



Rapport à l'intention de la CER-E

Séance des 25 et 26 janvier 2024

Révision partielle de la loi sur les cartels : fonctionnement de diverses dispositions de la LCart et avis sur différentes propositions

10 janvier 2024

Sommaire

1	Remarques préliminaires	2
2	Situation juridique actuelle et fonctionnement de la LCart	2
2.1	Systématique de la loi	2
2.2	Fondement du 1 ^{er} pilier : accords en matière de concurrence (art. 4, al. 1, LCart)	3
2.3	Fondement du 2 ^e pilier : position dominante et pouvoir de marché relatif (art. 4, al. 2 et 2 ^{bis} , LCart)	4
2.4	Fondement du 3 ^e pilier : concentration d'entreprises (art. 4, al. 3, LCart)	4
2.5	Fonctionnement du 1 ^{er} pilier : accords illicites en matière de concurrence (art. 5 LCart)	4
2.5.1	Remarques introductives	4
2.5.2	Suppression d'une concurrence efficace (art. 5, al. 3 et 4, LCart)	6
2.5.3	Atteinte notable à la concurrence (art. 5, al. 1, LCart)	7
2.5.4	Justification par des motifs d'efficacité économique (art. 5, al. 2, LCart)	8
2.5.5	Illicéité (art. 5, al. 1, LCart)	8
2.6	Fonctionnement du 2 ^e pilier : abus de position dominante ou de pouvoir de marché relatif (art. 7 LCart)	8
2.7	Maxime inquisitoire et fardeau de la preuve	9
2.8	Cas particulier : autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart)	10
2.9	Comparaison du droit suisse avec le droit de l'UE	11
3	Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français	11
3.1	Revendication de l'intervention parlementaire	11
3.2	Proposition du Conseil fédéral	11
3.3	Proposition 01 concernant l'art. 5, al. 1 ^{bis} , P-LCart	13
3.3.1	Libellé de la proposition	13
3.3.2	Conséquences et appréciation	13
3.4	Propositions 08 et 12 concernant l'art. 5, al. 1 ^{bis} , P-LCart	15
3.4.1	Revendication des propositions	15
3.4.2	Conséquences et appréciation	15
3.5	Propositions 11 et 13 concernant l'art. 5, al. 3, let. a, P-LCart	16





3.5.1	Libellé des propositions	16
3.5.2	Conséquences et appréciation	16
4	Proposition 09 concernant l'art. 7, al. 3, P-LCart (nouveau	17
4.1	Libellé de la proposition	17
4.2	Conséquences et appréciation	18
5	Proposition 04 concernant l'art. 8 P-LCart.....	19
5.1	Revendication de la proposition.....	19
5.2	Conséquences et appréciation	19
5.3	Solution alternative (critère de l'urgence)	20

1 Remarques préliminaires

Le présent rapport a été rédigé à la demande de la CER-E. Dans le cadre de la discussion par article du projet de révision partielle de la loi sur les cartels (LCart)¹, de nombreuses questions se posent quant au fonctionnement actuel des art. 4, 5, 7 et 8 LCart et à leur éventuelle révision.

Le présent rapport commence par présenter la situation juridique actuelle et le **fonctionnement de la LCart** en ce qui concerne les dispositions susmentionnées (ch. 2). Ensuite, les **différentes propositions** visant à réviser ces dispositions sont **classées et évaluées** (ch. 3 à 5). Lorsque la CER-E l'a demandé, le présent rapport indique d'autres formulations envisageables pour que la proposition considérée s'intègre mieux dans la législation en vigueur sur les cartels.

2 Situation juridique actuelle et fonctionnement de la LCart

2.1 Systématique de la loi

À l'**art. 4, al. 1 à 3, LCart**, le législateur donne des **définitions** de notions importantes.

Aux **art. 5 à 10 LCart**, il règle le *droit matériel des cartels*, c'est-à-dire qu'il énonce des prescriptions et des interdictions. La LCart repose sur **trois piliers** :

1. la lutte contre les accords nuisibles en matière de concurrence (art. 5) ;
2. la lutte contre les abus de pouvoir de marché relatif ou de position dominante sur le marché (art. 7 LCart) ;
3. le contrôle des concentrations d'entreprises (art. 9 et 10 LCart).

Enfin, l'**art. 8 LCart** est une disposition d'exception qui permet de saisir le Conseil fédéral pour qu'il autorise temporairement des accords illicites en matière de concurrence ou des pratiques illicites d'entreprises dominantes sur le marché.

¹ RS 251



2.2 Fondement du 1^{er} pilier : accords en matière de concurrence (art. 4, al. 1, LCart)

L'art. 4, al. 1, LCart définit la notion d'**accord en matière de concurrence**, qui sert de fondement au 1^{er} pilier de la LCart (art. 5 LCart). Aux termes de cette disposition, on entend par accords en matière de concurrence « les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence ».

La plupart des coopérations, conventions et contrats établis entre entreprises ne constituent **pas des accords en matière de concurrence** au sens de la LCart. Ce n'est le cas que s'ils ont **pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence**. L'expression « pour objet » suppose que l'accord est objectivement susceptible de restreindre la concurrence. Pour déterminer si tel est le cas, il faut toujours examiner les **circonstances concrètes du cas d'espèce** (délit de mise en danger concrète). L'expression « pour effet » implique l'existence de conséquences actuelles ou potentielles (c.-à-d. qui devraient selon une probabilité suffisante se produire dans un avenir proche) sur la concurrence.

Si, dans un cas donné, il n'y a *pas* d'accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4, al. 1, LCart, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen supplémentaire à l'aune de l'art. 5 LCart. La coopération entre les entreprises concernées est alors parfaitement licite.

Cette analyse est particulièrement importante dans le cas d'une convention conclue par des entreprises formant un **consortium** : ce type de groupement est certes régi par un contrat (autrement dit, en langage courant, un accord ou une entente), mais il ne constitue généralement *pas un accord en matière de concurrence* au sens de l'art. 4, al. 1, LCart. En effet, une coopération sous forme de consortium *favorise en général la concurrence* dans la mesure où elle permet aux entreprises – et notamment aux PME – de soumettre une offre et de la concrétiser pour un projet donné.

Voici quelques **exemples de consortiums licites et de consortiums illicites** :

- Si **les entreprises formant le consortium ne sont pas concurrentes** (offre conjointe d'un maçon, d'un plombier et d'un parqueteur, p. ex.), leur collaboration ne pose aucun problème en droit des cartels. On n'a *pas* affaire à un accord en matière de concurrence (art. 4 LCart).
- Si **des concurrents directs forment un consortium** parce qu'il ne leur serait pas possible ou raisonnable, économiquement parlant, de réaliser le mandat seul (manque de capacités, taille critique, critères d'aptitude, garanties bancaires, résistance au risque, etc.), cela ne pose pas non plus de problème sous l'angle du droit des cartels. En effet, faute de consortium, ces PME ne pourraient pas soumettre la moindre offre ou renonceraient à soumissionner, ce qui permet donc de dire que les consortiums stimulent la concurrence plutôt qu'ils ne la restreignent. Ici encore, on n'a *pas* affaire à un accord en matière de concurrence (art. 4 LCart).



- Par contre, *il est par exemple interdit* que les membres d'un consortium **s'entendent pour réduire la concurrence** en ne soumettant qu'une seule offre ou qu'ils ne se présentent pas au maître d'ouvrage comme consortium (masqué), mais déposent chacun une pseudo-offre (surfaite). Un tel accord sert à protéger le membre qui obtiendra l'adjudication, le plus souvent dans le but d'obtenir une rente cartellaire. Il s'agit là d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 LCart, qui, en restreignant la concurrence, trompe le maître d'ouvrage – qu'il s'agisse d'un particulier, d'une entreprise ou des pouvoirs publics – et lui porte en principe préjudice.

2.3 Fondement du 2^e pilier : position dominante et pouvoir de marché relatif (art. 4, al. 2 et 2^{bis}, LCart)

L'art. 4, al. 2 et 2^{bis}, LCart définit les notions de **position dominante** et de **pouvoir de marché relatif**, qui relèvent du 2^e pilier de la LCart (art. 7 LCart).

On entend par entreprise(s) **dominant le marché** « une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs) ».

On entend par entreprise ayant un **pouvoir de marché relatif** « une entreprise dont d'autres entreprises sont dépendantes en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service, faute de possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises ».

2.4 Fondement du 3^e pilier : concentration d'entreprises (art. 4, al. 3, LCart)

L'art. 4, al. 3, LCart définit la notion de concentration d'entreprises, qui relèvent du 3^e pilier de la LCart (art. 9 et 10 LCart ; contrôle des concentrations d'entreprises). Comme ces dispositions ne sont pas pertinentes pour le présent rapport, elles ne seront pas approfondies ici.

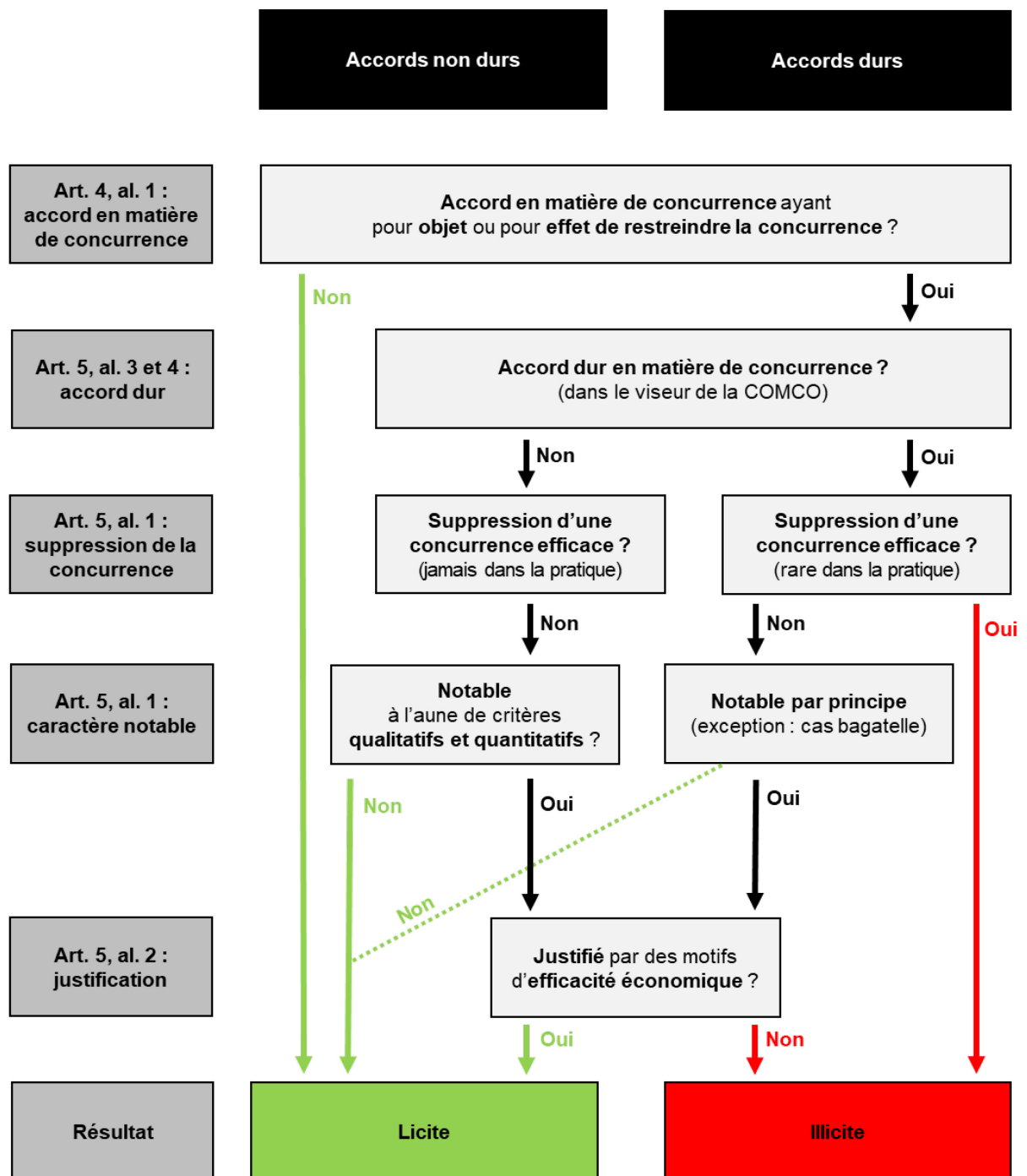
2.5 Fonctionnement du 1^{er} pilier : accords illicites en matière de concurrence (art. 5 LCart)

2.5.1 Remarques introductives

Ce n'est que lorsqu'il y a accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4, al. 1, LCart qu'il convient d'examiner, à l'aune de l'art. 5 LCart, si cet accord est *licite ou illicite*. Le principe est posé à l'art. 5, al. 1, LCart : un accord en matière de concurrence est illicite :

- s'il conduit à la **suppression** d'une concurrence efficace, ou
- s'il affecte de manière **notable** la concurrence et n'est pas **justifié** par des motifs d'efficacité économique.

Ces deux cas de figure, ainsi que les précisions apportées aux al. 2, 3 et 4, déterminent la procédure d'examen, illustrée par le schéma ci-après.





2.5.2 Suppression d'une concurrence efficace (art. 5, al. 3 et 4, LCart)

Selon le législateur, cinq types d'accord sont **présumés** entraîner la suppression d'une concurrence efficace, car l'expérience montre qu'ils sont *particulièrement nuisibles à la concurrence*.

Selon l'art. 5, al. 3, LCart, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace **trois** types d'accords **horizontaux** :

- les accords sur les prix ;
- les accords sur les quantités ;
- les accords sur la répartition géographique.

Selon l'art. 5, al. 4, LCart, sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace **deux** types d'accords **verticaux** :

- les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente (minimum ou fixe) ;
- les accords visant un cloisonnement du marché grâce à une protection territoriale absolue (entrave aux importations parallèles, p. ex.).

Seuls ces **cinq types d'accord** sont considérés comme des **accords durs**. Leur grande **nocivité** étant reconnue, la loi présume qu'ils éliminent la concurrence et les considère dès lors comme illicites. Cette présomption peut toutefois être *renversée* au cas par cas. Dans les cas où elle ne peut l'être, l'accord est interdit et passible de sanction directe. La présomption de suppression de la concurrence peut être renversée en démontrant que l'accord dur n'a pas pour effet de supprimer une concurrence efficace, et qu'il subsiste une certaine forme de concurrence malgré cet accord. Elle a par exemple été renversée dans l'affaire Gaba, car le marché suisse du dentifrice, si l'on considère l'ensemble des conditions de concurrence, faisait l'objet d'une certaine concurrence, aussi bien intramarque qu'intermarques².

Pour tous les autres types d'accord (« non durs »), la présomption de suppression de la concurrence ne s'applique pas.

Les deux points suivants ne découlent **pas directement du texte de la loi**, mais sont importants pour comprendre comment la COMCO apprécie les accords en matière de concurrence :

- Les ressources des autorités en matière de concurrence sont limitées. C'est pourquoi elles n'examinent pas tous les accords possibles en matière de concurrence, mais se concentrent sur les cinq types d'accord durs que le législateur a **qualifiés de particulièrement problématiques**. Il s'ensuit que les accords non durs font rarement l'objet d'une procédure de la COMCO.

² Cf. DPC 2010/1 84, ch. 300, *Gaba*. À noter que, dans la décision Gaba, la COMCO a examiné le renversement de la présomption en détail aux ch. 170 à 300 (qui s'étendent sur 28 p. au total). Ce cas montre que la COMCO procède à une analyse approfondie à chaque étape de la procédure d'examen.



- Lorsqu'il est démontré qu'une entente est un accord dur, la loi présume qu'il y a suppression de la concurrence. En vertu de la maxime inquisitoire, les autorités en matière de concurrence examinent néanmoins toujours d'office si tel est réellement le cas en l'espèce. Le plus souvent, elles arrivent à la conclusion que le marché concerné présente une certaine « concurrence résiduelle » malgré l'accord dur. Autrement dit, la présomption visée à l'art. 5, al. 3 et 4, LCart peut **presque toujours être renversée**, ce qui est dans l'intérêt des entreprises concernées. Cela ne signifie pas pour autant que leur accord en matière concurrence soit licite ; il faut encore examiner si celui-ci affecte la concurrence de manière notable.

2.5.3 Atteinte notable à la concurrence (art. 5, al. 1, LCart)

Dès lors qu'un accord n'entraîne pas la suppression d'une concurrence efficace, il convient d'examiner s'il 1) **affecte de manière notable** la concurrence et 2) n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5, al. 1, LCart). Si ces deux critères sont remplis, l'accord est illicite ; dans le cas contraire, il est licite.

La notion d'**atteinte notable** est longtemps restée peu claire et controversée. Dans son **arrêt dans l'affaire Gaba**³, le Tribunal fédéral relève que le critère du caractère notable constitue une *clause de minimis*. Il s'ensuit que les **cinq types d'accords durs**, dont l'objet (prix, quantité ou répartition géographique) est particulièrement problématique et représente donc une restriction qualitativement grave à la concurrence, doivent **par principe** être considérés comme portant une **atteinte notable à la concurrence**. Pour les accords durs, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse supplémentaire sur la base de critères quantitatifs (parts de marché, chiffre d'affaires, entrées sur le marché et sorties du marché, etc.).

Il n'est **pas non plus nécessaire** de prouver que l'accord dur considéré a des **conséquences réelles** ni qu'il a été **mis en œuvre**. Il suffit que cet accord puisse affecter potentiellement la concurrence.

Pour les **autres accords en matière de concurrence** (non durs), le caractère notable doit en revanche être établi au cas par cas sur la base d'un **examen global reposant sur des critères qualitatifs et des critères quantitatifs**. Si ces accords sont relativement fréquents dans la vie d'une entreprise, ils ne font que rarement l'objet d'une procédure de la COMCO.

Confirmée à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral, la jurisprudence Gaba correspond, en définitive, au droit de l'UE et au droit des États membres de l'UE. Elle a apporté de la sécurité juridique sur ce qu'il faut entendre par « notable » : les entreprises savent – sans avoir besoin de solliciter un bureau de conseil juridique ou économique spécialisé – qu'elles doivent s'abstenir de conclure des accords durs en matière de concurrence. On constate en outre, depuis cet arrêt, un **raccourcissement des procédures**, une diminution des frais qui en découlent et un recours plus fréquent aux accords amiables.

³ ATF 143 II 297



Cela étant, même un accord en matière de concurrence qui remplit le critère du caractère notable n'est pas interdit *en soi* : il convient encore d'examiner s'il peut être économiquement justifié.

2.5.4 Justification par des motifs d'efficacité économique (art. 5, al. 2, LCart)

L'art. 5, al. 2, LCart indique dans quelles circonstances des accords affectant de manière notable la concurrence sont **justifiés pour des raisons économiques**. Pour que tel soit le cas, **trois critères** doivent être remplis cumulativement :

1. L'accord en matière de concurrence doit permettre de réduire les coûts de production ou de distribution, d'améliorer des produits ou des procédés de fabrication, de promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou d'exploiter plus rationnellement des ressources.
2. Il doit être **nécessaire** pour atteindre ces objectifs. Autrement dit, aucun moyen moins radical ne doit permettre d'obtenir le même effet.
3. Enfin, l'accord en matière de concurrence ne doit **en aucun cas** permettre aux entreprises concernées de **supprimer une concurrence efficace**.

2.5.5 Illicéité (art. 5, al. 1, LCart)

Un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4, al. 1, LCart qui supprime ou affecte de manière notable la concurrence et qui n'est pas économiquement justifié est **illicite** en vertu de l'art. 5, al. 1, LCart. Ce n'est que dans ce cas que la COMCO peut intervenir et prononcer des interdictions.

Par ailleurs, une **sanction directe** n'est possible **que pour les cinq types d'accords durs** (cf. art. 49a, al. 1, LCart). Les accords non durs ne peuvent être sanctionnés qu'en cas de récidive (cf. art. 50 LCart), ce qui reste très exceptionnel.

2.6 Fonctionnement du 2^e pilier : abus de position dominante ou de pouvoir de marché relatif (art. 7 LCart)

L'art. 7, al. 1, LCart interdit aux entreprises (au sens de l'art. 4, al. 2, LCart) d'abuser de leur **position dominante** ou de leur **pouvoir de marché relatif**. Certaines entreprises ont un poids tel sur un marché donné qu'elles pourraient en profiter pour obtenir des avantages anticoncurrentiels. C'est notamment le cas d'**entreprises proches de l'État**, comme Swisscom SA ou La Poste SA au niveau fédéral, ou les entreprises d'approvisionnement en électricité au niveau cantonal.

Cette disposition n'interdit *pas* en soi d'obtenir une position dominante ou un pouvoir de marché relatif (c'est à cela que sert le contrôle des concentrations d'entreprises, le cas échéant). La LCart admet au contraire l'existence de telles positions de force, mais elle interdit certaines **pratiques abusives** qui sont susceptibles de porter préjudice aux clients et aux concurrents, et donc de nuire à la concurrence. L'art. 7, al. 2, LCart énumère **sept cas de figure** (ou exemples caractéristiques) qui peuvent typiquement constituer un abus. Ces cas de figure comprennent, entre autres, le refus d'entretenir des relations commerciales (let. a), la discrimination de partenaires commerciaux en



matière de prix ou d'autres conditions commerciales (let. b) et la limitation de la possibilité des acheteurs de se procurer des biens à l'étranger (let. g).

Ce type de pratique n'est toutefois **pas automatiquement illicite**. Là aussi, les autorités commencent par examiner, **toujours au cas par cas**, si la pratique considérée est **susceptible de fausser le jeu de la concurrence**. Tel est le cas lorsque le comportement de l'entreprise occupant une position dominante empêche une autre entreprise d'accéder à la concurrence ou de l'exercer, ou désavantage ou exploite un partenaire commercial. Dans un deuxième temps, il convient d'examiner les **justifications** éventuelles (*legitimate business reasons*) : il n'y a pratique illicite que si le partenaire commercial est désavantagé ou exploité sans raison objective. La discrimination d'acheteurs peut par exemple être justifiée d'un point de vue objectif par des rabais de quantité linéaires ou par la nature du système de distribution autorisée (selon l'art. 5 LCart).

L'**abus de position dominante** est passible de **sanction directe** selon l'art. 49a, al. 1, LCart. En revanche, l'abus d'un pouvoir de marché relatif ne peut être sanctionné qu'en cas de récidive (art. 50 LCart).

2.7 Maxime inquisitoire et fardeau de la preuve

Sur le plan matériel, les art. 5 et 7 LCart s'appliquent de façon identique, tant dans la procédure civile que dans la procédure (de sanction) administrative. Sur le plan procédural, il existe par contre des différences importantes.

Dans une **procédure civile** devant un tribunal civil cantonal, chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit (art. 8 du code civil [CC]⁴).

Il en va autrement dans la **procédure (de sanction) administrative** : la COMCO et son secrétariat sont tenus, en vertu de la maxime inquisitoire, de constater les faits d'office (art. 39 LCart en relation avec l'art. 12 de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA]⁵). C'est à eux qu'incombe la **charge de la preuve** tant pour les circonstances à charge que pour les circonstances à décharge. Dans certains cas, l'entreprise concernée peut être tenue de coopérer : si elle fait par exemple valoir des motifs justificatifs internes à l'entreprise, il est dans son intérêt de les déclarer spontanément aux autorités.

Les autorités en matière de concurrence, qui sont donc chargées de l'administration de la preuve, supportent également les conséquences de l'absence de preuve dans les procédures de sanction de la LCart, c'est-à-dire le **fardeau de la preuve**. Si un doute subsiste, aucune condamnation ne peut dès lors être prononcée. Concrètement, cela signifie que la COMCO et son secrétariat doivent clarifier et **prouver l'ensemble des faits** concernant :

1. l'**existence d'un accord en matière de concurrence**, d'une position dominante ou d'un pouvoir de marché relatif (art. 4 LCart) ;

⁴ RS 210

⁵ RS 172.021



2. la **suppression de la concurrence** ou le **caractère notable** de l'atteinte à la concurrence découlant d'un accord (art. 5 LCart), ou l'**abus** d'une position dominante ou d'un pouvoir de marché relatif (art. 7 LCart), et
3. l'**absence de motifs d'efficacité économique** dans le cas d'un accord en matière de concurrence (art. 5, al. 2, LCart) ou d'une **justification objective** de l'abus (art. 7, al. 1, LCart).

Dans le cadre de la mise en œuvre de la **motion 21.4189 Wicki** « Préserver le principe de l'instruction. Le fardeau de la preuve ne doit pas être renversé dans la loi sur les cartels », le Conseil fédéral propose de **régler expressément la question du fardeau de la preuve dans la LCart**. L'art. 53, al. 4, P-LCart prévoit que, dans les cas passibles de sanction, le fardeau de la preuve incombe aux autorités en ce qui concerne l'existence des éléments factuels relatifs à la pratique reprochée. Il en va de même lorsqu'il est question de déterminer si, dans un cas concret, un accord est justifié par des motifs d'efficacité économique conformément à l'art. 5, al. 2, LCart.

2.8 Cas particulier : autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart)

L'art. 8 LCart permet au Conseil fédéral d'autoriser à titre exceptionnel des pratiques incompatibles avec la LCart. En soi, cette approche est étrangère au système, puisqu'il appartient au législateur de définir les domaines dans lesquels la LCart n'est pas applicable. L'art. 8 LCart est d'ailleurs conçu comme une disposition d'exception. Cette disposition a été invoquée seulement à quelques reprises (pour autoriser le prix unique du livre, p. ex.), mais le Conseil fédéral n'en a jamais fait usage.

L'application de l'art. 8 LCart présuppose que la COMCO a **préalablement** constaté le caractère illicite d'un accord en matière de concurrence ou d'un abus de position dominante. En pareil cas, l'entreprise visée peut demander à ce que le Conseil fédéral autorise à titre exceptionnel la restriction illicite à la concurrence pour sauvegarder des **intérêts publics prépondérants** (protection de l'environnement, du patrimoine culturel, des travailleurs, etc.). Le Conseil fédéral doit disposer de l'examen préalable de la COMCO sous l'angle du **droit des cartels**, car celui-ci lui permet d'établir l'ampleur de la restriction à la concurrence à mettre en regard des autres intérêts publics dans sa décision⁶.

L'intérêt public doit alors l'emporter sur les inconvénients que présente l'accord ou la pratique sous l'angle de la concurrence. En d'autres termes, le motif invoqué doit se placer en bonne position *dans la hiérarchie des intérêts publics*. Enfin, l'accord en matière de concurrence doit constituer un moyen **nécessaire**, et pas seulement adéquat, pour servir l'intérêt public présenté.

Conformément à l'art. 31, al. 1, LCart, l'art. 8 LCart peut être invoqué seulement en présence d'une **décision (non exécutoire) de la COMCO**. Il n'est pas nécessaire d'attendre qu'une décision judiciaire soit rendue (cf. art. 31, al. 2, LCart), mais il est néanmoins possible de le faire. L'autorisation exceptionnelle est **impérativement de durée**

⁶ Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), FF **1995** I 472, 571 s.



limitée et peut être assortie de conditions et de charges (art. 31, al. 3 et 4 LCart). Une fois l'autorisation exceptionnelle accordée par le Conseil fédéral, la balle serait dans le camp du législateur : c'est à lui qu'il appartiendrait de décider s'il souhaite exempter durablement certaines pratiques du champ d'application de la LCart par une loi spéciale.

2.9 Comparaison du droit suisse avec le droit de l'UE

La législation suisse sur les cartels correspond à la législation européenne, tant en ce qui concerne le traitement des accords en matière de concurrence que celui des abus de position dominante. Telle est aussi la conclusion d'un avis de droit sur les accords en matière de concurrence commandé par le SECO⁷. Pour autant que l'on puisse en juger, les cas déclarés illicites par la COMCO et les tribunaux auraient également été considérés illicites selon le droit de l'UE. Le Tribunal fédéral a lui aussi statué que, s'agissant des accords verticaux durs au sens de l'art. 5, al. 4, LCart, le législateur voulait une **réglementation matériellement identique**⁸. Le fait que les autorités de la concurrence s'inspirent des règles correspondantes du droit des cartels de l'UE dans l'application de la LCart présente en outre des avantages pour les entreprises. D'une part, elles peuvent relativement bien évaluer, sur la base de la riche pratique de l'UE, si leur pratique est problématique, et, d'autre part, elles peuvent répliquer en Suisse la pratique licite qu'elles adoptent dans l'UE avec la quasi-certitude qu'elle sera également autorisée ici.

3 Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

3.1 Revendication de l'intervention parlementaire

La motion 18.4282 Français « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » demande à ce que l'art. 5 LCart soit « précisé » en prévoyant que l'examen de l'illicéité d'un accord doit tenir compte à la fois de critères qualitatifs et de critères quantitatifs.

Dans le cadre des débats politiques et publics autour de ce sujet, des voix se sont également élevées pour réclamer que la LCart soit adaptée de sorte que les autorités en matière de concurrence ne ciblent pas les consortiums ni les infractions légères.

3.2 Proposition du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral propose trois éléments pour répondre à ces revendications :

1. l'introduction d'un art. 4, al. 1^{bis}, P-LCart pour préciser le cas des consortiums⁹ ;

⁷ Cf. Droit comparé entre la Suisse et l'UE en ce qui concerne l'appréciation des accords en matière de concurrence (en allemand avec un résumé en français), 23 octobre 2023, disponible sur www.seco.admin.ch > Services et publications > Concurrence et service public > Loi sur les cartels.

⁸ ATF 143 II 297, consid. 6.2.3, *Gaba*.

⁹ En vertu de l'art. 4, al. 1^{bis}, P-LCart, ne sont pas considérées comme des accords en matière de concurrence les conventions et les pratiques concertées de consortiums qui permettent ou renforcent une concurrence efficace.



2. l'introduction d'un art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart concernant l'appréciation du caractère notable¹⁰, et
3. l'introduction d'un art. 27, al. 1^{bis}, P-LCart, concernant l'exemption des infractions légères¹¹.

L'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart introduit l'obligation d'examiner et de motiver dans chaque cas d'espèce les aspects qualitatifs et quantitatifs. Cette obligation s'appliquerait aussi aux **accords durs**, qui peuvent affecter la concurrence de manière notable (sans pour autant la supprimer, cf. schéma ch. 2.5.1).

Autrement dit, les aspects quantitatifs seraient également examinés au cas par cas en présence d'accords durs. L'examen porterait dès lors tant sur le caractère notable que, comme jusqu'ici, sur les motifs d'efficacité économique. La pondération des critères qualitatifs et quantitatifs et de leur importance s'effectue au cas par cas, dans le cadre d'une **évaluation globale**. À noter qu'une entrave peut avoir des conséquences notables sur la concurrence si elle est grave sous l'angle qualitatif, mais pas sous l'angle quantitatif. Inversement, une entrave peut aussi être notable sous l'angle quantitatif, mais ne pas être grave sous l'angle qualitatif. À l'instar du texte de la motion, la **formulation de la disposition proposée est délibérément ouverte** car la fixation de valeurs limites – comme des seuils de part de marché – représenterait un carcan trop étroit compte tenu de la diversité et de la complexité de la vie économique.

De fait, la pratique en vigueur avant l'arrêt Gaba serait donc rétablie à cet égard. Le Conseil fédéral est d'avis que cela permettrait de répondre intégralement à la demande initiale formulée dans la motion 18.4282 Français. Il continue de recommander au législateur de **renoncer** à affaiblir la lutte contre les cartels durs (cf. argumentaire ch. 3.4.2). Or les propositions 01, 11 et 13, concernant l'art. 5 LCart (cf. infra), affaibliraient quant à elles encore davantage la LCart.

Les deux autres éléments de la révision vont plus loin que la teneur de la motion. L'admissibilité des **consortiums** est précisée à l'échelon de la loi : les consortiums sont généralement utiles, ne sont pas considérés comme des accords en matière de concurrence et sont donc admissibles (art. 4, al. 1^{bis}, P-LCart). Selon le Conseil fédéral, la disposition relative aux consortiums doit figurer à l'art. 4 LCart, ce qui est d'ailleurs dans l'intérêt des entreprises concernées. Cet article définit les types d'accords qui sont à contrôler au titre de l'art. 5. Dans la mesure où le projet prévoit explicitement que les consortiums ne sont en principe pas des accords en matière de concurrence au sens de la loi sur les cartels, les autorités en matière de concurrence savent qu'elles ne doivent même pas se saisir des cas ni les examiner.

¹⁰ En vertu de l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart, l'appréciation du caractère notable de l'atteinte est effectuée sur la base de critères tant qualitatifs que quantitatifs.

¹¹ En vertu de l'art. 27, al. 1^{bis}, P-LCart, en cas d'indices d'une infraction légère, il est possible de renoncer à ouvrir une enquête ou de clore l'enquête ouverte.



Enfin, le projet inscrit dans la loi le **principe de l'opportunité des poursuites** pour les infractions légères (art. 27, al. 1^{bis}, P-LCart). Par « principe de l'opportunité des poursuites », on entend le pouvoir d'appréciation dont dispose une autorité pour décider si elle se saisit d'un cas ou non¹².

Le Conseil fédéral juge que ces deux adaptations sont *utiles* pour mettre en œuvre les améliorations requises par les partisans de la motion s'agissant des consortiums et des infractions légères.

3.3 Proposition 01 concernant l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart

3.3.1 Libellé de la proposition

Art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart

« Un accord n'affecte de manière notable la concurrence que s'il a été mis en œuvre et s'il est prouvé qu'il a des conséquences réelles et nuisibles sur la concurrence efficace. L'appréciation du caractère notable de l'atteinte est effectuée sur la base de critères tant qualitatifs que quantitatifs. »

3.3.2 Conséquences et appréciation

La proposition en question appelle une disposition légale qui va bien au-delà de la teneur de la motion Français et de la proposition de mise en œuvre du Conseil fédéral.

Il est difficile d'évaluer la proposition dans la mesure où son **libellé** ne coïncide pas avec les explications que l'**auteur de la proposition** a fournies de vive voix. Dans le cadre des délibérations de la CER-E, ce dernier a indiqué explicitement que sa proposition devait s'appliquer exclusivement aux **accords non durs** (soit ceux qui ne sont pas présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace)¹³. Cela étant, il ressort du schéma d'examen des accords (ch. 2.5.6) que la proposition de modification de l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart toucherait en pratique principalement les accords durs. Or c'est précisément dans le cas des accords durs que les adaptations requises de l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart entraîneraient un affaiblissement notable de la lutte contre les cartels.

Premièrement, la proposition prévoit que l'accord en matière de concurrence **doit avoir été mis en œuvre** pour que ses effets anticoncurrentiels puissent être considérés comme notables. La législation en vigueur prévoit déjà qu'en cas de pratique concertée, comme l'échange d'informations concernant les prix entre des concurrents, la pratique, soit la mise en œuvre, doit être prouvée. En revanche, pour ce qui est des conventions, il suffit que les entreprises s'entendent pour limiter la concurrence par le biais d'un cartel.

Telle que formulée, la proposition permettrait quant à elle aux entreprises de conclure des accords en matière de concurrence (y c. des accords durs) tout en interdisant leur mise en œuvre. Quel serait l'intérêt d'une telle réglementation pour les entreprises ou

¹² L'art. 52 du code pénal suisse (CP, RS 311.0) prévoit ainsi par exemple que si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine.

¹³ Cf. procès-verbal du 17 octobre 2023 de la CER-E, pp. 8, 12 et 15.



l'économie ? Elle conférerait dans tous les cas aux entreprises participant à un cartel une **ligne de défense supplémentaire** dans le cadre de procédures en cours, ce qui entraînerait une hausse des charges et du coût des procédures, ainsi que leur prolongation. *Deuxièmement*, telle que la proposition est formulée, le caractère notable ne pourrait être avéré que si les autorités étaient à même de prouver, dans chaque cas, que l'accord a des **conséquences réelles et nuisibles** (cf. ch. 4 concernant la proposition 09 au sujet de l'art. 7, al. 3, P-LCart). Cela impliquerait, en particulier en présence d'accords durs, de s'écarter du principe éprouvé et internationalement reconnu selon lequel la **potentialité** est suffisante pour qualifier de notables les effets anticoncurrentiels et donc l'accord de nuisible (sous réserve toujours d'une justification économique).

L'impact sur la lutte contre les cartels durs serait considérable. De fait, il est très difficile, voire impossible, de prouver les effets réels, ne serait-ce que parce que les données nécessaires à une analyse d'impact fiable font souvent défaut. De leur côté, les parties à l'accord pourraient, dans bon nombre de cas, simplement affirmer que les prix auraient été les mêmes sans accord, et les autorités en matière de concurrence ne seraient généralement pas en mesure de prouver judiciairement le contraire (en raison de l'absence des données nécessaires). En définitive, bon nombre d'**accords nuisibles** seraient **légalisés de facto**, y compris des accords durs particulièrement nuisibles.

Les grands gagnants de l'assouplissement de la loi seraient les entreprises qui *créent des cartels* (aujourd'hui interdits) pour pouvoir demander des **prix plus élevés** (lesdites rentes cartellaires). Les coûts seraient à la charge de la clientèle de ces entreprises, p. ex. des PME, en tant qu'acheteuses ou maîtres d'ouvrages, les consommateurs ou encore les contribuables.

Par ailleurs, les effets réels nuisibles, si tant est qu'ils puissent être prouvés, ne peuvent être constatés qu'*a posteriori* et moyennant des analyses complexes. Au moment de se décider pour une coopération donnée, les entreprises, et en particulier les PME, ne seraient ainsi pas en mesure d'anticiper si celle-ci est autorisée ou non, ce qui serait **préjudiciable à la sécurité juridique**. Sans compter que l'appréciation d'ententes (cartellaires) en Suisse **ne serait plus compatible avec la législation européenne**. Enfin, cette révision irait aussi **à l'encontre des recommandations de l'OCDE**¹⁴.

En somme, la proposition **va bien plus loin que la proposition du Conseil fédéral**. Les procédures relevant de la législation sur les cartels portées devant la COMCO et les tribunaux deviendraient encore plus complexes et donc **plus longues et plus coûteuses**.

Si la proposition, telle que son auteur l'a formulée au sein de la CER-E, est **limitée aux cartels non durs**, le problème de fond demeure sous l'angle de l'application de la législation sur les cartels : exiger à la fois la mise en œuvre et la preuve des conséquences est excessif. En pratique, le problème perdrait de son acuité, car, pour des questions de priorité, les autorités s'attaquent principalement aux accords durs (cf. ch. 2.5.2). La nouvelle règle ne serait pas applicable aux accords durs. Il est par

¹⁴ Cf. OCDE, Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables du 2 juillet 2019, disponible sur www.oecd.org > Thèmes > Concurrence > Recommandations > Recommandation concernant Effective Action against Hard Core Cartels.



conséquent essentiel d'intégrer expressément la **limitation aux cartels non durs** dans le libellé de l'art. 5, al. 1^{bis}, LCart. À défaut, on risque l'insécurité juridique et des années de litiges.

Pour tenir compte des explications orales de l'auteur de la proposition, il serait possible de formuler la disposition ainsi :

« Un accord qui ne répond aux critères énoncés ni à l'al. 3 ni à l'al. 4 n'affecte de manière notable la concurrence que s'il a été mis en œuvre et s'il est prouvé qu'il a des conséquences réelles et nuisibles sur une concurrence efficace. L'appréciation du caractère notable de l'atteinte est effectuée sur la base de critères tant qualitatifs que quantitatifs. »

Selon l'administration, cette formulation devrait elle aussi être rejetée car, pour les motifs exposés, elle affaiblirait l'application du droit des cartels en Suisse.

3.4 Propositions 08 et 12 concernant l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart

3.4.1 Revendication des propositions

Les deux propositions, qui sont identiques, demandent la suppression de l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart.

3.4.2 Conséquences et appréciation

La motion 18.4282 Français demande certes de « clarifier » l'art. 5 LCart afin d'accroître la sécurité juridique pour les entreprises. Les débats parlementaires ont cependant mis en évidence que les craintes d'une sécurité juridique insuffisante concernaient surtout la création de consortiums. La proposition de mise en œuvre du Conseil fédéral se compose pour cette raison des trois éléments évoqués (cf. ch. 3.2). Les propositions mentionnées en titre entendent limiter la mise en œuvre de la motion aux deux éléments qui concernent les consortiums et les infractions légères et, en contrepartie, à supprimer l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart.

L'adaptation visée par les propositions est bienvenue, car elle apporte une réponse complète aux **principales préoccupations** liées au traitement des accords en matière de concurrence, tout en **évitant**, par la suppression proposée de l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart, **plusieurs inconvénients** découlant de la disposition, qui avaient déjà été signalés par le Conseil fédéral lors de l'examen de la motion. La suppression :

- n'affaiblirait pas la lutte contre les accords durs dommageables¹⁵ ;
- permettrait toujours une lutte efficace contre l'îlot suisse de cherté ;
- éviterait une contradiction avec la nouvelle disposition du Parlement relative au pouvoir de marché relatif¹⁶ ;

¹⁵ Cf. l'interview de l'auteur de la motion du 4 septembre 2023 dans le magazine Bilan « Mon objectif est d'affaiblir la lutte contre les cartels ».

¹⁶ Cf. message du 24 mai 2023 concernant la révision partielle de la loi sur les cartels, FF **2023** 1463, p. 29.



- garantirait la sécurité juridique, en établissant clairement que les accords durs sont illicites pour autant qu'ils ne puissent pas être individuellement justifiés par des motifs d'efficacité économique ;
- éviterait de rendre les procédures plus compliquées, plus longues et plus coûteuses ;
- éviterait l'introduction d'une nouvelle divergence par rapport au droit européen.

Le Conseil fédéral est par conséquent favorable à la suppression proposée, car elle est dans l'intérêt de tous les acheteurs, dont notamment les PME, ainsi que des consommateurs et des contribuables.

3.5 Propositions 11 et 13 concernant l'art. 5, al. 3, let. a, P-LCart

3.5.1 Libellé des propositions

Art. 5, al. 3, let. a, P-LCart

« [les accords] qui fixent ~~directement ou indirectement des prix~~ des prix minimums ou des prix fermes pour des contrats avec des tiers »

3.5.2 Conséquences et appréciation

Contrairement à l'argument présenté dans le développement des propositions, il ne **s'agit pas d'une « proposition alternative »** à l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart. Cette adaptation n'a de lien ni avec la motion 18.4282 Français, ni avec la jurisprudence Gaba, ni avec la question du caractère notable. Elle assouplit les règles applicables **aux cartels horizontaux durs sur les prix**. Concrètement, elle prévoit :

1. de retirer la mention « qui fixent [...] indirectement des prix » de la loi ;
2. d'exclure la fixation de prix maximums entre concurrents directs du champ d'application de l'art. 5, al. 3, let. a, LCart, et
3. de limiter le champ d'application aux « contrats avec des tiers ».

Partant, elle **affaiblit** la LCart dans le domaine des cartels horizontaux durs sur les prix.

Ad 1. La réglementation en vigueur inclut la **fixation indirecte des prix**, soit, selon la pratique, l'entente sur des éléments de prix comme les rabais, les prix bruts ou les surtaxes sur les carburants et les accords sur les critères applicables aux éléments de prix et aux rabais proposés. La suppression de la formule « directement ou indirectement » pourrait conduire à l'interprétation que seule la fixation de prix finaux entre dans le champ d'application de la réglementation. Les cartellistes pourraient ainsi conclure des accords sur les prix en s'entendant pour ne pas accorder de rabais, pour augmenter les prix de 20 %, pour ne pas proposer de tarifs plus bas que les autres parties à l'accord, pour fixer des prix suisses 30 % supérieurs aux prix étrangers, pour exiger des surtaxes identiques, par exemple sur les carburants, pour répercuter entièrement une hausse des coûts sur les consommateurs, etc. – le tout aux frais de la clientèle et sans risque d'encourir de sanctions.



Ad 2. Il ne serait pas judicieux que la **fixation de prix maximums** dans le cadre d'accords horizontaux ne soit plus visée par la présomption de l'art. 5, al. 3, let. a, LCart. Cela impliquerait que les *accords horizontaux d'acheteurs portant sur des prix maximaux* ne pourraient plus être sanctionnés, étant donné qu'ils ne seraient plus présumés entraîner une suppression de la concurrence. À titre d'exemple, deux détaillants pourraient dès lors se mettre d'accord pour payer moins cher qu'auparavant les produits de leurs fournisseurs, sans craindre d'encourir de sanctions.

Ad 3. Enfin, la manière dont il faut comprendre la nouvelle condition « **pour des contrats avec des tiers** » n'est pas du tout claire.

Les propositions sont très problématiques en ce qu'elles laissent planer le doute sur la signification concrète des nouvelles formulations, qui ne seraient d'ailleurs pas commentées davantage (par un message, p. ex.). Une question qui ferait notamment débat serait de savoir si la suppression de « indirectement » induit un silence qualifié du législateur ou si cette notion, moyennant une interprétation, reste incluse. Il faut s'attendre à ce que cette nouvelle teneur soulève un sérieux **conflit d'interprétation** et s'accompagne d'une **insécurité juridique** durable. Les entreprises (notamment les PME) se verraient contraintes, pour clarifier ces questions, de payer des prestations de conseil juridique et économique.

Par ailleurs, l'adaptation proposée introduirait une nouvelle divergence avec le droit européen en matière de cartels horizontaux sur les prix.

Il est possible que les auteurs des propositions entendent uniquement régler dans la loi les modalités d'appréciation des **accords sur les prix bruts**¹⁷ au regard du droit des cartels. Auquel cas, il convient de relever les deux points suivants : premièrement, le libellé de la proposition va bien au-delà de cet objectif ; il devrait impérativement être circonscrit aux prix bruts (« [les accords] qui fixent directement ou indirectement des prix, à l'exception des prix bruts », p. ex.). Deuxièmement, la question des prix bruts fait actuellement l'objet d'une procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral, qui devrait être ensuite portée devant le Tribunal fédéral. Pour des raisons relevant de l'État de droit (séparation des pouvoirs), le législateur doit déterminer si l'urgence à agir est si grande qu'elle justifie une modification des règles alors qu'une procédure judiciaire est pendante. Il peut aussi attendre que la plus haute instance judiciaire rende sa décision et statuer ensuite sur la nécessité d'apporter des corrections à l'échelon légal et, le cas échéant, la teneur de celles-ci.

4 Proposition 09 concernant l'art. 7, al. 3, P-LCart (nouveau)

4.1 Libellé de la proposition

Art. 7, al. 3, P-LCart (nouveau)

« Une pratique n'est illicite au sens des al. 1 et 2 que s'il est prouvé qu'elle a des conséquences réelles et nuisibles sur la concurrence efficace. »

¹⁷ Accord sur les prix bruts s'entend d'un accord passé entre des concurrents qui consiste à fixer les prix de marchandises ou de services tout en autorisant les parties à l'accord à octroyer des rabais.



4.2 Conséquences et appréciation

Le projet de révision du Conseil fédéral ne comprend pas d'adaptation concernant le contrôle des pratiques abusives prévu à l'art. 7 LCart. La *réglementation en vigueur fonctionne* ; elle correspond à celle de l'UE pour les entreprises occupant une position dominante et se fonde sur la jurisprudence des tribunaux, ce qui en fait une solution **claire et juridiquement sûre** pour les entreprises et les autorités.

L'adaptation proposée compliquerait grandement la lutte contre les pratiques abusives des entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif et, par tant, **affaiblirait considérablement le droit suisse des cartels**. Les entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif sont actives sur des marchés où, par définition, la concurrence a déjà été mise à mal. On compte parmi elles une série d'**entreprises étatiques ou proches de l'État** (la Poste, Swisscom, des entreprises d'approvisionnement en électricité, p. ex.), dont les activités font l'objet de critiques portées par plusieurs interventions parlementaires¹⁸. Un affaiblissement de l'art. 7 LCart, qui permet aux autorités en matière de concurrence d'interdire des pratiques abusives, **serait diamétralement opposé aux revendications formulées dans ces interventions**.

La réglementation actuelle est équilibrée : elle **tolère la dominance de marché** en tant que telle, étant donné que l'aspiration à occuper une position dominante sur le marché peut alimenter la concurrence, mais **interdit l'abus** d'une position de pouvoir sur le marché. On considère qu'il y a abus dès lors qu'aucun motif objectif ne justifie la pratique. La COMCO procède systématiquement à un examen au cas par cas pour déterminer le caractère abusif de la pratique.

Or, avec l'adaptation proposée, une pratique ne pourrait être considérée comme abusive qu'à condition qu'il puisse être « prouvé qu'elle a des conséquences réelles et nuisibles sur la concurrence efficace ». **Dans la pratique, il est très difficile, voire impossible, de prouver** l'existence de conséquences réelles (cf. aussi ch. 3.3 concernant la proposition 01 concernant l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart). En effet, bien souvent, les entreprises ayant subi des préjudices du fait de pratiques abusives ne restent pas sans rien faire. Elles prennent des mesures économiques pour atténuer les restrictions découlant de ces pratiques, ce qui aboutit à un amalgame complexe de différents facteurs économiques. Identifier précisément et prouver les conséquences réelles des pratiques abusives devient alors compliqué, ne serait-ce que parce que les **données nécessaires** à une analyse d'impact fiable font souvent défaut.

Pour **protéger la concurrence**, la COMCO doit pouvoir intervenir dès qu'elle a connaissance d'une pratique abusive. Il ne serait pas opportun, et même dommageable, qu'elle doive **attendre** que la pratique en question ait des conséquences réelles sur une concurrence efficace. Une fois survenus, les dommages seraient souvent irréversibles, comme par exemple la disparition d'**une PME du marché**. C'est la raison pour laquelle le droit européen se fonde sur la potentialité d'effets anticoncurrentiels et non sur les effets réels.

¹⁸ Cf. les trois initiatives parlementaires de teneur identique 23.461 Caroni, 23.462 Grossen et 23.469 Rieder « Entreprises fédérales en concurrence avec le secteur privé. Clarifier les règles du jeu ».



Outre les **divergences par rapport au droit de l'UE**, qui seraient défavorables aux entreprises actives à l'international, la réglementation proposée rendrait les procédures relevant de la législation sur les cartels devant la COMCO encore plus complexes et, partant, **plus longues et plus coûteuses**.

Elle serait certes profitable aux entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif, qui pourraient davantage abuser de leur position et augmenter leurs bénéfices (de monopole), mais défavorable aux concurrents (plus faibles), aux acheteurs, notamment les PME, aux consommateurs et aux contribuables.

Relevons, enfin, que le législateur a introduit il y a peu, à savoir le 1^{er} janvier 2022, de nouvelles règles relatives à l'**abus d'un pouvoir de marché relatif** dans la LCart pour lutter contre l'îlot suisse de cherté. Les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif mettent l'accent sur la protection des entreprises dépendantes et non sur une concurrence efficace. S'agissant du pouvoir de marché relatif, prouver « des conséquences réelles et nuisibles sur la concurrence efficace » comme le prévoit l'art. 7, al. 3, P-LCart relèverait de la mission impossible. Le nouvel instrument introduit en 2022 serait donc dans les faits **rendu inopérant** par l'ajout proposé de l'art. 7, al. 3, P-LCart.

5 Proposition 04 concernant l'art. 8 P-LCart

5.1 Revendication de la proposition

Art. 8 P-LCart

« Les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises ayant une position dominante ~~dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite~~ peuvent être autorisés par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. »

5.2 Conséquences et appréciation

La proposition concerne l'autorisation par le Conseil fédéral d'une restriction à la concurrence fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart). L'art. 8 LCart prévoit que le Conseil fédéral peut **à titre exceptionnel, si des intérêts publics prépondérants le justifient**, autoriser un accord en matière de concurrence ou une pratique abusive d'une entreprise occupant une position dominante sur le marché jugés préalablement illicites par les autorités en matière de concurrence au regard du droit des cartels (cf. ch. 2.8).

La proposition vise à supprimer la **condition d'un examen préalable sous l'angle du droit des cartels** par la COMCO. En d'autres termes, les entreprises devraient pouvoir saisir le Conseil fédéral pour qu'il autorise une restriction à la concurrence, que ce soit avant, pendant, après ou même sans procédure de la COMCO, y compris lorsqu'il n'a pas été établi s'il s'agissait d'une pratique illicite selon la LCart. Le Conseil fédéral pourrait donc être amené à établir lui-même les faits, apprécier la légalité de la pratique et enfin examiner s'il autorise ou non un accord en matière de concurrence potentiellement illicite ou un abus d'une position dominante.



Une telle compétence parallèle de la COMCO et du Conseil fédéral doit être rejetée, tant **pour des raisons relevant de l'organisation institutionnelle que de politique de la concurrence**. Les autorités en matière de concurrence et les tribunaux sont les seules instances habilitées à établir les faits déterminants (au moyen d'auditions et de perquisitions, p. ex.) et, in fine, à statuer sur l'existence d'une restriction (illicite) à la concurrence, et cela doit rester le cas. En rendant des décisions, ces instances contribuent à la mise en œuvre de la loi, mais elles restent **indépendantes du Conseil fédéral et du Parlement**. Elles disposent des ressources en personnel et de l'expertise nécessaire pour examiner des éléments de faits souvent complexes sous l'angle juridique et économique.

À noter, par ailleurs, que la compétence attribuée au Conseil fédéral par l'art. 8 LCart n'est prévue **qu'à titre exceptionnel pour de très rares cas**. La possibilité pour tout un chacun de demander en tout temps au Conseil fédéral d'autoriser une restriction probablement illicite à la concurrence avant même que son caractère illicite ait été établi **serait diamétralement opposée à la finalité exceptionnelle de la disposition**.

5.3 Solution alternative (critère de l'urgence)

Si l'on souhaite adapter la disposition en dépit des **inconvenients majeurs** évoqués plus haut, qui sont inhérents à la suppression d'un examen préalable sous l'angle du droit des cartels, la formulation alternative ci-après pour un art. 8 P-LCart, qui permet de tenir compte du **critère de l'urgence** souhaité, serait envisageable :

« Les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises ayant une position dominante peuvent, dans les cas urgents, être autorisés par le Conseil fédéral d'office ou à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. »

L'adaptation de l'art. 8 LCart nécessiterait également **d'adapter les règles régissant les procédures concernées prévues par l'art. 31 LCart**. Si l'art. 8 LCart devait être adapté comme proposé ci-dessus, l'art. 31 P-LCart pourrait avoir la teneur suivante :

« ¹ Si le Conseil fédéral examine s'il y a lieu d'accorder une autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart), il rend une décision dans un délai de deux mois à compter du début de l'examen. Cet examen n'empêche ni la Commission de la concurrence ou son secrétariat ni le Tribunal administratif fédéral d'administrer des preuves.

² L'autorisation exceptionnelle est de durée limitée et peut être assortie de conditions et de charges.

³ Le Conseil fédéral peut, d'office ou à la demande des intéressés, prolonger l'autorisation exceptionnelle lorsque les conditions de son octroi demeurent remplies. »



Cette formulation alternative de l'art. 8 LCart tient compte de la revendication expresse de la proposition en abandonnant la condition d'un examen préalable sous l'angle du droit des cartels par la COMCO. Dans le même temps, elle limite le champ d'application de la disposition aux cas urgents, ce qui est judicieux puisque cela implique que le législateur demeure compétent le reste du temps. Par ailleurs, elle introduit la possibilité pour le Conseil fédéral de délivrer une autorisation *d'office*. L'examen par le Conseil fédéral des cas urgents qui répondent à *des intérêts publics prépondérants* ne doit pas être laissé à la seule initiative des entreprises concernées.