

Non classifié

DAF/COMP/GF/WD(2006)4



Organisation de Coopération et de Développement Economiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

03-Jan-2006

Français - Or. Anglais

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

DAF/COMP/GF/WD(2006)4  
Non classifié

**Forum mondial sur la concurrence**

**TABLE RONDE SUR LA POURSUITE DES CARTELS SANS PREUVE DIRECTE D'ACCORDS**

**Contribution de la Suisse**

-- Session II --

*Cette contribution est soumise par la Suisse au titre de la Session II du Forum Mondial sur la Concurrence qui se tiendra les 8 et 9 Février 2006.*

JT00196454

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine  
Complete document available on OLIS in its original format

Français - Or. Anglais

## POURSUITE DES CARTELS SANS PREUVE DIRECTE D'ACCORDS

### 1. Introduction

1. La loi actuelle sur les cartels et autres restrictions à la concurrence est entrée en vigueur en 1996. Elle ne repose pas sur le principe de l'interdiction, mais sur celui de l'abus, qui implique qu'une entente n'est pas illicite en elle-même, mais uniquement en tenant compte de ses effets sur la concurrence. Il en découle, en ce qui concerne les ententes, que la preuve doit porter tant sur l'existence d'un accord que sur son effet. Cette loi ne permettait pas, à l'origine, de sanctionner les entreprises pour les comportements qui lui étaient contraires, mais uniquement en cas de récidive.

2. Une modification de cette loi est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> avril 2004 et permet de sanctionner directement les ententes illicites, ainsi que les comportements abusifs. La modification prévoit en outre un système de clémence en vertu duquel l'entreprise qui dénonce un cartel auquel elle participe peut se voir exemptée de toute peine. Enfin, les entreprises ont la possibilité de s'adresser aux autorités de la concurrence afin de faire vérifier si certains de leurs projets peuvent ou non être susceptibles de sanctions.

### 2. Généralités sur le droit suisse

3. La Suisse connaît le système de l'abus. Il en découle notamment que l'entente n'est pas illicite (ni donc nulle) en elle-même, mais uniquement si, par son objet, elle constitue un abus.

4. Le droit suisse contient des normes contre les accords en matière de concurrence, contre les abus de position dominante ainsi qu'en matière de contrôle des concentrations d'entreprises.

5. Concernant les accords en matière de concurrence, ce domaine couvre les accords horizontaux et verticaux.

6. La règle est que les accords, en soi licites, peuvent devenir illicites s'ils restreignent la concurrence de manière notable et qu'ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ou s'ils suppriment la concurrence efficace.

7. En ce qui concerne les cartels durs, ceux-ci sont présumés supprimer la concurrence efficace sur le marché. Les cartels durs sont soit des accords horizontaux qui fixent directement ou indirectement les prix, qui restreignent les quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir ou encore qui répartissent géographiquement des marchés, soit des accords verticaux qui imposent un prix de vente minimum ou fixe, ainsi que les accords de répartition géographique de clientèle.

8. Par conséquent, la LCart n'a pas vraiment de «per se rule», ni pour les accords horizontaux, ni pour les verticaux, mais une règle «per se» modifiée pour les art. 5 al. 3 et 4 LCart, dans le sens où il s'agit uniquement d'une présomption d'illicéité, laquelle peut être renversée.

### 3. Preuves requises en matière de lutte contre les cartels

#### 3.1 *Objet de la preuve*

9. Comme on l'a vu ci-dessus, un accord n'est considéré comme illicite que s'il supprime la concurrence, ou qu'il l'affecte de façon notable sans être justifié par des motifs d'efficacité économique.

10. Il conviendra dès lors dans un premier temps de prouver l'existence d'un accord et ensuite, de prouver que celui-ci a un effet sur la concurrence. La présomption de suppression de la concurrence, prévue pour les cartels durs, ne renverse pas le fardeau de la preuve. En effet, il appartient aux autorités de la concurrence de démontrer que la présomption ne peut pas être renversée. Les parties sont toutefois tenues de participer à l'établissement des faits.

11. Avant la modification de la loi et l'introduction des sanctions directes, les accords pouvaient être qualifiés de naïfs, en ce sens qu'ils étaient souvent connus du public et qu'il n'était dès lors pas difficile de prouver leur existence (par exemple publication sur internet de recommandations tarifaires par des associations professionnelles). Il restait néanmoins à prouver l'effet de ces accords. Depuis l'entrée en vigueur de la modification de la loi, les accords sont devenus moins faciles à détecter, d'où l'existence d'un programme de clémence, qui favorise leur dénonciation.

### **3.2 Type de preuve**

12. Comme mentionné ci-dessus, la preuve directe de l'existence d'un cartel ne suffit pas à elle seule à justifier des sanctions. La preuve doit encore être apportée que cet accord supprime la concurrence efficace, respectivement la restreint notablement, tout en n'étant pas justifié par des motifs d'efficacité économique.

13. La preuve qu'un accord en matière de concurrence a des effets négatifs ressort en général de l'analyse économique. Celle-ci consiste en l'établissement de statistiques portant par exemple sur les tarifs appliqués sur un marché, la fréquence d'application de ces tarifs, la fréquence d'application par des entreprises hors cartel etc. L'analyse aura pour but de rendre hautement vraisemblable l'existence d'un effet notable d'un accord sur la concurrence. Cette analyse économique est en général effectuée sur la base de renseignements obtenus au travers de l'envoi de questionnaires auprès des entreprises actives dans la branche investiguée, ou encore par le biais de sondages.

14. Les preuves peuvent aussi être amenées par un faisceau d'indices les plus divers, comme l'illustre le cas suivant.

### **3.3 Cas du cartel de soumission de la bibliothèque nationale**

15. Au mois de mars 1999, l'Office fédéral de la construction et de la logistique a mis en soumission la rénovation de la façade de la bibliothèque nationale. Une procédure sélective a été ouverte et quatre entreprises ont été invitées à présenter une offre. Des offres pour des montants de CHF 2'222'916.--, CHF 2'029'380.--, CHF 2'000'040.-- et CHF 1'911'472.-- ont été présentées. Or, un expert indépendant avait estimé le coût du chantier à CHF 900'000.--. Une nouvelle offre a été demandée à une tierce entreprise, laquelle a présenté le montant de CHF 1'294'039.--, soit CHF 617'422.-- inférieur à l'offre la plus basse présentée précédemment. Le cas a été dénoncé aux autorités de la concurrence, dans la mesure où il existait un doute que les quatre premières entreprises se soient entendues lors de la rédaction de leur offre. Entre temps, l'Office fédéral a annulé la procédure sélective de soumission et a adjugé le marché de gré à gré à la tierce entreprise.

16. Les quatre entreprises ont nié durant la procédure d'enquête avoir conclu un accord sur les prix. Les autorités de la concurrence leur ont présenté un projet d'accord à l'amiable, lequel constatait qu'un tel accord avait été conclu. Le représentant d'une des entreprises a accepté de le signer. Les trois autres entreprises ont présenté une contre proposition d'accord à l'amiable, dans laquelle l'existence d'un accord était nié. La quatrième entreprise a finalement rejeté le projet des autorités de la concurrence et s'est ralliée à celui des autres entreprises.

17. La Commission de la concurrence a finalement rendu une décision dans laquelle elle a conclu à l'existence d'un cartel de soumission entre les quatre entreprises. Cette conclusion se fondait sur les indices suivants :

- La différence de prix entre l'estimation de l'expert, l'offre présentée par la tierce entreprise et celles présentées par les quatre premières est grande.
- Malgré le point ci-dessus, la différence entre l'offre la plus grande et l'offre la plus basse des quatre entreprises est petite.
- Aucune des quatre entreprises n'a attaqué la décision d'annuler la procédure sélective de soumission.
- Une des quatre entreprises avait au préalable accepté l'accord à l'amiable, alors qu'il y était expressément mentionné qu'un accord illicite avait été conclu.
- Les quatre entreprises avaient pris connaissance de l'existence des autres au cours d'une reconnaissance du chantier.

18. Cette décision a dans un premier temps été annulée par la Commission de recours, pour des raisons formelles. En outre, la décision sur recours mentionnait que les indices suffisaient pour prouver indirectement un accord, mais qu'ils n'avaient in casu pas été suffisamment établis. Le Tribunal fédéral a pour sa part donné raison à la Commission de la concurrence pour ce qui avait trait à un aspect formel, mais ne s'est pas prononcé sur les remarques de l'autorité de recours. L'arrêt a été renvoyé à la Commission de recours, pour nouvelle décision.

#### **4. Conclusion**

19. En matière de cartels, les autorités de la concurrence doivent préalablement prouver l'existence d'un accord entre les entreprises. La preuve de l'existence d'une entente peut résulter d'un faisceau d'indices qui la rendent vraisemblable. Cela peut toutefois être difficile à établir.

20. Ensuite, la preuve de l'effet de cet accord doit encore être apportée. Celle-ci résulte en général d'une analyse économique du cas d'espèce, effectuée notamment par le biais d'envoi de questionnaires ou de sondages.