



Procédure de consultation
FER No 08-2022

Personnes responsables:
Mme D. Dordea

Date de réponse:
11.03.2022

Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart)

Celle-ci porte principalement sur la mise en œuvre de la motion 18.4282 Français (art. 5 al. 1bis LCart) ainsi que sur le contrôle des concentrations d'entreprises, étant précisé que nous n'avons pas de remarques particulières sur les modifications visant l'amélioration du droit civil des cartels et de la procédure d'opposition.

Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

La motion Français demande de clarifier l'art. 5 LCart afin de garantir la prise en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord. Son dépôt vise une correction des conséquences négatives de l'arrêt Gaba ainsi que l'accroissement de la sécurité juridique pour les entreprises. Naturellement, notre fédération soutient la mise en œuvre de cette motion qui lui apparaît absolument nécessaire.

Toutefois, le projet de révision doit être revu pour deux motifs.

En premier lieu, il n'est pas clairement mentionné que les deux critères – qualitatifs et quantitatifs – doivent être évalués de manière équivalente.

L'art. 5 al. 1bis LCart vise à prendre en compte des critères quantitatifs pour juger de l'impact des accords verticaux ou horizontaux durs en matière de concurrence. Le texte proposé nous semble toutefois laisser une trop grande marge de manœuvre quant à la prise en considération des critères quantitatifs par rapports aux critères qualitatifs, les premiers ne pouvant se voir attribuer qu'un rôle secondaire par rapport aux deuxièmes. La motion Français vise justement à corriger les effets négatifs de l'arrêt Gaba avec l'introduction de l'exigence d'un examen équilibré des deux critères. Ceci doit donc être clairement formulé dans le texte de loi.

Nous proposons, en conséquence, que l'article 5 al. 1 bis LCart soit amendé comme suit :
«L'appréciation du caractère notable de l'atteinte doit toujours tenir compte de critères qualitatifs et quantitatifs en faisant l'objet d'un examen équilibré des deux critères.»

En deuxième lieu, le rapport explicatif relatif à l'art. 5 al. 1 bis LCart doit être revu rapidement en vue du message qui suivra, car les explications fournies sont en grande partie erronées.

Le rapport explicatif laisse entendre qu'une éventuelle modification de la LCart dans le sens de la motion Français aurait des conséquences négatives tant pour la lutte contre les cartels que pour l'économie dans son ensemble. La Commission de la concurrence (COMCO) ne

serait alors plus en mesure de lutter efficacement contre les accords cartellaires.

La motion 18.4282 demande en réalité le retour à une pratique qui a fait ses preuves. L'évaluation de l'illicéité d'un accord en tenant compte de critères à la fois qualitatifs et quantitatifs était la norme entre 1996 et 2016, jusqu'à l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Gaba. Ceci ressort d'ailleurs clairement des versions de la Communication de la COMCO antérieures à 2016 sur les accords verticaux.

Entre 1996 et 2016, les autorités de la concurrence ont réussi à combattre de nombreux accords illicites et ont communiqué à ce sujet.

A noter également que l'arrêt du Tribunal Fédéral dans l'affaire Gaba concerne uniquement les accords verticaux et ne justifie aucunement un changement de pratique pour l'appréciation des accords horizontaux. De ce fait, après la révision de la LCart avec la mise en œuvre de la motion Français, il sera urgent de revoir les communications et les directives de la COMCO.

De plus, contrairement à ce qui est indiqué dans le rapport explicatif, l'arrêt Gaba conduit de facto à un renversement du fardeau de la preuve. L'existence d'un accord cartellaire doit être prouvée par la COMCO. Avec la suppression de l'examen complet du caractère notable au cas par cas, il ne reste plus qu'à vérifier si un accord est justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). Dans ce cadre, les autorités de la concurrence disposent d'une grande marge d'appréciation qui ne peut guère être contrôlée par les tribunaux. La suppression de l'examen du caractère notable au cas par cas entraîne donc un renversement de la charge de la preuve au détriment des entreprises concernées, celles-ci devant fournir la preuve des motifs d'efficacité économique.

Enfin, s'agissant du traitement des consortiums sous l'angle de la LCart, la COMCO a toujours indiqué qu'elle considérerait les consortiums comme «typiquement admissibles du point de vue du droit des cartels».

A la lecture du rapport explicatif, l'arrêt Gaba n'entraînerait aucun durcissement de l'évaluation des consortiums ni sous l'angle juridique théorique ni dans la pratique effective des autorités de la concurrence. Ce serait plutôt la mise en œuvre de la motion 18.4282 qui entraînerait une plus grande insécurité juridique ainsi qu'un surcroît de travail pour les autorités de la concurrence et les tribunaux avec un allongement des procédures.

Ces affirmations sont inexactes. Comme le traitement des consortiums en droit des cartels n'a été clarifié ni dans la loi ni par un arrêt du Tribunal fédéral, il existe actuellement une insécurité juridique en la matière, les assurances données par le secrétariat de la COMCO n'ayant pas de portée juridique.

Si le seuil de notabilité était réintroduit par la mise en œuvre de la motion Français, les petites entreprises bénéficieraient d'une protection supplémentaire contre des sanctions inattendues. En outre, cela réduirait la charge de travail des autorités, car le seuil de notabilité permet d'exclure les cas de «bagatelle» sans devoir procéder à des examens plus complexes des faits.

En effet, la suppression de l'examen de la notabilité de l'atteinte a augmenté la charge de travail des autorités de la concurrence, notamment dans le cas d'accords verticaux en principe admissibles. La constatation d'un pouvoir de marché implique obligatoirement des analyses quantitatives, ce qui constitue précisément l'objectif principal de la motion dont notre fédération soutient naturellement la mise en œuvre qui ne doit pas être freinée par des affirmations erronées dans le rapport explicatif.

Contrôle des concentrations d'entreprises

Notre fédération ne s'oppose pas au remplacement du test de dominance qualifiée prévu par la LCart par le test «*Significant Impediment to Effective Competition*» (SIEC) appliqué entre autres dans l'Union Européenne (UE). Il est en effet souhaitable d'opérer un rapprochement avec le test appliqué dans l'UE pour faciliter également la coopération dans le cadre d'une économie plus numérisée et donc sans frontières.

A noter toutefois que la digitalisation de l'économie est une nouvelle réalité qui soulève de nombreuses interrogations tant du point de vue du comportement des acteurs de celle-ci que du côté des autorités de la concurrence. La réglementation en la matière est croissante, notamment en Europe où plusieurs décisions sont attendues et de nombreux projets législatifs sont en cours. En Suisse, il existe le projet de régulation sectorielle avec la «lex Booking». Le développement législatif actuel est important et il faut veiller à ne pas arriver à une situation de surréglementation. A notre sens, une réflexion plus large devra être menée sur ce vaste chantier afin d'améliorer la prévisibilité pour les entreprises ainsi que la sécurité juridique.

En conclusion, notre fédération ne s'oppose pas au projet de révision partielle de la LCart, moyennant les modifications demandées tant au niveau de l'art. 5 al. 1 bis LCart que du rapport explicatif.