biais d'un organe fédérateur. La procédure de récusation des membres de la commission dans le cas d'intérêts personnels ne règle pas de tels conflits. Le gouvernement fédéral avait proposé la réduction du nombre des membres et la suppression des représentants d'intérêts spéciaux mais ces propositions s'étaient heurtées à une très vive opposition et avaient dû être abandonnées pour ne pas compromettre la réforme.

Le lien entre le secrétariat de la Comco et le ministère de l'Économie demeure étroit en dépit de la séparation institutionnelle. Cela permet de promouvoir la concurrence mais cela crée aussi un flou quant à l'indépendance des autorités de la concurrence. Les mécanismes procéduraux actuels n'établissent pas une séparation nette entre les activités de la Comco et celles de son secrétariat. Une confusion des rôles entre les investigations liées à une affaire et le jugement rendu peut créer des difficultés dans le cadre de la Convention européenne sur les droits de l'homme, et n'est pas conforme aux bonnes pratiques internationales.

L'information concernant les actions et les politiques des autorités de concurrence sont facilement accessibles. Les décisions de la Comco et des autres autorités concernées, comme la Surveillance des prix, sont publiées régulièrement et leurs sites Internet respectifs sont très bien conçus. La Comco mobilise des moyens importants pour expliquer aux entreprises les implications de la récente révision de la loi sur les cartels.

Les méthodes d'investigation sont relativement faibles, en particulier pour les cartels durs. La loi ne définit pas avec assez de précision le champ d'application des instruments mis à la disposition des autorités de la concurrence. Avant les amendements de 2003, le secrétariat de la Comco proposait souvent un accord à l'amiable dans la mesure où des sanctions financières directes n'étaient pas encore possibles. Les sanctions directes, introduites dans la révision de 2003, sont appliquées sous forme d'amendes administratives qui peuvent s'élever à 10 % du chiffre d'affaires réalisé au cours des trois derniers exercices. Des dérogations peuvent être accordées, en particulier en vertu du nouveau programme de clémence. S'inspirant de la pratique en vigueur dans d'autres pays de l'OCDE, ce programme s'applique lorsqu'une société coopère volontairement avec la Comco à la découverte et à la suppression d'un cartel. Inédite dans la tradition judiciaire suisse, cette nouvelle disposition a été très controversée.

Les autorités de concurrence suisses souffrent d'un relatif isolement international. Pour sûr, elles travaillent en étroite collaboration notamment avec l'OCDE et l'ICN (International Competition Network). Mais il n'existe aucun accord formel de coopération avec d'autres autorités de concurrence sur des affaires de portée internationale.

Les ressources sont faibles en comparaison de celles des autorités de la concurrence d'autres pays. De telles contraintes pourraient limiter la pleine application des amendements de 2003. A ce jour, la Comco a publié peu de décisions sur les ententes et les abus de position dominante. Une augmentation attendue du personnel pour faire face à une charge de travail accrue ne s'est pas encore pleinement matérialisée. ■

Quelles sont les limites de la politique de la concurrence ?

La politique de la concurrence est limitée par des dispositions légales et réglementaires à l'échelon fédéral. La Comco peut aussi éprouver des difficultés à contester les dispositions cantonales qui segmentent et clôturent le marché interne au moyen de réglementations restrictives visant les prix et l'entrée sur le marché, sans parler des droits de monopole et des concessions détenus par des entreprises locales publiques, voire plus directement par les autorités cantonales et municipales elles-mêmes.

La loi sur les cartels prévoit quatre types de dérogations générales :

- Des dispositions légales peuvent prévaloir sur la loi sur les cartels lorsqu'elles établissent un régime de marché ou de prix à caractère étatique, ou celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux. En pratique cela a signifié une exemption partielle pour l'agriculture, la santé et les industries de réseau. Mais une récente décision de justice sur le secteur de l'électricité a jugé que la fourniture d'un service d'intérêt général n'empêchait pas l'application de la loi sur les cartels.
- Les accords affectant la concurrence de manière notable peuvent être déclarés licites s'ils sont justifiés par des motifs d'efficacité économique. La Comco a publié quatre communications à ce jour portant sur des formes de coopération générales ou spécifiques à un secteur, qui ne sont pas considérées comme des violations.
- Les abus de position dominante peuvent être jugés licites s'ils sont justifiés par des motifs commerciaux légitimes. Ce principe est établi dans le message fédéral qui accompagne la loi, non dans le texte lui-même. Aucun abus de position dominante n'a encore été déclaré justifié.
- Les autorisations exceptionnelles peuvent être accordées par le Conseil fédéral pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Elles doivent être de durée limitée et peuvent être soumises à conditions. Il n'y a eu que deux demandes d'autorisation, l'une fut refusée et l'autre retirée.

Le droit et les principes de la concurrence peuvent faire avancer la réforme dans les secteurs d'infrastructure. Relativement faibles dans certains domaines, les autorités de la concurrence ont connu une réussite notable avec l'ouverture du marché de l'électricité et se sont aussi montrées assez efficaces dans le secteur des télécommunications en obtenant une amélioration des conditions d'accès aux réseaux de télécommunications.

Les propositions de réforme du secteur de l'électricité qui s'inscrivent dans la ligne des dispositions de l'UE pour la libéralisation du marché de l'électricité sont en cours de discussion après les échecs du référendum de 2002. En attendant l'adoption d'un nouveau projet de loi qui prévoit d'ouvrir le réseau électrique suisse à la concurrence sur la base d'un accès négocié ou régulé et la création d'entités d'exploitation et de régulation indépendantes, la Comco a été active dans ce secteur en définissant les conditions à l'établissement d'un gestionnaire de système et en faisant valoir que le refus d'accès constituait un abus de position dominante. Dans le secteur du gaz, cependant, les projets de réforme ont été ajournés au lendemain du rejet populaire de la loi sur le marché de l'électricité en 2002. La Comco n'a encore lancé aucune procédure d'enquête sur d'éventuels abus de pouvoir de marché dans un secteur où les monopoles et les entreprises en position dominante sont pourtant la norme, tant au niveau des importations qu'au niveau de l'approvisionnement domestique.

Dans les services financiers, le cadre réglementaire est la question clé. Une fragmentation des responsabilités avec différents superviseurs pour différentes institutions peut créer des distorsions de concurrence. Des banques cantonales appartenant à l'État jouissent de garanties publiques. L'assurance incendie est un exemple de monopole cantonal. Les enquêtes de la Comco ont montré que les monopoles cantonaux faisaient payer des primes moins élevées, à l'évidence parce que les monopoles cantonaux avaient moins de frais de marketing et qu'ils n'étaient pas toujours tenus de calculer au plus juste le coût du capital sous risque.

Les prix des services de santé sont élevés en Suisse, et des réformes sont en discussion. La Comco a proposé d'encourager la concurrence par les prix dans les secteurs de la médecine hospitalière et ambulatoire, en abolissant l'obligation de contracter. La Comco a recommandé au Conseil fédéral d'appliquer le principe de l'épuisement international au droit des brevets pour favoriser les importations parallèles de produits pharmaceutiques et autres, mais cette recommandation a été rejetée. ■

Comment le plaidoyer en faveur de la concurrence promeut-il la réforme ?

L'une des missions de la Comco est de promouvoir la concurrence en formulant des recommandations aux autorités politiques, des avis sur les projets de lois fédéraux, mettant son expertise en matière de concurrence au service d'autres autorités. La Comco a adressé environ une douzaine de recommandations, essentiellement au Conseil fédéral, mais la plupart n'ont pas été suivies. Elle a donné son avis sur des questions relevant des télécommunications, de l'énergie et de la santé. Elle participe à des groupes de travail sur la réforme de lois importantes comme la révision de la loi sur le marché intérieur.

La création d'un marché interne était l'un des principes fondateurs de la Confédération suisse, mais en réalité ce marché reste extrêmement fragmenté. Les cantons disposent encore d'importants pouvoirs d'intervention sur les marchés. Ils sont étroitement associés à la distribution et à la tarification de services publics tels que l'eau, l'électricité et le transport régional, par le biais des compagnies locales de services publics. Les services professionnels et les autres services, ainsi que le secteur de la construction, sont aussi particulièrement concernés.

La loi de 1995 sur le marché intérieur (LMI) vise à éliminer les restrictions à la liberté d'accès au marché introduites par les cantons et les communes qui affectent l'exercice d'une profession sur l'ensemble du territoire de la Suisse. La LMI est une loi-cadre qui définit des principes généraux à observer, ainsi qu'une approche reposant sur la reconnaissance mutuelle. Cette loi ne s'est pas révélée très efficace. Les décisions du tribunal fédéral considèrent le fédéralisme plus important que le marché intérieur, excluant le droit d'établissement du champ de la loi. Il est possible de faire appel de certains abus mais peu d'affaires ont été portées devant les tribunaux en raison de la longueur et du coût de la procédure. La Comco est chargée de veiller au respect de la loi : elle peut adresser aux cantons et aux communes des recommandations mais ne peut émettre de décisions contraignantes concernant l'application de la LMI.

Une réforme de la LMI était en cours. Elle incluait l'extension des droits d'accès au marché prévus selon les règles de leur lieu d'origine, une formulation plus restrictive des exceptions et l'autorisation donnée à la Comco de contester les décisions. L'une des raisons de la réforme était de mettre le citoyen suisse dans la même situation que tout citoyen européen, qui peut tirer avantage de l'accord Suisse/UE sur la libre circulation des personnes, lequel prévoit la reconnaissance mutuelle des diplômes. La réforme permettra d'appliquer le principe du *Cassis de Dijon* aux biens et services circulant en Suisse. Le parlement a adopté cette réforme le 16 décembre 2005. ■

Comment la Suisse peut-elle renforcer la politique de la concurrence ?

- **Assurer l'indépendance économique et politique des membres de la Commission de la concurrence.**

L'indépendance économique et politique de la Comco n'est pas garantie en raison des conflits d'intérêts inhérents au système actuel qui comporte des représentants des groupements d'intérêt et la possibilité de siéger au sein de conseils d'administration d'entreprises. L'introduction du régime de sanctions et de celle du programme de clémence a aggravé le problème. Les mécanismes de récusation et la publication de la liste des intérêts des membres de la Comco ne constituent que des solutions partielles. Une séparation plus claire entre le secrétariat de la Comco et le ministère assurerait une clarté plus grande.

- **Élaborer des règles de procédures propres au droit des cartels.**

Les dispositions générales du droit administratif ne sont pas adaptées aux caractéristiques particulières du droit de la concurrence. Afin de conserver l'efficacité de la loi sur les cartels, il conviendrait d'adopter des règles de procédures propres au droit des cartels.

- **Renforcer les ressources des autorités de la concurrence.**

Au regard de la tâche définie par la loi, y compris veiller au respect de la LMI, les ressources mises à la disposition des autorités de concurrence sont limitées. Un renforcement substantiel des ressources du Secrétariat serait essentiel pour permettre à la Comco d'assumer les compétences qui lui ont été attribuées par le législateur. Cela lui permettrait d'intensifier et d'étendre les enquêtes, tout en abrégant les procédures.

- **Développer les collaborations internationales.**

De nombreuses pratiques anticoncurrentielles et de nombreuses concentrations d'entreprises ont une dimension internationale. L'isolement relatif des autorités suisses s'est accentué depuis la création du Réseau Européen de la Concurrence. L'efficacité des activités de la Comco se verrait renforcée par le biais d'accords internationaux sur la concurrence.

- **Remplacer le principe de l'abus par celui de l'interdiction des cartels.**

Le principe de l'abus tend à ralentir le processus d'enquête et de décision de la Comco. L'introduction du système de l'interdiction constituerait un signal clair d'un changement de paradigme en matière de cartels.

- **Renforcer la concurrence dans un certain nombre de marchés réglementés à travers une collaboration accrue entre la Comco et les autorités de régulation sectorielles.**

La Comco est maintenant consultée en amont en ce qui concerne la qualification de position dominante. Des consultations bilatérales systématiques et des consultations informelles régulières amélioreraient la cohérence d'ensemble dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence.

- **Reconsidérer le rôle de la surveillance des prix et de la protection des consommateurs.**

Dans la mesure où certaines activités de la surveillance des prix étaient jugées nécessaires, il conviendrait d'examiner si la séparation de cette autorité de la Comco est toujours appropriée et constitue la solution la plus efficace dans un contexte de limitation des ressources. L'organisation de la protection des consommateurs devrait être renforcée et, les implications d'une intégration possible au sein de la Comco, examinées.

- **Assurer une révision ambitieuse de la LMI.**

La création d'un véritable marché unique helvétique favorisera fortement le dynamisme de la concurrence actuelle et potentielle dans de nombreux secteurs protégés par diverses barrières cantonales. Ceci nécessite une prise de conscience des cantons qu'il est dans leur intérêt, de moyen et de long terme, d'assurer la réalisation d'un tel marché même au péril de mécontentements de court terme alimentés par des pertes de rentes de situation.

- **Poursuivre le renforcement de la concurrence sur les marchés publics.**

L'ouverture des marchés publics est encore insuffisante en raison notamment des différences de règles, de seuils et de procédures d'adjudication et de recours qui altèrent la transparence nécessaire à une concurrence efficace. Les efforts devraient être poursuivis pour une meilleure application de la réglementation existante et pour limiter les possibilités de fractionnement des marchés publics permettant d'éviter les procédures concurrentielles. Il serait aussi important d'améliorer la protection juridique des recours contre les procédures de passation des marchés publics effectués de manière non concurrentielle.

- **Accélérer et renforcer les réformes de la réglementation visant les secteurs abrités.**

Les réformes pourraient être plus ambitieuses et être accélérées dans de nombreux domaines, comme la santé, l'agriculture et les infrastructures (notamment, gaz, électricité et transports). Ceci peut passer par une consultation en amont de la Comco avant l'élaboration des réformes, ainsi que par une collaboration plus étroite avec les autorités de régulation sectorielles. ■

Pour plus d'information sur le travail de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence prière de se référer à notre site Web : www.oecd.org/competition ou de nous contacter à dafcomp.contact@oecd.org

Références

- OCDE (2006) **Les examens de la réforme réglementaire : la Suisse : saisir les opportunités de croissance**, ISBN 92-64-02247-3, 45 €, 184 p.
- OCDE (2006) **Les examens économiques de l'OCDE : la Suisse**, ISBN 92-64-03639-3, 45 €, 154 p.
- Pour d'autres publications sur la Suisse, voir www.oecd.org/switzerland.

Les publications de l'OCDE sont en vente sur notre librairie en ligne :
www.oecdlibrairie.org

Les publications et les bases de données statistiques de l'OCDE sont aussi disponibles
sur notre bibliothèque en ligne : www.SourceOCDE.org

Où nous contacter ?

SIÈGE DE L'OCDE DE PARIS

2, rue André-Pascal
75775 PARIS Cedex 16
Tél. : (33) 01 45 24 81 67
Fax : (33) 01 45 24 19 50
E-mail : sales@oecd.org
Internet : www.oecd.org

ALLEMAGNE

Centre de l'OCDE de Berlin
Schumannstrasse 10
D-10117 BERLIN
Tél. : (49-30) 288 8353
Fax : (49-30) 288 83545
E-mail :
berlin.contact@oecd.org
Internet : www.oecd.org/deutschland

ÉTATS-UNIS

**Centre de l'OCDE
de Washington**
2001 L Street N.W., Suite 650
WASHINGTON DC 20036-4922
Tél. : (1-202) 785 6323
Fax : (1-202) 785 0350
E-mail : washington.contact@oecd.org
Internet : www.oecdwash.org
Toll free : (1-800) 456 6323

JAPON

Centre de l'OCDE de Tokyo
Nippon Press Center Bldg
2-2-1 Uchisaiwaicho,
Chiyoda-ku
TOKYO 100-0011
Tél. : (81-3) 5532 0021
Fax : (81-3) 5532 0035
E-mail : center@oecdtokyo.org
Internet : www.oecdtokyo.org

MEXIQUE

Centre de l'OCDE du Mexique
Av. Presidente Mazaryk 526
Colonia: Polanco
C.P. 11560 MEXICO, D.F.
Tél. : (00 52 55) 9138 6233
Fax : (00 52 55) 5280 0480
E-mail :
mexico.contact@oecd.org
Internet :
www.oecdemexico.org.mx

Les Synthèses de l'OCDE sont préparées par la Division des relations publiques de la Direction des relations publiques
et de la communication. Elles sont publiées sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.