

ad 01.171

**Message complémentaire
au message relatif à la révision de la loi sur les cartels
(Enquêtes lors de procédures engagées au titre de l'accord
sur le transport aérien entre la Suisse et la CE)**

du 14 juin 2002

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Nous avons l'honneur de soumettre à votre approbation le message complémentaire au message relatif à la révision de la loi sur les cartels (lors de procédures engagées au titre de l'accord sur le transport aérien entre la Suisse et la CE) ainsi que le projet de révision de l'art. 42a de la loi sur les cartels.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

14 juin 2002

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Kaspar Villiger
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Le Conseil fédéral a adopté, le 7 novembre 2001 le message relatif à la révision de la loi sur les cartels (FF 2002 1911) dont le but principal est d'instaurer des sanctions directes lorsqu'une infraction au droit des cartels est particulièrement nuisible.

Depuis, il s'est avéré que la mise en œuvre de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (accord sur le transport aérien) appelle une nouvelle adaptation de la loi sur les cartels, adaptation qui fait l'objet du présent message. L'accord confère en effet aux institutions communautaires le contrôle des faits relevant du droit de la concurrence qui sont susceptibles d'affecter le marché de la Communauté ou le commerce entre les parties contractantes. Les autres faits relèvent de la compétence des autorités suisses. Il convient donc, aux fins de l'application de l'accord d'une part, de désigner la Commission de la concurrence comme étant l'autorité suisse compétente en la matière et d'établir qu'en cas de procédures telles qu'elles sont décrites à l'art. 11, al. 1, de l'accord sur le transport aérien, les mesures d'enquête prévues à l'art. 42 de la loi sur les cartels pourront être engagées à la demande de la Commission européenne si une entreprise s'oppose au contrôle. Les institutions communautaires devront donc adresser leurs éventuelles demandes d'enquête à la Commission de la concurrence. Les perquisitions et les saisies de pièces à conviction, en particulier, doivent être ordonnées par un membre de la présidence de la Commission de la concurrence.

Message complémentaire

1 Partie générale

1.1 Contexte

Le Conseil fédéral a adopté le 7 novembre 2001 le message relatif à la révision de la loi sur les cartels (FF 2002 1911), qui vise principalement à instaurer des sanctions directes lorsqu'une infraction au droit des cartels est particulièrement nuisible.

Indépendamment de cela, les travaux préparant la mise en œuvre de l'accord du 21 juin 1999 entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien (accord sur le transport aérien; FF 1999 6243) ont montré que les dispositions relatives au droit de la concurrence exigeaient de compléter la loi sur les cartels (LCart; RS 251), comme le demande le présent message.

1.2 Règles de concurrence et dispositions d'exécution de l'accord sur le transport aérien

Les *dispositions matérielles relatives au droit de la concurrence* prévues aux art. 8 et 9 de l'accord sur le transport aérien, ainsi que le droit dérivé de l'UE indiqué en annexe sont conformes aux règles communes sur la concurrence portant sur les accords illicites, les abus de position dominante et le contrôle des concentrations d'entreprises (art. 81 et 82 du traité CE).

Les *dispositions d'exécution* des dispositions relatives à la concurrence fixées aux art. 10 et 11 de l'accord sur le transport aérien distinguent entre:

- les faits relevant du droit de la concurrence qui ne peuvent avoir de répercussions que sur le commerce en Suisse, qui relèvent du droit suisse et demeurent de la compétence des autorités suisses en matière de concurrence (art. 10).
- les faits, relevant du droit de la concurrence, qui concernent les liaisons entre la Suisse et des pays tiers et relèvent également de la compétence des autorités suisses (art. 11, al. 2).
- les faits, relevant du droit de la concurrence, qui ont des incidences sur le marché communautaire ou sur le commerce entre les parties contractantes, et sont du ressort des institutions communautaires (art. 11, al. 1). L'art. 11, al. 1, fixe qu'en pareil cas, la législation communautaire figurant à l'annexe de l'accord sur le transport aérien sont appliquées en tenant compte de la nécessité d'une coopération étroite entre les institutions communautaires et les autorités suisses.

Aux termes de l'art. 11 de l'accord sur le transport aérien, la Suisse est donc tenue, en vertu du droit international public, de faciliter aux autorités communautaires compétentes les enquêtes relevant du transport aérien sur le territoire suisse.

Le message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE (FF 1999 5564 s.) dispose par ailleurs que:

La compétence pour le contrôle des faits mentionnés aux art. 8 et 9 de même que l'approbation d'accords entre compagnies qui pourraient avoir des conséquences sur le marché communautaire ou le commerce entre les deux parties contractantes est par contre conférée aux institutions communautaires. Celles-ci devront toutefois agir en coopération étroite avec les autorités suisses. En vertu du principe des effets, la Commission européenne se considère déjà aujourd'hui comme compétente pour examiner les faits qui, bien que commis par des entreprises suisses, ont un impact sur la concurrence à l'intérieur de la Communauté. En ce qui concerne les relations entre la Suisse et les pays tiers, la compétence exclusive des autorités suisses reste acquise (art. 11).

1.3 Mesures d'enquête

Selon les annexes de l'accord sur le transport aérien, les procédures découlent du droit communautaire en la matière, notamment du règlement 17/62¹ et du règlement 3975/87², et portent sur les mesures d'enquête, les demandes de renseignements, l'obtention de dossiers et les perquisitions de bureaux (cf. annexe: «Pouvoirs de la Commission en matière de vérification»). En vertu de l'art. 11, al. 1, de l'accord sur le transport aérien, la Suisse est tenue d'apporter le soutien nécessaire à la Commission européenne lors des examens ordonnés au titre du droit dérivé pertinent. La Commission européenne adresse par exemple ses demandes de remise de dossiers directement aux entreprises concernées et en informe la Suisse. Si une entreprise refusait de collaborer avec la Commission européenne, les autorités suisses devraient faire en sorte que cette dernière puisse procéder aux enquêtes relevant du droit de la concurrence.

En droit interne, la LCart permet actuellement diverses mesures d'enquête aux autorités en matière de concurrence. Ces mesures viennent compléter les mesures probatoires prévues à l'art. 12 de la loi sur la procédure administrative (PA; RS 172.021). Les autorités compétentes peuvent ainsi entendre des tiers comme témoins et exiger des parties prenantes à l'enquête qu'elles fassent des dépositions. Elles peuvent également ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction. Les mesures visées à l'art. 42 LCart coïncident avec le droit communautaire.

Le message du 7 novembre 2001 propose une révision de l'art. 42 LCart sous l'angle procédural. La modification est résumée ainsi:

Art. 42

L'al. 1 reprend telles quelles les 1^{re} et 2^e phrases de l'article actuel. L'al. 2 prévoit une réglementation en matière de perquisitions et de saisie plus précise que dans le droit en vigueur. Les perquisitions et les saisies peuvent être ordonnées par un membre de la présidence, sur demande du secrétariat. Les art. 45 à 50 de la DPA

¹ Règlement du Conseil du 6 février 1962: premier règlement d'application des art. 85 et 86 du traité instituant la Communauté européenne dans sa version modifiée et complétée par les règlements n° 58, n° 118/63/CEE et n° 2822/71.

² Règlement du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens, modifié par les règlements (CEE) n° 1284/91 et (CEE) n° 2410/92.

sont applicables par analogie à ces mesures procédurales coercitives. Ces dispositions comportent les garanties procédurales les plus importantes. Elles prescrivent notamment que les perquisitions et les saisies doivent être opérées avec les égards dus à la personne concernée et à sa propriété (art. 45 DPA). Ne peuvent être saisis, pour l'essentiel, que des objets pouvant servir de pièce à conviction (art. 46, al. 1, let. a, DPA). Les perquisitions ne peuvent être opérées qu'en présence de l'occupant des locaux et de certains officiers publics. S'il y a péril en la demeure, il peut être renoncé à la présence des officiers publics (art. 49, al. 2, DPA). Les perquisitions visant des papiers doivent être opérées avec les plus grands égards. Les papiers ne sont par ailleurs examinés que s'ils contiennent apparemment des écrits importants pour l'enquête (art. 50, al. 1, DPA). La perquisition doit être opérée de manière à sauvegarder les secrets de fonction et d'affaires (art. 50, al. 2, DPA).

Concernant les mesures d'enquête appliquées par les autorités en matière de concurrence pour les procédures relevant de la LCart, l'art. 42 LCart prévoit des règles respectant parfaitement les principes d'un Etat de droit.

2 Partie spéciale

2.1 Lacunes normatives

Les dispositions de l'accord sur le transport aérien sont directement applicables. En vertu de l'art. 11, al. 1, la Commission européenne peut donc appliquer en Suisse les mesures d'enquête prévues à l'art. 14 du règlement 17/62 et à l'art. 11 du règlement 3975/87. La Commission avise, en temps utile avant la vérification, l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée de la mission de vérification et de l'identité des agents mandatés. Il n'est en revanche pas nécessaire qu'une autorité suisse autorise à chaque fois la Commission à procéder aux enquêtes. La Suisse est seulement tenue d'exécuter les mesures d'enquête pour la Commission si celle-ci en fait la demande au titre de l'art. 14, al. 6, du règlement 17/62 et de l'art. 11 du règlement 3975/87.

Sur la foi de ces dispositions, la Suisse est tenue d'apporter son soutien à la Commission européenne afin que celle-ci puisse procéder à la vérification si une entreprise refuse de coopérer. Il incombe à la Suisse de désigner l'autorité compétente pour un tel soutien et de déterminer la procédure selon laquelle les mesures coercitives seront fixées.

2.2 Commentaire de l'art. 42a

La LCart doit être complété par un art. 42a.

Premièrement, la Commission de la concurrence (ComCo) est désignée par l'accord comme étant l'«autorité compétente» (cf. ch. 1.2) au sens de l'art. 14 du règlement 17/62 et de l'art. 11 du règlement 3975/87.

Deuxièmement, dans l'éventualité où une entreprise s'opposerait à ce que la Commission européenne effectue les contrôles prévus à l'art. 11, al. 1, de l'accord, il faudra recourir à des mesures de contrainte. La Commission devra en cela recevoir le soutien de la ComCo. En pratique, la coopération entre ces instances sera la

suivante: sur demande de la Commission, les mesures d'enquête prévues à l'art. 42 LCart pourront être mises en œuvre.

La référence à l'art. 42 LCart établit en particulier que les perquisitions et les saisies de pièces à conviction procédant d'une décision de vérification de la Commission doivent être ordonnées par un membre de la présidence de la ComCo. Même si la décision de vérification devra établir de manière satisfaisante l'existence d'une infraction aux art. 8 et 9 de l'accord sur le transport aérien, il ne s'agira pas, pour l'application des mesures de contrainte, d'évaluer les faits sous l'angle du droit de la concurrence, mais plutôt de savoir si la requête de la Commission remplit les exigences formelles et d'établir si la mesure d'enquête requise n'est pas arbitraire ou disproportionnée.

Ces exigences formelles et l'objet de la vérification – légitimation suffisante pour la requête, spécification du lieu et de la personne soumis à l'enquête, par exemple – devront être fixés par voie d'ordonnance.

Il est néanmoins justifié de régler la question du système des voies de droit à l'échelon de la loi, notamment eu égard à la prescription de mesures de contrainte dans le cas où l'entreprise en question refuserait de coopérer. En somme, il doit y avoir une voie de droit ouverte contre une mesure d'enquête ordonnée par la ComCo à la demande de la Commission. Le droit communautaire prévoit des voies de droit portant sur la recevabilité, du point de vue du droit de la concurrence, de la prescription de mesures d'enquête par la Commission. Ainsi, même une entreprise domiciliée en Suisse devant faire l'objet d'une mesure d'enquête peut emprunter la voie de droit offerte par le droit communautaire. On pourrait donc argumenter qu'il n'est pas nécessaire que le droit suisse prévoit une voie de droit pour recourir contre une décision de la ComCo. Afin de garantir la conformité avec la Constitution et la CEDH et compte tenu de considérations relevant de la souveraineté, il serait néanmoins préférable de renvoyer à l'art. 44 LCart et d'autoriser expressément le recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence en cas de désaccord concernant le bien-fondé des décisions en question.

3 Conséquences pour les finances et le personnel

Les questions à régler en rapport avec l'exécution des dispositions ayant trait au droit de la concurrence dans l'accord sur le transport aérien ne devraient engendrer de conséquences notables ni sur les effectifs ni sur les finances des autorités suisses.

4 Programme de la législature

Le projet de révision de la LCart a été annoncé dans le rapport sur le programme de la législature 1999–2003 (FF 2000 2183; objet des grandes lignes R11). La modification requise par le présent message tenant à l'application des accords bilatéraux, elle n'a pas été annoncée.

Pouvoirs de la Commission en matière de vérification

Le droit communautaire décrit les pouvoirs de la Commission en matière de vérification de la manière suivante (cf. art. 14 du règlement 17/62 et art. 11 du règlement 3975/87):

- (1) Dans l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par ce règlement, la Commission peut procéder à toutes les vérifications nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises. A cet effet, les agents mandatés par la Commission sont investis des pouvoirs ci-après:
 - contrôler les livres et autres documents professionnels;
 - prendre copie ou extrait des livres et documents professionnels;
 - demander sur place des explications orales;
 - accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises ou associations d'entreprises.
- (2) Les agents mandatés par la Commission pour ces vérifications exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique l'objet et le but de la vérification, ainsi que la sanction prévue à l'art. 15, par. 1, al. c) du règlement au cas où les livres ou autres documents professionnels requis seraient présentés de façon incomplète. La Commission avise, en temps utile avant la vérification, l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée de la mission de vérification et de l'identité des agents mandatés.
- (3) Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux vérifications que la Commission a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de la vérification, fixe la date à laquelle elle commence, et indique les sanctions prévues à l'art. 15, par. 1, al. c) (amendes) et à l'art. 16, par. 1, al. d) (astreintes) ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision.
- (4) La Commission prend les décisions visées au par. 3 après avoir entendu l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée.
- (5) Les agents de l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel la vérification doit être effectuée peuvent, sur la demande de cette autorité ou sur celle de la Commission, prêter assistance aux agents de la Commission dans l'accomplissement de leurs tâches.
- (6) Lorsqu'une entreprise s'oppose à une vérification ordonnée en vertu du présent article, l'Etat membre intéressé prête aux agents mandatés par la Commission l'assistance nécessaire pour leur permettre d'exécuter leur mission de vérification. A cette fin, les Etats membres prennent, avant le 31 juillet 1989 et après consultation de la Commission, les mesures nécessaires.