



Stefan Brunnschweiler

RA lic. iur., LL M, partenaire chez
CMS von Erlach Henrici AG, Zurich
www.cms-veh.com

Droit des cartels – entreprises suisses sous la loupe de l'autorité de concurrence

La signification du droit suisse sur les cartels pour les entreprises suisses et le comportement de ces dernières face aux enquêtes lancées par la commission suisse de la concurrence.

Enquêtes ouvertes en 2007 et en 2008 par la commission suisse de la concurrence:

- 16 décembre 2008: contre des entreprises dans le secteur des composants d'installations sanitaires, de chauffage et de climatisation au sujet de l'échange d'informations relatives aux prix, à des augmentations de prix prévues, aux rabais et aux chiffres d'affaires.
- 8 décembre 2008: contre divers fournisseurs d'éléments de portes pour accords illicites relatifs aux prix, aux rabais et aux conditions de prix.
- 1^{er} décembre 2008: contre l'association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de parfumerie (Ascopa) et ses membres au sujet de l'échange d'informations commerciales sensibles relatives à la structure des prix des membres.
- 13 mars 2008: contre les fournisseurs de livres français en Suisse au sujet de l'existence d'une position dominante et de l'abus possible de cette position dominante dans le cadre de la politique des prix.
- 31 janvier 2008: contre diverses entreprises d'installations électriques et les associations faitières concernées au sujet d'installations électriques dans le cadre de projets de construction.

- 10 octobre 2007: contre l'association Spedlogswiss et diverses entreprises de transport et de logistique au sujet d'accords dans le domaine des prestations de transport.

La commission suisse de la concurrence est en activité permanente et ouvre régulièrement de nouvelles enquêtes relatives à des violations du droit sur les cartels. Ces enquêtes ne concernent pas seulement de grands groupes d'entreprises mais également des petites et des moyennes entreprises. Or ce sont justement ces petites et moyennes entreprises qui sont prises sur le fait dans le cadre de telles enquêtes parce qu'elles ne sont pas conscientes que leurs pratiques commerciales violent le droit sur les cartels. Le présent article explique quelle est, pour les entreprises suisses, la signification du droit suisse sur les cartels et comment elles doivent se comporter face à des enquêtes de la commission suisse sur la concurrence.

- 18 juillet 2007: contre diverses entreprises au sujet d'accords illicites dans le domaine des ferrures pour fenêtres, portes vitrées et portes.

- 17 janvier 2007: contre Telekurs Multipay et Telekurs Card Solutions au sujet du refus d'accorder à d'autres fabricants de terminaux d'accès à la fonction DCC.

Éléments de base du droit suisse sur les cartels

Le droit suisse sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique et social imputables aux cartels et aux autres entraves à la concurrence et de favoriser ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (article 1 loi sur les cartels, LCart). La loi sur les cartels atteint cet objectif en réglementant trois domaines:

- (1) interdiction d'accords illicites affectant la concurrence,
- (2) interdiction de pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante,
- (3) contrôle des concentrations d'entreprises prévues («contrôle des fusions»).

Les règles relatives aux accords illicites affectant la concurrence revêtent une importance toute particulière pour les petites et moyennes entreprises. La plus grande partie des explications ci-dessous concerne dès lors les accords illicites affectant la concurrence. La position domi-

nante et le contrôle des fusions n'y seront traités qu'accessoirement.

Selon l'article 5 de la loi sur les cartels, sont interdits les accords qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique ainsi que ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace.

Il faut tenir compte de directives relatives au droit sur les cartels aussi bien pour les accords (1) au niveau horizontal, entre concurrents, respectivement entre concurrents potentiels, que pour les accords au niveau vertical (2) entre les entreprises situées à des échelons différents du marché (par exemple en tant que fabricant ou en tant que revendeur). Les accords de type horizontal typiques («cartels») concernent les conventions relatives aux prix, aux quantités et à la subdivision de marchés par régions, produits, clients ou fournisseurs. Les accords de type vertical concernent par exemple des conventions entre fabricants et acheteurs en matière de prix imposés ou des conventions dans des contrats de distribution concernant l'attribution de régions.

En principe, le fait que l'application des accords puisse être exigée par les parties et que les accords soient respectés et appliqués ne joue aucun rôle – la seule intention d'adopter un comportement contraire aux règles de la concurrence suffit.

Amendes

La principale nouveauté du droit suisse sur les cartels, révisé et entré en vigueur en avril 2004, est l'introduction de sanctions directes, c'est-à-dire des amendes qui permet à la commission suisse de la concurrence de sanctionner les entreprises fautives dès la première constatation pour certaines violations du droit sur les cartels. Des amendes directes sont prévues pour les violations suivantes:

- Cartels horizontaux durs concernant
 - la fixation directe ou indirecte de prix
 - la limitation de quantités de production, d'achat ou de livraison
 - la subdivision de marchés par régions ou par partenaires d'affaires
- Cartels verticaux durs concernant
 - la fixation directe ou indirecte de prix minimaux ou fixes,
 - la protection absolue des zones de vente dans les contrats de distribution
- l'abus d'une position dominante telle que
 - le refus d'entrer en relation d'affaires (par exemple les barrières de livraison ou d'achat),
 - la discrimination de partenaires d'affaires,
 - l'obtention de prix ou de conditions inadéquats.

Les amendes sont lourdes et dépendent de la durée et de la gravité de la pratique illicite mais aussi de l'avantage financier sans doute obtenu. La sanction maximale prévoit une amende d'un montant de 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois dernières années.

Amendes prononcées jusqu'ici par la commission suisse de la concurrence:

- septembre 2006: aéroport de Zurich
Unique: CHF 101 000
- février 2007: Swisscom Mobile:
CHF 333 000 000 (pas encore exécutoire)
- mars 2007: Publigroupe: CHF 2 500 000 (pas encore exécutoire)
- Juillet 2008: Documed: CHF 50 000

Pour comparaison: les dix amendes les plus élevées prononcées au sein de l'UE:

Année	Entreprise	Montant de l'amende en EUR
2008	Saint Gobain	896 000 000
2007	ThyssenKrupp	479 669 850
2001	F. Hoffmann-La Roche AG	462 000 000
2007	Siemens AG	396 562 500
2008	Pilkington	370 000 000
2008	Sasol Ltd	318 200 000
2006	Eni SpA	272 250 000
2002	Lafarge SA	249 600 000
2001	BASF AG	236 845 000
2007	Otis	224 932 950

Notifications d'entraves à la concurrence

Si une entreprise n'est pas certaine d'être ou non en présence d'une entrave à la concurrence, elle peut notifier la pratique concernée à la commission de la concurrence avant qu'elle ne déploie son effet. Cette possibilité de notification permet d'éviter à l'entreprise de devoir éventuellement supporter elle-même les conséquences d'une éventuelle mauvaise évaluation d'un fait et d'éclaircir une situation floue. Si la commission de la concurrence ne rend pas de décision ou n'ouvre pas d'enquête dans les cinq mois suivant la notification, la pratique notifiée est libérée de la menace de sanction.

Conseils dispensés par le secrétariat

Comme alternative, une entreprise peut également demander des conseils auprès du secrétariat de la commission de la concurrence quant à l'admissibilité d'une pratique. Cette manière de procéder est moins formelle. Les conseils n'ont pas d'effet libérateur de sanction mais

peuvent néanmoins être utiles, tout particulièrement lors de l'évaluation de questions qui ne sont pas claires d'un point de vue relatif au droit des cartels.

Disposition bonus

Depuis le mois d'avril 2004, la loi sur les cartels comporte également un règlement bonus. Envers des entreprises qui collaborent à l'identification et à la disparition d'entraves à la concurrence par le biais d'une auto-dénonciation (appelées «whistleblowers»), la commission suisse de la concurrence peut renoncer à appliquer des sanctions.

Quelques-unes des dernières enquêtes menées par le secrétariat de la commission de la concurrence ont été provoquées par des auto-dénonciations. L'idée de saper la solidarité des membres d'un cartel par le biais de l'introduction d'une disposition bonus semble donc atteindre l'effet désiré.

Audit relatif au droit sur les cartels

Dans les petites et moyennes entreprises, la direction n'est souvent pas consciente des faits et des situations problématiques touchant au droit sur les cartels: ni la direction, ni d'autres collaborateurs actifs sur le marché ne sont conscients des risques de sanction auxquelles ils exposent l'entreprise en concluant, en toute ignorance, des accords qui violent la loi sur les cartels.

Il est donc important de favoriser dans chaque entreprise une prise de conscience des faits et situations problématiques touchant au droit des cartels et qu'un inventaire correspondant soit régulièrement dressé. Dans le cadre d'un tel audit relatif au droit sur les cartels, il convient tout d'abord d'obtenir, avec des interviews, une représentation de l'entreprise aussi complète que possible relative à ses relations d'affaires et donc à ses points d'accrochage avec la loi sur les cartels. L'analyse de la structure du marché et les rapports avec les concurrents sont deux éléments qui se situent au premier plan de ces recherches. En complément, il conviendra d'analyser le système d'archivage physique et électronique.

Afin de permettre à chaque collaborateur de l'entreprise d'évaluer d'éventuels faits et situations problématiques, les formations pour collaborateurs adaptées à la situation concrète d'une entreprise ont prouvé leur utilité. Lors de ces formations, on discute des exemples tirés des activités quotidiennes des collaborateurs ainsi que des situations problématiques du point de vue du droit sur les cartels. Les directives émises par écrit et relatives au comportement adéquat des collaborateurs et qui

sensibilisent ces derniers aux pratiques problématiques (également celles d'autres acteurs sur le marché) sont également très utiles.

Perquisitions

La commission de la concurrence a procédé à diverses perquisitions et l'on peut s'attendre à ce que ces «Dawn Raids» soient également utilisés à l'avenir pour lancer des enquêtes.

Perquisitions effectuées jusqu'à présent par la commission suisse de la concurrence:

- 16 décembre 2008: contre des entreprises dans le secteur des composants d'installations sanitaires, de chauffage et de climatisation.
- 31 janvier 2008: contre diverses entreprises d'installations électriques et les associations faitières concernées.
- 10 octobre 2007: contre l'association Spedlogswiss et diverses entreprises de transport et de logistique.
- 18 juillet 2007: contre diverses entreprises du secteur des ferrures pour fenêtres, portes vitrées et portes.

- 13 février 2006: contre diverses compagnies aériennes.

Lorsque la police ou les collaborateurs du secrétariat de la commission suisse de la concurrence se présentent auprès de l'entreprise, les collaborateurs non préparés se sentent souvent dépassés. C'est compréhensible. Il est vrai qu'on ne vit pas une telle situation tous les jours. Il est dès lors important de garder son calme et de prendre immédiatement les premières mesures ci-dessous qu'il convient de fixer dans une circulaire destinée aux collaborateurs:

1. Envoyer le mandat de perquisition écrit aux personnes préalablement définies au sein de l'entreprise et à l'avocat externe.
2. Demander aux fonctionnaires d'attendre dans la zone de réception la venue de l'une des personnes informées ou l'avocat externe.
3. Si les fonctionnaires insistent pour commencer immédiatement la perquisition, appeler le supérieur le plus proche pour qu'il accompagne les fonctionnaires.
4. Ne répondre immédiatement qu'aux questions qui concernent directement les docu-

ments trouvés (abréviations, dénominations, noms). Ne donner d'autres renseignements qu'après discussion avec un des juristes présents.

Conclusion

Il ne vaut pas la peine d'envisager une violation des prescriptions du droit sur les cartels en raison des sanctions drastiques qui constituent un véritable danger pour une entreprise. Il est également important que les petites et moyennes entreprises prennent conscience des exigences posées par le droit sur les cartels. C'est dans ce sens qu'un audit relatif au droit sur les cartels et que des formations y relatives spécialement adaptées à la situation concrète d'une entreprise ont fait leurs preuves. De plus, les directives écrites relatives aux pratiques correctes en matière de droit sur les cartels aident à sensibiliser les collaborateurs aux pratiques problématiques (qui peuvent aussi être le fait d'autres participants au marché). ■