

Secrétariat de la COMCO
Patrick Ducrey
Hallwylstrasse 4
3003 Berne

Par courrier électronique :
info@weko-admin.ch

Paudex, le 30 septembre 2026
TRE

Réponse à la consultation – Note du Secrétariat de la COMCO : accords en matière de concurrence sur les marchés du travail

Monsieur le Directeur,

Nous avons pris connaissance de la consultation mentionnée en titre, qui a retenu notre meilleure attention. Comme nous en avons l'habitude lors de consultations fédérales, nous prenons la liberté de vous faire connaître notre position.

Contexte

Le Secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) met en consultation une note sur les accords en matière de concurrence sur les marchés du travail. Elle s'adresse à tous les acteurs des marchés du travail (employeurs, salariés ou encore autorités). Elle vise à présenter de manière compréhensible les principes fondamentaux du droit des cartels et souhaite offrir une première orientation de la pratique. Elle pourra être complétée ou adaptée à tout moment.

Les catégories de comportements suivants sont visées : les accords entre employeurs sur les salaires ou autres éléments de rémunération, les accords de non-débauchage ou non-embauche et les échanges d'informations sensibles (augmentations de salaire, bonus, stratégie de recrutement).

Commentaires

Nous contestons l'interprétation extensive du champ d'application de la LCart retenue par le Secrétariat de la COMCO dans le projet de note. Une telle extension ne saurait être opérée par voie de simple interprétation administrative lorsqu'elle ne trouve pas un fondement suffisamment clair dans la loi et qu'elle entre, de surcroît, en tension avec la volonté exprimée par le législateur lors de l'adoption de la LCart.

À cet égard, il sied de se référer les travaux préparatoires de la loi. Dans son Message relatif à la LCart, le Conseil fédéral relève expressément que, « *vu son acception économique, le terme entreprise implique que la loi n'est pas applicable aux consommateurs et à la main-d'œuvre, ce qui rend superflue toute réserve expresse telle qu'elle figure dans la Lcart, à propos des conventions, des décisions et des mesures qui ne visent que les rapports de travail. Selon le projet, les employés ne sont pas concernés par la loi – même si cela n'est pas dit expressément – lorsqu'un accord concerne exclusivement les rapports de travail.* » (FF 1995 I 534).

Ce n'est pas parce que les parties à un accord sont des entreprises soumises à la LCart que tous les accords conclus entre elles sont nécessairement soumis à la LCart. Il faut encore que l'objet de l'accord entre dans le champ matériel de la loi. Or, selon le Message du Conseil fédéral, les accords concernant exclusivement les rapports de travail tels que les salaires, les conditions d'emploi ou la mobilité des travailleurs, paraissent précisément avoir été considérés comme exclus du champ d'application.

Il serait nécessaire d'expliquer pour quelles raisons la position expressément formulée dans le Message ne serait plus pertinente.

Un autre élément revêt une importance particulière, à savoir le principe de la légalité inscrit à l'article 5 al.1 de la Constitution fédérale. Celui-ci dispose que «le droit est la base et la limite de l'activité de l'État». L'action d'une autorité administrative doit ainsi non seulement poursuivre les objectifs fixés par la loi, mais également demeurer dans les limites du cadre normatif que le législateur lui a attribué.

Or, la note mise en consultation ne constitue ni une loi ni une ordonnance et ne repose pas sur une délégation législative conférant au Secrétariat de la COMCO le pouvoir d'étendre le champ d'application matériel de la LCart. La note ne saurait acquérir une portée normative autonome, créer de nouvelles obligations pour les entreprises ou soumettre à la LCart des comportements que le législateur n'a pas entendu faire entrer dans son champ d'application.

Le principe de légalité interdit précisément qu'une autorité administrative substitue sa propre appréciation à celle du législateur lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue des obligations imposées aux administrés. Une note administrative ne saurait constituer elle-même la base légale de l'extension qu'elle préconise. Son contenu doit trouver son fondement dans la loi et il ne peut servir à élargir celle-ci.

Cette exigence s'impose avec une acuité particulière en droit des cartels, dès lors que la qualification d'un comportement comme accord illicite est susceptible d'entraîner des conséquences juridiques et économiques considérables pour les entreprises concernées. La sécurité juridique exige dès lors que les comportements susceptibles d'être appréhendés par la LCart puissent être rattachés de manière suffisamment prévisible à une base légale existante.

Il ne suffit donc pas, à notre sens, de qualifier les employeurs de concurrents sur un «marché du travail» pour déduire que les accords portant sur les salaires, le recrutement ou la mobilité des travailleurs relèvent nécessairement des art. 4 et 5 LCart. Une telle conclusion doit être démontrée à partir du texte de la loi, de sa systématique et de sa genèse, et notamment conciliée avec les indications expresses figurant à la FF 1995 I 534. Si le cadre légal actuel ne permet pas cette extension avec la clarté requise, il appartient au législateur fédéral de modifier la LCart. Il n'appartient en revanche pas au Secrétariat de la COMCO de parvenir au même résultat par l'adoption d'une note interprétative. Procéder autrement reviendrait à déplacer, par une norme administrative dépourvue de portée législative, la limite du champ d'application fixée par le législateur, ce qui soulève une difficulté manifeste au regard de l'art. 5 al. 1 Cst. ainsi qu'au principe de la hiérarchie des normes.

Le caractère de «*soft law*» de la note ne permet pas de contourner ces exigences. Même dépourvue de force obligatoire, celle-ci est appelée à orienter concrètement le comportement des entreprises au regard du risque d'intervention de la COMCO. Un instrument de *soft law* peut préciser l'application du droit en vigueur, mais il doit demeurer dans le cadre fixé par la loi.

Pour ces motifs, nous demandons au Secrétariat de la COMCO de renoncer intégralement à l'adoption et la publication de la note soumise à consultation et, s'il estime qu'une intervention en matière d'accords sur les marchés du travail est nécessaire, de laisser au législateur le soin d'en juger.

Nous vous remercions de l'attention que vous porterez à ce qui précède et vous prions de croire, Monsieur le Directeur, à l'expression de notre considération distinguée.

Centre Patronal

Tatiana Rezso