

Document de prise de position concernant la révision de la loi sur les cartels

1^{er} septembre 2014 / 6^e version actualisée

Une interdiction partielle des cartels menace des communautés de travail éprouvées et conduit à des insécurités juridiques

La révision de la loi sur les cartels (LCart), actuellement en cours, prévoit d'introduire une « interdiction partielle des cartels ». Cette dernière vise à interdire certains types d'accords, et cela indépendamment de savoir si ces accords ont ou non des conséquences nuisibles pour la concurrence et la place économique suisse. La seule possibilité restant aux entreprises concernées est de parvenir à justifier que l'« accord » génère des gains d'efficacité. Elles doivent donc supporter le fardeau de la preuve. Cette justification pour des motifs d'efficacité est déjà prévue dans la loi sur les cartels en vigueur. Depuis l'introduction des sanctions directes (amendes) dans le cadre de la dernière révision toutefois, aucune entreprise n'est encore parvenue à invoquer avec succès cet aspect.

La formation de communautés de travail (CT) en amont des appels d'offres publics ou privés tombe également sous l'interdiction partielle des cartels et la menace concomitante de sanctions (jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires des trois dernières années). Le modèle des communautés de travail a pourtant fait ses preuves, non seulement dans le secteur principal de la construction, mais aussi pour des communautés de planification (communautés d'ingénieurs [CI]) impliquant deux ou plusieurs bureaux d'ingénieurs et de planification. L'interdiction partielle des cartels mettrait en péril ce système éprouvé.

Interdiction partielle des cartels

Avant de pouvoir prononcer une sanction, l'autorité de concurrence devait jusqu'à présent prouver aux entreprises qu'un accord affectait de manière notable la concurrence, voire était nuisible à cette dernière. Avec l'interdiction partielle des cartels, même les *accords n'affectant pas de manière notable la concurrence* – autrement dit des accords n'ayant aucune conséquence négative sur la concurrence – devront être sanctionnés. Il ne restera pour seule défense aux entreprises que la possibilité de prouver l'efficacité de l'accord qui – *nota bene* – n'affecte pourtant pas notablement la concurrence. Selon le projet de révision, le fardeau de la preuve incombera aux entreprises. Tout un éventail de *formes de coopération éprouvées et tout à fait favorables à la concurrence* entre les entreprises est dès lors menacé par cette réglementation excessive.

Le secteur de la construction et de la planification particulièrement touché

Les entreprises de construction ainsi que les bureaux d'ingénieurs et de planification seraient particulièrement touchés par cette nouvelle réglementation. Les projets de construction complexes, p. ex. dans le domaine des routes nationales, sont souvent conçus au sein de communautés de travail (CT, CI, ou autres) réunissant plusieurs bureaux d'ingénieurs et de planification. Les bureaux de planification se regroupent en communautés de travail avant de répondre aux appels d'offres, aux fins de compléter mutuellement le savoir-faire concret requis et de mobiliser les ressources correspondant à l'ampleur des mandats.

La formation d'une telle communauté en amont d'une soumission est dans certains cas déjà considérée comme une entente horizontale par les autorités de concurrence, au sens de l'art. 5, al. 3, LCart (cf. décision de la Commission de concurrence [Comco] concernant les accords de soumission dans le canton de Zurich, du 22 avril 2013, réf. 12).

Selon les débats au Conseil des Etats en 2013, les communautés de travail devraient en principe rester non problématiques s'il s'agit d'**entreprises de différents secteurs** ou d'**une entreprise qui n'est pas en mesure de réaliser seule la prestation faisant l'objet du marché**.

Or dans la pratique, on rencontre notamment les cas de figure suivants:

- **1^{er} cas de figure:** Des entreprises, certes aptes à réaliser seules la prestation faisant l'objet du marché, s'unissent en communauté de travail afin d'**augmenter leurs chances de succès lors de la soumission**, p. ex. parce qu'elles espèrent obtenir – en déposant une offre commune – davantage de points dans l'évaluation des critères d'attribution tels que personnes clés, références, capacités, etc.
- **2^e cas de figure:** Des entreprises s'unissent en communauté de travail pour **améliorer la planification des capacités**. En effet, les bureaux de planification répondent souvent à divers appels d'offres simultanément. S'ils devaient soudain gagner plusieurs appels d'offres à honorer parallèlement, ils seraient confrontés à des problèmes de capacités, quand bien même ils disposeraient des capacités nécessaires pour exécuter chaque mandat pris individuellement. La formation d'une communauté de travail est une solution judicieuse pour pallier ce problème.
- **3^e cas de figure:** Des entreprises s'unissent en communauté de travail pour **profiter de processus de travail bien rodés entre des collaborateurs de différentes entreprises**. Il se peut effectivement que des collaborateurs de différentes entreprises aient, par le passé, déjà assumé ensemble des mandats (spécifiques). Des équipes expérimentées se sont ainsi développées, même si les entreprises engagées auraient pu exécuter leurs mandats sans coopération.

L'énumération de ces trois cas de figure n'est là qu'à titre d'exemple. Elle montre que – contrairement aux affirmations du Conseil fédéral et du Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) – l'introduction de l'interdiction partielle des cartels rendrait problématique l'existence de la majeure partie des communautés de travail. La question de savoir si ces cas de figure tomberaient sous le coup de l'interdiction partielle des cartels ou demanderaient à être justifiés pour des motifs d'efficacité reste incertaine et sujette à controverse. Selon le droit européen, sur lequel s'appuie la jurisprudence cartellaire suisse, les trois cas de figure évoqués ci-avant seraient illicites. Lors d'un colloque organisé l'été dernier, des représentants du Secrétariat de la Comco ont néanmoins estimé que ces trois cas de figure seraient licites même après l'introduction de l'interdiction partielle des cartels. Ces déclarations méritent d'être saluées. Toutefois, la question devra être tranchée par la Comco – et non par quelques représentants isolés du Secrétariat (dont la composition des membres peut être amenée à changer) – et, en dernière instance, par le Tribunal fédéral. Les documents disponibles (décisions de la Comco, jurisprudence de l'Union européenne) porteraient plutôt à penser que les trois cas de figure précités seraient qualifiés d'illégaux et, partant, passibles de sanctions. Les bureaux de construction et de planification ne peuvent ni ne souhaitent prendre sur eux le risque d'un tel jugement, ce qui conduit *de facto* à une interdiction.

Le montant des amendes s'élève jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires des trois dernières années. Selon le projet de révision, de telles sanctions pourraient être prononcées à l'avenir même si la formation d'une communauté de travail ou le recours à toute autre forme de coopération n'ont **absolument aucune conséquence négative sur l'exercice d'une concurrence efficace**.

L'examen de l'efficacité devrait être maintenu. Ce dispositif permet d'empêcher que des communautés de travail efficaces doivent assumer elles-mêmes la défense de l'efficacité, à la fois coûteuse et à l'issue incertaine. La *clause de bagatelle* proposée par le Conseil des Etats en 2013 (art. 27, al. 1 bis) ne constitue pas une soupape suffisante pour maîtriser ce problème. Elle ne modifie en rien le caractère fondamentalement punissable d'accords n'affectant pas de manière notable la concurrence, et laisse inchangée l'application de la législation cartellaire devant les tribunaux civils.

Les groupements d'achat et autres formes de coopération éprouvées également menacés

L'exemple des communautés de travail montre que l'interdiction partielle des cartels complique la mise sur pied de formes efficaces de coopération entre les entreprises. Elle frapperait également d'autres formes de collaboration ayant fait leur preuve, tels notamment les groupements d'achat, lesquels bénéficient régulièrement de rabais et peuvent dès lors offrir des prix moins élevés aux consommateurs. Des systèmes de franchise s'accompagnant d'une politique uniforme des prix, ou encore des contrats avec des pools d'assurance seraient également menacés.

Une réglementation en vigueur suffisante et éprouvée – Des demandes de révision infondées

La nécessité d'une révision n'est pas vérifiée. La principale préoccupation de la révision, la modification institutionnelle (Tribunal fédéral de la concurrence), ne sera probablement pas mise en œuvre. Du point de vue matériel, la pratique montre que la loi actuellement en vigueur donne à l'autorité de concurrence largement les moyens d'atteindre les objectifs visés par le Conseil fédéral. Elle suffit pour ouvrir le marché suisse à l'importation parallèle (cas de *BMW, Nikon, GABA* resp. *Elmex*). Elle a également permis de lutter efficacement contre les accords de soumission dans le secteur de la construction. **Au total, les amendes prononcées contre 120 entreprises ont atteint un montant de 760 millions de francs!**

Après avoir procédé à une évaluation complexe, le Conseil fédéral voulait même, en juin 2010, assouplir les ententes verticales (p. ex. entre distributeurs et constructeurs). Afin de pouvoir atteindre de manière optimale les buts fixés par la loi sur les cartels en matière économique dans le domaine des accords verticaux, il voulait régler cet aspect de manière différenciée. Une année plus tard, il retournait sa veste et proposait en lieu et place l'interdiction partielle des cartels. De tels *revirements opportunistes* constituent-ils vraiment une base suffisante pour une révision de la loi?

Des réformes trop zélées: frein à l'interprétation du droit en vigueur et source d'insécurité juridique

Depuis l'introduction de sanctions directes, pas un seul arrêt du Tribunal fédéral n'a encore été rendu dans le cadre des accords en matière de concurrence. Certains cas sont actuellement pendants devant le Tribunal administratif fédéral. Deux cas ont fait l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral (*Hors-Liste* et *GABA* resp. *Elmex*). Il conviendrait d'abord d'attendre l'issue de ces décisions judiciaires – en particulier celle qui concerne *GABA* et qui clarifiera peut-être des incertitudes quant à l'examen relatif à l'importance des effets – avant de penser à une révision de la loi. La modification de lois sans nécessité indiscutable de révision entraîne une insécurité juridique, dans la mesure où les nouvelles réglementations soulèvent à leur tour des questions d'interprétation, qui ne trouvent réponse que dans le cadre de voies de recours parfois longues de plusieurs années. Cette insécurité juridique impose aux entreprises l'engagement de coûteux efforts de conformité et des procédures de longue haleine.

Rejet de la proposition de la CER-N concernant la révision de l'art. 4, al. 2 bis, et de l'art. 7, al. 1, LCart

La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) souhaite étendre le contrôle du comportement et la menace de sanctions de l'art. 7 LCart à des entreprises occupant une **position relativement dominante** sur le marché. La disposition proposée quant à une « puissance relative sur le marché » est source de nombreuses incertitudes et vise potentiellement aussi les petites et moyennes entreprises (PMU). Les règles, très compliquées, exposent les entreprises à de fortes amendes. Les PMU devraient dépenser beaucoup d'argent en efforts de conformité et en conseil juridique. Au final, une réglementation aussi complexe et flottante se révélerait économiquement contreproductive.

Demande de l'USIC:

L'USIC recommande de refuser la révision de la loi sur les cartels (LCart), c'est-à-dire de confirmer la décision de non-entrée en matière du Conseil national. Si une entrée en matière sur la révision devait néanmoins avoir lieu, il conviendrait de laisser inchangé l'art. 5 LCart dans la version actuelle en vigueur.

Auteur: Daniel Emch, docteur en droit, étude d'avocats Kellerhals Anwälte, Berne (daniel.emch@kellerhals.ch)

L'USIC

L'USIC réunit quelque 930 entreprises d'ingénierie et de planification à travers toute la Suisse, lesquelles emploient environ 14 000 collaboratrices et collaborateurs. Les entreprises membres génèrent annuellement un chiffre d'affaires brut de près de 2 milliards de francs, ce qui correspond à environ 40 % de la part totale des dépenses dans le domaine de la construction. Par leur activité, les entreprises membres de l'USIC gèrent ainsi quasiment un tiers des dépenses totales du secteur suisse de la construction.

www.usic.ch
www.les-ingenieurs-construisent-la-suisse.ch

Contact:

Mario Marti, secrétaire général
Union suisse des sociétés d'ingénieurs-conseils (USIC)
Effingerstrasse 1, case postale 6916, 3001 Berne
Tél. 031 970 08 88
mario.marti@usic.ch



@USIC_ch



www.facebook.com/usic.ch