

Union européenne - Suisse

Accord de coopération en matière
d'application de leurs droits de la concurrence

Conférence de Christophe Rapin, avocat aux barreaux de Genève et de Bruxelles, Président de l'association suisse de droit de la concurrence.



⤴ M. D. Beck et l'orateur M. Ch. Rapin
Mmes D. Lebel et A. Patsa avec M. J-F. Guillaudeau
MM. L. Noguera et C. de Meeus

Ce 1er octobre, au Cercle de Lorraine, **Christophe Rapin** a présenté le récent accord, en cours de ratification, entre la Suisse et l'Union européenne, sur la coopération en matière d'application de leurs droits respectifs de la concurrence.

Cet accord, qui s'inscrit dans la logique des accords bilatéraux, est d'abord un acte politique fort qui montre que la poursuite de la voie bilatérale est possible; dans cette optique, cet accord est sans doute perçu comme plus important que sa véritable portée.

En Suisse, le droit de la concurrence repose essentiellement sur la loi sur les cartels de 1995, qui ne sanctionnait que la récidive, et qui a été revue en 2004, pour pouvoir sanctionner la première infraction.

Initié lors de discussions avec la Commissaire européenne Nelly Croes, négocié par la Conseillère fédérale Doris Leuthard, dont le mandat de négociation a été approuvé par le Conseil fédéral en août 2010, cet accord a été signé en 2013. Actuellement, il a été ratifié par la Chambre basse, mais doit encore recevoir l'aval de la Chambre haute et du Parlement européen.

Il établit une collaboration plus formelle entre la Commission suisse de la Concurrence (COMCO) et les Autorités européennes, dans le domaine de suspicion de cartels, d'entraves à la concurrence, d'abus de position dominante et de concentration.

L'intérêt de l'accord est de permettre à la Suisse d'apporter une plus grande contribution à la lutte contre les cartels internationaux, notamment dans le cas de pratiques anticoncurrentielles transfrontalières. Précédemment, l'accès suisse à des preuves était généralement difficile hors du territoire national.

C'est un accord de la 2^e génération, car il permet d'échanger, sous certaines conditions, des informations confidentielles recueillies au cours des enquêtes respectives.

L'accent est mis sur la communication, sur les règles de transfert de l'information sur les matières concernées, mais l'accord ne modifie aucunement les législations suisse et européenne - par ailleurs fort semblables - en matière de concurrence. Il n'y a de plus ni notification croisée, ni autorité juridictionnelle.

Les autorités helvétiques et européennes se tiennent au courant de ce qui se fait via des règles de courtoisie positives (faire ce que l'autre partie demande de faire) et négatives (s'abstenir de faire ce qui nuirait à l'autre partie). En cas de perquisition, par exemple, il s'agit de se coordonner pour éviter la destruction de documents en cas de perquisitions différées.

Les cas d'échanges d'informations sont au nombre de cinq :

- au premier degré : l'échange oral d'information générale et non confidentielle,
- au deuxième degré : l'échange de documents et de preuves avec l'accord exprès de la partie concernée,
- au troisième degré : l'échange de documents et de preuves sans l'accord de la partie concernée, qui doit se faire à la demande formelle de l'autre partie et où il importe de déterminer les limites d'utilisation de l'information,
- au quatrième degré : l'échange d'informations et de documents sujets à une protection spéciale, où le consentement exprès est requis, comme c'est le cas lorsqu'on "se met à nu" pour négocier une procédure de clémence et obtenir un accord à l'amiable,
- au cinquième degré (la ligne rouge à ne pas franchir) : le refus de transfert de documents qu'une autorité ne peut pas utiliser elle-même en conséquence de droits ou protections juridiques.

La question qui se pose est de savoir ce que deviennent les informations échangées. Il convient de respecter le principe de la spécialité et de s'en tenir au cadre fixé. Particulièrement, dans le cas du 3^e degré, lorsqu'il n'y a pas de consentement de la partie concernée.

Cet accord, dans la logique des bilatérales helvético-européennes, n'est pas dénué de risques pour les entreprises suisses, comme le souligne Chr. Rapin, relayé par *economiesuisse* : *qu'advient-il des informations confidentielles communiquées, sans l'accord de la partie concernée, aux autorités européennes ? Quel sera l'usage que pourrait en faire certains Etats membres, dont les législations et restrictions ne sont pas les mêmes ?*

La confidentialité des informations doit être de rigueur et elles ne peuvent être communiquées à une tierce partie, l'accord consacrant le principe de l'affectation à un usage déterminé. Seule l'autorité qui reçoit les informations peut les utiliser, et uniquement pour l'application de son propre droit de la concurrence. Mais dans le cadre d'une enquête au niveau de l'Union européenne, quelle garantie peut-on attendre ?

C'est assurément une des faiblesses de l'accord, au cas où un Etat membre ne jouerait pas le jeu.

La conclusion de l'orateur : cet accord s'inscrit dans la tendance actuelle vers toujours plus de transparence, tendance qu'il est illusoire de vouloir réfuter.

D'un point de vue purement juridique, il n'est pas dénué de risques et il n'y a pas de logique de défense, puisqu'on se situe au niveau administratif et non juridictionnel et que l'accord ne prévoit aucun dispositif d'appel contre une décision autorisant l'échange d'information sans accord de la partie concernée.



MM. J. Russotto et Ph. Kenel
MM. Fr. Baur et R. Krimm
MM. P. Lago et D. de Pierpont