

Les actions collectives en droit de la concurrence:

Epine dans le pied ou piquêre vitaminée pour une autorité de la concurrence?



Olivier Schaller, vice-directeur du Secrétariat de la COMCO

XII^{ème} Atelier de la concurrence – 9 octobre 2012



Plan

Introduction

I. Éléments de base

II. Possibilités et limites

III. Situation en Suisse

Conclusion



Cartel d'asphaltage au Tessin



DPC 2008/1 50



Cartel d'asphaltage au Tessin (1)

- **Volet administratif**

- Décision de la COMCO du 19 novembre 2007
- Pas de sanction car arrêt du comportement avant l'entrée en vigueur des sanctions directes

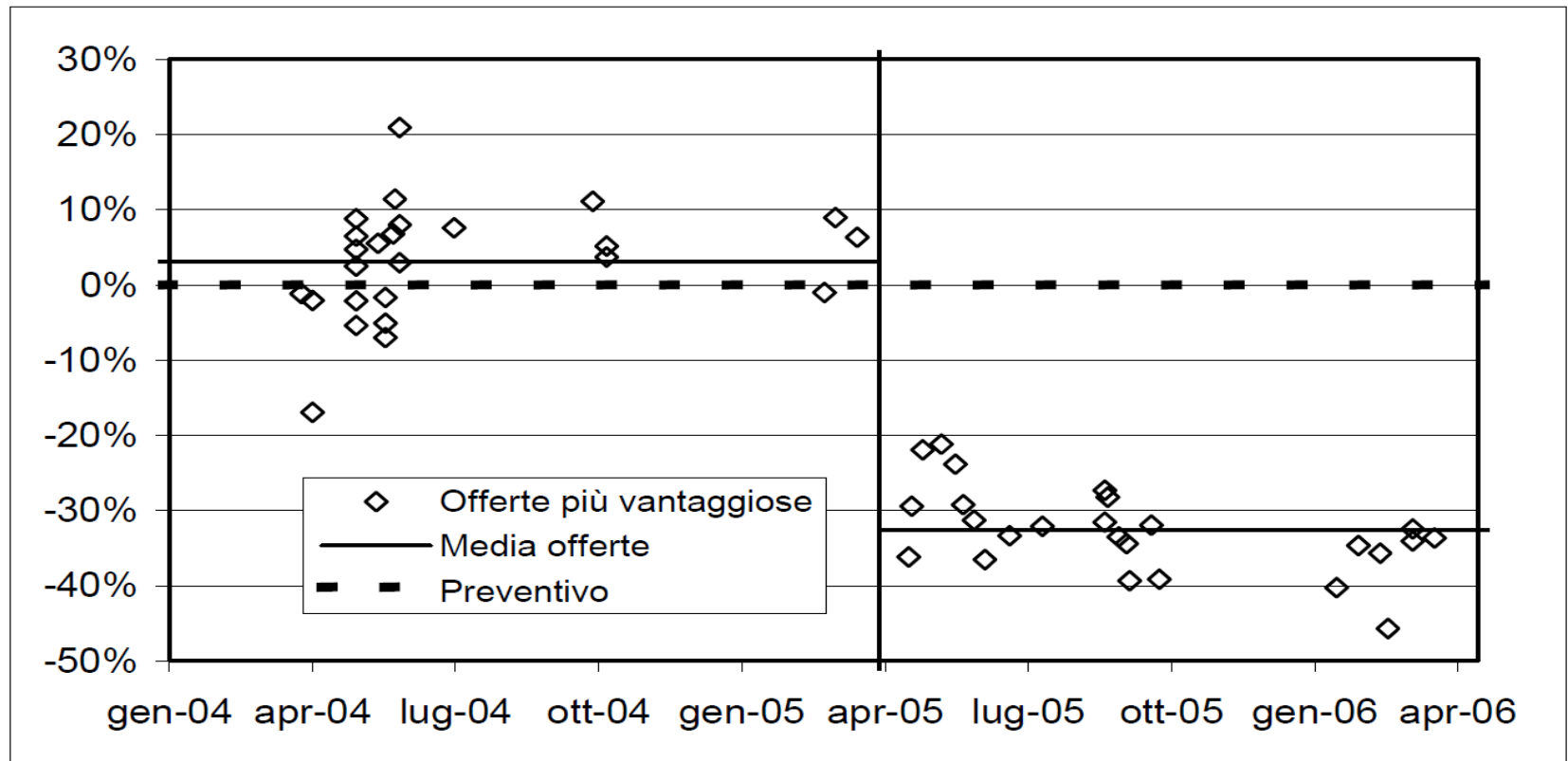
- **Volet civil**

- Action des pouvoirs publics contre les 17 entreprises parties au cartel
- **Settlement:**
 - Canton: CHF 4,35 millions.--
 - Ville de Lugano: CHF 550'000.--



Cartel d'asphaltage au Tessin (2)

Fig. 3: Confronto tra i prezzi delle offerte e il preventivo



Fonte: rilevamenti della Segreteria sulla base di N = 225 commesse



Décision «IFPI»





IFPI

Problématique

- Dénonciation en 2011
- Accord horizontal entre les membres de l'IFPI Suisse
- Clause de restriction des importations parallèles de supports physiques audio et vidéo

Décision du 16 juillet 2012

- *le fond*
 - marché = distribution de CD et DVD en Suisse
 - clause de restriction des importations parallèles
- *sanction*
 - accord amiable
 - amende: IFPI → **CHF 3.5 Mio**
 - amende: Phononet AG → **CHF 20'000.-**



Décision «Altimum SA»





Altimum SA

- **Problématique**
 - Dénonciation en 2010
 - Altimum SA, importateur général de la marque Petzl, impose de prix fixes aux revendeurs
 - Système de sanction en cas de non respect
- **Décision du 20 août 2012**
 - marché = articles de sport de montagne en Suisse (segments spécifiques: p. ex. cordes, casques, etc.)
 - imposition de prix fixes aux revendeurs
 - amende → **CHF 470'000.--**



Décision «BMW»





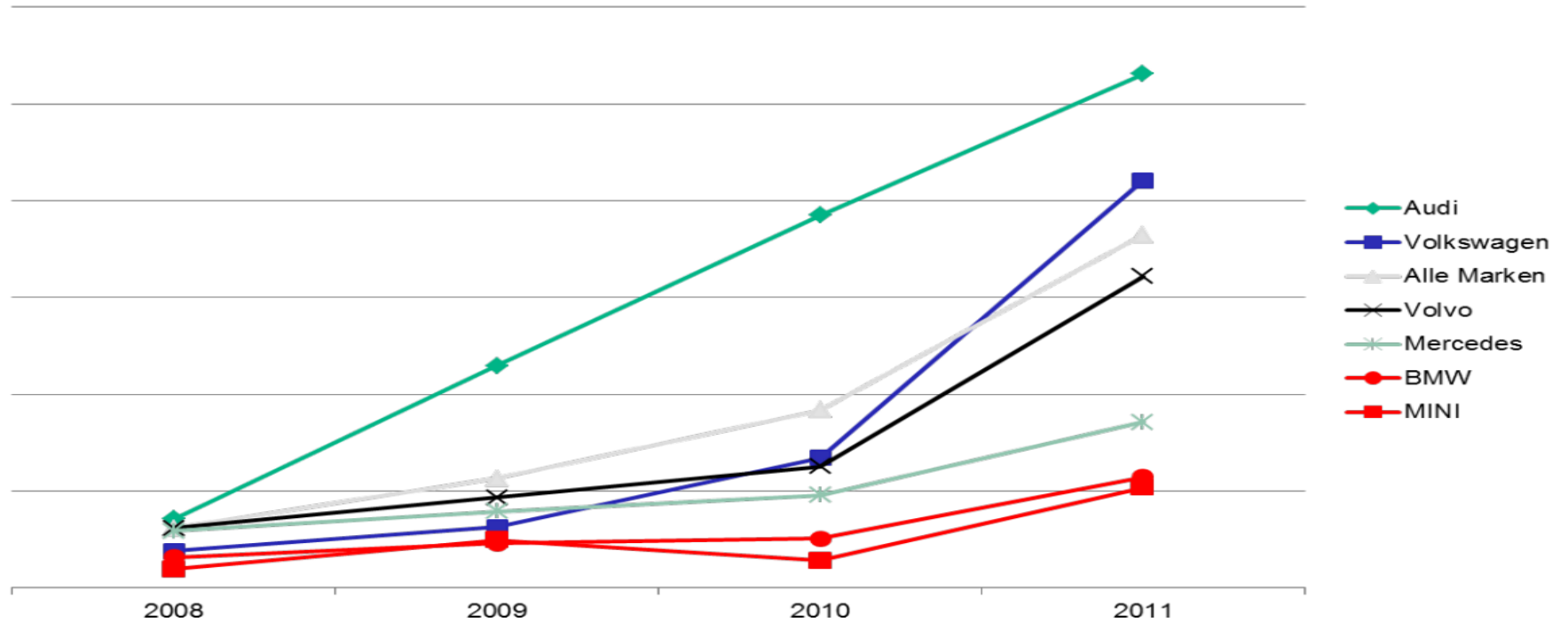
BMW (1)

- **Problématique**
 - dénonciations - émission SF-DRS à la fin 2010
 - restriction des importations parallèles = interdiction pour les concessionnaires européens de vendre des voitures neuves hors de l'EEE (BMW et Mini)
- **Décision du 7 mai 2012**
 - marché = voitures neuves en Suisse (sous-segments: p. ex. voiture de luxe)
 - restrictions aux importations parallèles
 - amende → **CHF 156 Mio**



BMW (2)

Anteil Direktimporte an Gesamtverkäufen, bzw. Gesamtimmatrikulationen



Direktimporte 2011: >20'000 Neuwagen

Quelle: AutoSchweiz



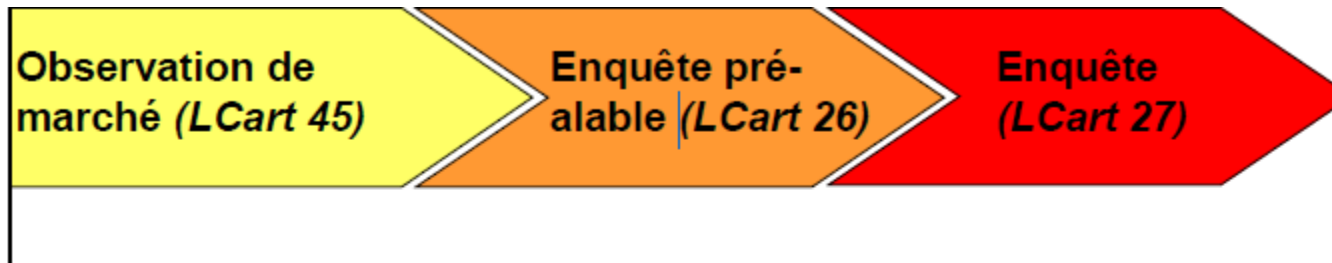
Introduction

- **3 piliers de la loi sur les cartels:**
 - accords illicites (cartels)
 - abus de position dominante
 - concentrations d'entreprises
- **Moyens de détection des autorités administratives**
 - moyens ordinaires:
 - *questionnaires*
 - *auditions*
 - moyens spéciaux:
 - *programme de clémence*
 - *perquisitions*



I. Éléments de base (1)

Restriction de la concurrence ?



Ouverture de la procédure (art. 5 et 7 LCart):

- d'office
- à la demande des entreprises
- sur dénonciation de tiers
- sur dénonciation d'un membre du cartel (programme de clémence)



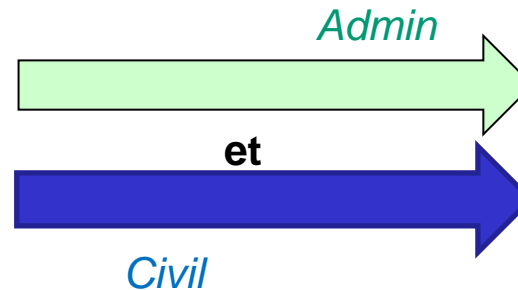
I. Éléments de base (2)

- **Actions civiles**
 - Action en suppression et cessation de l'entrave
 - Action en responsabilité civile
 - Action en remise de gain
- **Moyens**
 - Nullité du contrat / Obligation de contracter
 - 41ss CO
 - 423 CO

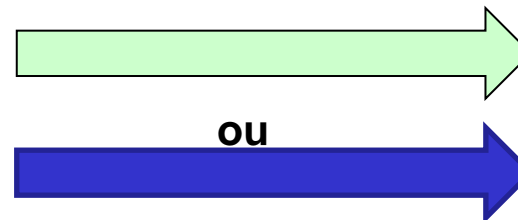


I. Éléments de base (3)

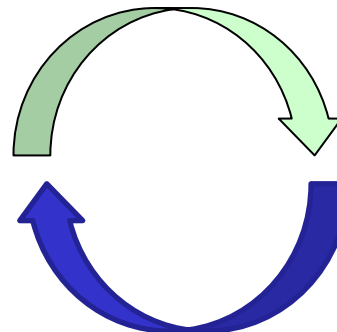
- „actions simultanées“



- „actions séparées“



- „follow on actions“





II. Possibilités et limites (1)

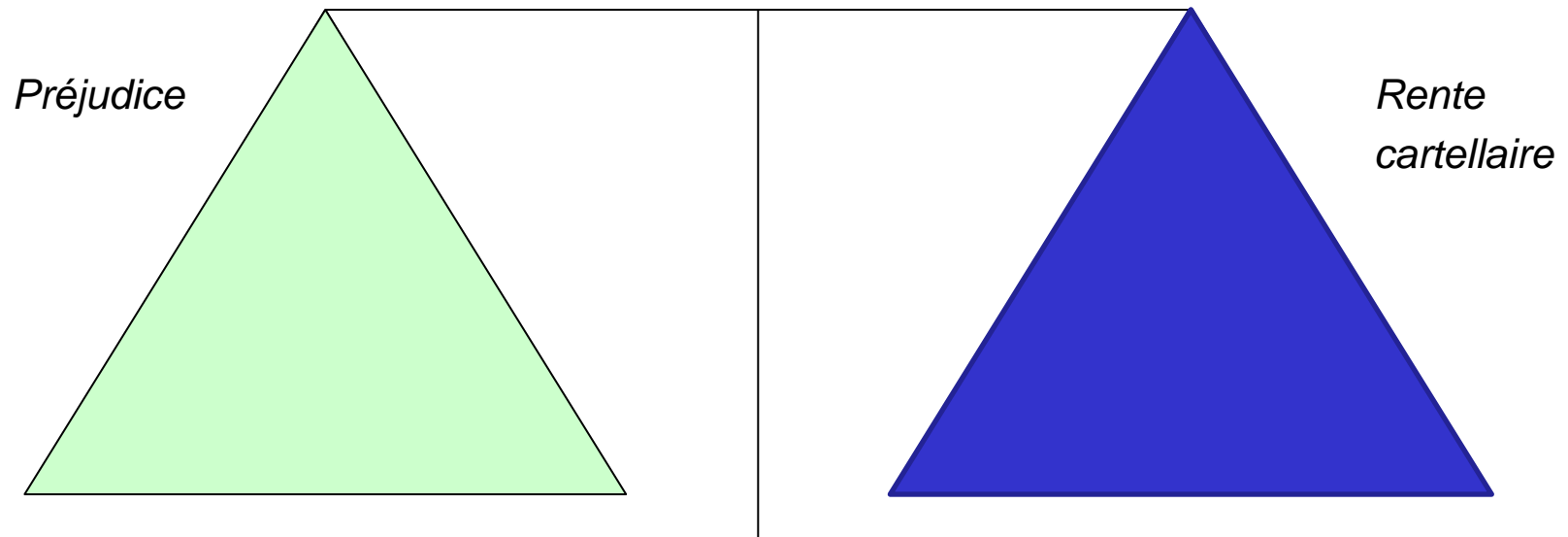
Bilan du „private enforcement“ cartellaire

- **Peu de succès pour la voie civile cartellaire en Suisse**
- **Raisons principales:**
 - Pas de légitimité active du consommateur
 - Difficulté de preuve (*p.ex.: calcul du préjudice*)
 - Volonté de développer la voie administrative (*programme de clémence*)
 - Autres: avance de frais, moins de publicité



II. Possibilités et limites (2)

Le système





II. Possibilités et limites ⁽³⁾

Les avantages et les inconvénients

- Meilleur accès à la justice pour les victimes de restrictions à la concurrence
- Possibilité de demander réparation sur le plan civil favorisée

Mais

- Cercle des demandeurs très restreint
- Difficulté de calcul du préjudice
- Quasi nécessité d'une décision administrative antérieure
- Risques de représailles



III. Situation en Suisse

Points de friction

- A. La participation de tiers aux enquêtes
- B. Le programme de clémence
- C. Les accords amiables
- D. L'impact de la sanction
- E. Les enquêtes préalables

Ebauche de solutions

- F. Le développement législatif en CH



III.A. La participation à la procédure

- **Les associations professionnelles ou économiques**
 - ✓ Autorisées par leurs statuts à défendre les intérêts économiques de leurs membres
 - ✓ Au moins un membre de l'association est touché par la procédure

Ex: SIA, economiesuisse
- **Les organisations de protection des consommateurs**
 - ✓ Ne peuvent agir que de façon abstraite (= protection des consommateurs en général)
 - ✓ Importance au moins régionale

Ex: Fédération romande des consommateurs
- **Les tiers touchés par la procédure**



III.B. Le programme de clémence

- **Principe:**

- L'entreprise qui s'auto-dénonce peut être exemptée de toute sanction si:
 - *ses informations permettent l'ouverture d'une enquête ou*
 - *elle apporte des preuves de l'existence d'une restriction*
- **Course au bonus:**
 - *100% → 1ère*
 - *50% → 2ème, etc...*
 - *80% → en cas de production de preuves d'autres restrictions*

- **Problèmes en cas de *class action*:**

- Circulation des données entre autorités / Accès au dossier (p.ex. cartels de soumission AG)
- Diminution de l'attrait du programme de clémence?



III.C. Les accords amiables

- **Principe:**
 - Procédure plus rapide
 - Arrêt du comportement illicite et engagement pour l'avenir
 - Proposition d'une fourchette de sanction

- **Problèmes:**
 - Motivation réduite de la décision
 - Réserve de l'analyse juridique



III.D. L'impact de l'amende administrative

- **Les critères pour le calcul:**
 - Durée
 - Gravité
 - Profit (= *rente cartellaire*)
- **Le calcul standard:**
 - 10% du chiffre d'affaires des 3 derniers exercices
 - + circonstances aggravantes
 - - circonstances atténuantes
- **Les cas particuliers**
 - Sanction symbolique
 - Calcul en proportionnalité



III.E. Le cas de l'enquête préalable

- Enquête préalable = instrument de triage
- Une entité (*collective*) peut **en tout temps dénoncer** un comportement qu'elle juge contraire au droit des cartels
- **Problèmes :**
 - Aucun droit à l'ouverture d'une procédure d'enquête préalable/d'enquête
 - Aucun droit de consulter le dossier
 - Pas de qualité de partie



III.F. Le développement législatif en CH

Projet de révision de la LCart / Avis de droit «Heinemann»

- **Art. 5 P-LCart :**
 - Interdiction „per se“ de cartels durs
 - **Conséquences:**
 - Allègement du fardeau de la preuve dans le cadre d'actions civiles subséquentes ?
 - Facilité d'accession à certaines conditions matérielles (faute) ?
- **Octroi de la qualité pour agir aux consommateurs**
- **Réduction/remboursement partiel de l'amende administrative en cas de prestations fournies au lésé à l'issue de la procédure civile**
- **Suspension du délai de prescription**



Conclusion

Les class actions sont...

Une épine dans le pied si elles :

- remettent en question le programme de clémence
- ralentissent la procédure administrative

Une piqûre vitaminée si elles :

- préviennent les violations du droit des cartels
- permettent de détecter des entraves à la concurrence
- développent les *plaintifs lawyers*