

## Die Seite der ASAS / La page de l'ASAS

### Le pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence

#### Compte-rendu de la Conférence de la Ligue Internationale du droit de la Concurrence (LIDC)

PATRICK L. KRAUSKOPF \* / DELPHINE ROCHAT \*\*

- I. Introduction**
- II. La situation en Suisse**
  - 1. Politique de détection des infractions
  - 2. Sélection de cibles d'intervention
  - 3. Ouverture d'une procédure d'infraction
  - 4. Mode de résolution d'une procédure
- III. La situation sur le plan international**
  - 1. Politique de détection des infractions
  - 2. Sélection de cibles d'intervention
  - 3. Ouverture d'une procédure d'infraction
  - 4. Mode de résolution d'une procédure
- IV. Recommandations**
  - 1. Politique de détection des infractions
  - 2. Sélection de cibles d'intervention
  - 3. Ouverture d'une procédure d'infraction
  - 4. Mode de résolution d'une procédure
- V. Conclusions**

#### I. Introduction

D'un point de vue politique, il est aujourd'hui reconnu que le pouvoir discrétionnaire d'une autorité de la concurrence (AC) est justifié par un certain nombre de raisons:

- D'abord, ce pouvoir lui assure une indépendance par rapport au gouvernement.
- Au-delà de cette liberté de pouvoir agir sans devoir tenir compte de pressions politiques ou étatiques, l'on explique ce pouvoir discrétionnaire également par le manque de ressources financières de l'AC.
- Puis, il apparaît que l'AC soit la mieux placée afin de reconnaître à temps les marchés nécessitant une intervention afin d'y restaurer une concurrence efficace.

Mais, le pouvoir discrétionnaire de l'AC est-il illimité ? La Ligue Internationale du Droit de la Concurrence (LIDC) s'est penchée lors de l'édition 2009 de son congrès à Vienne sur une question qui – malgré son importante dimension économique et politique – n'a jusqu'à ce jour pas été abordée de façon empirique et systématique: L'AC dispose-t-elle, et si oui, dans quelle mesure, d'un pouvoir discrétionnaire dans ses activités?

Des rapporteurs de 16 différents pays, dont la Suisse, se sont efforcés de répondre à la question posée et de mettre en lumière quelques spécificités de leur droit national, le rapporteur international tentant pour sa part d'établir des lignes et tendances communes à tous les pays consultés.

L'ensemble de ces rapports peut être consulté sur le site Internet de la LIDC à l'adresse suivante: <http://www.ligue.org/publication.php?txtt=21&docc=1>.

Dans un premier temps, nous exposerons la situation telle qu'elle se présente aujourd'hui en Suisse (II.), puis dans les autres pays ayant participé à l'enquête (III). Finalement, nous présenterons les recommandations du rapporteur international ainsi que les résolutions adoptées par la LIDC (IV).

## II. La situation en Suisse

### 1. Politique de détection des infractions

#### a) Généralités

Le premier domaine dans lequel les AC jouissent d'un pouvoir discrétionnaire est celui de la détection des infractions.

- Les pratiques anticoncurrentielles des entreprises peuvent être découvertes de deux manières: d'une part, l'AC peut se fier aux plaintes, aux dénonciations de tiers et aux participations au programme de clémence. C'est l'approche dite «réactive» ou «ex post». D'autre part, l'AC peut également surveiller le marché afin de découvrir de son propre chef des comportements anticoncurrentiels (approche dite «pro-active» ou «ex ante»).
- Ces deux approches peuvent parfaitement coexister. Toutefois, au vu du succès rencontré par les programmes de clémence, les AC risquent de concentrer leurs ressources sur les cas qui leur sont soumis (par le biais des programmes de clémence ou des dénonciations) et de négliger ainsi leur activité de détection sur le terrain.

#### b) Particularités

En Suisse, la LCart connaît les deux types de détection des infractions: la Comco peut ainsi mener des enquêtes préalables d'office («pro-active») ou à la demande des entreprises concernées ainsi que sur dénonciation de tiers («réactive»)<sup>1</sup>.

- On peut estimer à 80% environ la part des investigations réactives de la Comco qui résultent d'indications données par les entreprises concernées via le programme de clémence, ou par des tierces parties. (i) Dans les cas d'abus de position dominante, les dénonciations de tiers représentent plus de 70% des cas. (ii) En matière d'accords illicites, les participations au programme de clémence deviennent de plus en plus fréquentes et représentent ainsi plus de la moitié des investigations.
- L'introduction du programme de clémence dans la LCart lors de sa révision en 2004 a entraîné une diminution importante du nombre d'enquêtes pro-actives menées d'office. Bien qu'il n'existe aucune donnée fiable mesurant l'impact de l'introduction du programme de clémence sur les investigations de la Comco, les auteurs estiment que les enquêtes menées d'office ont diminué de plus de 60%. Aujourd'hui, moins de 20% des enquêtes sont ouvertes par la Comco de sa propre initiative.
- Enfin, la Comco consacre enfin 5% de ses activités à des avis de droit rendus à la demande de diverses autorités qui ne sont pas actives dans le domaine de la concurrence, par exemple les agences actives en matière de marchés publics ou d'autres régulateurs dans le secteur des télécommunications ou des postes par exemple. 5% des cas sont transmis pour avis à la Comco par les tribunaux civils lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile<sup>2</sup>.

### 2. Sélection de cibles d'intervention

#### a) Généralités

Dans la mesure où les ressources financières, humaines et techniques des AC sont limitées, celles-ci ne peuvent enquêter sur l'intégralité des cas qu'elles découvrent ou qui leur sont soumis. Elles risqueraient en effet de ne plus pouvoir intervenir là où leur présence serait véritablement opportune.

- Les AC jouissent donc d'un pouvoir d'appréciation dans l'allocation de leurs ressources et le choix de leurs interventions.

<sup>1</sup> Cf. art. 26 al. 1 LCart.

<sup>2</sup> Cf. art. 15 LCart ainsi que la revue DPC 1997, 598 ss.

- Le fait de sélectionner les cibles d'interventions soulève toutefois de nombreuses critiques, parce qu'il entraîne un affaiblissement du principe d'égalité devant la loi.

#### *b) Particularités*

Le droit suisse ne contient pas explicitement de dispositions particulières relatives aux enquêtes portant sur un secteur particulier de l'économie. Lorsqu'elle ouvre une enquête, l'AC applique les règles générales de la LCart. La Comco annonce toutefois dans son rapport annuel ses priorités pour l'année à venir. Elle a mené deux enquêtes sectorielles par le passé:

- Dans le domaine des assurances-incendie, l'enquête n'a pas permis de mettre en évidence des indices d'une restriction illicite à la concurrence, bien que les primes des assureurs privés étaient plus élevées que celles des assureurs cantonaux au bénéfice d'un monopole<sup>3</sup>.
- Sur le marché du crédit à la consommation, la Comco a constaté que le taux d'intérêt moyen pour le crédit à la consommation avait baissé les années précédentes, que l'entreprise leader avait perdu des parts de marché et que de nouveaux entrants avaient stimulé la concurrence sur le marché. L'enquête n'a donc permis de mettre en évidence aucun indice d'une restriction à la concurrence<sup>4</sup>.

La Comco a la compétence d'arrêter l'ordre dans lequel les enquêtes qui ont été ouvertes doivent être traitées<sup>5</sup>. Cette flexibilité permet à la Comco d'adapter ses priorités, par exemple lorsque la situation économique se modifie.

Finalement, on notera que la Comco n'intervient en principe pas dans les domaines régis par des réglementations spécifiques (par exemple l'énergie ou les télécommunications). Elle laisse en effet cette tâche à l'autorité compétente dans le secteur en question<sup>6</sup>.

### **3. Ouverture d'une procédure d'infraction**

#### *a) Généralités*

Lorsque l'enquête préalable laisse apparaître des indices de commission d'une infraction, l'AC ouvre une enquête, quittant ainsi le relatif anonymat dans lequel elle agissait jusqu'alors. Elle peut ainsi être soumise à diverses règles tendant notamment à protéger les droits des parties à la défense, telles que des règles spécifiques d'adoption, des exigences d'information ou la fixation de délais plus ou moins stricts.

#### *b) Particularités*

Le Secrétariat de la Comco mène en règle générale des enquêtes préalables afin d'établir la présence d'indices suffisants avant d'ouvrir une enquête (art. 26 LCart). Cette procédure reste en général secrète et n'implique pas le droit de consulter les dossiers (art. 26 al. 3 LCart).

En présence d'indices suffisants d'une infraction à la LCart, le Secrétariat ouvre une enquête avec le consentement d'un des membres de la Présidence de la Comco (art. 27 al. 1 LCart).

- Selon la jurisprudence, il ne s'agit pas d'une décision formelle au sens de la PA et il n'y a donc aucune voie de recours<sup>7</sup>. Lorsque la Comco refuse en revanche d'ouvrir une enquête à la demande d'un tiers, elle rend une décision au sens de l'art. 5 al. 1 lit. b PA<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> DPC 2003, 741.

<sup>4</sup> DPC 2007, 364.

<sup>5</sup> Cf. art. 27 al. 2 LCart, art. 4 al. 3 lit. a du Règlement interne de la Commission de la concurrence. Dans un arrêt du 29 août 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a jugé que la présence d'indices concrets d'une restriction à la concurrence et d'un intérêt public à la suppression de cette restriction n'obligeait pas encore les autorités de la concurrence à agir, la fixation des priorités dépendant de la capacité de la Comco à agir en fonction de ses ressources (DPC 2003, 676 s.).

<sup>6</sup> Par exemple l'office fédéral de l'énergie (OFEN) ou l'office fédéral de la communication (OFCOM).

<sup>7</sup> DPC 1998, 665; 2004, 636.

<sup>8</sup> TAF du 29 février 2008, B-4037, consid. 1.1.

- La Comco jouit d'un important pouvoir discrétionnaire tant en relation avec l'ouverture d'une enquête préalable<sup>9</sup> qu'avec l'ouverture d'une enquête. Le seul critère posé par la jurisprudence est celui de l'intérêt public: la Comco devrait ouvrir une enquête lorsqu'il y a un intérêt public à la protection de la concurrence et renoncer à le faire lorsque seuls des intérêts privés sont en jeu<sup>10</sup>. Au-delà, l'arbitraire constitue la seule limite au pouvoir discrétionnaire de la Comco.
- L'ouverture d'une enquête n'a pas à être justifiée. Toutefois, la Comco est tenue de rendre publique l'ouverture d'une enquête<sup>11</sup> et d'indiquer le but de celle-ci ainsi que les parties concernées.

#### 4. Mode de résolution d'une procédure

##### a) Généralités

Toutes les procédures ne se terminent pas par une décision constatant une restriction à la concurrence et imposant une amende.

- Ainsi, les législations suisse et étrangères peuvent autoriser les AC à clore une procédure en échange d'un engagement de l'entreprise concernée ou en passant un accord avec celle-ci.
- Les AC peuvent également être amenées à prendre des décisions constatant l'inexistence de toute restriction à la concurrence.

Les modes alternatifs de clôture d'une procédure jouissent depuis quelques années d'un intérêt sans précédent.

- Ils permettent notamment de réduire la durée de la procédure et, ainsi, de corriger au plus vite les distorsions de concurrence sur un marché. Grâce à leur flexibilité, ils sont à même de s'adapter à des marchés en continuelle évolution.
- Le pouvoir discrétionnaire des AC à ce stade de la procédure ne va toutefois pas sans difficulté: risque d'arbitraire, absence de punition pour le comportement anticoncurrentiel, etc.

##### b) Particularités

En Suisse, la loi distingue les enquêtes préliminaires (art. 26 LCart) des enquêtes «formelles» (art. 27 LCart).

- Dans le premier cas, il n'y a pas de décision formelle de clôture puisqu'aucune procédure formelle n'a été ouverte. L'enquête est donc «close» par l'envoi d'un simple courrier.
- En revanche, lorsqu'une enquête formelle a été ouverte et qu'elle ne permet pas d'établir l'existence d'une restriction illicite à la concurrence, la Comco est contrainte de clore la procédure par une décision formelle<sup>12</sup>.

Il n'existe aucun critère formel gouvernant la clôture de la procédure; la Comco jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation.

- Selon la jurisprudence toutefois, elle clôturera une enquête lorsque l'intérêt public ou les preuves font défaut<sup>13</sup>. En règle générale, la Comco s'abstient d'ouvrir une enquête si seuls des intérêts individuels sont en jeu.
- Les seules limites au pouvoir discrétionnaire de la Comco sont le déni de justice et le retard injustifié (art. 46a PA).

Par ailleurs, la Comco ne peut pas prendre de décision formelle déclarant la LCart inapplicable, sauf dans le cas des marchés exclus du champ d'application de la LCart (art. 3 LCart). En pratique,

<sup>9</sup> Sous réserve des priorités fixées dans le rapport annuel de la Comco.

<sup>10</sup> DPC 2008, 9 s.

<sup>11</sup> Art. 28 al. 1 LCart. Lorsque les autorités de la concurrence effectuent une perquisition, elles communiquent l'ouverture de l'enquête seulement lors de la perquisition afin de ne pas compromettre son effet de surprise.

<sup>12</sup> Art. 34 et 35 al. 1 PA en rel. avec l'art. 39 LCart.

<sup>13</sup> DPC 2008, 9 s.

l'inapplicabilité de la loi apparaît lors de l'enquête préalable et une enquête formelle n'est ainsi pas ouverte.

Finalement, la LCart contient des dispositions sur le règlement amiable des litiges. Ainsi, l'art. 29 LCart dispose que, si le secrétariat considère qu'une restriction à la concurrence est illicite, il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction (al. 1). L'accord requiert la forme écrite et doit être approuvé par la Comco (al. 2). Cette procédure est comparable aux «engagements» connus dans d'autres juridictions.

- La loi ne pose pas de limites à la procédure de règlement amiable. En pratique toutefois, le règlement amiable des litiges dépend de la question de savoir si l'engagement pris par l'entreprise concernée permettra d'éviter de futures infractions à la LCart. Par ailleurs, la Comco n'entame pas de négociations pour un règlement amiable si elle entend prononcer des sanctions<sup>14</sup>.
- La décision de négocier la fin d'une procédure d'enquête n'est en règle générale pas rendue publique. Les règles «traditionnelles» sont applicables à la motivation et la publication des décisions comprenant un engagement ou un accord<sup>15</sup>. La Comco doit par ailleurs également examiner si l'engagement pris ou l'accord conclu sont de nature à supprimer la restriction à la concurrence.
- La conclusion d'un accord ou la prise d'un engagement par les entreprises visées par une enquête n'empêche toutefois pas la Comco, sur proposition du secrétariat ou des intéressés, de révoquer ou modifier sa décision si l'état de fait ou la situation juridique se sont modifiés de manière importante<sup>16</sup>.
- Les décisions de la Comco comprenant un engagement ou un accord peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral<sup>17</sup>.

La Comco a appliqué cette procédure de règlement amiable des litiges pour la première fois en 2006. On considère qu'une procédure négociée représente un gain de temps d'environ 30% par rapport à une procédure traditionnelle.

- Dans le domaine de l'industrie horlogère, l'enquête menée par la Comco contre ETA, filiale de Swatch Group et fabricant d'ébauches, a mis en évidence un abus de position dominante. ETA s'est engagée dans un accord à continuer à livrer le même volume d'ébauches puis pendant deux années supplémentaires une quantité réduite, avant de stopper totalement sa production comme elle entendait le faire en premier lieu. Cet engagement a permis l'émergence d'autres producteurs qu'ETA<sup>18</sup>.
- Sur le marché des cartes de crédit, la Comco a approuvé un engagement valable 4 ans et réduisant de 0,2% les commissions d'interchange. La pression exercée sur les prix à la suite de cet accord a augmenté la concurrence dans le domaine des émetteurs de cartes de crédit et a permis l'introduction de cinq cartes de crédit «low-cost»<sup>19</sup>.
- Dans le cadre d'une enquête contre l'opérateur de l'aéroport de Zurich (Unique), la Comco a conclu que Unique avait abusé de sa position dominante dans le domaine des parkings de l'aéroport et a donc prononcé une amende. Toutefois, comme Unique s'est montré coopératif durant la fin de la procédure, qu'il a signé un accord contractuel avec d'autres fournisseurs du service de valet parking et qu'il est parvenu à un accord avec la Comco, celle-ci a décidé de ne pas imposer l'amende maximale<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Dans le domaine des cartels «durs» par exemple. Cf. O. SCHALLER/P. KRAUSKOPF, Promesse de clémence et sanctions cartellaires: Premières expériences pratiques, in: sic! 2/2010, 71 ss.

<sup>15</sup> Cf. P. KRAUSKOPF/O. SCHALLER/S. BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: T. Geiser/P. Krauskopf/P. Münch (éd.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, Wettbewerbsrecht, Bâle 2005, 510 s.

<sup>16</sup> Art. 30 al. 3 LCart; DPC 2000, 461 ss consid. 3.2.1, «Schweizerische Meteorologische Anstalt».

<sup>17</sup> Art. 48 et 49 PA; aucune jurisprudence n'a encore été rendue à cet égard.

<sup>18</sup> DPC 2005, 128.

<sup>19</sup> DPC 2007, 364.

<sup>20</sup> DPC 2006, 625.

### III. La situation sur le plan international

#### 1. Politique de détection des infractions

Les AC jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'organisation de leur politique de détection des infractions. Tous les pays connaissent tant l'approche «pro-active» que l'approche «réactive», et aucun ne fixe de règle dictant la primauté de l'une sur l'autre.

- Une grande majorité des AC se voient consultées par des tribunaux, des autorités de surveillance dans certains secteurs spécifiques ou même des organes exécutifs tels que le ministère de l'économie, ce qui réduit encore leur capacité à s'engager dans la détection pro-active des infractions, d'autant que certains Etats prévoient l'obligation d'ouvrir une procédure d'enquête sur demande (notamment en Belgique et en Hongrie).
- Certains pays (Suède et Europe de l'Est notamment) doivent, de par la loi, traiter toutes les plaintes qui leur sont soumises, tout en respectant des délais parfois serrés. Cela entraîne une forte diminution du temps à disposition pour une approche «pro-active» des enquêtes.

#### 2. Sélection de cibles d'intervention

Il existe peu de juridictions disposant d'une base légale pour la fixation des priorités<sup>21</sup>. Ailleurs, la question de savoir si et comment les AC fixent leurs priorités reste mystérieuse<sup>22</sup>. La pratique consistant à faire connaître dans leurs rapports annuels leurs priorités pour l'année à venir existe quant à elle ailleurs qu'en Suisse<sup>23</sup>.

- La plupart des autres Etats n'ont pas de base légale autorisant les AC à fixer des priorités et listant les critères devant être observés à cette fin. Toutefois, presque tous reconnaissent aux AC un large pouvoir discrétionnaire pour décider de procéder en priorité à l'encontre d'un secteur, pour autant que cette décision soit motivée et non arbitraire.
- Seules certaines AC suivent des procédures spécifiques à cette fin. (i) En Grande-Bretagne, il existe ainsi des «Principes de hiérarchisation des priorités», lesquels définissent les tâches prioritaires, le critère principal étant l'analyse des coûts par rapport au bénéfice potentiel. (ii) L'AC belge quant à elle attribue un degré de priorité à chacune des affaires qu'elle traite en fonction de certains critères précis<sup>24</sup>. (iii) Au Japon, les degrés de priorités attribués à chacune des affaires sont constamment réévalués, notamment en fonction du comportement de l'entreprise en cause durant l'enquête.

#### 3. Ouverture d'une procédure d'infraction

La plupart des juridictions distinguent les enquêtes préliminaires des enquêtes formelles<sup>25</sup>. Par conséquent, les instruments à disposition des AC diffèrent en fonction du stade de l'enquête, les instruments plus intrusifs étant réservés à la seconde partie de l'enquête. Plusieurs Etats en réfèrent à un organe judiciaire ou «exécutif» avec une proposition de sanction.

- La décision d'ouvrir une enquête est généralement prise par les individus figurant au sommet de la hiérarchie de l'AC. On rencontre également la situation où les unités opérationnelles sont compétentes pour prendre une telle décision, parfois sous réserve de l'approbation préalable de la hiérarchie<sup>26</sup>.
- Dans la plupart des pays ayant participé à l'enquête, une décision formelle est adressée à l'entreprise visée. En revanche, seuls quelques pays obligent l'AC à notifier cette information aux dénonciateurs tiers et aux autres parties intéressées. A cet égard, le Japon a une politique de renseignement étendue puisque son AC informe les parties, les dénonciateurs, les experts et les témoins éventuels.

<sup>21</sup> C'est le cas en Hongrie et, dans une moindre mesure, en Lettonie.

<sup>22</sup> En France notamment, aucun des principes décrits ci-dessus n'est appliqué.

<sup>23</sup> C'est le cas notamment en Allemagne, en Suède et en Autriche.

<sup>24</sup> Voir le rapport national pour la Belgique, 18.

<sup>25</sup> A l'exception de l'Autriche et de l'Allemagne.

<sup>26</sup> C'est le cas en Suisse, où le Secrétariat doit de par la loi obtenir l'accord d'un des membres de la Présidence de la Comco. C'est le cas également en Hongrie.

- Alors que la publication de la décision d'ouvrir une enquête est obligatoire en Suisse, elle est optionnelle dans la plupart des autres pays.
- S'agissant du contrôle juridictionnel de la décision de l'AC, les différents Etats connaissent des solutions diverses. Un certain nombre d'Etats ont exclu la possibilité d'attaquer les décisions de l'AC relatives à l'ouverture d'une enquête. Dans d'autres pays en revanche, cette même décision est soumise au contrôle judiciaire. L'Italie est semble-t-il le pays qui, à cet égard, va le plus loin puisqu'il prévoit que les décisions d'ouvrir une enquête peuvent être revues par l'autorité de recours sous l'angle technique et économique.
- Des délais ne sont que rarement impartis à l'AC pour qu'elle rende sa décision. Ils sont parfois si longs qu'ils perdent leur but et leur intérêt. Si la majorité des pays prévoient la possibilité d'agir pour déni de justice ou en dommages-intérêts, ces solutions n'ont presque aucun intérêt pratique. Seuls trois Etats fixent des délais – extensibles – variant de cinq à six mois<sup>27</sup>.

#### 4. Mode de résolution d'une procédure

La quasi-totalité des AC des pays jouissent de la possibilité de mettre un terme à une procédure par le biais d'un engagement<sup>28</sup>. Toutefois, dans un certain nombre d'entre eux, cette possibilité n'a été que récemment introduite et la jurisprudence est donc peu nombreuse.

- Les similitudes entre les pays s'arrêtent là puisqu'il existe un grand nombre de régimes différents. (i) Certaines juridictions ont adopté une approche libérale où tous les cas peuvent potentiellement faire l'objet d'un accord<sup>29</sup>. (ii) D'autres Etats excluent en revanche certains cas de la procédure amiable, soit parce qu'ils pourraient donner lieu à une amende<sup>30</sup>, soit parce qu'ils impliquent une restriction de concurrence d'une certaine durée dans le temps<sup>31</sup>.
- Peu d'AC<sup>32</sup> sont en revanche autorisées à rendre des décisions positives, à savoir des décisions constatant l'inexistence d'une restriction ou l'inapplicabilité de la loi. A cet égard, les AC jouissent donc d'un pouvoir discrétionnaire limité.

### IV. Recommandations

#### 1. Politique de détection des infractions

##### a) Les constats

Le large pouvoir discrétionnaire dont jouissent les AC en relation avec la détection des infractions devrait être réduit.

- Il ressort de la présente enquête que, de manière générale (et y compris en Suisse), les AC ont tendance à se focaliser sur le traitement des dénonciations et des plaintes ainsi que sur les annonces relatives aux programmes de clémence, au détriment de la recherche active d'infractions.
- Cette situation menace l'efficacité des différentes lois nationales sur les cartels. (i) En effet, en négligeant la recherche pro-active d'infractions, les AC donnent un signal négatif aux entreprises qui contreviennent à la concurrence, lesquelles savent que les risques d'être découvertes et poursuivies sont faibles. (ii) De même, les entreprises participant à une entente cartellaire ne sont pas incitées à participer au programme de clémence.

##### b) Les recommandations du rapporteur

Les réformes ci-dessous devraient être plus importantes dans les pays qui donnent la priorité aux enquêtes fondées sur les plaintes.

<sup>27</sup> Hongrie, Lituanie et Lettonie.

<sup>28</sup> Le Japon, la Lituanie et l'Estonie ne connaissent pas cette possibilité.

<sup>29</sup> Notamment en Espagne et en Hongrie.

<sup>30</sup> C'est le cas notamment dans l'UE (art. 13 de l'Ordonnance 1/2003) et en Autriche.

<sup>31</sup> C'est le cas en Belgique, en Estonie et en République tchèque. En France, la restriction de concurrence doit être encore en vigueur pour permettre un accord.

<sup>32</sup> C'est le cas toutefois en Grande-Bretagne, dans l'UE, en Allemagne et en Italie.

- Les AC devraient ménager une partie de leurs ressources à la recherche pro-active d'infractions.
- Des clauses spécifiques relatives aux enquêtes sectorielles devraient être adoptées.
- Une augmentation du budget des AC s'impose. A cet égard, le rapporteur international relève que les AC courent le risque de perdre leur indépendance et de se trouver confrontées à des influences politiques indésirables. Quoi qu'il en soit, cette solution paraît pour l'instant compromise au vu des difficultés financières auxquelles sont confrontés la majorité des gouvernements<sup>33</sup>.
- Par contre, la solution adoptée par la Commission européenne, laquelle a durci les conditions d'admissibilité des plaintes, ce qui a conduit à une diminution des décisions prises de ce chef, n'est pas une mesure appropriée.

### c) *Les recommandations de la Ligue*

Les AC sont appelées adopter une politique de détection pro-active, les AC devant si nécessaire se voir attribuer des ressources supplémentaires à cet effet.

## 2. Sélection de cibles d'intervention

### a) *Les constats*

Les AC sont confrontées à des contraintes financières qui les obligent à sélectionner leurs cibles d'intervention.

### b) *Les recommandations du rapporteur*

Le traitement de chaque cas et de chaque plainte n'est pas nécessairement souhaitable. Ainsi, en matière pénale, on renonce parfois à poursuivre les délinquants dits «primaires», c'est-à-dire qui ne possèdent pas de casier judiciaire, qui ont agi pour une raison jugée légitime ou qui ont commis des actes qui ne sont que peu dommageables.

- Les AC doivent bénéficier d'un certain pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de sélectionner des cibles et de fixer des priorités. Les AC seraient incapables de traiter de manière efficace l'intégralité des plaintes, des marchés et des pratiques anticoncurrentielles existantes.
- Le pouvoir discrétionnaire des AC devrait être inscrit dans la loi puisqu'il entraîne notamment un affaiblissement des principes d'égalité devant la loi ou de non-discrimination. Il recommande donc l'adoption d'une base légale neutre, objective et précise afin d'éliminer tout risque de discrimination arbitraire. L'AC devrait ensuite informer les parties intéressées du degré de priorité attribué à leur cas et leur donner la possibilité de se déterminer à ce sujet.
- Enfin, les AC devraient périodiquement clarifier publiquement leurs priorités.

### c) *Les recommandations de la Ligue*

Les AC devraient avoir la possibilité de définir effectivement leurs priorités de mise en œuvre des règles de concurrence sur la base de critères clairs, publics et précis<sup>34</sup>.

## 3. Ouverture d'une procédure d'infraction

### a) *Les constats*

Les questions soulevées lors de l'ouverture d'une procédure sont nombreuses:

<sup>33</sup> Afin de résoudre le problème récurrent du manque de fonds des AC, le rapporteur international mentionne la solution italienne: l'AC reçoit EUR 50000.– pour chaque amende imposée et récolte des émoluments pour les annonces de fusion.

<sup>34</sup> Les critères pourraient être l'impact sur le bien-être du consommateur, les effets dissuasifs de l'enquête, le développement de la jurisprudence, etc.

- Par rapport aux personnes compétentes pour décider d'ouvrir une procédure d'infraction, la situation est la suivante: (i) La décision peut être prise par une seule personne ou un petit groupe de personnes. Ceci entraîne davantage de risques que la décision soit prise sur le seul critère d'opportunité. Il est également plus facile pour la société visée et/ou le plaignant d'influencer la personne en charge de la décision. (ii) L'implication d'un plus grand nombre de personnes dans la procédure ne présente toutefois pas que des avantages: cela pourrait mener à une politisation de la décision, cela augmente les possibilités d'influence par des tiers et cela implique l'utilisation d'un plus grand nombre de ressources.
- L'information du plaignant de l'ouverture d'une procédure et de son avancement permet de le rendre attentif aux éventuels droits qui lui sont conférés par la législation nationale (accès au dossier, participation aux auditions, etc.). Les AC peuvent également tirer avantage de la connaissance du marché que possèdent les plaignants.
- Un recours contre la décision d'ouvrir une procédure peut avoir pour conséquence de submerger les cours d'appel avec des recours intermédiaires et ainsi de freiner l'activité décisionnelle des AC. Par ailleurs et dans la mesure où la décision finale de l'AC, quelle qu'elle soit, est généralement soumise au contrôle judiciaire, les éventuelles irrégularités sont corrigées et sanctionnées à ce stade.
- S'agissant du respect de délais, les entreprises subissant une enquête sont souvent confrontées à des dommages financiers et opérationnels. Ainsi, elles ont donc intérêt à ce que ladite enquête soit rapidement terminée. Les AC peuvent être tentées de ralentir volontairement la procédure afin d'amener les entreprises visées à proposer une tentative de règlement à l'amiable.
- Une rapidité accrue des procédures présente des avantages<sup>35</sup>, mais également une série d'inconvénients, au nombre desquels la péjoration du travail des AC par manque de temps et le défaut de prise en compte des particularités de chaque cas, de leur degré de sophistication, du nombre de parties impliquées, de la quantité de pièces fournies etc.

#### *b) Les recommandations du rapporteur*

Une approche différenciée s'impose par rapport à l'ouverture d'une procédure:

- La publicité de la décision d'ouvrir une enquête doit tenir compte de la présomption d'innocence dont bénéficie la société sous enquête, l'image de celle-ci pouvant souffrir de la publicité négative apportée par une enquête.
- Au vu des enjeux financiers, économiques et légaux qu'elle entraîne pour la société concernée, la décision d'ouvrir une procédure d'enquête doit être motivée afin que les parties puissent savoir ce qui leur est reproché et afin qu'un contrôle judiciaire ultérieur puisse avoir lieu.
- Inspirée de la législation italienne, il serait souhaitable que les AC elles-mêmes fixent au début de chaque procédure un délai pour agir, tenant compte notamment de la complexité de l'affaire et des ressources à disposition.

#### *c) Les recommandations de la Ligue*

- Il serait judicieux d'informer les tierces parties intéressées respectivement les plaignants de l'ouverture d'une procédure ou au contraire de la décision de ne pas donner suite à leur plainte.
- Il faudrait aussi envisager de fixer des délais raisonnables pour l'examen de chaque cas, lesquels devraient être établis au cas par cas et seraient susceptibles d'être étendus par décision motivée.

---

<sup>35</sup> Les entreprises visées sont plus vite fixées sur leur sort, les victimes obtiennent réparation rapidement, les AC peuvent se concentrer sur les cas les plus importants et les coûts des procédures diminuent.

#### 4. Mode de résolution d'une procédure

##### a) Les constats

Les engagements ne sont pas de nature à punir, ni à corriger les effets d'une restriction illicite à la concurrence, ce qui risque de freiner les futures dénonciations, de frustrer les victimes de tels agissements et de compliquer la tâche des tribunaux chargés d'allouer d'éventuels dommages-intérêts.

##### b) Les recommandations du rapporteur

Le mode de résolution d'une procédure dépend en large mesure de la gravité de l'infraction:

- Certains comportements entraînant une restriction de concurrence particulièrement grave doivent être exclus du champ d'application des règlements à l'amiable<sup>36</sup>. Partant, le pouvoir discrétionnaire relatif aux procédures de négociation devrait être réduit.
- S'agissant de l'exécution positive, les AC devraient clore chaque cas par une décision formelle, reconnaissant le cas échéant la conformité avec la loi ou l'inapplicabilité de celle-ci. De telles décisions pourraient améliorer la conformité des entreprises avec la loi, dans la même mesure que des lignes directrices ou des communications, mais avec l'avantage d'évoluer avec le marché, et de proposer une approche moins théorique et généraliste.
- A cet égard, la marge discrétionnaire devrait permettre aux AC d'adopter, d'une part, des décisions positives et, d'autre part, d'émettre des directives largement publiées et personnalisées sur certains secteurs ou pratiques, à la demande des acteurs ou de leur propre initiative.

##### c) Les recommandations de la Ligue

- Il sied d'éviter de négocier des engagements dans les cas impliquant des restrictions flagrantes de concurrence.
- Les législations nationales devraient permettre aux AC d'adopter des décisions publiées et motivées de constatation d'absence d'infraction et de fournir des orientations individuelles aux entreprises.

#### V. Conclusions

Les échanges de vue ainsi que les rapports présentés permettent d'en déduire certaines généralités:

- De nombreux points de convergence existent entre les différents pays. Néanmoins, il n'en demeure pas moins que de multiples différences subsistent.
- Tous les pays reconnaissent l'importance d'attribuer aux AC un certain degré discrétionnaire dans l'exercice de leurs pouvoirs d'investigation, avant tout en raison de leurs connaissances spécialisées dans le domaine de la concurrence. Toutefois, la mise en œuvre de ce pouvoir discrétionnaire suppose également un certain nombre de contrôles et de garde-fous, soit par le biais de la loi, qui peut imposer des obligations ou des critères de décisions, soit par le biais d'un examen judiciaire du bien-fondé des décisions de l'AC.

\* Dr en droit, LL.M. (Harvard), avocat à Zurich et New York, chargé de cours auprès de la ZHAW.

\*\* Avocate-stagiaire, Lausanne.

---

<sup>36</sup> Le rapporteur international ne décrit pas précisément les types de comportement visés mais estime que les exclusions ne doivent pas s'attacher formellement aux amendes mais définir plutôt des types de violations du droit de la concurrence qu'elles ne traitent pas.