



Berne, le 24 novembre 2021

Révision partielle de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart)

Rapport explicatif



Table des matières

1	Contexte	3
1.1	Évaluation de la loi sur les cartels et révision de 2012	3
1.2	Développements depuis 2012	3
1.2.1	Évolution des marchés vers le numérique	3
1.2.2	Accord de coopération avec l'UE	5
1.2.3	Initiative pour des prix équitables	5
1.3	Objets de la présente révision	5
1.3.1	Propositions de révision partielle du Conseil fédéral	5
1.3.2	Mise en œuvre de la motion 16.4094 Fournier	6
1.3.3	Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français	6
1.4	Interventions parlementaires pendantes	7
2	Présentation du projet de révision	7
2.1	Réglementation proposée et solutions étudiées	7
2.1.1	Modernisation du contrôle des concentrations	7
2.1.2	Renforcement du droit civil des cartels	11
2.1.3	Amélioration de la procédure d'opposition	12
2.1.4	Introduction de délais d'ordre pour les procédures administratives	13
2.1.5	Introduction d'indemnités pour les coûts des procédures administratives	13
2.1.6	Révision de l'art. 5 LCart	14
2.2	Questions liées à la mise en œuvre	17
3	Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	17
4	Commentaire des dispositions	19
5	Conséquences	31
5.1	Conséquences pour la Confédération	31
5.2	Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne	32
5.3	Conséquences économiques	32
5.3.1	Conséquences pour les différents acteurs économiques	32
5.3.2	Conséquences pour l'économie dans son ensemble	34
5.4	Conséquences pour la société	34
5.5	Conséquences pour l'environnement	35
6	Aspects juridiques	35
6.1	Constitutionnalité	35
6.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	35

1 Contexte

1.1 Évaluation de la loi sur les cartels et révision de 2012

La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart)¹ trouve notamment son origine dans le programme de « régénération de l'économie de marché » lancé par le Conseil fédéral suite au refus de la Suisse d'entrer dans l'Espace économique européen (EEE) en 1992². Le gouvernement visait ainsi à améliorer les conditions-cadre de la place économique suisse en instaurant une LCart renforcée³. La révision de la LCart de 1995 a redéfini fondamentalement l'orientation à donner au droit suisse de la concurrence, l'objectif étant de stimuler une concurrence efficace. Sur le plan matériel, la LCart de 1995 repose sur trois piliers : la lutte contre les accords illicites entre entreprises (art. 5 LCart), la lutte contre les pratiques abusives d'entreprises bénéficiant d'une position dominante (art. 7 LCart) et le contrôle des concentrations (art. 9 LCart).

La révision partielle de la LCart, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004, avait pour but de parfaire le changement de paradigme annoncé dans la révision de 1995, notamment par l'instauration de sanctions directes, la mise en place d'un programme de clémence et la possibilité de mener des perquisitions.

En 2012, le Conseil fédéral a proposé une révision de la LCart⁴ sur la base de l'évaluation de la loi prévue par le législateur à l'art. 59a LCart⁵. L'évaluation concluait que les nouveaux instruments introduits en 2004 avaient fait leurs preuves, mais elle soulignait également la nécessité d'une nouvelle révision à plusieurs égards. Le Conseil fédéral a donc transmis au Parlement un projet de loi comprenant une réforme institutionnelle des autorités en matière de concurrence ainsi que l'adaptation de plusieurs dispositions de droit matériel, comme l'interdiction légale de cinq types d'accords particulièrement dommageables avec possibilité de justification, la révision de la procédure civile du droit cartellaire, la modernisation du contrôle des concentrations, l'amélioration de la procédure d'opposition pour les entreprises et la prise en compte de programmes de conformité mis en place par les entreprises dans la fixation de la sanction⁶. Après la décision d'entrée en matière du Conseil des États sur ce projet de révision le 21 mars 2013, le Conseil national a confirmé sa décision initiale de ne pas entrer en matière le 17 septembre 2014. La révision n'a ainsi pas abouti. L'échec de la révision s'explique en partie par le fait qu'elle était ambitieuse : l'évaluation avait porté sur tous les domaines de la LCart et ne s'était pas limitée aux éléments de la révision de 2004. La réforme institutionnelle et la révision de l'art. 5 LCart ont été parmi les points les plus controversés.

1.2 Développements depuis 2012

1.2.1 Évolution des marchés vers le numérique

L'évolution rapide de la numérisation de l'économie a un impact potentiel important sur la concurrence et peut poser de nouveaux défis en matière de réglementation ou d'application de celle-ci. Les marchés numériques sont souvent caractérisés par des effets de réseau importants sur les marchés bifaces (plateformes), des coûts variables faibles et des coûts fixes élevés (conduisant à des économies d'échelle) ainsi que par l'accès aux données des utilisateurs, ces dernières jouant un rôle toujours plus important. Les marchés tendent à se concentrer

¹ RS 251

² Message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord EEE (FF 1993 I 757).

³ Cf. message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (FF 1995 I 472).

⁴ Message du 22 février 2012 relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence (FF 2012 3631).

⁵ Cf. notamment rapport du 25 mars 2009 fondé sur l'art. 59a de la loi sur les cartels concernant l'évaluation de la loi sur les cartels et propositions concernant la suite à donner au dossier, disponible sur www.comco.admin.ch > Législation et documentation > Évaluation de la loi sur les cartels.

⁶ Ce dernier point était une exigence de la motion 07.3856 Schweiger « Droit des cartels. Équilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace », transmise par le Parlement le 21 septembre 2010.

fortement en raison des effets de réseau et peuvent se caractériser par le fait qu'une seule plateforme s'impose comme fournisseur dominant.

Le Conseil fédéral s'est penché sur les défis pour la politique de la concurrence dans un rapport de 2017⁷. Il concluait que les principes fondamentaux du droit de la concurrence en Suisse restaient valables dans un monde toujours plus numérisé. Les dispositions de la LCart, notamment, sont formulées de manière suffisamment ouvertes pour s'adapter à l'évolution des marchés. La question du contrôle des concentrations a néanmoins été pointée comme sujette à discussion. En particulier, l'examen de la nécessité d'adapter les critères d'intervention, afin que les autorités de la concurrence puissent contrôler les fusions et acquisitions de plateformes ou d'entreprises internet encore « jeunes », ainsi que la modernisation du test appliqué pour le contrôle semblent pertinents dans ce contexte.

Après avoir examiné ces questions, le Conseil fédéral est d'avis que, dans le contexte de la numérisation, le passage à un test plus moderne pour le contrôle des concentrations est adéquat et permettra d'interdire aussi des concentrations qui n'ont pas pour effet de créer ou de renforcer une position dominante (cf. ch. 1.3). De plus, un test plus moderne permettrait de mieux prendre en compte les particularités des marchés numériques. Cependant, le Conseil fédéral ne voit pas de nécessité pour la Suisse d'adapter les dispositions légales relatives aux plateformes et entreprises internet (cf. ch. 2.1.1).

Récemment, la Commission de la concurrence (COMCO) a analysé certains cas relatifs à des plateformes en ligne, en prenant en compte les particularités des marchés bifaces. Dans le domaine des solutions de paiement en ligne, elle a notamment examiné si Apple⁸ avait fait obstacle à l'utilisation sur ses appareils de l'application de paiement suisse TWINT au profit d'Apple Pay. Elle a également interdit certaines clauses contractuelles anticoncurrentielles aux plateformes de réservations d'hôtels⁹. Enfin, les autorités de la concurrence ont tenu compte des particularités des plateformes dans leur examen approfondi de la concentration des portails d'emploi JobCloud et JobScout24¹⁰.

Il convient par ailleurs de noter que certains aspects des marchés numériques ont récemment fait l'objet de nouvelles propositions de réglementation en Suisse. En réponse à la motion 16.3902 Bischof « Interdire les contrats léonins des plates-formes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais », le Conseil fédéral propose au Parlement de modifier la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)¹¹. Il est prévu d'introduire dans la LCD une nouvelle disposition afin d'interdire les clauses limitant la liberté tarifaire figurant dans les contrats conclus entre des plateformes de réservation en ligne et des établissements d'hébergement¹². De plus, dans le cadre des discussions parlementaires sur l'initiative populaire fédérale « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » (cf. aussi ch. 1.2.3), le Parlement a introduit dans la LCD une nouvelle disposition prévoyant une interdiction de principe des mesures de blocage géographique n'ayant pas été ordonnées par l'État (blocage géographique privé)¹³.

Enfin, les Chambres fédérales ont adopté la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)¹⁴ à fin septembre 2020¹⁵. Celle-ci prévoit entre autres un droit à la portabilité des données personnelles, qui permet à toute personne d'exiger d'un prestataire (p. ex. un

⁷ Rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique, p. 158 et ss.

⁸ Cf. Droit et politique de la concurrence (DPC) 2019/1.

⁹ Cf. DPC 2016/1.

¹⁰ Cf. DPC 2016/1.

¹¹ RS 241

¹² Voir le communiqué de presse du Conseil fédéral du 17 novembre 2021 « Vers une interdiction des clauses limitant la liberté tarifaire des établissements d'hébergement ». Le projet et le message y relatif n'ont pas encore été publiés dans la Feuille fédérale.

¹³ Cf. nouvel art. 3a nLCD, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

¹⁴ RS 235.1

¹⁵ FF 2020 7397

fournisseur de services en ligne) qu'il lui remette sous un format électronique couramment utilisé les données personnelles la concernant, afin de pouvoir transmettre ces données à un autre prestataire. Cette disposition devrait notamment renforcer la concurrence entre fournisseurs¹⁶. La nouvelle LCD devrait entrer en vigueur au second semestre 2022.

1.2.2 Accord de coopération avec l'UE

L'accord entre la Confédération suisse et l'UE concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence¹⁷ est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2014. Il permet une coopération plus étroite entre la COMCO et l'autorité de la concurrence de la Commission européenne. Les deux autorités ont ainsi la possibilité de se notifier et de coordonner leurs mesures d'application, et d'échanger des informations. À des conditions strictes, elles peuvent également échanger des informations confidentielles nécessaires à la conduite d'une enquête¹⁸. Pour permettre l'échange d'informations confidentielles, un nouvel art. 42b a dû être introduit dans la LCart parallèlement à l'entrée en vigueur de l'accord.

1.2.3 Initiative pour des prix équitables

La LCart a connu récemment une adaptation faisant suite à l'initiative populaire fédérale « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) », déposée le 12 décembre 2017. Cette initiative vise à renforcer la compétitivité internationale des entreprises établies en Suisse et à lutter contre l'îlot suisse de cherté. À cet effet, elle prévoit d'abaisser le seuil de position dominante dans la LCart en y introduisant le concept de « pouvoir de marché relatif » et, en particulier, d'instaurer, pour certaines entreprises, une obligation de livraison¹⁹. Il s'ensuit une adaptation du seuil d'intervention du contrôle des abus, qui constitue le 2^e pilier de la LCart.

Le Conseil fédéral avait élaboré un contre-projet indirect à cette initiative²⁰, jugeant que les mesures proposées par l'initiative allaient trop loin. Il prévoyait une adaptation de la LCart intégrant la notion de « pouvoir de marché relatif » proposée par l'initiative, mais limitait son champ d'application aux cas de cloisonnement du marché suisse.

Le Parlement a quant à lui élaboré un contre-projet indirect qui reprend en grande partie les exigences de l'initiative. Les deux conseils l'ont adopté le 19 mars 2021²¹. Après le retrait conditionnel de l'initiative le 25 mars 2021²², le délai référendaire s'appliquant au contre-projet indirect n'a pas été utilisé. L'adaptation de la LCart entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022²³.

1.3 Objets de la présente révision

1.3.1 Propositions de révision partielle du Conseil fédéral

Après l'échec de la révision de 2012, le Conseil fédéral reste d'avis qu'une révision partielle de la LCart sur certains domaines serait nécessaire pour renforcer son efficacité et sa mise en œuvre. La révision du contrôle des concentrations avait déjà été proposée lors de la révision de 2012 et avait été soutenue par le Conseil des États et la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N). Partant du constat que le système actuel de contrôle

¹⁶ Cf. communiqué de presse de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 16 août 2019, disponible sur www.parlament.ch > Services > Actualités > recherche : « Réforme de la protection des données : fin de l'examen du projet ».

¹⁷ RS 0.251.268.1

¹⁸ Cf. aussi message du 22 mai 2013 relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (FF 2013 3477).

¹⁹ L'initiative pour des prix équitables souhaite en outre garantir un commerce en ligne non discriminatoire par une interdiction de principe du blocage géographique privé.

²⁰ Message du 29 mai 2019 relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur les cartels) (FF 2019 4665).

²¹ Arrêté fédéral du 19 mars 2021 relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » (FF 2021 663).

²² FF 2021 758

²³ Cf. communiqué de presse du Conseil fédéral du 17 septembre 2021 intitulé « Initiative pour des prix équitables : entrée en vigueur du contre-projet indirect ».

tient trop peu compte des effets négatifs et positifs des concentrations et au vu de la numérisation grandissante des marchés, le Conseil fédéral propose de remplacer le test de dominance qualifiée prévu par la LCart par le test « *Significant Impediment to Effective Competition* » (SIEC) appliqué entre autres dans l'UE. L'application du test SIEC permettrait d'interdire plus facilement que sous le régime actuel les concentrations qui entravent la concurrence et dont les effets négatifs ne sont pas compensés par des gains d'efficacité. Dans son rapport du 22 juin 2016 intitulé « Entraves aux importations parallèles »²⁴, le Conseil fédéral observait qu'une modernisation du contrôle des concentrations pourrait, dans une certaine mesure, contribuer à intensifier la concurrence. Dans un tel cas de figure, les conditions d'achat plus favorables obtenues grâce aux importations parallèles auraient plus de chance d'être répercutées sur les clients finaux. Aussi le Conseil fédéral a-t-il annoncé dans ce rapport la préparation d'un projet de modernisation du contrôle des concentrations. Un rapprochement avec le test appliqué dans l'UE pourrait aussi faciliter la coopération dans une économie toujours plus numérisée et donc sans frontières.

Le 12 février 2020, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) de préparer un projet de consultation pour une révision partielle de la LCart. En plus de la modernisation du contrôle des concentrations, le projet doit inclure deux éléments techniques supplémentaires issus de la révision de la LCart de 2012, à savoir le renforcement du volet civil du droit des cartels et l'amélioration de la procédure d'opposition. Ces éléments, qui n'avaient été que peu discutés au Parlement entre 2012 et 2014, permettront d'améliorer l'efficacité et la mise en œuvre de la LCart.

La procédure de consultation avait été annoncée pour 2020, mais les travaux préparatoires ont été temporairement suspendus en raison de tâches prioritaires liées à la pandémie de COVID-19. De plus, la présente réforme inclut également la mise en œuvre de la motion 18.4282 Français, adoptée le 1^{er} juin 2021 par le Parlement (cf. ch. 1.3.3).

1.3.2 Mise en œuvre de la motion 16.4094 Fournier

Le 5 mars 2018, le Parlement a adopté partiellement la motion 16.4094 Fournier « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence ». Cette dernière comporte quatre exigences : la simplification et l'accélération des procédures judiciaires par l'introduction de délais légaux ; la publication, par les autorités de la concurrence, d'informations liées aux procédures en cours ainsi que des décisions de la COMCO seulement après être entrées en force ; une sanction proportionnelle en cas de restrictions illicites à la concurrence (adaptée à la taille de l'entreprise et à sa capacité d'assumer la sanction) ; et une allocation des dépens à toutes les étapes de la procédure administrative. Alors que le Conseil fédéral proposait le rejet de la motion, le Conseil des États l'a adoptée le 27 septembre 2017. Le 5 mars 2018, le Conseil national a quant à lui voté séparément sur les quatre exigences de la motion. Il a adopté le premier et le quatrième point, à savoir l'introduction de délais au niveau légal et l'allocation de dépens dans le cadre des procédures administratives, et rejeté les deux autres points. Le Conseil fédéral est par conséquent chargé de proposer une modification de la LCart pour mettre en œuvre ces deux exigences. Une proposition en ce sens a été intégrée au présent projet de révision partielle de la LCart.

1.3.3 Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

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 de clarifier l'art. 5 LCart afin de garantir que ces deux types de critères soient pris en compte dans l'examen de l'illicéité d'un accord. Son dépôt fait suite à l'arrêt du Tribunal fédéral (TF) du 28 juin 2016 dans la cause *Gaba*²⁵. Le Conseil fédéral avait proposé le rejet de la motion. Cette dernière a été adoptée par le Conseil des États le 15 décembre 2020 et par le Conseil

²⁴ Rapport du Conseil fédéral du 22 juin 2016 en réponse au postulat 14.3014 « Simplifier les formalités douanières et favoriser les importations parallèles grâce à la reconnaissance d'autres documents permettant d'attester de l'origine d'un produit », disponible sur www.seco.admin.ch > Services et publications > Consommation et prix > Différence de prix.

²⁵ ATF 143 II 297

national le 1^{er} juin 2021. Une proposition de mise en œuvre est intégrée au présent projet de révision.

1.4 Interventions parlementaires pendantes

Trois interventions parlementaires en lien avec le droit des cartels sont pendantes au Parlement. En fonction des délibérations parlementaires, ces interventions pourraient également exiger une révision de la LCart.

La motion 18.3898 Pfister « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile » a été déposée le 27 septembre 2018 au Conseil national. Elle demande de transférer le contenu de la communication de la COMCO concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (dans sa version de 2002) dans une ordonnance du Conseil fédéral. Le Conseil fédéral propose le rejet de la motion. Cette dernière a été adoptée par le Conseil national le 16 septembre 2020. Le Conseil des États ne l'a pas encore traitée.

Le postulat 21.3240 Schlatter « Influences des géants de la tech sur l'économie suisse. De nouvelles règles sont-elles nécessaires ? » a été déposé le 17 mars 2021 au Conseil national. Il demande un rapport présentant notamment les conséquences de la concentration croissante des plateformes numériques sur la concurrence et la nécessité ou non de modifier le droit en vigueur. Le Conseil fédéral propose de rejeter le postulat. Ce dernier n'a pas encore été traité au Parlement.

Le 30 septembre 2021, 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 » a été déposée au Conseil des États. Elle demande de préciser la LCart concernant le principe de la présomption d'innocence garanti par la Constitution, plus particulièrement en renforçant la maxime de l'instruction. Le Conseil fédéral propose le rejet de la motion. Cette dernière n'a pas encore été traitée par le Parlement.

2 Présentation du projet de révision

2.1 Réglementation proposée et solutions étudiées

2.1.1 Modernisation du contrôle des concentrations

Passage au test SIEC

Le contrôle des concentrations prévu par la LCart a un but préventif et devrait empêcher les futures restrictions à la concurrence. Si certains seuils d'intervention sont atteints (art. 9 LCart et ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises²⁶), la COMCO procède à un examen préalable (art. 10, al. 1, LCart) pour définir si la concentration conduit à la création ou au renforcement d'une position dominante (art. 4, al. 2, LCart). Si c'est le cas, la COMCO peut procéder à un examen au sens de l'art. 33 LCart, qui permettra de déterminer si la concentration soulève ou non des problèmes de concurrence. Concrètement, il s'agit de déterminer, premièrement, si la concentration crée ou renforce une position dominante qui puisse éliminer une concurrence efficace et, deuxièmement, quelles sont ses conséquences sur les conditions de concurrence sur d'autres marchés.

Il résulte de l'approche actuelle prévue par la loi que des concentrations problématiques qui créent une position dominante sur le marché peuvent être tolérées tant qu'elles ne suppriment pas la concurrence efficace. L'effet préventif recherché par le contrôle des concentrations n'est donc pas entièrement atteint. Le contrôle actuel n'appréhende pas de manière satisfaisante les effets négatifs et positifs des concentrations. Sur des marchés concentrés, les effets dommageables des concentrations, comme l'augmentation des prix, la diminution de la qualité ou l'élimination de concurrents, mériteraient une attention particulière. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose que le test de dominance qualifiée actuellement appliqué par la COMCO soit abandonné au profit du test SIEC. Ce dernier ne se concentre plus uniquement sur les cas de

²⁶ RS 251.4

dominance de marché, mais concerne toutes les concentrations qui affectent la concurrence de manière notable.

Certes, l'examen des abus de position dominante visés à l'art. 7 LCart est un instrument qui permet d'atténuer, voire de corriger *ex post* certains effets anticoncurrentiels dus aux concentrations. Cependant, cet examen ne remplace pas un contrôle structurel comme celui des concentrations. En effet, il est essentiel de considérer plus strictement qu'aujourd'hui les effets unilatéraux²⁷ et coordonnés²⁸ qui découlent d'une concentration, tout en prenant en compte les gains d'efficience. Dans le cadre du test SIEC, les effets unilatéraux en dessous du seuil de dominance du marché sont également inclus dans l'examen. Sur le plan international, il est reconnu que le contrôle des concentrations doit fournir les instruments nécessaires pour empêcher en général toute concentration affectant la concurrence de manière significative²⁹. Particulièrement dans le contexte de l'économie numérique et des plateformes internet, l'accent est mis au niveau international sur la nécessité d'une intervention *ex ante* sur ces marchés.

La réforme du contrôle des concentrations avait déjà été proposée lors de la révision de la LCart de 2012. Suite à la décision de 2016 du Conseil fédéral de proposer à nouveau cette réforme, deux études ont été mandatées afin de mieux évaluer les conséquences d'un changement de test. La première étude³⁰ donne un aperçu des règles en vigueur relatives au contrôle des concentrations en Suisse et dans l'UE. Elle montre que le passage au test SIEC est économiquement justifié et conclut que l'introduction en Suisse d'un contrôle des concentrations équivalent à celui de l'UE devrait contribuer à diminuer les tendances à la concentration sur les marchés. La seconde étude³¹ analyse, sous forme d'hypothèses, de quelle manière les cas en Suisse auraient pu être évalués différemment à travers une comparaison avec la pratique dans l'UE. Dans certains cas, l'application du test SIEC aurait pu conduire à des décisions plus strictes, voire peut-être à des interdictions, en raison du préjudice potentiel que certaines concentrations représentaient³². L'étude estime également qu'un test comme le test SIEC est plus adapté et plus efficace dans le contexte de l'économie numérique, parce qu'il accorde moins de poids aux données structurelles (comme les parts de marché) que le test de dominance qualifié.

Une alternative à l'introduction du test SIEC serait d'adapter le test actuel : seule la création ou le renforcement d'une position dominante entrerait en ligne de compte. Une analyse de la potentielle suppression d'une concurrence efficace ne serait plus nécessaire. Cependant, ce test de dominance dit simple ne répondrait pas à l'évolution des standards internationaux et ne conduirait pas à une harmonisation avec la pratique de l'UE. Il s'agit du test qu'appliquait auparavant l'UE et que l'Allemagne utilisait jusqu'en 2013. Les deux seuls pays de l'UE qui utilisent encore actuellement le test de dominance sont l'Autriche et l'Italie.

²⁷ Par « effets unilatéraux », on entend le fait que les entreprises qui fusionnent peuvent être tentées de modifier les conditions du marché si la pression concurrentielle diminue suite à la concentration ou si une position dominante se met en place. Ainsi, elles pourraient p. ex. augmenter leurs prix, ce qui aurait pour conséquence une adaptation du comportement des autres entreprises actives sur le marché, qui pourraient elles aussi augmenter leurs prix. Ces craintes sont confirmées par des études empiriques : les effets unilatéraux conduisent à des hausses de prix de 5 à 7 % en moyenne (cf. Swiss Economics, 2017, *Einführung des SIEC-Tests: Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle* ; ci-après « étude Swiss Economics »), p. 12 ss. ; disponible sur www.seco.admin.ch > Services et publications > Concurrence et Service public > Loi sur les cartels).

²⁸ Les « effets coordonnés » reflètent la situation où la concentration restreint le nombre d'entreprises actives sur le marché, entreprises qui peuvent alors se mettre d'accord sur un comportement au détriment de leurs clients.

²⁹ OCDE, 2020, *Merger Control in the Time of COVID-19* ; OCDE, 2020, *Merger Control in Dynamic Markets* ; International Competition Network (ICN), 2017, *Recommended Practices for Merger Analysis* ; OCDE, 2016, *Synthèse de la table ronde sur le lien juridictionnel dans les régimes de contrôle des fusions* ; OCDE, 2013, *Contrôle des fusions : rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation de 2005*.

³⁰ Étude Swiss Economics.

³¹ Polynomics et Prager Dreifuss, 2020, *Juristisch-ökonomisches Gutachten zum Einfluss des SIEC-Tests auf die Fusionspraxis der Wettbewerbsbehörden* (ci-après « étude Polynomics et Prager Dreifuss ») ; disponible sur www.seco.admin.ch > Services et publications > Concurrence et Service public > Loi sur les cartels.

³² Cf. étude Polynomics et Prager Dreifuss, 2020, p. 13 (rachat de Steffen-Ris Holding AG par Fenaco) et p. 17 (rachat de Denner par Migros).

Éviter les doublons en cas de concentrations internationales

Le contrôle des concentrations risque de mobiliser inutilement des ressources en cas de concentration prenant effet sur le plan international. De nos jours, les concentrations transfrontalières d'entreprises d'une certaine taille actives sur des marchés internationaux sont souvent annoncées et examinées parallèlement dans plusieurs États. Cela génère un surplus de travail et de frais notamment pour les entreprises, souvent sans que la procédure menée en Suisse n'apporte de valeur ajoutée³³. Le Conseil fédéral propose par conséquent une simplification de l'obligation de notification des concentrations transfrontalières sur des marchés comprenant au moins la Suisse et l'EEE. Cela devrait éviter que les concentrations soient évaluées en parallèle par les autorités de la concurrence de l'UE et de la Suisse, et permettre une économie de ressources (financières et en termes de personnel) tant pour les entreprises que pour les autorités de la concurrence.

Adaptation des prolongations de délai

Il est prévu d'harmoniser les prolongations de délai avec celles de l'UE pour faciliter les procédures internationales quand un examen du projet de concentration est également nécessaire en Suisse à cause de la délimitation géographique de certains marchés.

Application du standard dynamique de bien-être des consommateurs

Le standard de bien-être appliqué dans le cadre de l'analyse des gains d'efficacité détermine de quelle manière ces gains sont considérés. Il a donc une influence sur le niveau du seuil d'admission du contrôle des concentrations. En général, on distingue deux standards de bien-être : le standard de bien-être des consommateurs³⁴ et le standard de bien-être global³⁵.

En Suisse, la LCart est en principe axée sur le bien-être global. La considération de ce standard de bien-être dans le contrôle des concentrations serait ainsi cohérente, puisqu'il prend en compte les effets économiques globaux d'une concentration. Cependant, la mise en œuvre pratique du standard de bien-être global dans le contexte du contrôle des concentrations reste difficile, car en plus de l'impact sur le surplus des consommateurs, il faut également déterminer l'impact sur le surplus des producteurs, c'est-à-dire les parties à la concentration ainsi que leurs concurrents. En raison notamment des délais fixés dans le contrôle des concentrations, une analyse aussi détaillée est difficile à mener. C'est pourquoi une orientation vers la norme de bien-être des consommateurs appliquée dans l'UE semble judicieuse, également pour des raisons d'harmonisation. Cependant, contrairement à l'UE et afin de profiter des avantages économiques du standard de bien-être global, le Conseil fédéral propose l'application d'un standard dynamique de bien-être des consommateurs, c'est-à-dire une forme hybride de norme de bien-être du consommateur et du producteur, qui prend en compte la maximisation du bien-être des consommateurs à long terme.

Sur ce point, l'harmonisation avec l'UE n'est certes pas totale, mais permet de prendre en compte les effets économiques importants sur le long terme. Cet écart avec le droit européen est également justifié du fait que le droit suisse des cartels vise principalement à protéger la concurrence et non certaines catégories d'acteurs en particulier.

Pas de modification du seuil d'intervention ni de prise en compte de la valeur de transaction comme nouveau seuil

Dans son rapport du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadre pour l'économie, le Conseil fédéral chargeait le DEFR d'examiner si une adaptation des critères d'intervention dans

³³ Cf. groupe d'évaluation Loi sur les cartels, 2008, *Zusammenschlusskontrolle; Überprüfung der Notwendigkeit einer Revision, Projektbericht P17 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG*, p. 38 ss.

³⁴ Ce standard prend en compte les évolutions de prix attendues des fournisseurs sur le marché pertinent comme critère d'appréciation. Dans le droit cartellaire européen, le terme « consommateur » comprend aussi bien les utilisateurs finaux que les entreprises situées en aval sur le marché.

³⁵ Le standard de bien-être global permet d'autoriser une concentration si le bien-être dans son ensemble augmente, du côté à la fois des consommateurs et des producteurs.

le cadre de concentrations d'entreprises serait pertinente pour permettre aux autorités en matière de concurrence de se pencher sur les fusions ou les acquisitions de plateformes internet encore « jeunes » lorsque celles-ci présentent un intérêt sous l'angle de la politique de la concurrence. En outre, du fait de la numérisation croissante de l'économie, se pose également la question de savoir si les critères d'intervention traditionnels (seuils fondés sur le chiffre d'affaires) sont encore suffisants³⁶. Il est en effet possible que des entreprises (qui deviendront) importantes réalisent (pour l'instant) un chiffre d'affaires relativement modeste sur les marchés numériques et ne doivent par conséquent pas obligatoirement notifier une concentration potentiellement importante. Cette « lacune » au niveau du contrôle pourrait être comblée au moyen du critère d'intervention subsidiaire de la valeur de transaction, qui reflète le potentiel d'une entreprise au moment de sa reprise. Comme le révèle une étude³⁷ mandatée par le SECO, il n'y a pas d'urgence en la matière pour une petite économie comme la Suisse. Aucune preuve empirique ne vient étayer l'existence d'une telle lacune, si bien que l'introduction de seuils en lien avec les transactions ne semble pour l'heure pas nécessaire. Une telle mesure équivaldrait à une « réglementation par anticipation » qui ne ferait que générer des notifications inutiles d'opérations de concentration et, de ce fait, des charges supplémentaires pour les entreprises et les autorités de la concurrence. Le Conseil fédéral estimant qu'il n'y a pas péril en la demeure, aucune proposition de modification correspondante ne figure dans le présent projet.

Des réflexions similaires ont été menées au sein de l'UE. La Commission européenne a abordé le sujet du seuil fondé sur la valeur de transaction dans le cadre de sa consultation sur l'évaluation des aspects de procédure et de compétence du contrôle des concentrations de l'UE³⁸. Les participants à la consultation reconnaissent que certaines transactions à valeur élevée pourraient échapper au contrôle des concentrations de l'UE en raison du chiffre d'affaires bas de l'entreprise cible (notamment dans le secteur numérique, la pharmacie et la biotechnologie). Cependant, une majorité des participants à la consultation rejettent l'introduction de seuils d'intervention complémentaires³⁹. Tout comme le Conseil fédéral, ils craignent en particulier des charges administratives inutiles qui auraient un effet négatif sur l'innovation et les investissements alors que le prix d'achat est subjectif et ne donne aucune indication de l'importance possible de la transaction sur la situation concurrentielle. Dans son évaluation, la Commission européenne souligne que les seuils fondés sur le chiffre d'affaires se sont généralement révélés efficaces pour détecter les opérations importantes sur le marché intérieur européen ; elle ne conclut pas à une lacune en l'absence de seuils de transaction⁴⁰.

Une éventuelle prise en compte de la valeur de transaction a également été discutée dans plusieurs États membres. En France, l'Autorité de la concurrence a annoncé le 7 juin 2018 plusieurs mesures d'allègement et de simplification des démarches des entreprises en matière de contrôle des concentrations⁴¹. Suite à une consultation publique, elle considère que l'instauration d'un contrôle fondé sur la valeur de transaction ne se justifie pas pour l'économie

³⁶ Commission européenne, 2019, *Competition policy for the digital age*, p. 105 ss.

³⁷ Cf. étude Swiss Economics, 2017, p. 57 ss.

³⁸ Cf. communiqué de presse du 7 octobre 2016 intitulé « Concentrations : la Commission souhaite recueillir des avis sur certains aspects du contrôle des concentrations dans l'UE ».

³⁹ Le résumé des prises de position est disponible sur <https://ec.europa.eu> > Domaines de A à Z > Concurrence > Consultations > Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of Eu merger control > Summary of replies.

⁴⁰ Disponible sur <https://ec.europa.eu> > Domaines de A à Z > Concurrence > Consultations > Merger policy package of 26 March 2021: Evaluation and follow-up actions. Cependant, afin de prendre en compte les évolutions récentes sur les marchés (p. ex. augmentation du nombre de concentrations concernant les entreprises avec un chiffre d'affaires bas au moment du rachat), la Commission européenne prévoit d'encourager des renvois vers la Commission de la part des États membres, notamment lorsque l'opération n'atteint pas les seuils nationaux en matière de contrôle des concentrations. Elle a lancé à ce sujet une consultation publique concernant la révision de certains aspects procéduraux du contrôle des concentrations de l'UE, qui s'est terminée le 18 juin 2021. Les résultats de la consultation sont en cours de traitement. Cf. communiqué de presse de la Commission européenne du 26 mars 2021 intitulé « Concentrations : la Commission annonce les résultats de l'évaluation des aspects procéduraux et juridiques du contrôle des concentrations de l'UE et les mesures de suivi qui en découlent ».

⁴¹ Cf. communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 7 juin 2018 intitulé « Modernisation et simplification du contrôle des concentrations ».

française. À l'inverse, les autorités de la concurrence autrichienne et allemande ont publié le 9 juillet 2018 la version définitive de leur guide pratique commun sur le nouveau seuil de la valeur de transaction avec, en toile de fond, les nouvelles bases correspondantes dans leurs lois nationales respectives⁴². Ce seuil doit permettre d'analyser des concentrations pour lesquelles l'entreprise cible n'atteint pas (encore) les seuils pertinents en termes de chiffre d'affaires, mais dont le potentiel de marché du point de vue de la concurrence est élevé, ce qui se reflète généralement dans la valeur de la contrepartie⁴³.

2.1.2 Renforcement du droit civil des cartels

Le renforcement du droit civil des cartels, jusqu'ici très peu appliqué dans la pratique, peut se révéler utile pour garantir une protection efficace de la concurrence. Le droit civil des cartels non seulement permet à toutes les parties touchées par des restrictions à la concurrence d'élever des prétentions en dommages-intérêts, mais joue aussi un rôle important dans la mise en œuvre effective du droit de la concurrence en général. Avec le renforcement du droit civil des cartels, la COMCO pourrait se concentrer encore mieux sur les cas qui présentent un intérêt public prépondérant.

Les procédures civiles pour violation du droit des cartels restent toutefois des exceptions en Suisse. Les acteurs concernés par des restrictions illicites à la concurrence préfèrent en général engager une procédure administrative, pour ainsi dire gratuite, même si cette voie ne leur donne pas la possibilité de réclamer des dommages-intérêts, une réparation morale ou une remise du gain. La présente révision entend donc, dans le cadre existant, introduire des modifications incitant à faire usage de la procédure de droit civil ; à cet effet, le Conseil fédéral reprend les éléments de la révision avortée de 2012. Il faut dire que le volet civil du droit suisse des cartels est assez rudimentaire en comparaison internationale⁴⁴. Et, surtout, les expériences réalisées dans l'UE, qui a durablement renforcé le droit civil des cartels ces dernières années, notamment en adoptant la directive sur les dommages et intérêts⁴⁵, sont très positives.

Les éléments de révision suivants sont proposés en matière de droit civil des cartels :

- La qualité pour agir est étendue à toutes les parties touchées par des restrictions illicites à la concurrence – donc aussi aux consommateurs et aux pouvoirs publics (adjudicateurs de marchés publics, p. ex.). En vertu de l'art. 12, al. 1, LCart, seules les entreprises qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci ont pour l'instant qualité pour intenter une action civile.
- Comme dans le projet de révision de la LCart de 2012, le Conseil fédéral propose la suspension de la prescription applicable aux actions civiles découlant d'une restriction illicite à la concurrence entre l'ouverture d'une enquête par la COMCO et la date à laquelle la décision devient exécutoire. Cette disposition revient à accorder plus de temps aux parties concernées pour faire valoir des prétentions civiles.
- Les trois actions prévues par le droit en vigueur en relation avec des restrictions illicites à la concurrence (art. 12, al. 1, LCart) sont complétées par un droit à faire constater l'illicéité d'une restriction à la concurrence (déjà prévu dans la LCart de 1985), par analogie avec l'art. 9, al. 1, let. c, LCD et l'art. 28a, al. 1, ch. 3, du code civil (CC)⁴⁶.

⁴² Cf. communiqué de presse du Bundeskartellamt du 9 juillet 2018 intitulé « Gemeinsamer Leitfaden zur neuen Transaktionswert-Schwelle in der Fusionskontrolle – finale Version in Österreich und Deutschland veröffentlicht ».

⁴³ Les réglementations correspondantes figurent au § 19, al. 1a, ch. 3, de la loi allemande contre les restrictions à la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) et au § 9, al. 4, ch. 3, de la loi autrichienne sur les cartels (Kartellgesetz, KartG).

⁴⁴ À titre d'exemple, l'UE a adopté de nombreux instruments visant à faciliter les procédures de droit civil des cartels au sens d'une harmonisation minimale des régimes nationaux de droit civil, instruments qui sont pour l'essentiel appliqués depuis la fin de 2016 par les différents États membres ; cf. directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (ci-après « directive de l'UE sur les dommages et intérêts ») ; JO L 349 du 5.12.2014, p. 1.

⁴⁵ Cf. référence à la note 44.

⁴⁶ RS 210

- Pour éviter une forme de « double peine » et encourager davantage la réparation volontaire du préjudice causé par une restriction illicite à la concurrence, les dommages-intérêts versés après une décision exécutoire de la COMCO pourront également être pris en considération en vue de réduire la sanction administrative.
- Enfin, deux adaptations formelles du droit civil des cartels, déjà proposées par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision avortée de 2012, sont prévues : la suppression de l'art. 12, al. 3, LCart et la modification de l'art. 13, let. a, LCart.

S'agissant du droit civil des cartels, il convient de tenir compte également de l'art. 15 LCart : en vertu de son al. 1, lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence au sens de l'art. 5 ou de l'art. 7 LCart est mise en cause au cours d'une procédure civile, l'affaire est transmise pour avis à la COMCO. Dès lors, si le volet civil du droit des cartels doit être renforcé, se pose la question de la nécessité d'adapter cette disposition, car le nombre de demandes d'expertise adressées à la COMCO devrait augmenter en conséquence. Or ce nombre pourrait encore s'accroître avec l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022 de la règle du pouvoir de marché relatif adoptée par le Parlement à titre de contre-projet indirect à l'initiative pour des prix équitables⁴⁷. La COMCO risque d'être alors surchargée, notamment parce qu'elle ne peut pas refuser les demandes émanant des tribunaux civils. La mesure dans laquelle les procédures civiles relevant du droit des cartels se multiplieront et conduiront les instances civiles à solliciter la COMCO n'est pas encore clairement définie. Étant donné le flou de la situation, le Conseil fédéral renonce pour l'instant à modifier l'art. 15 LCart, mais, suivant l'évolution de la pratique, il n'exclut pas de remettre ce sujet sur la table.

2.1.3 Amélioration de la procédure d'opposition

La procédure d'opposition (cf. art. 49a, al. 3, let. a, LCart) prévoit qu'une entreprise peut annoncer préalablement aux autorités de la concurrence les comportements qu'elle envisage d'adopter et qui sont susceptibles d'être qualifiés de restrictions illicites à la concurrence et passibles d'une sanction directe. Aucune sanction n'est prononcée du fait du comportement concerné si les autorités en matière de concurrence n'interviennent pas dans le délai imparti. Dans la pratique, la procédure d'opposition, introduite en 2004, a été très utilisée jusqu'en 2011, à raison d'une bonne vingtaine de cas par an en moyenne, avant d'être délaissée au cours de la dernière décennie, avec seulement deux cas par an au maximum. La présente révision permettrait de mettre la disposition « en conformité avec la pratique » et de la rendre plus attrayante, en particulier pour l'économie numérique, où de nouvelles formes de coopération dans le domaine des données impliquant des informations de nature concurrentielle peuvent s'accompagner d'incertitudes juridiques.

Si la nécessité de la procédure d'opposition est peu contestée, sa forme actuelle pose néanmoins des problèmes à deux égards.

D'une part, le délai légal de cinq mois est perçu comme trop long. Sur des marchés dynamiques notamment, les entreprises ne sont guère motivées à envisager sérieusement une annonce. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose de raccourcir à deux mois le délai légal de la procédure d'opposition, durant lequel les autorités de la concurrence doivent décider s'il convient de mener une enquête préalable ou d'ouvrir directement une enquête. À défaut, le risque de sanction pour le comportement annoncé tombe définitivement. Le raccourcissement du délai de décision encouragerait les entreprises à faire usage de la procédure d'opposition.

D'autre part, il est prévu que le risque de sanction demeure seulement en cas d'ouverture d'une enquête formelle au sens de l'art. 27 LCart, et non plus à compter de l'ouverture d'une enquête préalable (informelle) au sens de l'art. 26 LCart. Les entreprises pourront ainsi mettre en œuvre le comportement annoncé durant l'enquête préalable sans risque de sanction. Le Secrétariat de la COMCO pourra quant à lui analyser les effets concrets que produit la restriction à la concurrence mise en œuvre sur le marché et décider en toute connaissance de cause si une

⁴⁷ Cf. FF 2021 757.

enquête est nécessaire. Durant l'enquête préalable, le Secrétariat de la COMCO est uniquement lié par le délai d'ordre prévu à l'art. 44a, al. 1, AP-LCart.

Cette amélioration de la procédure d'opposition a déjà été proposée dans le projet de révision de 2012 et n'a alors en principe pas été sujette à controverse.

2.1.4 Introduction de délais d'ordre pour les procédures administratives

Dans le cadre de la mise en œuvre de la motion 16.4094 Fournier, le Conseil fédéral propose l'introduction dans la LCart de délais d'ordre pour les procédures administratives devant les autorités de la concurrence et les tribunaux. Partant du constat que les procédures administratives peuvent durer plusieurs années, ce qui entraîne des coûts importants pour les entreprises et les tribunaux, il convient de prévoir des délais d'ordre qui se traduisent par une accélération effective des procédures. Toutefois, l'introduction de délais peut induire une baisse de la qualité des investigations et des décisions, et susciter des questionnements quant à l'indépendance de la justice et à l'égalité de traitement. Aucun motif objectif ne semble justifier que les procédures fondées sur la LCart soient favorisées au détriment de la durée d'autres procédures (de droit administratif). La motion 16.4094 Fournier ne s'exprime pas sur une durée maximale précise de la procédure de droit des cartels. En moyenne, une procédure peut, depuis l'ouverture de l'enquête par la COMCO jusqu'à la décision de dernière instance, durer 8 années⁴⁸.

Le Conseil fédéral propose de limiter sur le principe cette durée maximale totale à 5 années, depuis l'ouverture de l'enquête formelle (sans prendre en compte l'enquête préalable) jusqu'à la décision exécutoire de toutes les instances. Son projet prévoit par conséquent l'introduction de délais d'ordre sur la base du principe « se conformer ou s'expliquer » (*comply or explain*) : 60 mois au total sont répartis à raison de 30 mois pour la COMCO, 18 mois pour le Tribunal administratif fédéral (TAF) et 12 mois pour le TF. Un délai plus long est accordé à la COMCO du fait qu'une charge de travail plus importante lui est imputée pour l'établissement des faits (délimitation du marché, analyse du marché et de la concurrence, p. ex.). En cas de renvoi à l'instance précédente, le délai d'ordre est fixé à chaque fois à 12 mois compte tenu du fait que la grande partie des clarifications nécessaires ont en principe déjà été menées dans la première appréciation. Ainsi, à toutes les étapes de la procédure, les autorités sont tenues de se conformer à des délais d'ordre. L'objectif est de permettre un traitement plus rapide des cas. La révision vise par ailleurs à renforcer la sécurité juridique et à diminuer les conséquences financières et en matière de réputation que peuvent avoir des procédures s'étendant sur de nombreuses années.

2.1.5 Introduction d'indemnités pour les coûts des procédures administratives

La deuxième exigence adoptée de la motion 16.4094 Fournier concerne l'allocation de dépens aux parties à une procédure administrative. Les procédures administratives de droit des cartels sont souvent complexes, longues et coûteuses pour les entreprises. Le Parlement souhaite que la LCart prévoie désormais une indemnité pour les entreprises concernées en fonction de l'issue de la procédure. Il faut préciser ici que, si la priorité est accordée aux procédures fondées sur la LCart, ce sera au détriment de la durée d'autres procédures (de droit administratif). D'autres procédures administratives (p. ex. dans le domaine de l'organisation du territoire ou des marchés financiers) peuvent elles aussi être longues, complexes et onéreuses. Aucun motif objectif ne justifie une inégalité de traitement du fait d'un traitement prioritaire des procédures de droit des cartels.

Il convient de relever que la LCart ne contient pas de règle spécifique prévoyant un dédommagement de droit administratif. Selon le principe fixé à l'art. 39 LCart, c'est la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁴⁹ qui s'applique pour les procédures administratives de droit des cartels. L'allocation de dépens n'est pas régie par un principe général de procédure ni usuelle, en particulier dans les procédures administratives de première

⁴⁸ Propres calculs.

⁴⁹ RS 172.021

instance, raison pour laquelle elles doivent reposer sur une base légale explicite⁵⁰. Le droit en vigueur définit les modalités de l'allocation des dépens dans la procédure de recours (devant le TAF : art. 64 PA en relation avec l'art. 37 LTAF⁵¹ ; devant le TF : art. 68 LTF⁵²). Par conséquent, l'exigence de la motion implique une modification de la LCart afin que la possibilité d'allouer des dépens aux entreprises pour la première instance déjà y soit réglée. Concrètement, la réglementation proposée permettra d'accorder une indemnité aux entreprises concernées si tout ou partie de la procédure d'enquête ouverte conformément à l'art. 27 LCart a été classée sans suite par les autorités de la concurrence. La nouvelle règle doit ainsi pallier les contraintes procédurales des enquêtes cartellaires qui demandent une analyse précise et qui peuvent durer par conséquent plusieurs années. Les entreprises auront désormais la possibilité d'être dédommagées pour les coûts des procédures administratives, en fonction de l'issue de ces dernières.

2.1.6 Révision de l'art. 5 LCart

La motion 18.4282 Français, transmise par le Parlement, demande au Conseil fédéral de clarifier l'art. 5 LCart. Elle fait suite à l'arrêt du TF dans la cause *Gaba*⁵³.

Arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Gaba

Le TF a retenu que les accords particulièrement nuisibles en termes de concurrence énoncés à l'art. 5, al. 3 et 4, LCart (accords horizontaux sur le prix, la quantité et le territoire et accords verticaux sur les prix et la protection territoriale absolue) atteignent *en règle générale* le seuil de notabilité⁵⁴, c'est-à-dire satisfont *en principe* au critère de l'atteinte notable⁵⁵ au sens de l'art. 5, al. 1, LCart. Ce critère constitue donc une clause de minimis⁵⁶. Désireux d'alléger la tâche de la COMCO, le législateur n'avait pas prévu d'examen complet et nuancé du caractère notable au cas par cas. Ainsi, une évaluation distincte sur le plan économique n'est effectuée que dans le cadre de l'examen des motifs d'efficacité économique (de même, l'art. 6 LCart porte uniquement sur la question de l'efficacité économique et non sur celle du caractère notable⁵⁷). Il s'agit en l'occurrence de déterminer si un accord restreignant la concurrence produit ou non des effets positifs⁵⁸. Ce qu'il faut retenir, c'est que l'arrêt *Gaba* n'entraîne pas de changements en ce qui concerne le fardeau de la preuve : la COMCO doit, comme auparavant, apporter la preuve de l'existence d'un accord en matière de concurrence conformément à l'art. 4, al. 1, LCart.

Les cinq types d'accord énoncés revêtent certes un caractère notable, mais ne sont pas systématiquement illicites pour autant. En réalité, une fois la notabilité constatée, il s'agit d'examiner l'efficacité économique de l'accord en question. Ce n'est qu'en l'absence de motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5, al. 2, LCart qu'un accord qui affecte de manière notable la concurrence est illicite en vertu de l'art. 5 LCart.

⁵⁰ Cf. ATF 132 II 47 consid. 5.2 p. 62.

⁵¹ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32).

⁵² Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110).

⁵³ ATF 143 II 297 consid. 5.1.4

⁵⁴ ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.2.5

⁵⁵ ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.6 ; voir aussi à ce sujet la procédure parallèle *Gebro Pharma Sàrl contre Commission de la concurrence*, arrêt du TF 2C_172/2014 du 4 avril 2017 consid. 2.3.

⁵⁶ ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1

⁵⁷ ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.1.4

⁵⁸ ATF 143 II 297 *Gaba* consid. 5.3.2

Traitement des consortiums sous l'angle de la LCart

Les débats parlementaires sur la motion 18.4282 Français ont essentiellement porté sur le traitement des consortiums en droit des cartels, en particulier dans la branche de la construction. D'aucuns craignaient en effet que la jurisprudence du TF ne considère désormais la plupart des consortiums comme illicites ou en tout cas que la légalité de leur constitution ne soit grevée d'une grande incertitude juridique.

En l'espèce, la question centrale sur le plan du droit cartellaire est de savoir si les consortiums représentent des « accords en matière de concurrence » au sens de la LCart (cf. art. 4, al. 1, LCart). Si un consortium est de toute évidence un contrat (c.-à-d. une convention ou un accord dans le langage courant), il ne constitue généralement pas un accord en matière de concurrence au sens de la LCart. Un tel accord n'existe que s'il « vis[e] ou entraî[n]e une restriction à la concurrence » (art. 4, al. 1, LCart). Or la plupart des consortiums ne répondent pas à cette définition. Au contraire, cette forme de coopération favorise la concurrence en permettant à des entreprises (surtout des PME) de soumettre une offre pour un projet et de mener celui-ci à terme. La notion d'atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5, al. 1, LCart ne s'y applique donc pas. Il revient aux autorités de la concurrence de prouver l'existence d'un accord restreignant la concurrence ; c'est à elles seules qu'incombe le fardeau de la preuve. Malgré les craintes suscitées, l'arrêt du TF dans l'affaire *Gaba* n'a en rien modifié ces règles.

Les consortiums peuvent être illicites selon le droit des cartels s'ils restreignent la concurrence, notamment en limitant le nombre des soumissionnaires (p. ex. lorsque les entreprises de construction participant à une procédure sur invitation se réunissent en consortium pour ne pas se faire concurrence alors qu'elles seraient chacune en mesure d'exécuter seules le mandat). La plupart de ces accords ne sont en fait pas des consortiums, mais des cartels de soumission au sens de la LCart, ce qu'il incombe aux autorités de la concurrence de prouver. La clarification de l'art. 5 LCart dans le sillage de l'arrêt *Gaba* concerne seulement la question du « caractère notable ». Or, dans le cas des accords de soumission, cette question ne jouait déjà aucun rôle dans la pratique avant l'arrêt *Gaba* : de telles ententes étaient déjà réputés affecter de manière notable la concurrence du fait qu'elles allaient toujours de pair avec une occupation importante du marché concerné par les parties prenantes (sinon, les cartels déguisés en consortiums n'auraient pas beaucoup de sens pour les entreprises participantes). L'arrêt *Gaba* n'entraîne donc de durcissement de l'évaluation des consortiums ni sous l'angle juridique théorique ni dans la pratique effective des autorités de la concurrence depuis lors.

Proposition de mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

La motion demande de « clarifier » l'art. 5 LCart afin d'accroître la sécurité juridique pour les entreprises. Les débats parlementaires ont mis en évidence le fait que les craintes d'une sécurité juridique insuffisante concernaient surtout la création de consortiums⁵⁹. Même si la pratique relative à l'art. 5 LCart n'est pas liée à la thématique des consortiums (cf. encadré ci-dessus), le Conseil fédéral propose, en réponse au souhait explicite du Parlement, une révision de l'art. 5, al. 1, LCart prévoyant la prise en compte de critères quantitatifs pour juger de l'impact des accords verticaux ou horizontaux durs en matière de concurrence. Il renonce cependant à fixer des seuils statiques en raison surtout de la diversité et de la complexité de la vie économique et de la grande marge d'interprétation inhérente à la délimitation du marché. Il opte donc pour une solution flexible quant à la définition d'une limite, pour le critère quantitatif, propre à établir le caractère notable dans le cas d'espèce.

Avec cette règle, il s'agit d'examiner les aspects économiques de chaque accord horizontal ou vertical dur pour lequel la présomption de suppression d'une concurrence efficace peut être

⁵⁹ Cf. p. ex. interventions des conseillers aux États Feller et Noser lors de la séance du 15 décembre 2020 (BO 2020 E 1374 ss.).

réfutée, sous l'angle tant du caractère notable que, comme jusqu'ici, de la justification par des motifs d'efficacité économique. La demande formulée dans la motion est ainsi satisfaite.

Une telle révision présente cependant des inconvénients considérables pour les entreprises et les autorités (autorités de la concurrence et tribunaux). Outre une plus grande insécurité juridique et un surplus de travail pour les autorités de la concurrence et les tribunaux, elle réduit à néant les efforts déployés par le Parlement pour simplifier les procédures administratives fondées sur la LCart conformément à la motion 16.4094 Fournier, de même que ceux du Conseil fédéral en matière de droit civil des cartels.

Enfin, cette révision serait aussi en contradiction avec le contre-projet indirect du Parlement à l'initiative pour des prix équitables, qui a entraîné un abaissement sensible du seuil d'intervention en matière d'abus du pouvoir de marché. Introduire l'obligation d'analyser les effets économiques sur le plan quantitatif au cas par cas pour les deux accords verticaux durs en matière de concurrence visés à l'art. 5, al. 4, LCart tendrait dans les faits à favoriser le cloisonnement du marché suisse par des entreprises nationales ou étrangères. Ces dernières empêcheraient les importations en Suisse par des montages contractuels, ce que cherchent justement à éviter les nouvelles dispositions concernant le pouvoir de marché relatif en cas de comportement unilatéral de certaines entreprises qui se situent en dessous du seuil de dominance du marché. Une évaluation plus permissive des accords horizontaux ou verticaux durs entraînerait une diminution de la pression concurrentielle en Suisse et, partant, une hausse des prix.

Autres variantes examinées

D'autres variantes de mise en œuvre ont été rejetées après examen. Leur teneur et les motifs de leur abandon sont décrits dans les grandes lignes ci-après.

D'abord, l'innocuité de principe des consortiums a été examinée sous l'angle de la loi en combinaison avec l'interdiction faite aux autorités en matière de concurrence d'examiner les cas d'importance minimale dans le sillage de la décision du Conseil des États dans le cadre de la révision avortée de la LCart de 2012⁶⁰. Cette variante tiendrait certes compte des inquiétudes évoquées concernant la création de consortiums et l'examen des cas d'importance minimale par les autorités en matière de concurrence – comme le réclame d'ailleurs sur le fond la motion 18.4282 Français –, mais pas de la demande expresse de ladite motion de réviser l'art. 5 LCart.

Ensuite, la demande de la motion 18.4282 Français pourrait être prise en compte par le biais d'une révision de la communication PME⁶¹. Seulement, la COMCO ne peut statuer dans le cadre de communications que sur sa propre pratique et celle des tribunaux selon les dispositions en vigueur de la LCart. Après que le TF a qualifié, dans son arrêt *Gaba*, les accords durs en matière de concurrence de conventions affectant de manière notable la concurrence, la COMCO est obligée de tenir compte de cette interprétation de la cour suprême. Cela dit, la question des consortiums pourrait être réglée par une modification consistant à codifier la pratique actuelle (en particulier concernant l'art. 4, al. 1, LCart). Il n'en reste pas moins que la COMCO est une autorité indépendante qui ne saurait être chargée par le Conseil fédéral d'adapter une communication ou d'en publier une nouvelle.

Enfin, le Conseil rejette l'idée d'édicter une ordonnance (concernant les PME) selon l'art. 6, al. 1 (let. e), LCart. En l'espèce, on peut se référer pour l'essentiel aux explications figurant dans le paragraphe précédent.

⁶⁰ L'art. 27, al. 1^{bis}, P-LCart, était libellé comme suit : « Les restrictions qui affectent de manière négligeable la concurrence ne sont pas examinées. »

⁶¹ Communication de la COMCO du 19 décembre 2005 relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint (communication PME), disponible sur www.comco.admin.ch > Législation et documentation > Communications / Notes explicatives > Communication PME du 19 décembre 2005.

2.2 Questions liées à la mise en œuvre

Les dispositions de droit matériel révisées ne semblent poser aucun problème de mise en œuvre. Toute une série d'États européens connaissent des dispositions similaires sans que leur contenu ait laissé apparaître des difficultés d'application. Seule l'introduction du test SIEC pourrait générer un travail accru dans le cadre de concentrations d'entreprises problématiques exigeant un examen approfondi (en moyenne 2 sur les quelque 30 concentrations annoncées chaque année⁶²).

Les deux exigences adoptées de la motion 16.4094 Fournier ne devraient pas non plus poser de problème. Simplement, leur mise en œuvre entraînera une certaine pression sur les autorités de la concurrence et les tribunaux (introduction de délais d'ordre) ainsi que des dépenses supplémentaires à la charge de la Confédération (allocation de dépens dans les procédures administratives de première instance).

La mise en œuvre de la motion 18.4282 Français entraînera un surcroît de travail pour les autorités de la concurrence et les tribunaux de même qu'un allongement des procédures. En outre, les critères quantitatifs à déterminer au cas par cas pour juger du caractère notable de l'atteinte s'accompagnera en toute logique d'une plus grande insécurité juridique. Pour le reste, cet élément de la révision ne pose aucun problème de mise en œuvre.

3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Remarques de principe

Les éléments repris dans le présent projet de consultation induisent un rapprochement avec le droit des cartels de l'UE. Ce ne serait toutefois pas le cas des exigences de la motion 18.4282 Français, qui feraient au contraire apparaître de nouvelles différences par rapport au droit de l'UE.

Contrôle des concentrations

Concernant le contrôle des concentrations, un test tel que le test SIEC est devenu un standard international. Depuis la révision du règlement de l'UE sur les concentrations⁶³ en 2004, la Commission européenne applique explicitement le test SIEC pour analyser les concentrations. Suite à ce changement, de plus en plus d'États membres de l'UE ont révisé leur test pour harmoniser leur législation avec celle de l'UE. La grande majorité des États membres de l'UE, à l'exception de l'Italie et de l'Autriche, sont passés du test de dominance au test SIEC. Pour certains pays, la transition a été plus rapide et moins discutée que pour d'autres. En Allemagne par exemple, où le test de dominance était la norme de contrôle, certains ajustements ont été apportés en 2005 avant l'adoption du test SIEC en 2013⁶⁴. Contrairement à la majorité des États membres de l'UE, la France, l'Irlande, l'Espagne, la Hongrie et Malte appliquent un test mesurant la diminution significative de la concurrence (*Significant Lessening of Competition*, SLC⁶⁵). Ces pays n'ont pas eu besoin de modifier leur régime pour aligner leur norme de contrôle sur celle de l'UE, du fait que les tests SIEC et SLC sont similaires, dans le sens où ils ne mettent pas l'accent sur la structure du marché, mais sur les effets de la concentration sur la situation concurrentielle⁶⁶. Le Royaume-Uni et les États-Unis appliquent eux aussi le test SLC. Le traitement des concentrations d'entreprises s'étendant à la Suisse et aux marchés de l'EEE devrait s'en trouver largement simplifié en Suisse dans la mesure où ces concentrations auront déjà

⁶² Calculs basés sur les données des rapports annuels 2011 à 2019 de la COMCO, disponibles sur www.comco.admin.ch > Jurisprudence > Rapports annuels.

⁶³ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (règlement CE sur les concentrations) ; JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

⁶⁴ Monopolkommission, 2012, *Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht*.

⁶⁵ Le test SIEC est une sorte de test hybride entre le test SLC et le test de dominance, puisqu'il prend en considération les effets sur la situation concurrentielle ainsi que l'entrave à une concurrence efficace (cf. aussi étude Polynomics et Prager Dreifuss, 2020, p. 8).

⁶⁶ Botteron, V., 2020, *Le contrôle des concentrations d'entreprises : analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain*, thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, p. 340 ss.

occupé les autorités de l'UE. Dans ce cas de figure, il en résulte une reprise des jugements européens.

Suite à l'introduction du test SIEC dans l'UE en 2004, il n'y a pas eu de changement majeur observé dans la pratique⁶⁷. Le taux d'intervention est resté stable⁶⁸, et la sécurité juridique n'a pas connu d'effet négatif.

Concernant le standard de bien-être utilisé dans l'analyse, il convient de noter que les autorités de contrôle des concentrations des États-Unis⁶⁹ et de l'UE⁷⁰ sont guidées par une norme de bien-être des consommateurs. Le Canada, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, par exemple, suivent en revanche la norme de bien-être global.

Droit civil des cartels

Le renforcement du volet civil du droit des cartels est une préoccupation partagée à l'échelle internationale. L'UE confère une grande importance à cette branche du droit et l'a durablement consolidée au cours des vingt dernières années. À côté de divers arrêts importants de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁷¹, la directive de l'UE sur les dommages et intérêts adoptée en 2014 constitue un jalon crucial. Cette dernière énonce un vaste éventail de mesures visant une harmonisation minimale étendue des régimes nationaux de droit civil des cartels. Les États membres de l'UE avaient jusqu'à fin 2016 pour transposer la directive dans leur droit interne ; les expériences réalisées depuis lors dans ce domaine semblent positives, et la crainte, souvent exprimée, d'une multiplication des procédures judiciaires ne s'est pas matérialisée. Même aux États-Unis, où la culture en matière d'actions civiles est très ancrée, le droit civil des cartels est depuis longtemps considéré comme essentiel à une mise en œuvre efficace du droit des cartels.

La présente révision vise à renforcer le droit civil des cartels en Suisse également, même si les éléments prévus restent bien en-deçà de la réglementation européenne (telle qu'elle existe depuis l'entrée en vigueur de la directive de l'UE sur les dommages et intérêts précitée). La Suisse va plus loin que la directive de l'UE sur un seul point, à savoir la réduction des sanctions administratives en cas de versement d'une indemnité aux lésés.

Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

La mise en œuvre de la motion 18.4282 Français crée une divergence par rapport au droit de l'UE. En vertu de celui-ci, les contrats horizontaux ou verticaux durs en matière de concurrence sont toujours considérés comme ayant un caractère notable (le droit de l'UE parle d'accords restreignant « sensiblement » la concurrence). L'UE inclut un cercle beaucoup plus large d'accords durs et verticaux (accords contenant des « restrictions caractérisées »), à l'instar, semble-t-il, du droit interne des États membres⁷².

⁶⁷ OCDE, 2009, Roundtable on the Standard for Merger Review, with a Particular Emphasis on Country Experience with the Change of Merger Review Standard from the Dominance Test to the SLC/SIEC Test, p. 8 ; Röller, L. H., et de la Mano, M., 2006, « The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control », *European Competition Journal*, pp. 9-28 ; Kuhn, T., 2020, « The 15th Anniversary of the SIEC Test Under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand? Part 1 », *Journal for Competition Law* 2020, 1, pp. 1-51 et « The 15th Anniversary of the SIEC Test Under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand? Part 2 », *Journal for Competition Law* 2020, 153, pp. 153-214.

⁶⁸ Botteron, V., 2020, *Le contrôle des concentrations d'entreprises : analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain*, thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, p. 345. ; étude Swiss Economics, 2017, p. 35.

⁶⁹ Ginsburg, D. H., 2014, « Bork's "Legislative Intent" and the Courts », *Antitrust Law Journal*, vol. 79, n° 3, p. 949.

⁷⁰ Botteron, V., 2020, *Le contrôle des concentrations d'entreprises : analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain*, thèse présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, p. 28 ss.

⁷¹ Cf. en particulier arrêt du 20 septembre 2001 C-453/99 *Courage contre Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465 ; arrêt du 13 juillet 2006 C-295/04 *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

⁷² Cf. à ce sujet notamment l'« harmonisation totale » (factice) à grande échelle des règles cartellaires applicables aux accords en matière de concurrence conformément à l'art. 3, par. 1 et 2, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

4 Commentaire des dispositions

Restrictions illicites à la concurrence (chap. 2, sect. 1)

Art. 5 Accords illicites

Al. 1, 2^e phrase (nouvelle)

La réglementation proposée, qui met en œuvre la motion 18.4282 Français, permet de clarifier au niveau légal que le caractère notable de l'atteinte résultant d'un accord en matière de concurrence doit toujours être examiné à l'aune de critères qualitatifs et de critères quantitatifs. La pondération de ces critères s'effectue au cas par cas, dans le cadre d'une évaluation globale. Ainsi, il se peut qu'une entrave grave sous l'angle qualitatif soit notable même si ses conséquences sont minimales d'un point de vue quantitatif. Inversement, une entrave ayant des conséquences importantes d'un point de vue quantitatif peut être notable, même si elle n'est pas grave sous l'angle qualitatif. À l'instar du texte de la motion, la formulation de la disposition est délibérément ouverte, en particulier parce que 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.

Concentrations d'entreprises (chap. 2, sect. 2)

Art. 9 Notification des opérations de concentration

Al. 1^{bis} (nouveau)

Une partie des concentrations d'entreprises notifiées aux autorités en matière de concurrence concerne des opérations internationales. Du fait de leur caractère transfrontalier, de telles concentrations sont évaluées en parallèle par les autorités en matière de concurrence de différents États, ce qui entraîne une utilisation des ressources inefficace pour les entreprises et les autorités concernées en raison de doublons. La modification proposée à l'art. 9, al. 1^{bis}, AP-LCart devrait permettre d'éviter la démultiplication des efforts.

Dans l'UE⁷³ et dans l'EEE⁷⁴, les concentrations réputées « de dimension communautaire » sont examinées par la seule Commission européenne. Autrement dit, dans ces cas-là, aucun examen n'est effectué par les autorités des États membres de l'UE ou de l'EEE. Compte tenu des relations économiques étroites de notre pays avec l'UE et l'EEE et de l'application du même instrument d'analyse (le test SIEC), il semble peu probable que l'examen d'une concentration en Suisse donne des résultats très différents de ceux obtenus dans l'UE ou l'EEE. Ainsi, lorsqu'une concentration d'entreprises lui est notifiée, la Suisse peut choisir unilatéralement de se placer dans la position d'un État membre de l'UE ou de l'EEE et renoncer à examiner elle-même ladite concentration. Par ailleurs, la simplification résultant de la réglementation proposée profite aussi aux entreprises. Il appartient aux entreprises participantes de déterminer si l'opération de concentration remplit les conditions permettant de renoncer à une notification, autrement dit si chacun des marchés de produits concernés comprend la Suisse et l'UE ou l'EEE.

Al. 1^{ter} (nouveau)

Sous l'angle du droit des cartels, l'obligation de notifier les concentrations d'entreprises dont les produits ou les services concernent des marchés comprenant au moins la Suisse et l'UE/l'EEE devrait être simplifiée à l'avenir. En effet, dans la mesure où les instances de l'UE interdisent les concentrations ou ne les autorisent qu'à certaines conditions dans ces marchés, une telle décision déploie ses effets dans l'ensemble de l'UE et de l'EEE, indépendamment du pays. Une appréciation par les autorités suisses s'avère inutile dans de tels cas⁷⁵. Il suffit que

⁷³ Cf. règlement CE sur les concentrations (cf. note 63).

⁷⁴ Cf. art. 57, par. 2, let. a, de l'Accord EEE.

⁷⁵ Le risque théoriquement envisageable qu'une entreprise s'engage dans l'EEE à adopter un comportement qu'elle ne respecte pas en Suisse semble acceptable, d'autant que les autorités suisses en matière de concurrence ont toujours la possibilité de s'appuyer sur les art. 5 et 7 LCart pour intervenir a posteriori contre des restrictions à la concurrence.

la COMCO soit informée par les entreprises du processus de concentration en cours et de la décision de l'UE. L'art. 9, al. 1^{er}, AP-LCart prévoit l'obligation d'annoncer à la COMCO tout projet de concentration notifié à la Commission européenne dans un délai de 10 jours. Cette annonce permet aux autorités en matière de concurrence de vérifier de façon simple et rapide la vraisemblance des conditions d'exemption de l'obligation de notifier la concentration en Suisse. Dans le cas où les autorités estimerait qu'une telle notification est néanmoins nécessaire, on peut s'attendre, en vertu du principe de la confiance, à une réaction rapide de leur part vis-à-vis des entreprises participantes. Si, au moment de la notification, les entreprises ont considéré à tort que les conditions prévues à l'art. 9, al. 1^{bis}, AP-LCart étaient réalisées, mais que le contraire s'est avéré lors de l'évaluation de la concentration par la Commission européenne (p. ex. parce qu'il est apparu que certains des marchés étaient des marchés nationaux), les entreprises doivent alors annoncer a posteriori la concentration également en Suisse.

Al. 5

En vertu de l'art. 9, al. 5, LCart, l'Assemblée fédérale peut, par voie d'arrêté de portée générale non soumis au référendum, adapter aux circonstances les montants fixés à l'art. 9, al. 1 à 3, et assortir de conditions spéciales l'obligation de notifier des concentrations d'entreprises dans certaines branches de l'économie. Le législateur a entre autres justifié l'instauration de cette prérogative par la possibilité d'une intervention rapide. Or, depuis son entrée en vigueur, cette disposition n'a jamais été utilisée par l'Assemblée fédérale. Son principal avantage réside dans le fait que l'adaptation des montants en question ne requiert aucune modification au niveau légal, autrement dit qu'il n'est pas nécessaire de passer par le processus législatif ordinaire. Son utilité n'ayant pas été démontrée, le Conseil fédéral est d'avis que cette disposition peut être abrogée, d'autant que le Parlement peut modifier à tout moment l'ensemble des dispositions du droit des cartels, y compris les seuils fixés à l'art. 9 LCart.

Art. 10 *Appréciation des concentrations d'entreprises*

Al. 1 et 2

La communauté internationale reconnaît aujourd'hui largement la nécessité de disposer, pour le contrôle des concentrations d'entreprises, d'instruments qui puissent empêcher les concentrations préjudiciables à l'économie nationale. Sont susceptibles de nuire à l'économie nationale notamment les concentrations d'entreprises qui interviennent sur des marchés concentrés, c'est-à-dire caractérisés entre autres par le fait que certaines entreprises détiennent des parts de marché élevées. L'art. 7 LCart (contrôle des abus) fournit certes un instrument permettant, dans certains cas, de corriger ou d'atténuer après coup les effets anticoncurrentiels des concentrations d'entreprises, mais on s'accorde à dire que ce contrôle des abus ne saurait remplacer le contrôle structurel qui représente le noyau du contrôle des concentrations.

Le contrôle actuel des concentrations tient insuffisamment compte des effets anticoncurrentiels. La modification de l'art. 10, al. 1 et 2 AP-LCart (recourir au test SIEC appliqué par les autorités de l'UE) permettra un examen exhaustif des effets négatifs et positifs d'une concentration. La formulation de l'art. 10 AP-LCart, en particulier l'emploi du terme « entraver », s'appuie sur la formulation de l'UE et non pas sur l'art. 7 LCart. Il en va de même pour l'adjectif « significatif », qui est tiré du règlement CE sur les concentrations. Si le choix lexical est identique dans les versions françaises et italiennes du règlement CE sur les concentrations et de l'AP-LCart – « significatif » en français et « significativo » en italien –, ce n'est pas le cas en allemand : la réglementation proposée emploie « signifikant » au lieu de reprendre l'adjectif « erheblich » utilisé dans le droit de l'UE. Cette divergence linguistique vise à marquer la distinction par rapport au terme « Erheblichkeit » (« caractère notable ») figurant à l'art. 5, al. 1, LCart (dans le droit de l'UE, c'est « spürbar » qui est utilisé dans le contexte de l'examen des accords en matière de concurrence selon l'art. 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE). Comme le contrôle actuel des concentrations d'entreprises, le test SIEC s'accompagne de la possibilité d'interdire des concentrations, ou de les assortir de charges et de conditions. Doré-

navant, une interdiction ou une autorisation sous conditions ou charges sera ponctuellement possible en cas d'entrave significative à la concurrence, même s'il n'y a pas création ou renforcement d'une position dominante.

Par analogie avec la réglementation éprouvée de l'UE, le passage au test SIEC s'accompagne de la prise en compte des gains d'efficacité d'une concentration d'entreprises (art. 10, al. 2, let. b, AP-LCart), supprimant ainsi une faiblesse du régime actuel. Pour autant que les gains d'efficacité compensent les effets négatifs de la concentration pour le consommateur, les autorités de la concurrence doivent autoriser la concentration. Les motifs d'efficacité doivent être démontrés par les entreprises. Leur prise en considération implique également le choix d'un niveau de bien-être ou du standard de bien-être à appliquer. Concernant l'art. 10 AP-LCart, le Conseil fédéral propose de recourir à un standard dynamique de bien-être des consommateurs (l'autorité européenne de la concurrence, comme diverses autres autorités, n'applique pas le standard du bien-être total dans le contrôle des concentrations). Ce standard met l'accent sur la maximisation durable du bien-être des consommateurs et impose de tenir compte non seulement des effets statiques, mais aussi des effets dynamiques importants (si une concentration d'entreprises produit p. ex. des synergies en recherche-développement qui se répercutent sinon immédiatement, du moins à moyen terme et de façon avérée sur les prix des produits ou des services, ces avantages peuvent être pris en compte). Pour que les gains d'efficacité puissent être intégrés dans l'appréciation d'une concentration d'entreprises, ils doivent être à la fois *vérifiables* et *propres à la concentration*, deux exigences qui s'ajoutent au fait que les consommateurs doivent également bénéficier des avantages induits.

Avec l'introduction du test SIEC, les concentrations qui ont des effets anticoncurrentiels et dont les effets négatifs ne sont pas compensés par des gains d'efficacité pourront être empêchées plus efficacement que sous le régime actuel. En outre, la comparaison internationale montre que le passage au test SIEC n'a pas une grande incidence sur le taux d'intervention (cf. ch. 3), la sécurité juridique et la complexité, et que les expériences sont dans l'ensemble positives⁷⁶. Le test SIEC permet d'identifier plus aisément les concentrations qui posent problème et de procéder à un examen détaillé de leurs effets négatifs et positifs. Dans un souci d'exhaustivité, il convient toutefois de préciser que les enquêtes visées ici se rapportent au test de dominance « classique » (selon lequel une concentration peut être interdite si elle crée ou renforce une position dominante) et non au test de dominance « qualifiée » appliqué en Suisse (selon lequel une concentration ne peut être interdite que si elle crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace).

La Suisse ne doit pas non plus s'attendre à de grands changements en termes de sécurité juridique, de complexité et de charge de travail. Ainsi, les travaux d'appréciation des autorités de la concurrence restent en principe les mêmes dans leur conception, sauf en ce qui concerne la prise en compte des gains d'efficacité. La COMCO pourra en outre s'appuyer sur la vaste pratique juridique de l'UE (notamment les lignes directrices de la Commission européenne⁷⁷). Pour ce qui est de la notification d'une opération de concentration, la charge pour les entreprises devrait rester dans le cadre actuel, puisque, à part les motifs d'efficacité, elles devront remettre les mêmes informations que celles exigées par le contrôle en vigueur.

Concernant les concentrations qui s'avèrent problématiques et qui doivent faire l'objet d'un examen approfondi (en moyenne 2 concentrations sur environ 30 notifiées chaque année⁷⁸), la charge pour les entreprises et les autorités de la concurrence sera plus élevée en raison de la modification des critères d'appréciation. Les concentrations qui ne posent pas de problème n'entraîneront, quant à elles, qu'une faible charge supplémentaire. S'agissant du taux d'intervention, il faut noter que les seuils d'intervention seront, d'une part, abaissés par l'application du test SIEC et, d'autre part, relevés par la prise en compte de l'efficacité. Si l'on considère

⁷⁶ OCDE, 2009, Roundtable on the Standard for Merger Review, with a Particular Emphasis on Country Experience with the Change of Merger Review Standard from the Dominance Test to the SLC/SIEC Test, p. 8.

⁷⁷ Commission européenne, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ; JO C 31 du 5.2.2004, p. 5.

⁷⁸ Calculs basés sur les données des rapports annuels 2011 à 2019 de la COMCO, disponibles sur www.comco.admin.ch > Jurisprudence > Rapports annuels.

l'expérience internationale, le taux d'intervention reste en principe identique avec le passage au test SIEC. Cependant, comme le contrôle des concentrations appliqué aujourd'hui en Suisse ne prend, selon une appréciation largement partagée, guère en compte les effets anti-concurrentiels, le nouveau critère pourrait conduire à une légère augmentation du taux d'intervention.

Étant donné que les valeurs seuils qui entraînent l'obligation de notifier ne sont pas abaissées, aucune modification quant au nombre de concentrations devant être notifiées n'est attendue.

Dispositions de procédure civile (chap. 3)

Art. 12 Actions découlant de restrictions illicites à la concurrence

La formulation actuelle de l'art. 12, al. 1, LCart restreint aux personnes entravées dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci le droit d'intenter une action devant un tribunal civil. Cette limitation pose problème, car le préjudice résultant d'une restriction illicite à la concurrence est souvent reporté en aval du marché par le biais d'une majoration des prix et répercuté, au bout du compte, sur les clients finaux qui, selon l'actuel art. 12, al. 1, LCart, n'ont pas qualité pour agir. Il est dès lors judicieux d'étendre expressément la légitimation active à toutes les personnes ou entités touchées par une restriction illicite à la concurrence, en particulier aux consommateurs et aux pouvoirs publics (adjudicateurs de marchés publics, p. ex.). Les organisations de consommateurs peuvent agir si les consommateurs leur cèdent leurs prétentions conformément aux règles générales applicables en droit civil. Elles peuvent en outre s'annoncer afin de participer à une enquête ouverte par la COMCO, conformément à l'art. 43, al. 1, let. c, LCart. La réglementation proposée remplace l'entrave à la concurrence par la menace ou l'atteinte aux intérêts économiques des personnes concernées, ce qui exige de modifier le titre de l'art. 12 LCart, de reformuler l'al. 1, let. a, et de biffer l'al. 2, qui n'a plus de raison d'être. Le critère de l'« intérêt économique » vise à restreindre la qualité pour agir aux personnes ou entités qui sont directement affectées ou menacées par la restriction à la concurrence en cause. La même condition figure à l'art. 9, al. 1, LCD, selon lequel celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou celui qui en est menacé peut faire valoir différentes prétentions civiles. Le TF comprend cette condition de la LCD comme impliquant une participation propre à la concurrence économique et exigeant du demandeur un intérêt immédiat à préserver ou à améliorer sa position concurrentielle grâce au succès de l'action intentée⁷⁹. Une relation de concurrence n'est en revanche pas requise⁸⁰. Une activité économique n'est pas non plus nécessaire, si bien que les consommateurs peuvent eux aussi faire valoir des prétentions. Cela étant, des intérêts abstraits, par exemple, ne sont pas suffisants pour fonder la légitimation active. De même, les personnes touchées indirectement, comme les actionnaires, n'ont pas qualité pour agir⁸¹.

Par ailleurs, les trois actions civiles prévues par le droit en vigueur en cas de restriction illicite à la concurrence sont complétées par une action en constatation de l'illicéité qui s'inspire de l'art. 9, al. 1, let. c, LCD et de l'art. 28a, al. 1, ch. 3, CC et qui rappelle la LCart de 1985. L'action en constatation de l'illicéité est inscrite à l'art. 12, al. 1, let. b, AP-LCart.

L'actuel al. 3 est abrogé. Cette disposition, qui remonte à la LCart de 1985, est contraire au système actuel dans la mesure où elle fonde une responsabilité civile du fait d'un comportement licite sous l'angle du droit administratif des cartels.

⁷⁹ ATF 126 II 239 consid. 1a

⁸⁰ ATF 121 III 168 consid. 3b

⁸¹ Cf. ATF 90 IV 39 s'agissant de la qualité pour déposer plainte pénale en vertu de l'actuel art. 23 LCD.

Art. 12a (nouveau) Prescription

Les actions prévues à l'art. 12, al. 1, let. a et b, AP-LCart, à savoir la cessation, la suppression et la constatation, ne se prescrivent pas. Par contre, selon l'opinion dominante, le délai de prescription relatif visé à l'art. 60 du code des obligations (CO)⁸² s'applique aux prétentions découlant d'une restriction illicite à la concurrence fixées à l'art. 12, al. 1, let. c et d, AP-LCart. Le nouveau droit de la prescription⁸³ entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020 prévoit, à l'art. 60 CO, un délai de prescription relatif de trois ans (contre un an auparavant) pour les actions (civiles) découlant d'actes illicites. Cela étant, dans bien des cas, ce délai plus généreux ne suffit pas pour garantir dans les faits la possibilité d'engager des actions consécutives (à savoir des actions civiles intentées à la suite d'une décision des autorités en matière de concurrence), car les procédures administratives durent souvent plus de trois ans. Même si l'instauration de délais d'ordre devrait accélérer les procédures, il ne faut pas s'attendre à ce que l'ensemble du processus soit ramené à moins de trois ans. Il est dès lors judicieux de prévoir une suspension de la prescription des actions en dommages-intérêts (droit civil) pendant la durée de la procédure d'enquête (droit administratif). Concrètement, la prescription est suspendue entre l'ouverture d'une enquête par les autorités en matière de concurrence conformément à l'art. 27 LCart (ou par la Commission européenne, dans le cas d'une enquête ouverte en vertu de l'accord sur le transport aérien) et la décision exécutoire, ou ne commence à courir qu'après celle-ci. Cette règle s'applique aussi bien au délai de prescription relatif qu'au délai de prescription absolu. Conformément à l'art. 134, al. 2, CO, la prescription commence à courir ou reprend son cours ultérieurement. La formulation choisie couvre aussi bien les créances des lésés directs que celles des lésés indirects. Elle inclut également la créance d'un lésé contre un autre participant à l'infraction au droit des cartels que celui personnellement visé par l'enquête. De la même manière, la créance éventuelle d'un lésé à l'encontre d'une autre société du groupe que celle visée par l'enquête est comprise si cette autre société est présumée appartenir à l'« entreprise » au sens de l'art. 2, al. 1^{bis}, LCart ayant commis l'infraction au droit des cartels. La possibilité d'attendre désormais la fin de la procédure menée devant les autorités compétentes en matière de concurrence protège les entreprises impliquées dans une procédure administrative contre des actions civiles précipitées, d'une part, et permet d'autre part aux lésés de faire valoir plus facilement leurs prétentions civiles, ce qui renforce le volet civil du droit des cartels dans son ensemble. Enfin, la réglementation proposée permet d'éviter que les personnes qui enfreignent le droit des cartels soient tentées de porter la décision de la COMCO devant les tribunaux dans le seul but d'échapper à des actions en dommages-intérêts.

Art. 13 Exercice des actions en suppression ou en cessation de la restriction à la concurrence

Comme dans le projet avorté de révision de la LCart de 2012, il est proposé de modifier l'art. 13 LCart. Le TF⁸⁴ part du principe que les comportements relevant du droit des cartels sont nuls *ex tunc* au plus tard à compter de l'application des sanctions directes. C'est pourquoi l'art. 13, let. a, AP-LCart remplace la formulation « [décider que] des contrats sont nuls » (*ex nunc*) par « constater que des contrats sont nuls » (*ex tunc*). Les adaptations formelles de la let. b découlent de la modification de l'art. 12 LCart, qui règle la qualité pour agir. Elles n'ont aucune incidence sur le plan matériel.

⁸² RS 220

⁸³ Des informations complémentaires concernant le projet de révision sont disponibles sur www.parlement.ch > Travail parlementaire > Curia Vista > Recherche > 13.100.

⁸⁴ ATF 134 III 438 consid. 2.1 s.

Enquêtes concernant des restrictions à la concurrence (chap. 4, sect. 2)

Art. 27 Ouverture d'une enquête

Al. 1

La modification proposée à l'al. 1, 2^e phrase, clarifie le fait que le DEFR ne peut inviter le Secrétariat de la COMCO à ouvrir une enquête que s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence. Tel qu'il est formulé actuellement, l'art. 27, al. 1, 2^e phrase, LCart implique que cette condition ne doit être remplie qu'en cas d'ouverture d'une enquête par le Secrétariat de la COMCO d'entente avec un membre de la présidence de la COMCO et non en cas d'ouverture d'une enquête à l'invitation du DEFR.

Examen des concentrations d'entreprises (chap. 4, sect. 3)

Art. 32 Ouverture de la procédure d'examen

Al. 3 (nouveau)

Dans le cas de concentrations transnationales d'entreprises, les différences de réglementation entre la Suisse et l'UE posent des problèmes de coordination tant aux entreprises qu'aux autorités en matière de concurrence, ce qui occasionne des frais administratifs. Dans l'UE, les délais prévus sont plus longs et peuvent en outre être prolongés (p. ex. lors de l'examen de charges et de conditions ou à la demande des entreprises). La modification proposée maintient le délai principal, mais aménage la possibilité de compenser les différences de délais entre la Suisse et l'UE par le biais de prolongations, afin d'éviter des décisions contradictoires. Pour que la COMCO ne puisse pas prolonger le délai de son propre chef, une telle prolongation suppose l'accord des entreprises notifiantes. Les « justes motifs » exigés par la loi pour prolonger le délai (notamment l'examen de charges et de conditions, l'harmonisation avec la procédure européenne relative à la concentration) devront être prévus après la présente révision partielle dans l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises⁸⁵. La prolongation du délai est du ressort de la COMCO ou de sa chambre pour les concentrations d'entreprises. Compte tenu des jours fériés de la Commission européenne, une prolongation de délai d'un mois au plus pourrait être accordée.

Art. 33 Procédure d'examen

Al. 2

Par analogie avec l'actuel art. 32, al. 2, LCart, le complément de phrase « à la demande des entreprises notifiantes » garantit que l'initiative d'une réalisation provisoire de la concentration (avant la décision de la COMCO) incombe aux entreprises. Cela correspond par ailleurs à la pratique actuelle. Les autres adaptations sont d'ordre linguistique et n'entraînent aucune modification matérielle.

Al. 4 (nouveau)

Par analogie avec l'art. 32 AP-LCart et pour les mêmes motifs, une prolongation de délai est également prévue pour l'examen approfondi des concentrations d'entreprises. Il est prévu que le délai puisse, en Suisse, être prolongé de 2 mois au plus. La prolongation du délai est du ressort de la COMCO ou de sa chambre pour les concentrations d'entreprises.

Art. 34 Effets juridiques

En raison de la possibilité de prolonger le délai (art. 32, al. 3, et art. 33, al. 4, AP-LCart), un renvoi à ces deux nouvelles dispositions est ajouté à l'art. 34 AP-LCart.

⁸⁵ RS 251.4

Procédures et voies de droit (sect. 4)

Art. 39 Principe

Al. 2 (nouveau)

Le nouvel al. 2 transfère du DEFR à la COMCO la qualité pour recourir devant le TF contre les décisions du TAF (cf. art. 42, al. 3, AP-LCart). Cette disposition tient compte tant des exigences du TF en matière de base légale formelle que de la volonté du Conseil fédéral de préserver l'indépendance de la COMCO dans le cadre des procédures de recours devant le TF.

Art. 42 Mesures d'enquête

Al. 2

L'extension des mesures d'enquête aux fouilles de personnes s'avère nécessaire, car l'expérience a montré que les collaborateurs d'une entreprise visée par une perquisition pouvaient être tentés de cacher sur eux d'éventuels moyens de preuve. À défaut de base légale permettant de procéder à une fouille, effectuée en général par des représentants de la police cantonale, de tels objets (ainsi que d'autres moyens de preuve que les personnes portent sur elles en temps normal, comme les téléphones portables) seraient hors de la portée des responsables de l'enquête. Par ailleurs, la réglementation proposée prévoit explicitement que même les objets de l'entreprise qui ne sont pas clairement affectés aux locaux commerciaux, comme les véhicules, peuvent être fouillés par les autorités en matière de concurrence. Ces instruments peuvent être utilisés par toutes les organes d'enquête qui effectuent des perquisitions en application des art. 45 à 50 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)⁸⁶. La fouille de personnes ou d'objets doit, comme les perquisitions et les saisies, être ordonnée par un membre de la présidence, sur proposition du secrétariat. Dans la version allemande, le terme spécifique « Hausdurchsuchungen » (équivalent de « perquisitions domiciliaires ») doit dès lors être remplacé à l'art. 42, al. 2, 3^e phrase, par le terme générique « Durchsuchungen » (qui recouvre les notions de perquisition et de fouille). Sur la base de la délégation de pouvoir octroyée par un membre de la présidence, le Secrétariat de la COMCO peut décider, une fois sur place, quelles personnes et quels objets doivent être fouillés.

Al. 3 (nouveau)

À la différence du principe prévu à l'art. 39 LCart, les recours formés contre les décisions relatives aux mesures de contrainte visées à l'art. 42, al. 2, AP-LCart (perquisitions, fouilles et saisies) doivent être adressés à la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (TPF), qui statue aussi dans d'autres domaines sur de tels recours. Le fait que le TAF ne participe pas dès la phase de l'enquête à la vérification de la licéité de certaines mesures de contrainte (notamment l'examen de la condition liée au caractère suffisant des charges) permet d'éviter toute partialité potentiellement problématique sous l'angle du droit ainsi que des redondances dans la procédure judiciaire (entre le TPF et le TAF). Les dispositions de la DPA s'appliquent à la procédure de recours devant le TPF. Tout comme celles du TAF, les décisions sur recours rendues par le TPF peuvent être attaquées par la COMCO devant le TF. La réglementation proposée donne une base juridique claire à la qualité pour recourir et garantit l'indépendance de la COMCO dans le cadre des procédures de recours devant le TF.

Art. 42a Enquêtes lors de procédures engagées au titre de l'accord sur le transport aérien entre la Suisse et l'UE

L'art. 42a AP-LCart fait l'objet d'une adaptation formelle. Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du traité de Lisbonne, la dénomination officielle « Communauté européenne » a été remplacée par « Union européenne ».

⁸⁶ RS 313.0

Art. 44a (nouveau) Délais d'ordre

La motion 16.4094 Fournier demande de fixer des délais pour les tribunaux dans les procédures administratives. Dans un souci de cohérence, le projet du Conseil fédéral introduit des délais à toutes les étapes de la procédure, y compris celles impliquant les autorités en matière de concurrence. La réglementation proposée pourrait mettre davantage sous pression les autorités en matière de concurrence et les tribunaux. Afin que la sécurité juridique demeure garantie, les droits des parties à la procédure et la qualité des décisions doivent rester intacts malgré les contraintes de temps supplémentaires. C'est pourquoi des délais d'ordre sont préférables à des délais immuables. Il convient par ailleurs de relever qu'une priorisation des procédures fondées sur la LCart aurait pour effet d'allonger la durée d'autres procédures (administratives). Or aucun motif objectif ne justifie une telle inégalité de traitement.

Al. 1

La motion ne précise pas quelle doit être la durée des délais d'ordre. Le Conseil fédéral est d'avis que la durée maximale de l'ensemble de la procédure (toutes instances confondues) ne devrait en principe pas dépasser 5 ans. Aussi propose-t-il de fixer à un total de 60 mois, sur la base du principe « se conformer ou s'expliquer », le délai d'ordre entre l'ouverture d'une enquête et la décision exécutoire de la dernière instance, et de le répartir comme suit : 30 mois pour la COMCO (al. 1, let. b), 18 mois pour le TAF (al. 1, let. c) et 12 mois pour le TF (al. 1, let. e). L'AP-LCart prévoit un délai de 12 mois pour les enquêtes préalables (al. 1, let. a). Ainsi, des délais d'ordre sont instaurés pour toutes les étapes de la procédure, laquelle devrait ainsi gagner en rapidité et en prévisibilité.

Même si la motion 16.4094 Fournier ne le demande pas, le Conseil fédéral propose, s'agissant du contrôle des fusions, de fixer un délai de traitement des recours devant le TAF (al. 1, let. d). Les concentrations sont soumises à d'importantes contraintes de temps. Les entreprises concurrentes devant pouvoir compter sur des décisions claires et rapides, des délais sont impartis à la COMCO pour examiner les concentrations. Si les entreprises ne sont pas d'accord avec une décision prise par la COMCO (en cas d'interdiction ou d'autorisation assortie de charges et de conditions), elles doivent pouvoir la contester rapidement par voie judiciaire. Une procédure de recours trop longue dissuade, dans certains cas, les entreprises de recourir. Il convient donc d'introduire un délai de trois mois imparti au TAF pour statuer sur les recours, délai qui commence à courir dès le dépôt du recours. De l'art. 34 AP-LCart, il ressort *a contrario* qu'il s'agit d'un délai d'ordre (et non d'un délai de péremption comme pour la COMCO), dans le sens d'un appel à l'instance de recours de statuer de manière rapide.

Al. 2

En cas de renvoi à l'autorité précédente, le délai d'ordre est de 12 mois quelle que soit l'instance, car une grande partie des clarifications nécessaires ont en principe déjà été effectuées au moment de la première appréciation.

Al. 3

L'allongement de la durée d'une procédure imputable aux parties visées par l'enquête, en particulier à une prolongation de délai, à une procédure de recours contre une décision de procédure ou à une mise sous scellés selon l'art. 50, al. 3, DPA, prolonge en conséquence les délais mentionnés aux al. 1 et 2.

Al. 4

Lorsqu'une enquête nécessite plus de temps en raison de sa grande complexité, les autorités en matière de concurrence et les tribunaux sont tenus de communiquer par écrit aux participants à la procédure les motifs pour lesquels le délai n'a pas été respecté, et ce, immédiatement après l'expiration dudit délai.

Sanctions administratives (sect. 6)

Art. 49a Sanction en cas de restrictions illicites à la concurrence

Al. 3 et 4 (nouveaux ; procédure d'opposition)

La présente révision confirme la conception fondamentale de la procédure d'opposition adoptée en 2003 par le législateur (l'annonce de restrictions à la concurrence libère du risque de sanction tant qu'aucune procédure n'est ouverte). La procédure d'opposition n'est plus réglée à l'al. 3, mais dans un nouvel al. 4 qui lui est entièrement consacré. C'est pourquoi l'al. 3, let. a, est abrogé. Deux modifications sont par ailleurs apportées afin d'améliorer, dans la pratique, le fonctionnement de la procédure d'opposition, tant pour les entreprises que pour les autorités en matière de concurrence.

Premièrement, le délai dans lequel les autorités en matière de concurrence doivent agir est ramené de cinq à deux mois. Le comportement annoncé perd donc définitivement tout caractère punissable pour autant que les autorités compétentes n'ouvrent ni enquête préalable ni enquête dans les deux mois suivant l'annonce. Si, ultérieurement, le comportement s'avère malgré tout contraire au droit des cartels, il ne peut être interdit que pour l'avenir, et toute sanction est exclue.

Deuxièmement, seule l'ouverture d'une enquête formelle au sens de l'art. 27 LCart fait désormais subsister le risque d'une sanction. Après l'ouverture d'une enquête préalable informelle (art. 26 LCart), l'entreprise a donc la possibilité d'adopter le comportement concerné jusqu'à l'ouverture éventuelle d'une enquête formelle sans risquer de sanction. Le but visé est de pouvoir juger, sur la base des effets sur le marché, si, dans les cas délicats annoncés, à savoir ceux qui ne peuvent être qualifiés d'emblée de tolérables ou d'interdits, il y a ou non restriction illicite de la concurrence.

Si, à l'issue d'une enquête préalable, la COMCO parvient à la conclusion qu'il existe effectivement des indices donnant à penser que le comportement annoncé (le cas échéant sous une forme modifiée) constitue une restriction illicite à la concurrence, elle informe l'entreprise qu'elle est sur le point d'ouvrir une enquête, pour lui laisser la possibilité de réagir. L'entreprise peut donc encore renoncer au comportement restreignant la concurrence ou le modifier (éventuellement d'entente avec la COMCO). Si l'entreprise maintient la restriction à la concurrence telle quelle malgré l'ouverture d'une enquête formelle et que cette restriction s'avère effectivement contraire à la LCart (art. 49a LCart) par la suite, elle encourt alors le risque d'une sanction.

Al. 5 (nouveau ; prise en compte des dommages-intérêts versés dans le calcul du montant de la sanction)

Selon le droit en vigueur, la COMCO ne peut atténuer la sanction que si des dommages-intérêts ont été versés avant sa décision. Les critères de calcul du montant de la sanction figurent à l'actuel art. 49a, al. 1, LCart. En particulier, les montants versés à titre de dommages-intérêts peuvent être pris en compte dans le cadre de la « gravité de l'infraction » ou du « profit présumé » que l'entreprise a réalisé grâce à la restriction illicite de la concurrence, ou sur la base des dispositions des art. 2, 3 et 6 de l'ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions LCart (OS LCart)⁸⁷. Pour déterminer le degré de réduction de la sanction ou le montant du remboursement, il convient de tenir compte des circonstances du cas d'espèce, et notamment de l'importance des prestations versées et du moment de leur versement (avant ou après la décision de la COMCO, p. ex.) : plus les éventuelles indemnités sont élevées et versées tôt dans la procédure, plus elles auront de poids dans le calcul du montant de la sanction. Par exemple, la COMCO a réduit de quelque 3 millions de francs (d'env. 14 millions à quelque 11 millions) la somme des amendes prononcées dans le dossier « Strassenbau », qui concernait des ententes conclues entre 2004 et 2010 par douze entreprises de construction routière du nord et du sud des Grisons, car neuf des douze entreprises avaient conclu, avant même la décision de la COMCO, des accords de règlement avec des victimes de leur cartel.

⁸⁷ RS 251.5

Ces entreprises s'y engageaient à verser environ 6 millions de francs au total au canton des Grisons et aux communes concernées⁸⁸.

Si une entreprise frappée de sanction au terme de la procédure administrative verse volontairement (c.-à-d. sans y être obligée par un tribunal civil) par la suite des dommages et intérêts, elle peut adresser une demande de révision à la COMCO ou à l'instance de recours qui a rendu la décision finale. La COMCO ou l'instance de recours peut alors réduire la sanction administrative de manière appropriée ou, si l'entreprise a déjà payé, ordonner la restitution d'une partie appropriée. En droit des cartels, les amendes ont à la fois une fonction punitive et une fonction confiscatoire. Lorsqu'une entreprise ayant violé le droit des cartels indemnise totalement ou partiellement ses victimes, il convient de réduire en conséquence la part confiscatoire de la sanction. Les prestations versées ne sont pas intégralement prises en compte, mais le sont tout de même « de manière appropriée ». Cette réglementation vise à inciter les entreprises ayant enfreint des dispositions du droit des cartels à rechercher le plus tôt possible dans la procédure un accord amiable global avec les personnes lésées par la restriction illicite à la concurrence. Dans la pratique, les relations d'affaires entre les auteurs et les victimes d'une infraction au droit des cartels subsistent souvent après la découverte et la sanction d'une restriction illicite à la concurrence. La réglementation proposée contribue donc aussi à la paix juridique. Contrairement à la formulation choisie dans la révision avortée de 2012, le Conseil fédéral propose de prendre en compte uniquement les dommages-intérêts versés « spontanément » par l'entreprise. L'objectif est double : il s'agit, d'une part, de favoriser les règlements extrajudiciaires et, d'autre part, d'éviter que, même en cas de règlement extrajudiciaire entre les parties, ces dernières doivent obtenir une décision formelle d'un tribunal civil, ce qui aurait été le cas si la formulation du projet de 2012 avait été reprise.

Émoluments et dépens (sect. 7)

Modifications formelles de la section 7

L'introduction du nouvel art. 53b AP-LCart, qui règle les dépens, nécessite de modifier en conséquence le titre de la section 7. Elle entraîne également une modification formelle à l'art. 53a LCart, qui doit être doté d'un titre, puisque cet article n'est plus le seul de la section 7.

Art. 53a Émoluments

Al. 1

À l'art. 53a, al. 1, let. a, LCart, l'expression « décisions relatives aux enquêtes concernant des restrictions à la concurrence » est remplacée par « procédures ». Cette modification clarifie le fait que des émoluments peuvent aussi être perçus pour des enquêtes préalables selon l'art. 26 LCart, lesquelles ne se concluent pas par une décision (notamment en cas d'arrêt de la procédure suite à un changement de comportement des entreprises ; *a contrario* art. 53a, al. 1^{bis}, let. b, AP-LCart). Elle n'entraîne aucun changement sur le plan matériel. Par la même occasion, l'art. 53a, al. 1, let. c, LCart est complété afin d'inscrire expressément dans la loi la pratique actuelle incontestée des autorités en matière de concurrence s'agissant de la perception d'émoluments pour les conseils et les procédures d'opposition.

Al. 1^{bis} (nouveau)

Le nouvel art. 53a, al. 1^{bis}, AP-LCart vise à inscrire au niveau légal les dispositions figurant actuellement aux art. 2 et 3, al. 2, de l'ordonnance du 25 février 1998 sur les émoluments LCart (OEmol-LCart)⁸⁹. La LCart contient ainsi désormais une réglementation claire, tant en ce qui concerne l'obligation de verser des émoluments découlant du principe de causalité (1^{re} phrase) qu'en ce qui concerne les cas dans lesquels aucun émolument n'est perçu, notamment en raison du principe de la partie qui succombe (2^e phrase).

⁸⁸ Cf. rapport annuel 2019 de la COMCO à l'attention du Conseil fédéral, p. 6.

⁸⁹ RS 251.2

Art. 53b (nouveau) Dépens

La motion 16.4094 Fournier demande que des dépens soient alloués à toutes les étapes de la procédure. Le droit suisse ne prévoit en principe pas de dépens dans les procédures administratives de première instance. La seule exception figure à l'art. 115, al. 1, de la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx)⁹⁰. L'auteur de la motion 16.4094 estime que les procédures administratives fondées sur la LCart sont particulièrement complexes, longues et onéreuses et qu'elles représentent une charge financière considérable pour les PME concernées. Il considère dès lors qu'une réglementation particulière est justifiée.

Il n'existe actuellement aucune disposition relative à une indemnité spécifique pour les parties aux procédures de droit cartellaire. L'art. 39 LCart renvoie à la PA, laquelle prévoit à son art. 64 des dépens pour les procédures de recours. Le nouvel art. 53b AP-LCart, qui se base sur l'art. 64 PA, introduit une indemnité pour les coûts de la procédure administrative dès la première instance.

Al. 1

Lorsque tout ou partie d'une procédure d'enquête selon l'art. 27 LCart est classée sans suite, une indemnité peut être versée d'office ou sur demande aux parties concernées. Pour éviter que la procédure de recours ne soit fractionnée et, partant, que des décisions contradictoires ne soient rendues, l'allocation des dépens doit être fixée dans la décision finale, ce qui est d'ailleurs usuel dans d'autres dispositions de procédure (comme l'art. 421 du code de procédure pénale [CPP]⁹¹). Les conditions donnant droit à une indemnité doivent reposer sur les éléments présentés ci-dessous et tirés de la pratique en vigueur en matière de dépens (notamment l'art. 64 PA).

La formulation de l'art. 53b, al. 1, AP-LCart s'inspire de l'art. 64, al. 1, PA. Selon cette disposition, la COMCO ou l'instance de recours peut, d'office ou sur demande, accorder une indemnité aux parties concernées par une enquête selon l'art. 27 LCart dès l'ouverture de celle-ci, pour autant que la procédure dirigée contre elles soit entièrement ou partiellement classée. Sur le modèle de l'art. 99 DPA, il est prévu que l'allocation de dépens puisse être entièrement ou partiellement refusée aux parties qui ont provoqué l'enquête par leur faute ou qui ont entravé ou prolongé la procédure sans raison.

Dans la pratique, la COMCO se contente parfois d'indiquer dans les considérants qu'une infraction non sanctionnable à la LCart a été commise, sans ordonner de mesures comportementales, en raison par exemple de l'absence de risque de récidive. Dans un tel cas, les frais de procédure sont quand même mis à la charge de la partie, puisque celle-ci a enfreint la LCart et occasionné la procédure. La mention « sans suite » précise que la partie concernée n'a alors pas droit à une indemnité. En cas de classement partiel de la procédure, par exemple si seulement l'un des soupçons a été confirmé, il est envisageable de réduire les dépens alloués.

Al. 2

L'al. 2 précise, à l'instar de l'art. 95, al. 3, CPC, ce que comprennent les dépens, à savoir les débours nécessaires et le défraiement nécessaire d'un représentant professionnel.

Al. 3

Pour régler les modalités, dont les grandes lignes sont tracées dans l'avant-projet, et fixer les tarifs, il est prévu que le Conseil fédéral modifie l'OEmol-LCart ; une délégation de compétence est expressément inscrite à cette fin dans la loi.

⁹⁰ RS 711

⁹¹ RS 312.0

Art. 57 Procédure et voies de droit

Al. 1

Une modification formelle est effectuée à l'art. 57 LCart afin de citer la DPA selon la pratique en vigueur. Elle n'a aucune incidence sur le plan matériel.

Évaluation (chap. 6a)

Art. 59a Évaluation

La publication du rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009 concernant l'évaluation de la LCart et la suite à donner au dossier concrétise l'actuel article relatif à l'évaluation. Le Conseil fédéral considère que la marche à suivre actuelle a fait ses preuves et propose de prévoir, à intervalles périodiques, une évaluation de l'efficacité et des mesures de la LCart à l'intention du Parlement. En effet, une évaluation périodique permet au Conseil fédéral et au Parlement d'examiner l'orientation de la législation sur les cartels et, le cas échéant, de la redéfinir. Le Conseil fédéral impliquera la COMCO dans la réalisation de cette évaluation.

Art. 62 Dispositions transitoires

Al. 1

L'al. 1 prévoit que l'ancien droit reste applicable aux procédures d'examen des concentrations d'entreprises engagées à la date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, et ce tant pour les dispositions matérielles que pour les dispositions procédurales.

Al. 2

Selon l'al. 2, les nouvelles dispositions relatives aux délais d'ordre (art. 44a AP-LCart) et aux dépens (art. 53b AP-LCart) s'appliquent uniquement aux procédures ouvertes par la COMCO après leur entrée en vigueur.

Al. 3

L'al. 3 prévoit que le délai de cinq mois applicable selon le droit actuel aux procédures d'opposition (cf. art. 49a, al. 5, AP-LCart) reste valable si l'annonce a été déposée avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. Il permet d'éviter que l'entrée en vigueur de la LCart révisée, où le délai est ramené à deux mois, n'entraîne l'échéance d'un délai qui courrait encore sous l'ancien droit. À part en ce qui concerne le délai, les nouvelles dispositions sont applicables dès leur entrée en vigueur à ces procédures. Les entreprises qui s'annoncent en retirent l'avantage que le risque de sanction ne naît qu'au moment de l'ouverture d'une enquête formelle (art. 27 LCart).

Al. 4

Pour les prétentions découlant d'une restriction à la concurrence au sens de l'art. 5 ou de l'art. 7 LCart qui fait l'objet d'une procédure fondée sur l'art. 27 LCart, l'empêchement ou la suspension de la prescription selon l'art. 12a AP-LCart prend effet au moment de l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition. Conformément à l'al. 4, les prétentions prescrites demeurent prescrites⁹². Il ne serait en effet guère compatible avec la sécurité juridique que de telles prétentions redeviennent opposables à la suite de l'entrée en vigueur de l'art. 12a AP-LCart. En revanche, si une prétention n'est pas encore prescrite à la date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, l'art. 12a AP-LCart lui est applicable.

⁹² Par analogie avec l'ATF 124 III 266.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération

Les conséquences financières pour la Confédération résultent uniquement de la mise en œuvre de la motion 16.4094 Fournier concernant l'allocation de dépens dans les procédures administratives de première instance. Désormais, si tout ou partie de la procédure d'enquête a été classée sans suite par les autorités de la concurrence, des dépens seront alloués aux entreprises concernées, à la charge de l'État, même en première instance.

Au cours des 15 dernières années, la COMCO a mené des enquêtes contre quelque 350 entreprises. S'agissant des dossiers clos, l'exigence de la motion 16.4094 Fournier aurait été applicable à une soixantaine de cas. De plus, de nombreuses procédures judiciaires (une centaine) sont encore pendantes, si bien que le nombre d'indemnités auparavant théoriques va encore augmenter. Faute de précédent, il n'y a pas encore de données fiables sur le montant moyen des dépens par cas. En outre, les parties n'ont actuellement pas à transmettre de note de frais à la COMCO. Le Conseil fédéral estime que le montant des indemnités pourrait varier fortement d'un cas à l'autre. Par ailleurs, les procédures relevant du droit des cartels étant souvent coûteuses et dirigées contre plusieurs parties, elles sont susceptibles de donner lieu à des dépens conséquents. À relever toutefois que seuls les coûts effectifs devront être payés, des montants forfaitaires n'étant pas envisageables du fait de la disparité des procédures fondées sur la LCart.

On ne connaît actuellement que les coûts qui ont été occasionnés aux autorités de la concurrence dans le cadre de procédures de sanction et facturés aux entreprises concernées. Les dépenses de la COMCO et de son secrétariat s'élèvent à 124 880 francs⁹³ en moyenne par entreprise et par procédure d'enquête. On peut cependant présumer que les frais des parties dans les procédures administratives de première instance sont souvent plus élevés que ceux à la charge des autorités de la concurrence, notamment parce que les premières ne profitent pas d'effets de synergie. Comme déjà mentionné plus haut, l'exigence de la motion 16.4094 Fournier d'une indemnisation des procédures administratives de première instance aurait été applicable dans environ 60 des cas traités au cours des 15 dernières années, soit 4 cas par an en moyenne. Pour déterminer le montant à prévoir dans le budget du DEFR ou de la COMCO et compte tenu des procédures de recours en suspens évoquées plus haut, il convient donc de prévoir 2 cas supplémentaires par an à titre de marge de sécurité. Pour l'instant, seuls les coûts incombant à la COMCO et à son secrétariat sont connus, à savoir en moyenne 124 800 francs par entreprise et par procédure d'enquête. Par conséquent, on estime l'indemnité maximale à 4 fois ce montant, soit 500 000 francs par entreprise ayant obtenu gain de cause. Il en résulte une enveloppe annuelle de 3 millions de francs pour l'allocation de dépens dans les procédures administratives de première instance. Ces montants paraissent acceptables au regard des recettes que les sanctions génèrent pour la Confédération. Pour la période 2010-2020, les revenus ordinaires du compte d'État provenant de sanctions s'élèvent à 52 257 203 francs, et les revenus extraordinaires provenant de sanctions, à 594 269 105 francs. Au total, 47 cas ont donné lieu à des sanctions, dont 10 ont été inscrits aux revenus extraordinaires. En moyenne pluriannuelle, la Confédération encaisse ainsi environ 1,4 million de francs par cas si on compte seulement les revenus ordinaires et 13,7 millions de francs par cas si on inclut les revenus extraordinaires. Toutefois, ces chiffres varient fortement suivant la période considérée. En outre, la prise en compte des prétentions de droit civil dans le calcul des sanctions de droit administratif pourrait déboucher sur une réduction des recettes de la Confédération.

La révision partielle de la LCart ne devrait pas avoir d'incidence sur le personnel de la Confédération. Les dépenses supplémentaires induites par certaines modifications légales (contrôle des concentrations, procédure d'opposition, prise en compte des dommages-intérêts versés, p. ex.) peuvent être compensées par les ressources existantes. En particulier, il n'y a pas lieu d'escompter des dépenses ou des charges de personnel supplémentaires pour les autorités de la concurrence (COMCO et son secrétariat) ou pour les tribunaux (TF et TAF). L'introduction du test SIEC pour les concentrations d'entreprises devrait cependant impliquer

⁹³ Calculs basés sur les données de la COMCO.

un surcroît de travail pour la COMCO et son secrétariat durant la phase d'implémentation⁹⁴. En revanche, les adaptations du droit matériel dans le contrôle des concentrations n'engendreront pas de besoins supplémentaires en personnel et en moyens financiers qui ne puissent être couverts par le budget de la COMCO. Les nouveautés en matière de procédure d'opposition pourraient elles aussi entraîner un surcoût pour les autorités de la concurrence, car le nombre d'annonces et de procédures d'opposition subséquentes augmentera probablement. Au bout du compte, les dépenses supplémentaires énumérées pourront être couvertes par les ressources existantes.

Le renforcement du droit civil des cartels aura surtout des conséquences pour les tribunaux civils cantonaux et, partant, pour les cantons. Il est possible que le TF doive traiter davantage de dossiers relevant du droit civil des cartels, mais dans une très faible mesure.

La mise en œuvre proposée de la motion 18.4282 Français conduira à une certaine insécurité juridique, car elle va à l'encontre de la décision du TF dans l'affaire *Gaba*. Étant donné que des critères tant qualitatifs que quantitatifs devront être pris en compte, la charge de travail sera plus élevée pour les autorités de la concurrence et les tribunaux.

5.2 Conséquences pour les cantons et les communes, ainsi que pour les centres urbains, les agglomérations et les régions de montagne

Actuellement, l'application du droit des cartels s'effectue dans une large mesure par la voie du droit public, la compétence en incombant aux organes de la Confédération. Le renforcement du droit civil des cartels pourrait entraîner une sollicitation plus importante des tribunaux civils cantonaux. Toutefois, il est vraisemblable que les actions consécutives se régleront par une transaction conforme à l'issue de la procédure administrative et ne déboucheront qu'occasionnellement sur un procès civil. Il est dans l'intérêt des cantons de lutter contre les restrictions à la concurrence régionales contre lesquelles les autorités en matière de concurrence n'agissent pas, mais à l'encontre desquelles les clients finaux engagent une procédure de droit civil. Enfin, les cantons et les communes auront eux aussi qualité pour agir en justice, ce qui sera dans leur intérêt s'agissant en particulier des accords de soumission.

5.3 Conséquences économiques

5.3.1 Conséquences pour les différents acteurs économiques

Contrôle des concentrations

Le but du droit des cartels est avant tout de préserver l'efficacité de la concurrence. Le contrôle des concentrations joue un rôle important à cet égard, puisqu'il permet d'examiner *ex ante* les concentrations de marché susceptibles d'induire une restriction de la concurrence et, le cas échéant, de les interdire ou de ne les autoriser que sous certaines conditions. Le test de dominance du marché appliqué en Suisse n'atteint que partiellement l'effet préventif que vise le contrôle des concentrations. Cela s'explique en particulier par la prise en compte insuffisante des effets unilatéraux, lesquels ne sont pas considérés en dessous du seuil de dominance de marché. En font partie les hausses de prix, les baisses de qualité et les éliminations de concurrents consécutives à une concentration, autant d'effets pouvant déboucher sur des distorsions du marché. L'introduction du test SIEC – qui englobe les aspects tant négatifs que positifs d'une concentration – permet de lutter plus efficacement *ex ante* contre de telles distorsions.

Il est difficile d'évaluer l'impact économique concret qu'aura le passage au test SIEC en Suisse. Les expériences internationales suite à l'introduction du test SIEC sont généralement positives, et le taux d'intervention des autorités de la concurrence n'a en général pas connu de hausse (cf. ch. 3)⁹⁵. Cependant, compte tenu du seuil d'intervention relativement élevé dans le contrôle actuel des concentrations, il se pourrait que le taux d'intervention en Suisse augmente légèrement⁹⁶.

⁹⁴ Cf. étude Swiss Economics, 2017, p. 47.

⁹⁵ Étude Swiss Economics, 2017, p. 64.

⁹⁶ Étude Swiss Economics, 2017, p. 64.

Par ailleurs, le passage au test SIEC ne devrait pas conduire à une perte en matière de sécurité juridique. Si l'application du nouveau test impliquera une phase d'implémentation qui laissera au début certaines questions de mise en œuvre ouvertes, la pratique devrait rapidement éliminer ces incertitudes⁹⁷.

Le test SIEC selon le modèle de l'UE pourrait induire des coûts supplémentaires pour les entreprises, en particulier durant les phases d'implémentation et de transition. En effet, en raison de l'abaissement du seuil d'intervention, la COMCO examinera un plus grand nombre de projets de concentration de manière approfondie, même si la présente révision ne prévoit pas d'adaptation des seuils fondés sur le chiffre d'affaires. Ces coûts supplémentaires devraient cependant s'avérer limités une fois que les standards de l'examen seront établis en pratique. Pour les PME, en particulier, la modernisation du contrôle des concentrations ne devrait guère produire d'effets négatifs. Au contraire, les PME devraient largement profiter du test SIEC, car les tendances à la concentration qui nuisent à leurs marchés en amont ou en aval seront mieux prises en compte.

Par ailleurs, l'introduction du test SIEC aura des conséquences positives pour les consommateurs, car il examine de plus près les effets unilatéraux même en dessous du seuil de dominance du marché, comme les futures hausses de prix consécutives à des concentrations d'entreprises intervenant sur des marchés concentrés.

Enfin, renoncer à un traitement autonome des concentrations internationales, c'est-à-dire des concentrations qui comprennent au moins la Suisse et l'EEE, entraîne une simplification administrative pour les entreprises.

Volet civil du droit des cartels

La proposition modérée de refonte du volet civil du droit des cartels permet aux personnes affectées par des restrictions à la concurrence de mieux faire valoir leurs droits elles-mêmes, indépendamment de l'ordre de priorité fixé par les autorités, et de se faire indemniser pour le dommage subi. Cela pourrait intensifier la concurrence sur les marchés locaux, ce qui est favorable aux entreprises, en particulier aux PME, et aux consommateurs. De plus, la modification du volet civil du droit des cartels pourrait endiguer la discrimination par les prix qui défavorise la clientèle suisse par rapport à celle des pays voisins, pour autant que les entreprises concernées agissent elles-mêmes contre des livraisons croisées entravées au sein de réseaux de distributeurs.

Procédure d'opposition

L'amélioration de la procédure d'opposition répond au souhait, exprimé à plusieurs reprises, que la procédure puisse mieux remplir le rôle que lui a assigné le législateur. Le raccourcissement du délai conduit immédiatement à un accroissement de la sécurité juridique pour les entreprises, en particulier sur les marchés dynamiques. Dans le cas de démarches jugées sans risque apparent par la COMCO ou ne concernant pas d'état de fait directement punissable, les entreprises qui auraient des doutes sur la licéité de leur projet recevront dans un délai de deux mois la confirmation qu'elles ne courent aucun risque de sanction en mettant en œuvre leur projet. La deuxième modification peut notamment engendrer pour les entreprises une diminution de l'effet inhibiteur sur les investissements de la menace de sanction. Étant donné que le risque de sanction n'existera désormais qu'à partir de la communication de l'ouverture d'une enquête, la période pendant laquelle le projet peut être mis en œuvre impunément est allongée, et l'entreprise a la possibilité de revoir son comportement en fonction des conséquences sur le marché et donc d'échapper à toute sanction. Ainsi, l'entreprise ne se voit pas contrainte de renoncer à un comportement potentiellement licite.

Délais d'ordre

L'introduction de délais d'ordre dans la loi accélérera les procédures relevant du droit des cartels de sorte que les entreprises concernées, en particulier, pourront disposer plus rapidement de décisions exécutoires. Avec, pour corollaire, une plus grande sécurité juridique.

⁹⁷ Étude Swiss Economics, 2017, p. 40.

Dépens

Les parties à une procédure verront leur charge financière allégée par des dépens dans les procédures de droit administratif si elles ne sont pas responsables de l'ouverture d'une enquête. Cette mesure soulage les entreprises en général et les PME en particulier dans le cas où l'issue de la procédure leur est favorable. Selon le droit applicable, les parties ne peuvent prétendre à des indemnités dans une procédure devant la COMCO et son secrétariat ; elles peuvent y prétendre seulement si l'affaire est portée devant un tribunal. Or les procédures sont généralement très complexes, longues et coûteuses et représentent une charge considérable, surtout pour les PME. Garantir une indemnisation des parties dans toute procédure administrative en matière de concurrence en fonction de son issue et, ainsi, réduire les coûts à leur charge peut avoir un effet très positif, notamment sur les petites entreprises.

Révision de l'art. 5 LCart

La mise en œuvre de la proposition de révision de l'art. 5 LCart sur la base de la motion 18.4282 Français autorise certains accords horizontaux ou verticaux durs en matière de concurrence, quelle que soit leur efficacité économique. La prise en compte de critères quantitatifs dans l'examen du caractère notable des accords durs aura vraisemblablement un impact sur la durée de la procédure, car elle devrait induire des dépenses supplémentaires considérables pour les autorités de la concurrence et les tribunaux comme pour les entreprises concernées, de même qu'une hausse des frais de procédure et de défense. Ces effets seraient contraires à la demande exprimée dans la motion 16.4094 Fournier, à savoir simplifier et accélérer les procédures administratives du droit des cartels. De surcroît, l'analyse au cas par cas des accords horizontaux ou verticaux durs entraînera une grande insécurité juridique pour les entreprises, ce qui pourrait se traduire par une hausse des coûts liés au conseil juridique et aux programmes de conformité visant à éviter les infractions au droit des cartels.

La légalisation de certains accords horizontaux ou verticaux durs (comme les restrictions contractuelles à l'importation en Suisse) et la diminution subséquente de la pression concurrentielle pourraient provoquer une majoration des prix des produits et services concernés, aussi bien pour les entreprises (en particulier les PME) que pour les consommateurs et les pouvoirs publics (adjudicateurs de marchés publics, p. ex.), qui devraient en quelque sorte financer la « rente cartellaire » des entreprises participantes. En outre, il sera beaucoup plus difficile pour les personnes ou entités lésées de faire valoir des prétentions civiles contre les auteurs potentiels de violations du droit des cartels. En effet, elles devront prouver le caractère notable de l'atteinte non seulement sous l'angle qualitatif, mais aussi sous l'angle quantitatif, ce qui est généralement impossible sans une analyse complète du marché et compromettrait les efforts déployés par le Conseil fédéral pour améliorer le volet civil du droit des cartels.

5.3.2 Conséquences pour l'économie dans son ensemble

Les modifications de droit matériel proposées améliorent l'effet préventif de la LCart ainsi que la sécurité juridique et l'efficacité de l'application de la LCart (amélioration de l'exécution), à l'exception de la mise en œuvre de la motion 18.4282 Français. Cette dernière impliquerait, pour les prochaines années (jusqu'aux décisions du TF), une insécurité juridique, une augmentation de la durée des procédures, une pression concurrentielle réduite et donc des prix plus élevés. Hormis la modification de l'art. 5 LCart demandée par la motion 18.4282 Français, les adaptations proposées dans ce projet de révision contribuent globalement à encourager la concurrence au sens d'un ordre orienté vers une économie de marché libérale. Le renforcement de la concurrence pourrait avoir des effets positifs sur la productivité et sur l'incitation à l'innovation, ce qui se répercuterait favorablement sur l'attrait de la Suisse et tendanciellement aussi sur la croissance du PIB suisse. Il devrait par ailleurs induire sur le long terme une baisse des prix sur les marchés concentrés du pays. Enfin, la réglementation proposée permettra de rapprocher le droit suisse des cartels des normes internationales (UE, États-Unis, etc.), un atout supplémentaire pour le positionnement de notre place économique.

5.4 Conséquences pour la société

Aucune conséquence pour la société n'est attendue.

5.5 Conséquences pour l'environnement

Le projet ne devrait pas avoir de conséquences sur l'environnement, étant donné que les adaptations proposées dans la LCart ne devraient pas avoir d'influence décisive sur les pratiques entrepreneuriales en matière d'environnement.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Les dispositions proposées se fondent sur l'art. 96, al. 1, Cst., selon lequel la Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et d'autres formes de limitation de la concurrence.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La révision partielle de la LCart ne contrevient ni aux obligations internationales de la Suisse, ni à ses engagements à l'égard de l'UE.