

Monsieur le Conseiller fédéral
Guy Parmelin
DEFER
Palais fédéral est
3003 Berne

Par courrier électronique :
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Paudex, le 4 février 2022
SHR/MIS

Consultation fédérale – Révision partielle de la loi fédérale sur les cartels

Monsieur le Conseiller fédéral,

Nous avons pris connaissance de la consultation mentionnée sous rubrique et nous permettons de vous transmettre ci-après notre prise de position après avoir consulté nos membres.

I. Contexte

Le Conseil fédéral avait proposé une ambitieuse révision de la loi sur les cartels (LCart) en 2012. Un élément important était alors la réforme de l'organisation institutionnelle des autorités en matière de concurrence, au travers de la création d'une Autorité de la concurrence indépendante et de la mise en place d'un Tribunal de la concurrence au sein du Tribunal administratif fédéral. Cependant, cette réforme a été contestée lors des discussions parlementaires. Plusieurs autres modèles avaient été discutés, mais aucun n'a trouvé de majorité politique.

Il convient de rappeler que la thématique est sensible et que certains arrêts récents des tribunaux – et notamment l'arrêt Gaba – ont suscité incompréhension et critiques dans les entreprises et les milieux économiques. Le domaine du droit de la concurrence fait aussi l'objet d'un certain nombre d'interventions au Parlement, qui ont été traitées ou qui sont encore pendantes. Il s'agit notamment de la motion 16.4094 Fournier « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence », ainsi que de la motion 18.4282 Français « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs », toutes deux adoptées par le Parlement et qui doivent maintenant être mises en œuvre. Nous relevons encore pour mémoire trois autres motions et postulats qui seront traités au Parlement, à savoir : la motion 18.3898 Pfister « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile », le postulat 21.3240 Schlatter « Influences des géants de la tech sur l'économie suisse » et 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 ».

II. Le projet de révision de LCart du Conseil fédéral

Aujourd'hui, dans la révision partielle annoncée, le Conseil fédéral se concentre sur des éléments plutôt techniques qui, selon lui, doivent conduire à une amélioration concrète de la mise en œuvre de la LCart: la modernisation du contrôle des concentrations, une amélioration du droit civil des cartels et de la procédure d'opposition, ainsi que la révision de l'art. 5 LCart. Une réforme institutionnelle des autorités de concurrence pourrait être discutée séparément, lors d'une prochaine révision.

a) Appréciation du projet du Conseil fédéral

Même si nous jugeons le projet incomplet (voir lettre b) ci-dessous) et une révision plus globale nécessaire, notre appréciation sur les modifications ciblées proposées sont les suivantes :

- Contrôle des concentrations

Nous sommes prêts à suivre le gouvernement dans son choix des test SIEC, qui ont aussi l'avantage d'être appliqués dans l'UE. Il nous paraît bienvenu de simplifier le contrôle des concentrations et d'éviter les doublons en cas de fusion internationale. Il s'agira toutefois de porter l'attention sur les cas qui ont véritablement d'importantes conséquences économiques. L'autorité devra en outre faire preuve de modération et éviter à tout prix une ingérence dans la gestion opérationnelle des entreprises.

- Volet civil du droit des cartels

L'extension de la qualité pour agir aux clients finaux (consommateurs), afin qu'ils puissent obtenir eux-mêmes réparation des dommages, n'est pas judicieuse. Cela constituerait un fâcheux premier pas vers l'instauration en droit suisse de l'action de groupe (class action) du droit américain si les organisations de consommateurs étaient habilitées à agir elles-mêmes, pour autant qu'elles aient obtenu au préalable la cession des créances. Nous y sommes donc opposés.

- Procédure d'opposition

Les modifications proposées – réduction de la durée de la procédure d'opposition et sanctions si l'autorité de la concurrence doit ouvrir une enquête ordinaire – vont dans le sens d'une meilleure sécurité du droit et sont bienvenues. Toutefois, les entreprises devraient avoir la possibilité de notifier un projet à l'étude sans risque de sanction ou, à tout le moins, de bénéficier d'une immunité de sanction jusqu'à clôture définitive de la procédure.

b) Considérations générales et nécessité d'une approche plus large

Le droit de la concurrence constitue un élément important de tout régime économique qui allie liberté et responsabilité. Il a connu de profonds changements depuis son adoption en 1962. Un grand nombre de questions ont été traitées par la COMCO dans de nombreux domaines (construction, automobiles, horlogerie, etc.). Les tribunaux ont rendu quelques arrêts de principe (par exemple l'arrêt Gaba qui a durci les conditions pour les accords durs horizontaux et verticaux), pas toujours en faveur des entreprises et parfois critiquables, mais qu'il convient toutefois de respecter pour éviter des sanctions qui peuvent être sévères. Des outils de prévention, tels les programmes de conformité, permettent toutefois d'agir en amont. Ce pan du droit s'est aussi « européenisé » tant sur le plan matériel, par une convergence du droit suisse et du droit européen, que sur le plan procédural, via un accord de coopération entre la Suisse et l'UE. Ces éléments font que le droit de la concurrence est

devenu une matière sans cesse en mouvement, où règne une certaine insécurité juridique : les PME et associations patronales consacrent beaucoup de temps à se renseigner et à se former, notamment pour identifier les comportements anodins désormais poursuivis par les autorités de la concurrence. Or, nous tenons à rappeler qu'il existe de nombreux cas concrets où des accords entre entreprises permettent par exemple une coopération intelligente, la négociation de prix plus avantageux, le renforcement de la sécurité de l'approvisionnement, une collaboration technique utile, la participation de PME à des marchés publics importants dans le cadre de consortiums, ou encore la survie de distributeurs indépendants face aux réseaux de vente propres aux producteurs.

De plus, le droit de la concurrence, tout comme d'autres domaines du droit, est aussi confronté à la digitalisation de l'économie. Il s'agit de voir comment appréhender cette nouvelle réalité qui bouleverse les comportements et soulève nombre de questions, par exemple en matière de publicité ou de géoblocage, sans oublier les algorithmes dont on subit les choix via les moteurs de recherche. Les défis qui en résultent sont grands. D'abord pour le régulateur qui, confronté au recours généralisé à ces plateformes, doit garantir la concurrence : les autorités de la concurrence ont ainsi mis en évidence certains comportements et cas problématiques pour lesquels soit elles ont prononcé des sanctions, soit elles ont prôné l'adoption d'une réglementation sui generis. Ensuite pour les entreprises, pour lesquelles les plateformes et les effets de réseau constituent des occasions à saisir, et qui sont aussi confrontées à des défis techniques et commerciaux et à l'insécurité résultant d'une réglementation croissante. En Europe, plusieurs décisions judiciaires d'importance viennent d'être rendues ou sont attendues prochainement et de nombreux chantiers législatifs sont en cours (par ex. Digital Market Act, Digital Services Act, proposition de règlement sur la gouvernance des données). En Suisse, il existe un projet de régulation sectorielle avec la « lex Booking ». On assiste ainsi aujourd'hui à un effet de balancier. Si la législation était auparavant lacunaire ou inexistante, il y a désormais un foisonnement de nouvelles règles et le développement d'une législation sui generis propre aux plateformes. Le risque de surréglementation est réel – qui plus est avec des règles contradictoires appliquées par des autorités différentes. Paradoxalement, cela risque de créer une forte insécurité juridique, allant ainsi à l'encontre du but visé. On peut aussi se demander si ce surplus de normes ne pourrait pas freiner l'innovation et pénaliser les petites entreprises au profit des grandes (comme l'a fait par exemple le RGPD). Certaines PME appellent en effet à ce qu'on les laisse utiliser les outils existants pour faire leur propre publicité, y compris des publicités personnalisées.

Pour ce qui concerne les relations complexes entre le droit de la concurrence et la digitalisation de l'économie, nous estimons qu'une réflexion profonde doit être menée, mais qu'il est toutefois prématuré de le faire dans le cadre de la présente révision de la loi sur les cartels, la réflexion n'étant pas suffisamment mûre pour en tirer des normes concrètes. En revanche, les problèmes liés à l'insécurité juridique que ressentent les PME et les associations professionnelles méritent d'être abordés sans délai. De ce point de vue, nous ne sommes pas satisfaits du projet du Conseil fédéral qui se limite à reprendre certains points non contestés de la révision échouée de 2014. Le nombre d'interventions parlementaires sur ces questions montre à quel point ce domaine du droit, complexe, suscite des interrogations ou des craintes suite notamment à certains arrêts des tribunaux qui, à défaut d'éclaircir les choses, ont plutôt créé une certaine insécurité juridique pour les entreprises. Il s'agit de profiter de cette révision pour améliorer la prévisibilité pour les entreprises et la sécurité juridique. Il nous paraît dès lors qu'une réflexion plus approfondie doit être menée, en particulier sur la question d'une réforme institutionnelle des autorités de la concurrence (et notamment de la nécessaire séparation des compétences en matière d'instruction et de décision). Il est juste que les enquêtes relèvent de la compétence d'une autorité indépendante et que – si les faits sont susceptibles de sanction – les décisions soient prises par une cour elle aussi indépendante. Un autre point à reprendre est celui du

renforcement de la procédure d'opposition, ceci afin de renforcer la sécurité juridique et la protection juridique, par exemple sur le modèle de la procédure de notification prévue par la loi lors de contrôle de fusions qui prévoit une obligation de contrôle incombant à l'autorité et, parallèlement, une interdiction provisoire de mise en exécution. Enfin, il s'agit de mettre en œuvre la motion Français (18.4282) tout particulièrement dans l'évaluation des consortiums. L'arrêt Gaba a créé un certain malaise et une insécurité juridique pour les entreprises. Même si la COMCO ou le Conseil fédéral rappellent que l'interprétation de l'art. 5 al. 1 LCart n'entraîne pas de durcissement de l'évaluation des consortiums, ni de renversement du fardeau de la preuve, cet arrêt, selon certains, a toutefois réduit à peu de chagrin les possibilités de justification pour des motifs économiques. Cette problématique devrait être abordée plus précisément afin que les entreprises sachent quels sont les critères sur la base desquels un accord est à considérer comme licite. En ce sens, la simple modification de l'art. 5 LCart « critères qualitatifs et quantitatifs » n'est pas suffisante. Par ailleurs, à terme, il conviendra d'entamer une réflexion sur les défis de la numérisation pour le droit de la concurrence et la nécessité ou non de légiférer dans ce domaine aux vues des avancées technologiques.

III. Conclusions

Nous sommes opposés au projet du Conseil fédéral car nous jugeons le projet incomplet. En tout état de cause, la proposition d'extension de la qualité pour agir aux clients finaux (consommateurs), afin qu'ils puissent obtenir eux-mêmes réparation des dommages, n'est pas judicieuse et doit être rejetée. Cela constituerait un fâcheux premier pas vers l'instauration en droit suisse de l'action de groupe (class action). Bien plus, une réflexion plus approfondie doit être menée dans la perspective d'une révision plus globale, en particulier sur la question d'une réforme institutionnelle des autorités de la concurrence et dans l'évaluation des consortiums par la mise en œuvre la motion Français (18.4282). Par ailleurs, à terme, il conviendra d'entamer une réflexion sur les défis de la numérisation pour le droit de la concurrence et la nécessité ou non de légiférer dans ce domaine aux vues des avancées technologiques.

* * *

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre haute considération.

Centre Patronal

Sandrine Hanhardt Redondo