



Révision de la loi sur les cartels : le législateur doit agir

La Constitution fédérale et la loi sur les cartels (LCart) obligent les autorités et les tribunaux à lutter contre les effets nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions de la concurrence. Une concurrence qui fonctionne est essentielle pour l'économie suisse, qui soutient donc sans réserve les objectifs de la LCart. Cela dit, l'application actuelle de la LCart est trop **formaliste**. Cette loi interdit et sanctionne également des accords et des comportements non dommageables voire utiles, bloque des coopérations économiquement judicieuses et restreint de manière disproportionnée la liberté d'entreprise. Le législateur doit ainsi rectifier l'application par des adaptations ciblées.

Erreurs d'application

Selon la LCart, l'appréciation d'accords (art. 5 LCart) et de pratiques (art. 7 LCart) devrait se concentrer sur leurs effets présumés dommageables pour la concurrence. Soucieux de ne pas entraver les coopérations utiles à l'économie nationale, le législateur avait d'ailleurs volontairement refusé un texte fondé sur des interdictions. En 2016, le Tribunal fédéral a néanmoins interdit de facto certains accords avec son arrêt GABA/Elmex. Depuis, la Commission de la concurrence et les tribunaux évaluent ces accords exclusivement sur la forme, sans examiner les circonstances et leur caractère potentiellement dommageable. Cela a conduit à une surréglementation qui oblige les entreprises à renoncer également à des coopérations utiles (en matière de recherche-développement, d'achats, de pools d'assurance, etc.), ceci pour éviter des procédures longues et coûteuses.

Depuis l'arrêt SIX/DCC (de 2022), il est également possible de renoncer à une analyse d'impact et du caractère dommageable de pratiques d'entreprises dominantes. Même des comportements neutres ou favorisant la concurrence sont ainsi de facto jugés illicites et passibles d'amendes lourdes. Cette pratique va à l'encontre de la jurisprudence de l'UE, qui demande que les circonstances soient prises en compte au cas par cas (comme récemment dans l'affaire « Intel »). La possibilité pour les entreprises de se justifier (renversement du fardeau de la preuve) n'offre pas une protection suffisante, car les obstacles sont bien trop élevés.

Corrections nécessaires

Nous demandons que le législateur corrige la nouvelle interprétation du droit des cartels découlant des deux arrêts (GABA et SIX). Le projet du Conseil fédéral va dans la bonne direction. Cependant, certaines formulations du message permettraient de maintenir, par la bande, la pratique actuelle¹. La majorité de la CER-E avait reconnu ce problème et précisé le projet de loi afin d'éviter une pratique contraire à la Constitution dans le domaine des cartels. Nous soutenons les précisions apportées et recommandons d'adapter l'art. 5, al. 1^{bis} comme suit, en accord avec la proposition de la majorité de la CER-E :

Art. 5^{1bis} Un accord est réputé affecter de manière notable la concurrence sur le marché uniquement si son caractère dommageable pour une concurrence efficace est démontré dans le cas concret. Pour ce faire, on prendra toujours en compte des critères qualitatifs et quantitatifs.

Dans le domaine du contrôle des abus (art. 7 LCart), on constate également des évolutions problématiques qui nécessitent une clarification de la législation. On freine actuellement des entreprises, sans que leur comportement n'ait d'effets dommageables. Si on ne précise pas la loi, cette pratique problématique se consolidera et restreindra de manière disproportionnée la liberté économique des entreprises. Aussi est-il indispensable que les conséquences d'un comportement sur la concurrence soient à nouveau systématiquement prises en compte lors de son appréciation. Nous préconisons de compléter l'art. 7 KG comme suit :

Art. 7³ Il n'y a comportement abusif au sens des al. 1 et 2 que si son caractère dommageable pour la concurrence efficace est démontré dans le cas concret.

Les discussions ont également porté sur des exceptions ou des précisions en faveur du sport et en ce qui concerne les accords sur les prix bruts. Ces préoccupations sont compréhensibles ; elles montrent justement de manière exemplaire que la pratique actuelle aboutit souvent à des appréciations erronées. Au lieu de corriger vraiment le tir en introduisant des exceptions, soit une politique à coup de « mesurette », il vaudrait mieux prendre le problème à la racine et prévoir la démonstration du caractère dommageable, dans le sens des deux propositions de la CER-E (majorité), pour tous les accords en question (art. 5 LCart) et les prétendus abus de position dominante (art. 7 LCart).

L'initiative pour des prix équitables ne sera pas annulée

La correction soutenue ici ne menace pas la mise en œuvre des objectifs poursuivis avec l'initiative pour des prix équitables, car la disposition sur la liberté d'achat à l'étranger introduite par celle-ci (art. 7, al. 2, let. g LCart) est formulée de manière si concrète qu'il est **très facile** de démontrer **au cas par cas le caractère dommageable** ciblé par le législateur. Si vraiment nécessaire, on pourrait toutefois exclure expressément la question traitée par l'initiative dans les adaptations demandées ; une proposition Rieder déposée au Conseil des États va d'ailleurs dans ce sens.

¹ Voici ce qu'on peut lire dans le message : « [...] il se peut qu'une entrave grave sous l'angle qualitatif soit notable même si elle est peu importante d'un point de vue quantitatif ». Cette formulation permet de continuer à interdire et à sanctionner certains accords sur la base de leur seule pertinence qualitative.

Les délibérations de la CER-N

La CER-N a demandé des clarifications approfondies en lien avec ce projet, en particulier en ce qui concerne la mise en œuvre de la motion Français 18.4282. Aux yeux de l'économie suisse, la mise en œuvre rigoureuse de cette motion, qui demande de **corriger la pratique formaliste de la LCart**, est prioritaire. La proposition de la CER-E permet une correction ciblée sans compliquer la poursuite de cartels clairement dommageables. Selon cette proposition, il suffirait d'exposer les conséquences dommageables de faits discutables ; il ne serait pas nécessaire d'apporter une preuve irréfutable ni même de chiffrer le dommage économique. L'expérience a montré que des accords de soumission et autres cartels clairement dommageables pourraient continuer à être sanctionnés sans grand surcroît de travail. En ce qui concerne le contrôle des abus selon l'art. 7 LCart aussi, l'impact effectif d'un comportement doit être le facteur décisif.

Soyons cohérents, nous demandons ce que veut la Constitution : un examen au cas par cas

Le droit des cartels est un droit jurisprudentiel : dans certains cas, la concurrence est manifestement affectée dans presque toutes les circonstances auxquelles on peut penser (cartel dans le domaine de la construction de routes, de la bière, des banques, par exemple). Alors, la démonstration de leur caractère dommageable est simple. Dans la réalité économique complexe, il existe toutefois une « zone grise » où il convient d'examiner de plus près, au cas par cas si le comportement en question des entreprises entrave effectivement la concurrence, s'il la favorise ou s'il n'a pas d'impact sur elle. « Cela dépend » – comme aiment à dire les économistes. Cette réponse semble aussi être dans la nature de l'application du droit des cartels.

Il faut espérer que le Conseil national reverra la pratique du droit des cartels de manière à se rapprocher à nouveau de la volonté initiale du législateur. Si nous manquons cette occasion, la **pratique formaliste du droit des cartels sera confirmée et consolidée**. Dans ce cas, la Suisse irait dans la direction opposée à la jurisprudence de l'UE. Si **nous n'agissons pas maintenant**, la Commission de la concurrence et les tribunaux affirmeront que le Parlement a refusé une correction.