



CH-3003 Berne, COMCO

## **Courrier A**

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO  
Direction de la politique économique  
Consultation LCart  
Holzikofenweg 36  
3003 Bern

Par courriel à: [wp-sekretariat@seco.admin.ch](mailto:wp-sekretariat@seco.admin.ch)

Votre référence:

Notre référence: 011-00002/gra/bij/zib

Ligne directe: 058 463 24 27

Berne, 23 février 2022

## **011-00002: Révision partielle de la Loi sur les cartels (LCart): Ouverture de la procédure de consultation – prise de position de la Commission de la concurrence**

Mesdames, Messieurs,

Nous vous remercions de nous prendre en compte dans la procédure de consultation et prenons volontiers position à propos des documents relatifs à la consultation conformément à l'art. 46 al. 2 LCart.

Les adaptations proposées de la Loi sur les cartels (LCart) contiennent différents changements qui influenceront de manière importante le travail de la Commission de la concurrence (COMCO) ainsi que la mise en œuvre du droit de la concurrence. Hormis quelques amendements peu nombreux, mais lourds de conséquence exposés plus bas (II.1. et II.2), les propositions de modification du Conseil fédéral doivent être vivement saluées du point de vue de la COMCO.

### **I. Adaptations pertinentes**

#### **I.1. Modernisation de l'examen des concentrations d'entreprises**

Le test de dominance qualifiée actuellement utilisé en Suisse dans l'examen des concentrations d'entreprises est très permissif et ne permet pas aux autorités de la concurrence d'intervenir lorsqu'un projet de concentration d'entreprises a des effets réduisant la prospérité, aussi longtemps que ce dernier ne conduit pas à la création ou au renforcement d'une position dominante sur le marché, par laquelle la concurrence efficace peut être supprimée. Ceci conduit à des marchés fortement concentrés, typiquement caractérisés par une concurrence faible et par des prix élevés. Le test de dominance qualifiée actuellement en vigueur n'est ainsi pratiquement plus adapté à notre époque. Dans les pays occidentaux industrialisés – y compris l'UE et les Etats-Unis – on emploie majoritairement le test SIEC qui tient mieux compte de la réalité économique. Le test SIEC permet aux autorités de la concurrence d'interdire ou de

n'autoriser une concentration d'entreprises qu'avec des charges ou des conditions également lorsque la transaction ne conduit pas à la création d'une position dominante d'une entreprise sur le marché mais qu'elle entrave la concurrence de manière importante ou l'affaiblit. De plus, contrairement à l'examen des concentrations d'entreprises actuellement en vigueur, le test SIEC proposé permet de prendre en compte des motifs d'efficacité économique. En pratique, de tels motifs d'efficacité économique sont régulièrement invoqués par les entreprises; leur prise en compte n'est cependant à peine prévue dans l'examen en vigueur des concentrations d'entreprises. Enfin, il faut saluer la volonté de rapprocher l'examen des concentrations d'entreprises suisse autant que possible à celui de l'UE, et ce non seulement pour les autorités, mais aussi pour les entreprises concernées ; de cette manière, des synergies et des expériences peuvent être partagées.

Les possibilités nouvellement prévues pour les projets de concentration d'entreprises dont les marchés sont au moins au niveau de l'EEE d'être dispensés de l'obligation d'annoncer ainsi que la prolongation des délais lors de concentrations internationales d'entreprises à des fins d'harmonisation avec les délais des autorités de concurrence européennes réduiront, dans de tels cas, la charge administrative des entreprises ainsi que des autorités.

Par conséquent, nous sommes favorables à la modernisation proposée de l'examen des concentrations d'entreprises.

## **I.2. Amélioration de la procédure d'opposition**

Nous saluons la solution proposée dans les documents relatifs à la consultation visant à améliorer la procédure d'opposition, qui prévoit une réduction du délai d'opposition de cinq à deux mois à compter de la réception de la notification et que seule l'ouverture d'une enquête formelle selon l'art. 27 LCart conduit à un risque de sanction. Cela augmente l'attractivité de la procédure d'opposition pour les entreprises et réduit le risque de voir sanctionner des comportements qui ne sauraient a priori être qualifiés d'autorisés ou de prohibés.

## **I.3. Renforcement du droit civil des cartels**

Nous saluons les modifications législatives visant à renforcer le droit civil des cartels telles que proposées dans les documents relatifs à la consultation. Nous attirons toutefois l'attention sur le fait que, malgré les améliorations, d'importants obstacles non abordés dans le projet de révision, notamment le risque de coût de procédure élevé ainsi que l'absence d'accès aux moyens de preuve de la partie adverse, persisteront pour les personnes concernées.

## **I.4. Autres points**

Les nombreux autres points abordés dans le projet de révision de la loi paraissent positifs du point de vue de la COMCO car ils augmenteront la sécurité juridique et raccourciront et simplifieront les procédures.

# **II. Adaptations à rejeter**

## **II.1. Mise en œuvre de la Motion Fournier**

A l'image du Conseil fédéral, la COMCO rejette l'introduction de délais d'ordre dans des procédures en matière de cartels revendiquées par la Motion Fournier (art. 44a AP-LCart; Rapport, p. 13 s.): le besoin des entreprises de bénéficier de procédures efficaces en matière de droit de la concurrence et de disposer rapidement de précédents clairs de la part des autorités de la concurrence et des tribunaux est compréhensible et justifié. La COMCO a elle aussi un grand intérêt à ce que les procédures en matière de cartels se déroulent simplement et rapidement ainsi qu'à ce que les jugements de principe des tribunaux soient accessibles au plus vite par elle ainsi que par les acteurs du marché. La COMCO et son Secrétariat fixent leurs

priorités et planifient l'utilisation de leurs ressources en conséquence. Au cours des dernières années, ils ont aussi contrôlé et optimisé leurs processus internes afin de clore plus rapidement les procédures menées. Toutefois, les procédures en matière de droit des cartels ne peuvent pas être raccourcies à bien plaisir pour maintes raisons: elles se révèlent régulièrement être très complexes, l'état de fait doit être établi de manière minutieuse et précise, les droits des parties doivent être pleinement respectés, sachant que les ressources des autorités et des tribunaux sont limitées. Les violations de la loi sur les cartels sont sanctionnées par des amendes considérables ; pour cette raison, c'est à juste titre que les droits des parties et de la défense (droit d'être entendu, etc.) sont garantis de manière extensive. Dans un Etat de droit, la COMCO est d'avis qu'il ne faut pas faire de compromis. Les règles actuelles offrent la flexibilité nécessaire pour relever convenablement les défis de la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'imposition de délais aux autorités et aux tribunaux mettrait notamment en péril la qualité des enquêtes et des décisions , c'est pourquoi elle doit être rejetée. Cela vaut non seulement pour les délais d'ordre proposés, mais également et d'autant plus (Rapport, p. 13 s.) pour d'éventuels délais fixes. Par conséquent, nous concluons au rejet de l'introduction de délais dans les procédures cartellaires.

A l'instar du Conseil fédéral, la COMCO rejette également l'introduction de dépens revendiquée par la Motion Fournier (art. 53b AP-LCart; Rapport, p. 14): le droit fédéral ne prévoit de manière générale pas de dépens dans la procédure de première instance. C'est seulement à l'occasion des procédures de recours devant les tribunaux que de telles prétentions peuvent être invoquées. Pour la COMCO, il n'y a pas de raisons fondées de déroger à ce principe uniquement dans le droit de la concurrence et d'édicter des règles spéciales. Pour cette raison, nous concluons au rejet des dépens pour les procédures cartellaires.

## II.2. Mise en œuvre de la Motion Français

La Motion Français veut que la notion du caractère notable de l'art. 5 LCart soit «précisée». Elle constitue une réaction à l'arrêt du Tribunal fédéral de l'année 2016 dans la cause Gaba. Cet arrêt ne concerne que quelques types d'accords clairement définis, à savoir les cinq types d'accords horizontaux et verticaux qualifiés de particulièrement nuisibles par le législateur lui-même et définis explicitement à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (dits aussi « accords durs »). Même ces accords ne sont pas interdits en soi : au contraire, dans certains cas, une justification reste possible pour des raisons d'efficacité et il existe des exceptions au principe du caractère notable, par exemple en présence de cas bagatelle.<sup>1</sup> Dans le cas des accords durs, dont l'expérience montre qu'ils sont nuisibles à la concurrence, la preuve d'effets quantitatifs - tels qu'un niveau de prix trop élevé en raison de l'accord - n'est généralement pas possible de manière évidente en raison des nombreuses interdépendances du marché, et elle est en fin de compte superflue.<sup>2</sup> Pour tous les autres accords horizontaux et verticaux, c'est-à-dire les accords « mous », la jurisprudence Gaba n'est pas du tout pertinente et il convient de continuer à prendre en compte non seulement les éléments qualitatifs, mais aussi les éléments quantitatifs.

Les autorités de la concurrence ont tenu compte de la jurisprudence Gaba dans les cas d'accords durs. Le résultat est positif: l'arrêt Gaba a clarifié des questions juridiques centrales relatives à l'application de l'art. 5 LCart, créé de la sécurité juridique, réduit la durée des procédures et facilité la mise en œuvre de la Loi sur les cartels dans la pratique, à savoir la lutte contre des cloisonnements géographiques («îlot de cherté Suisse»). Des aspects quantitatifs

---

<sup>1</sup> D'autres exceptions sont envisageables lorsque la coopération n'est pas nuisible par nature, comme dans le cas d'une coopération complexe sur des marchés multilatéraux ou dans le cas de coopérations d'achat (cf. ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, RDS 2018 I, p. 111 s.; DPC 2020/2, 413 ch. 61, *Einkaufskooperation*).

<sup>2</sup> C'est ce que montre également la Best-Practice internationale de l'OCDE: «[...] Recommends that Adherents make hard core cartels illegal regardless of the existence of proof of actual adverse effects on markets [...]» (OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/Legal/0452], ch. II).

et économiques continuent à être pris en compte lors de l'évaluation des cas, à savoir dans le cadre de l'examen de motifs d'efficacité économique. De plus, la réglementation actuelle correspond, à tout le moins dans ses effets, à celles de l'UE et ses Etats membres ainsi qu'à la Best Practice internationale de l'OCDE<sup>3</sup>, ce qui est avantageux tout particulièrement pour les entreprises actives au niveau international.

Pour ces raisons, une révision n'est pas nécessaire. Au contraire: une modification de l'art. 5 LCart saperait la sécurité juridique apportée par le Tribunal fédéral et créerait de nouveaux problèmes d'interprétation. La situation serait alors comparable à celle qui précédait l'arrêt Gaba: à cette époque, il n'était pas clair pour beaucoup d'entreprises ce que signifiait l'expression «affecte de manière notable la concurrence», à savoir comment s'évalue le caractère notable par le biais de critères quantitatifs comme les parts et la couverture de marché. La question de savoir si une forme de coopération était permise ou interdite a été débattue, pendant de nombreuses années, devant les autorités et les tribunaux et était fortement controversée en doctrine, c'est pourquoi elle est restée obscure pour les petites entreprises. De plus, le Tribunal administratif fédéral a renforcé cette confusion en rendant plusieurs arrêts contradictoires.<sup>4</sup> L'insécurité juridique précédant la décision GABA constituait une préoccupation non seulement pour les autorités administratives, mais aussi pour les entreprises, en particuliers les PME qui n'avaient pas accès à des experts du droit et de l'économie. Ainsi, la prise en compte de critères quantitatifs lors de l'évaluation d'accords durs, proposée dans le présent avant-projet, constitue un pas en arrière problématique vers un passé incertain. En outre, elle mène à des procédures encore plus longues, compliquées et coûteuses, ce qui va à l'encontre des aspirations de la présente révision (Motion Fournier).

Un autre aspect allant clairement contre l'adaptation envisagée de l'art. 5 LCart est le fait que le législateur se comporterait de manière contradictoire: en effet, avec la révision de la LCart en 2003, le législateur a, dans la lutte contre « l'îlot de cherté Suisse », entre autres interdit aux entreprises étrangères de conclure des accords visant à empêcher des importations moins chères en Suisse. Avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2022, le législateur a renforcé ces aspirations en édictant des règles complémentaires contre des restriction d'importations unilatérales («pouvoir de marché relatif» et «geoblocking»). Si des cartels ainsi que d'autres accords durs en matière de concurrence étaient à l'avenir de nouveau admis plus largement qu'aujourd'hui suite à la présente révision de la LCart et à l'affaiblissement de l'art. 5 LCart, des entreprises pourraient plus facilement empêcher les importations parallèles, conclure des accords verticaux sur les prix ou des accords horizontaux durs. Une réduction de la pression concurrentielle en Suisse y serait étroitement liée. Tous ces facteurs devraient conduire à une hausse des prix en Suisse: des entreprises – surtout celles actives au niveau international – qui concluent des accords (cartellaires) et isolent la Suisse du marché européen, en profiteraient. Ce sont non seulement les consommatrices et les consommateurs en Suisse, mais aussi les entreprises productrices (PME) et les pouvoirs publics qui devraient en payer le prix. Pour ces raisons, l'adaptation de l'art. 5 LCart est à rejeter catégoriquement.

---

<sup>3</sup> Cf. OCDE (note de bas de page 2)

<sup>4</sup> Sur la jurisprudence contradictoire du Tribunal administratif fédéral, voir M. BALDI, „Zweimal hü und zweimal hott" beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 ff.; C. BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, Jusletter 2.2.2015; A. HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter 29.6.2015, ch. 17 ss.; D. BRUCH, Entwicklungen der Erheblichkeitsprüfung bei harten Kartellen, sic! 2017, 505 ss.; M. BALDI/F. SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, PJA 2015, 269 ss., ici: 273 s.; L. M. BAUDENBACHER, Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden, Jusletter 2.5.2016, not. ch. 40 ss.; B. CARRON/P. KRAUSKOPF., Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, Jusletter 30.5.2016, not. ch 6; R. M. STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, PJA 2016, 559 ss.

La Motion Française est avant tout motivée par la crainte que la situation juridique des consortiums et des formes de coopération similaires serait devenue plus stricte avec le jugement Gaba et qu'à présent, les autorités de la concurrence prendraient des mesures fortes également dans des cas à effets négligeables sur la concurrence. L'adaptation de l'art. 5 LCart proposée par la motion Française manque son objectif à cet égard: les autorités de la concurrence ont par le passé toujours souligné et clarifié par leurs décisions qu'en règle générale, les consortiums ne constituent pas d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart et qu'ils ne posent par conséquent pas de problème sous l'angle du droit de la concurrence<sup>5</sup>. Pour des raisons de proportionnalité et de ressources, les autorités de la concurrence ne se penchent même pas sur des cas aux effets négligeables. Le jugement Gaba n'y a rien changé et les décisions rendues depuis le prouvent.

Si – contrairement à ce que pense la COMCO – on considèrerait qu'il était nécessaire d'apaiser les craintes exprimées par cette Motion, il faudrait alors privilégier un moyen plus approprié en adaptant l'art. 5 LCart afin d'éviter les désavantages exposés ci-dessus: il s'agit de préciser l'art. 4 et l'art. 27 LCart, comme l'indique déjà le Rapport (p. 17 en haut de page): concrètement, à l'art. 4 LCart, la situation juridique relative aux consortiums et des formes de coopération comparables devrait être clarifiée<sup>6</sup>. A l'art. 27 LCart, l'on pourrait introduire le principe – non codifié mais déjà en vigueur aujourd'hui et qui continuera de l'être pour des raisons de proportionnalité (art. 5 al. 3 Cst.) – selon lequel les autorités de la concurrence peuvent, en cas d'infraction légère, renoncer à l'ouverture d'une enquête ou clore une enquête ouverte<sup>7</sup>, indépendamment de l'existence d'autres motifs d'opportunité.<sup>8</sup> Ainsi, il serait clarifié d'une part que les autorités de la concurrence ne se préoccupent pas inutilement des consortiums qui font sens économiquement parlant, et d'autre part qu'elles peuvent se concentrer sur les accords (cartellaires) les plus nuisibles sans devoir mener une procédure dans chaque cas bagatelle. Avec ces deux précisions, les préoccupations-clés de la Motion seraient traitées efficacement.

### III. Résumé et conclusions

En résumé, la COMCO salue la plupart des adaptations de la révision proposée de la LCart. Cependant, elle conclut:

- À la renonciation à l'introduction des délais dans des procédures en matière de cartels (art. 44a AP-LCart);
- À la renonciation à l'introduction de dépens dans des procédures en matière de cartels (art. 53b AP-LCart);
- À la renonciation à la modification du critère du caractère notable pour des accords (art. 5 al. 1 AP-LCart); tout au plus, des règles spécifiques pour les consortiums et

---

<sup>5</sup> Comp. p.ex. Commission de la concurrence, Rapport annuel 2013, p. 8 s. ([www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) > Praxis > Jahresberichte).

<sup>6</sup> Une telle formulation d'un art. 4 al. 1<sup>bis</sup> AP-LCart pourrait se présenter comme suit: *«Sont réputés ne pas constituer des accords au sens de l'alinéa 1, les accords entre des entreprises relatifs à des consortiums ponctuels pour réaliser un projet qui sont nécessaires pour participer à la concurrence, ainsi que les coopérations comparables.»*

<sup>7</sup> Une telle formulation d'un art. 27 al. 1<sup>bis</sup> AP-LCart pourrait se présenter comme suit: *«En cas d'indices d'infraction légère, les autorités de la concurrence peuvent renoncer à ouvrir une enquête ou clore une enquête déjà ouverte.»*

<sup>8</sup> Dans sa pratique, la COMCO tient déjà compte d'autres critères de proportionnalité que le type et la gravité de la restriction à la concurrence, notamment la nécessité d'un jugement de principe, l'existence d'intérêts privés, la complexité et les coûts estimés de la procédure, le pronostic de la décision ainsi que l'existence de ressources suffisantes auprès de l'autorité.

contre l'entrée en matière en cas d'infractions légères doivent être privilégiées (art. 4 al. 1bis et art. 27 al. 1<sup>bis</sup> AP-LCart).

Nous vous remercions de la prise de connaissance de nos conclusions, commentaires et propositions. Nous restons bien sûr volontiers à votre disposition en cas de questions de votre part.

Avec nos meilleures salutations

Commission de la concurrence



Prof. Dr. Andreas Heinemann  
Président



Prof. Dr. Patrik Ducrey  
Directeur