



FÉDÉRATION ROMANDE
DES CONSOMMATEURS

Rue de Genève 17
Case postale 6151
1002 Lausanne
Tél. 021 331 00 90
Fax 021 331 00 91
www.frc.ch

SECO
Direction de la politique
économique
Consultation LCart
Effingerstrasse 1
3003 Berne

Lausanne, le 19 novembre 2010

Révision partielle de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence

Mesdames, Messieurs,

La FRC vous remercie de l'avoir associée à la consultation citée en marge et vous prie de trouver, ci-dessous, ses commentaires. Le droit des cartels est en effet intimement lié à celui de la consommation, comme l'a rappelé récemment M. Vincent Martenet, Président de la Comco.

A. Préambule

La FRC tient à **saluer les nouvelles dispositions de procédure civile** qui visent à permettre au consommateur final d'agir en droit des cartels. Il s'agit d'un domaine où le consommateur peut couramment être touché par une violation et sa qualité pour agir doit évidemment être reconnue, comme c'est le cas dans ce projet. Le préjudice causé pourra ainsi être réparé de manière directe, alors qu'aujourd'hui, même si une restriction illicite à la concurrence est identifiée, le consommateur final ne récupère pas ce qu'il a payé en trop (par ex., dans le cas de l'amende infligée à Swisscom pour les frais de terminaison mobile). Néanmoins, la formulation de l'art. 12 P-LCart risque de faire que cette intention louable reste lettre morte dans la pratique.

Par ailleurs, s'agissant des modifications proposées concernant les accords verticaux, nous considérons qu'il s'agit d'un affaiblissement inacceptable du droit des cartels. La révision sur ce point a lieu trop tôt et est inutile, puisque l'art. 5 al. 4 LCart est en vigueur seulement depuis le 1^{er} avril 2004 et que seules trois décisions motivées ont été rendues dans ce domaine.

B. Institutions

Proposition de la révision

La révision prévoit la création d'une autorité de la concurrence indépendante, qui mène les enquêtes et propose des sanctions administratives. En outre, elle propose la création d'un tribunal de première instance, soit le Tribunal fédéral de la concurrence, qui serait rattaché au Tribunal administratif fédéral. Ce tribunal serait composé d'un petit nombre de juges ordinaires, d'une équipe de juges suppléants spécialisés et ayant une expérience pratique. La Cour appelée à statuer est composée de cinq juges désignés parmi les juges ordinaires et suppléants.

Prise de position

La FRC voit bien l'avantage qu'aurait la séparation de la phase d'enquête et de sanctions et celle de décision. Il est vrai que la séparation des pouvoirs actuels entre le Secrétariat et la Comco n'est pas des plus claires.

Néanmoins, le projet proposé semble ne pas répondre au but poursuivi, soit celui de l'indépendance totale des autorités de la concurrence et du raccourcissement de la procédure.

En effet, l'Autorité prévue de la concurrence sera, selon l'art. 18 du Projet LCart, une unité administrative de la Confédération. Elle sera rattachée administrativement au Département fédéral de l'Economie et son budget fera vraisemblablement partie intégrante de celui-ci. D'après le message sur le projet de loi, l'Autorité de la concurrence sera surveillée par le Conseil fédéral et non par le Parlement. On peut donc craindre que la surveillance telle que prévue ne permette pas une totale indépendance du pouvoir politique.

La FRC se pose de plus la question de savoir si en instituant un Tribunal fédéral de la concurrence, on ne va pas vers une plus grande « judiciarisation » de la procédure, c'est-à-dire qu'il ne sera plus possible d'intervenir que par le biais d'avocats, ce qui augmente les coûts, notamment pour les organisations de consommateurs et pour les PME dénonçant par exemple des cas à la Comco. En outre, comme cela est souvent constaté dans le domaine judiciaire, les procédures sont longues, compliquées et coûteuses. Nous doutons que la solution proposée se dirige vers un raccourcissement de la procédure et craignons au contraire que les procédures soient rallongées.

Par ailleurs, nous regrettons qu'il n'y ait plus de représentants des différents groupes d'intérêt. On peut ainsi se demander s'il ne faudrait pas que le futur Tribunal soit une autorité judiciaire tripartite (comme les Baux ou les Prud'hommes) qui aurait un juge ordinaire et des assesseurs professionnels représentant les différents groupes d'intérêt.

La solution préconisée ne nous convainc donc pas, puisqu'elle semble aller vers un rallongement de la durée de la procédure qui est déjà beaucoup trop longue.

Enfin, la LCart telle que proposée est trop floue en ce qui concerne la procédure applicable devant les différentes instances, que ce soit d'enquête ou de recours, et le renvoi à la loi sur la procédure administrative est insuffisante.

Conclusion

Sur la base du projet mis en consultation, la FRC ne peut donc à ce stade se rallier à la solution préconisée. En effet, elle estime qu'elle mènera à une trop forte « judiciarisation » de la procédure et que la procédure prévue n'est pas claire. Cette modification offrira trop d'occasions aux entreprises concernées de bloquer la procédure ouverte à leur encontre par des manœuvres procédurales

dilatatoires. La FRC admet qu'il serait sans doute judicieux de séparer l'instance d'enquête de celle de décision et elle estime qu'il est nécessaire de garder des représentants des groupes d'intérêts au sein de l'organe de décision, éventuellement par exemple par le biais d'assesseurs.

C. Traitement différencié des accords verticaux

Proposition

Deux variantes sont proposées dans le cadre de cette révision :

La variante 1 prévoit la suppression de la présomption selon laquelle certains accords verticaux éliminent toute concurrence, soit la suppression de l'art. 5 al. 4 LCart.

La variante 2 conserve, à l'art. 5 al. 4 LCart, la présomption de suppression de la concurrence. Mais elle implique une modification de l'article 6 LCart : certains accords peuvent être acceptés dans la mesure où ils n'affectent pas de manière notable la concurrence efficace en vertu d'ordonnances ou de communication. A cet égard seront notamment pris en considération les accords verticaux ne concernant qu'une faible part du marché.

Prise de position

Il s'agit là d'un véritable affaiblissement de la Loi sur les cartels en ce qui concerne les accords verticaux. La concurrence entre les marques est essentielle pour faire pression sur les prix et comme on le sait, les prix en Suisse sont pour l'instant bien plus élevés que dans le reste de l'Europe. Dans cette mesure, il est nécessaire de préserver les instruments permettant de lutter contre les accords de prix.

Par ailleurs, l'alinéa 4 de l'art. 5 LCart est entré en vigueur le 1^{er} avril 2004. Nous estimons donc qu'il est trop tôt pour envisager une modification de celui-ci. Seules trois décisions motivées de la Comco ont été rendues à ce sujet. Il est essentiel d'attendre avant d'éventuellement se pencher à nouveau sur cet article.

Conclusion

La FRC refuse le projet de révision de la LCart en ce qui concerne les accords verticaux.

Si l'art. 5 al. 4 LCart devait néanmoins être abrogé, l'art. 5 al. 3 devrait également être modifié, en reprenant la proposition faite par le Seco de l'art. 49a LCart. Ainsi, l'art. 5 al. 3 devrait être rédigé de la manière suivante :

« Une affection notable à la concurrence apparaît en particulier lorsque des accords entre entreprises :

- a. fixent directement ou indirectement des prix ;*
- b. restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir ;*
- c. opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux ».*

En effet, il faut éviter qu'à l'avenir les cartels « durs » horizontaux (actuel art. 5 al. 3 LCart) et les cartels « durs » verticaux (actuel art. 5 al. 4 LCart) soient traités d'une manière différente. Si cette proposition était acceptée, cela conduirait à une adaptation considérable et positive au droit de l'Union européenne (art. 101 du Traité sur le fonctionnement de l'UE).

D. Amélioration de la procédure d'opposition

Proposition

Actuellement, après l'annonce d'une restriction à la concurrence par une entreprise, une sanction peut être prise si, dans un délai de cinq mois, une procédure d'enquête est ouverte.

Ce délai est jugé trop long par les différents acteurs du marché et il est proposé de le réduire à deux mois.

Prise de position et conclusion

Sans une augmentation des ressources mises à disposition de l'Autorité de la concurrence, le raccourcissement du délai n'est pas imaginable. La FRC s'oppose à cette modification, car elle est illusoire avec les moyens actuels.

E. Modernisation du contrôle des concentrations d'entreprises

Proposition

Les exigences en matière d'interdictions de fusions sont clairement plus élevées en Suisse que dans les autres pays européens et les autres Etats industriels modernes.

Selon les arrêts rendus par le TF dans les affaires BZ/20 Minuten et Swissgrid, dans lesquelles la Comco a été désavouée, une concentration ne peut être interdite aujourd'hui même si elle entraîne ou renforce une position dominante. Une interdiction n'est possible que si la position dominante sur le marché est de nature à supprimer une concurrence efficace.

Un contrôle aussi permissif des concentrations d'entreprises ne réalise qu'insuffisamment les buts de la LCart et a été critiqué dans des cas concrets notamment par des consommateurs, ainsi que par certaines PME.

Par ailleurs, l'actuel contrôle des fusions mobilise inutilement un grand nombre de ressources. De nos jours, les fusions transfrontalières sont souvent annoncées et examinées parallèlement dans plusieurs Etats, parmi lesquels la Suisse. Cela génère un surplus de travail et de frais pour les entreprises et l'autorité de la concurrence, souvent sans que la procédure menée en Suisse n'apporte de valeur ajoutée à la concurrence locale.

Plusieurs solutions sont proposées :

1. Le Conseil fédéral entend lutter contre les doublons en cas de fusions internationales. La procédure doit être fortement simplifiée, ce qui économisera des ressources.

Par ailleurs, les valeurs seuils seront abaissées, car, dans un petit pays, des valeurs seuils élevées entraînent le risque que des fusions préjudiciables à l'économie nationale soient soustraites au contrôle de l'autorité de la concurrence.

2. Deux variantes de modification des critères d'appréciation sont proposées :
 - a. Critères d'appréciation appliqués au sein de l'UE sont repris (test SIEC).
 - b. Seule la position dominante sur le marché est encore retenue.

3. Les délais et procédures sont harmonisés avec ceux de l'UE.
4. Le Tribunal fédéral de la concurrence se voit désormais impartir un délai d'ordre de trois mois pour statuer sur les éventuels recours en matière de contrôle des fusions.

Prise de position et conclusion

La FRC a critiqué à de nombreuses reprises le contrôle des fusions en Suisse. Certaines fusions ont été acceptées par la Comco alors même que cela renforçait certaines positions dominantes d'entreprises helvétiques (par ex. Migros / Denner).

La proposition faite par le Conseil fédéral va donc dans le bon sens et la FRC ne peut donc que se rallier à celle-ci. Pour ce qui concerne les critères d'appréciation, elle estime que la variante 2 de la modification de l'art. 10 LCart est judicieuse. De plus, même si elle ne permet pas une harmonisation avec les autres pays européens, la proposition de prendre uniquement en compte la position dominante comme critère d'appréciation permettra par contre de juger de manière plus correcte les fusions dans un petit pays comme la Suisse et générera moins de coûts.

F. Amélioration des possibilités de collaboration internationale

Proposition

Pour l'instant, les possibilités de coordination internationale des enquêtes avec les autres autorités font largement défaut, ce qui désavantage les autorités suisses. L'autorité de la concurrence compétente doit être pourvue des instruments nécessaires et être en mesure de collaborer avec les autorités étrangères dans le cadre d'enquête et d'échanger avec celles-ci des informations confidentielles.

Néanmoins, il convient dans ce cadre d'attacher une grande importance à la protection juridique.

Prise de position et conclusion

La FRC adhère à cette proposition dans la mesure où des conditions claires sont posées à la collaboration, notamment :

- l'autorité étrangère doit garantir la réciprocité en matière de communications d'informations ;
- les informations ne peuvent être transmises que si les autorités étrangères donnent l'assurance qu'elles respecteront les droits des parties dans la procédure de manière comparable à la Suisse.

Par ailleurs, nous considérons qu'il faudrait envisager de conclure un accord de coopération avec l'UE dans le domaine de la concurrence afin d'être mis sur pied d'égalité avec les autorités européennes.

G. Renforcement du volet civil du droit des cartels

Proposition

Le droit en vigueur refuse la qualité pour agir au client final, c'est-à-dire au consommateur. Par ailleurs, le droit de prescription des actions du droit des cartels est trop bref.

Le Conseil fédéral propose d'étendre la possibilité d'intenter une action civile, actuellement réservée aux concurrents, à toutes les personnes concernées par des cartels, soit notamment les consommateurs.

Par ailleurs, le délai de prescription du droit civil en matière de cartels sera à l'avenir suspendu entre l'ouverture d'une enquête et la date à laquelle la décision devient exécutoire.

Prise de position

La FRC se réjouit que chaque consommateur puisse intenter une action en droit civil des cartels. Il s'agit d'un premier pas symbolique important pour renforcer les droits procéduraux en droit des cartels. La FRC est convaincue que l'introduction de ce droit est essentiel pour l'équilibre des forces.

La solution proposée pourrait toutefois être grandement améliorée. Tout d'abord, l'article 12 prévoit que : « la personne dont les intérêts économiques sont menacés ou atteints par une restriction illicite à la concurrence peut demander... ». Il nous semble dès lors que le consommateur devra prouver que ses intérêts économiques sont menacés ou atteints, ce qui sera sans doute très compliqué et difficile pour le citoyen lambda sans l'apport d'expertises difficiles et onéreuses à réaliser. Par ailleurs, le Message du Conseil fédéral admet que les consommateurs pourront céder leurs créances aux associations de consommateurs afin d'agir à leur place. D'un point de vue pratique, cela semble également extrêmement compliqué, car il faudra d'abord prouver la créance (ce qui n'est pas toujours évident). En outre, vu les moyens financiers dont elles disposent, les organisations de consommateurs auront beaucoup de difficultés à ouvrir de telles actions, notamment contre de grandes entreprises. Il y a une disproportion évidente entre les possibilités des uns et des autres et, pour la FRC, il s'agit d'une mesure alibi qui ne pourra jamais être exercée.

Il serait dans ce cadre beaucoup plus utile et pertinent d'octroyer également directement aux organisations de consommateurs la qualité pour agir comme c'est le cas dans la Loi fédérale sur la concurrence déloyale.

La FRC souhaite que, dans le cadre du droit des cartels, une procédure **d'action collective** soit mise en place afin que les consommateurs puissent se grouper pour agir lors d'une restriction illicite à la concurrence. Les frais procéduraux, honoraires d'avocats pourraient ainsi être répartis de manière juste et équitable entre les consommateurs. Ainsi, ils seraient vraiment mis à pied d'égalité avec de grandes entreprises et c'est seulement par cette voie que la qualité pour agir octroyée aux consommateurs pourrait être exercée.

En outre, s'agissant de la question des frais de procédure, la LCart ne règle pas du tout cette question qui risque d'empêcher les consommateurs de déposer des actions s'ils doivent avancer les frais d'un tel procès.

Enfin, il faudrait prévoir un délai de prescription plus long. Nous proposons d'introduire un délai de prescription de trois ans, comme dans la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (art. 9).

Conclusion

La FRC approuve l'introduction de la qualité pour agir pour le consommateur. Il s'agit d'un point essentiel de la révision proposée auquel elle adhère totalement.

Néanmoins, elle considère que la manière dont la qualité pour agir est octroyée au consommateur dans le cadre de cette révision ne lui permettra pour ainsi dire jamais d'exercer son droit.

Elle propose donc une nouvelle version de l'art. 12 LCart :

« Si une personne présume une atteinte illicite à la concurrence la menaçant ou atteignant ses intérêts économiques, il peut demander :

- a. la suppression et la cessation de la restriction à la concurrence ;*
- b. La constatation du caractère illicite de la restriction à la concurrence ;*
- c. La réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations ;*
- d. La remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires ».*

Ainsi, le consommateur n'aurait besoin que d'une présomption pour pouvoir agir.

Par ailleurs, un nouvel art. 12 alinéa 2 est proposé :

« Les actions prévues à l'alinéa 1 peuvent être exercées collectivement par un groupe de personnes lésées dans le cadre d'un préjudice de masse».

Enfin, cette qualité pour agir doit expressément être donnée aux organisations de consommateurs :

« Les actions prévues aux alinéas 1 et 2 peuvent en outre être intentées par les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs ».

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à notre prise de position et vous adressons, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.

Fédération romande des consommateurs

Mathieu Fleury
Secrétaire général

Florence Bettschart
Avocate