



LE CONSEIL DE L'ORDRE

8, RUE DU GRAND-CHÊNE
CASE POSTALE 7056
CH - 1002 LAUSANNE

TÉL : 021 311 77 39
FAX : 021 311 77 49

info@oav.ch
www.oav.ch

Par courriel à : emmanuelle.seingre@vd.ch

Département de l'économie, de l'innovation
et du sport - Secrétariat général
A l'att. de Mme Emmanuelle Seingre
Responsable de missions stratégiques et
juridiques
Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Lausanne, 3 février 2022

Procédure de consultation fédérale sur la révision partielle de la loi sur les cartels (LCart)

Madame,

Au nom de l'Ordre des avocats vaudois (OAV) et dans le délai imparti pour ce faire, je reviens ici sur votre courriel du 10 décembre 2021 nous invitant à vous faire part de nos déterminations en relation avec le projet de révision partielle de la loi sur les cartels (LCart).

Non sans vous remercier de nous avoir invités à nous déterminer, je vous livre ci-dessous le fruit des travaux menés par la Commission de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence de l'OAV, sous l'égide de sa Présidente Me Maud Fragnière.

* * *

Le projet de révision de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) couvre une série de sujets qui ont tous, pris individuellement, de l'importance pour l'évolution du droit suisse de la concurrence. Compte tenu du large spectre de ce projet, la présente prise de position se concentre à dessein sur les points qui sont les plus pertinents pour le praticien vaudois.

1. Contrôle des concentrations

De manière résumée, le projet propose de modifier le droit du contrôle des concentrations en introduisant le test SIEC (*Significant Impediment of Effective Competition*) en lieu et place du test actuel de création ou renforcement d'une position dominante à même de supprimer la concurrence efficace, ainsi qu'en harmonisant certains aspects avec le droit de l'Union Européenne.

En l'état actuel du droit, le contrôle des concentrations n'est pas un outil très efficace pour sauvegarder la concurrence. Cela découle en particulier de l'interprétation restrictive qu'a fait le Tribunal fédéral de l'article 10 al. 2 LCart, qui ne permet d'interdire ou d'assortir de charges ou conditions que les concentrations qui suppriment véritablement la concurrence efficace. Le seuil est extrêmement élevé.

Nous saluons donc de manière générale la volonté de moderniser le contrôle des concentrations en introduisant un test qui a fait ses preuves devant les juridictions européennes. L'alignement du droit suisse avec le droit européen est avantageux pour les entreprises, qui n'auront pas à souffrir d'un double standard lorsqu'elles planifieront une concentration multinationale.

Nous saluons également le projet de dispenser les entreprises d'une double notification en Suisse et dans l'Union Européenne lorsqu'il est prévisible que l'appréciation au niveau européen concernera la Suisse au même titre que le territoire européen. Cela permet d'éviter des doublons entre la procédure suisse et la procédure européenne, avec le risque de décisions contradictoires qui y est inhérent.

2. Droit civil des cartels

Selon le droit actuel, la qualité pour agir dans les procédures civiles de droit des cartels est limitée aux personnes qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci (art. 12 LCart). Cette définition exclut notamment les consommateurs ainsi que les collectivités publiques de l'accès à la justice civile dans le but d'obtenir réparation de leur préjudice résultant d'une restriction illicite de la concurrence.

Pour remédier à cette lacune, le projet propose d'étendre la qualité pour agir à toute personne dont les intérêts économiques sont menacés ou affectés par une restriction illicite à la concurrence. Cette extension est à n'en pas douter bienvenue, tant elle répond à un vrai enjeu, avant tout pour les collectivités publiques, qui pourront ainsi obtenir réparation de leur préjudice, notamment lorsqu'elles sont victimes de cartels de soumission.

S'agissant des consommateurs, le développement d'un réel droit d'accès à la justice dépendra à notre sens de l'adoption ou non de droits d'action collective dans notre pays. C'est ici l'objet du récent projet du Conseil fédéral visant à introduire une telle action collective (FF 2020 2607), émergeant donc à la présente prise de position.

La suspension des délais de prescription durant la procédure administrative est également à saluer, même si son impact réel ne doit pas être surestimé, dans la mesure où les délais de prescription ont récemment été allongés et où il est relativement facile de les interrompre.

Cela dit, les dispositions matérielles de la LCart ont une nature de double norme de droit privé et de droit public. La double application de ces normes à un même état de fait tant par le juge civil que par le juge administratif constitue un obstacle à l'application effective du droit et entraîne un dédoublement des procédures – déjà très longues – ne permettant à la partie lésée d'obtenir réparation que de longues années après la mise au jour du comportement illicite.

A cela s'ajoute que la charge de la preuve du comportement illicite et du dommage est très lourde pour la partie lésée, qui n'a généralement pas accès aux preuves et ne dispose ni des moyens d'enquête étendus de l'autorité administrative, ni de ses ressources. La consultation de la Comco par le juge civil, telle que prévue par l'art. 15 LCart, est insuffisante à cet égard, notamment parce que le juge civil n'y est pas lié.

Pour pallier ces lacunes qui peuvent se révéler dissuasives pour la partie demanderesse, nous suggérons de reprendre en droit suisse deux instruments qui ont fait leurs preuves en droit européen.

D'une part, le juge civil saisi d'un même état de fait que l'autorité administrative devrait être lié par la décision définitive et exécutoire de cette dernière (ou d'une instance de recours) en tant que cette décision concerne l'illicéité du comportement en cause et que ce comportement constitue un accord « dur » au sens de l'article 5 al. 3 ou al. 4 LCart ou un abus de position dominante (au sens des art. 4 al. 2 et 7 LCart). La partie lésée serait ainsi libérée de la charge et du fardeau de la preuve du comportement illicite – dont nous avons vu qu'une telle preuve est très difficile à apporter – dans les cas de graves violations de la loi sur les cartels et n'aurait pas à reproduire devant le juge civil les débats déjà tenus devant l'autorité administrative et tranchés par cette dernière.

En second lieu, la partie lésée devrait se voir accorder un droit limité d'accès au dossier de la procédure administrative, une fois celle-ci close. Elle disposerait ainsi de certains éléments lui permettant de quantifier son dommage.

Il faut noter qu'en l'état actuel du droit, un canton lésé par une restriction illicite de la concurrence peut avoir accès au dossier de la Commission de la concurrence en vertu de l'assistance administrative (art. 44 Cst et art. 19 LPD ; ATF 147 II 227). En revanche, une entreprise privée ou un consommateur n'y aura pas accès. Cette inégalité de traitement n'a pas lieu d'être.

Le droit d'accès au dossier devrait néanmoins être soumis à certaines restrictions. D'une part, en vertu du principe de proportionnalité, la demande devrait être spécifique et limitée aux informations nécessaires, afin d'éviter la « pêche aux informations ». L'usage des informations obtenues devrait être strictement limité à la procédure civile envisagée. D'autre part, les pièces fournies par une entreprise à la Comco dans le cadre du programme de clémence (art. 49a al. 2 LCart) ne devraient pas pouvoir être accessibles aux parties lésées. A défaut, les entreprises pourraient être dissuadées d'annoncer des restrictions à la Comco ou de collaborer avec cette dernière.

Enfin, dans l'un et l'autre cas, l'entreprise visée par l'action civile envisagée devrait avoir été partie à la procédure administrative et ainsi avoir pu, dans ce cadre, exercer pleinement son droit d'être entendu.

3. Révision de la procédure d'opposition (nouvel art. 49a al. 4 LCart)

Selon le droit actuel, l'entreprise qui souhaite faire « valider » au préalable un accord avec un concurrent (de manière à lier l'autorité), peut annoncer la restriction. Si la Commission de la concurrence (Comco) ouvre une enquête préalable ou une enquête dans les cinq mois, l'entreprise doit suspendre immédiatement sa pratique (art. 49a al.3 let. a LCart). Si la Comco valide la licéité de l'accord, expressément ou tacitement

en n'ouvrant pas de procédure, tout risque d'amende futur tombe. En pratique, cet outil n'est que très peu utilisé car ne correspondant pas aux besoins des entreprises d'une validation rapide de leurs projets. D'une part, le délai de 5 mois est souvent trop long pour le monde des affaires, d'autre part, en cas de doute l'autorité aura tendance à ouvrir une simple enquête préalable qui durera plusieurs mois, voire plusieurs années.

Avec le système proposé, l'entreprise doit annoncer la restriction, puis si l'autorité ouvre une enquête préalable dans les deux mois, puis une enquête (avant ou après les deux mois), elle doit suspendre immédiatement sa pratique, ou risquer l'amende. Le délai est ainsi raccourci, et même si une enquête préalable est facilement ouverte, pour qu'il y ait un risque de sanction il faudra ensuite encore l'ouverture d'une enquête formelle (avec une amende possible uniquement pour le comportement depuis l'ouverture de l'enquête, pas durant l'enquête préalable).

Ces améliorations vont dans le bon sens, mais seront très probablement insuffisantes pour répondre aux besoins des entreprises et redonner de l'intérêt à cette procédure d'annonce. En effet, après une annonce les entreprises concernées pourront rester dans l'attente d'une validation pendant de nombreux mois, voire de nombreuses années, durant une enquête préalable. Même si elles pourront mettre en œuvre leur projet pendant ce temps sans risquer de sanction, cette incertitude sera bien souvent incompatible avec le développement de leurs affaires. Elles renonceront, par exemple, à se lancer dans des accords de codistribution, dont la qualification n'est pas toujours évidente, si elles risquent de devoir ensuite faire machine arrière du jour au lendemain quelques mois ou années plus tard. Il en va de même pour certains accords verticaux pouvant être conclus dans le cadre de la mise en place d'un réseau de distribution. Dans de tels cas, il faudrait à tout le moins prévoir une période transitoire pour permettre aux entreprises d'adapter leur comportement avant d'entrer dans la zone amendable. La bonne foi des entreprises annonçant spontanément et par avance un comportement à la Comco doit absolument être récompensée. Il conviendra enfin de doter l'autorité des ressources supplémentaires nécessaires pour satisfaire aux contraintes de célérité mises en évidence ici. A défaut, cette procédure d'annonce revisitée restera lettre morte.

4. Introduction de délais d'ordre pour les procédures administratives (nouvel art. 44a LCart)

Le projet mis en consultation prévoit l'introduction de délais d'ordre pour les procédures administratives. Même si ces délais ne seront pas contraignants, l'introduction d'un tel « cadre » doit être saluée. L'ouverture de procédures de droit de la concurrence provoque beaucoup d'incertitudes pour les entreprises concernées, engendre des coûts, pose des problèmes d'image et nécessite souvent de comptabiliser des provisions adéquates affectant les états financiers. Il convient donc de limiter au maximum leur durée et de fixer rapidement ces entreprises sur leur sort. L'on relèvera tout particulièrement qu'un délai d'ordre est également fixé pour les procédures de recours devant le Tribunal administratif fédéral, auprès duquel la durée de traitement des dossiers est notoirement trop longue. Reste que, à l'instar de ce qui a été relevé ci-dessus en lien avec la procédure d'annonce, ces délais d'ordre resteront des vœux pieux si les instances concernées ne sont pas dotées des ressources nécessaires.

5. Introduction de dépens dans les procédures cartellaires (nouvel art. 53b LCart)

Les procédures en matière de concurrence sont particulièrement longues et complexes, engendrant des frais de défense potentiellement très importants pour les entreprises concernées, y compris souvent des PME. L'introduction d'un droit à obtenir des dépens lorsqu'une enquête est classée sans suite doit donc être saluée.

6. Révision de l'article 5 LCart (introduction d'un alinéa 1bis)

Le projet propose l'introduction d'un alinéa 1bis à l'article 5, qui préciserait que « L'appréciation du caractère notable de l'atteinte est effectuée sur la base de critères qualitatifs et de critères quantitatifs ». Cette proposition fait suite à la motion 18.4282 Français, adoptée par le Parlement. Cette dernière demande de préciser les éléments constitutifs d'un accord illicite en prenant en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs. En tant que telle, elle cherche à revenir sur l'arrêt « Gaba/Elmex » du Tribunal fédéral du 28 juin 2016 (ATF 143 II 297). Cet arrêt avait, en substance, retenu que lors de l'examen du caractère notable d'un accord en matière de concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart, en présence d'un des types d'accords mentionné aux alinéa 3 et 4 de ce même article 5 (accords dits « durs »), et même en cas de renversement de la présomption d'illicéité prévue par ces dispositions, il fallait considérer que l'on était « automatiquement » en présence d'une affectation notable de la concurrence. L'analyse détaillée des aspects qualitatifs et quantitatifs de la restriction, telle que pratiquée auparavant par les autorités et les tribunaux, n'est donc en principe plus nécessaire.

Du point de vue de la sécurité juridique et des droits des parties impliquées dans une procédure cartellaire, la question de savoir laquelle de l'approche retenue dans l'arrêt Gaba ou de la proposition ici commentée est préférable, est complexe et difficile à trancher. Elle appelle en outre sans doute une approche différenciée suivant que l'on soit confronté à un accord horizontal dur (fixation de prix, de quantités, répartitions de marché) ou à un accord vertical dur (fixation de prix de revente ou cloisonnement du marché).

Lorsque l'on est confronté à des accords horizontaux qui visent clairement une restriction dure de la concurrence (prix, quantités, répartition de marché), l'absence d'analyse de leurs effets concrets sur le marché, tant du point de vue qualitatif que quantitatif, est acceptable dans la plupart des cas : le message envoyé aux entreprises est clair, de tels accords sont intolérables car néfastes pour l'économie et il ne faut donc pas en mettre en place. Cela correspond en outre à l'approche de la grande majorité des pays ayant développé un solide droit de la concurrence, à commencer par l'Union européenne et ses membres.

L'abandon de critères qualitatifs et quantitatifs peut en revanche avoir un effet pervers dans des cas de collaboration entre entreprises qui ne visent pas en priorité un accord de prix ou de quantités par exemple, mais pourraient néanmoins avoir un tel effet « collatéral ». Dans ces cas-là, dès lors que l'accord risque néanmoins de tomber sous le coup de la présomption de l'article 5 alinéa 3, l'absence d'analyse qualitative et quantitative de ses effets concrets sur le marché après renversement de la présomption peut aboutir à des résultats particulièrement choquants. En effet, le seul moyen d'éviter une sanction pour les entreprises concernées est de parvenir ensuite à démontrer que l'accord est justifié par des motifs d'efficacité

économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart. Cette analyse est toutefois traditionnellement assez restrictive. En outre, le fardeau de la preuve repose alors dans les faits sur les parties et non plus sur l'autorité. Dans ces conditions, en cas de doute les entreprises concernées ont plutôt tendance à renoncer à se lancer dans une collaboration plutôt que de courir le risque de devoir faire face à une procédure cartellaire. A titre d'exemples d'accords dont la qualification peut être incertaine, l'on peut notamment relever des accords de coproduction incluant aussi une codistribution, ou certains accords portant sur l'échange d'informations. Indépendamment de la qualification de l'accord, il peut également être choquant de considérer comme automatiquement illicite des accords qui n'ont finalement pas, ou très peu, été concrètement appliqués et mis en œuvre par les parties, ou encore qui ne concernent que d'infimes parts de marché. Les consortiums tels que couramment pratiqués dans le domaine de la construction – qui étaient plus particulièrement visés par la motion Français – ne posent en revanche la plupart du temps pas de problème dès lors qu'ils sont nécessaires pour permettre le dépôt d'une offre ou d'une soumission par des entreprises n'ayant pas les moyens de le faire seules. Dans ce cas, ils ne visent pas ou n'entraînent pas une restriction de la concurrence et ne constituent donc pas des accords au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

Pour tous ces cas, la réintroduction proposée d'une analyse qualitative et quantitative de l'affectation concrète de la concurrence serait positive et souhaitable puisqu'elle renforcerait les moyens de défense des entreprises concernées. Mais, dès lors qu'elle ne semble pas opportune pour les « vrais » cas de cartels durs évoqués ci-dessus, et qu'elle irait à l'encontre de la tendance observée au niveau international depuis de nombreuses années, l'on doit toutefois se demander si d'autres mesures ne seraient pas plus adaptées. A cet égard, il pourrait être utile et préférable d'examiner la possibilité de définir plus précisément les types d'accords durs mentionnés à l'article 5 alinéa 3 pour réduire les incertitudes relevées quant à la qualification d'un accord, par exemple en spécifiant qu'il ne s'agit que des accords dont l'objet principal est la fixation de prix, la restriction de quantités ou la répartition du marché. Également en introduisant une clause de minimis excluant de la qualification d'accord dur des accords n'affectant que des parts infimes du marché (par ex. < 5%), respectivement des accords (pratiquement) pas mis en œuvre. S'agissant des consortiums, l'on a vu que leur qualification en tant qu'accord ne posait la plupart du temps pas de problème. Au vu de leur importance en pratique, il serait toutefois souhaitable que ce type de collaboration soit expressément mentionné à l'article 5 alinéa 2 LCart, s'agissant de l'illustration même d'une collaboration nécessaire pour proposer une offre supplémentaire sur le marché et accroître la concurrence.

Dans le domaine des accords verticaux durs au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart, l'absence d'analyse des effets qualitatifs et quantitatifs concrets sur le marché peut également être problématique. L'on pense surtout aux accords de fixation de prix de revente, pour lesquels la jurisprudence récente du Tribunal fédéral est assez prompte à qualifier de la sorte de simples recommandations de prix unilatérales (arrêt 2C_149/2018 du 4 février 2021). Dans ces cas, l'absence d'analyse des effets qualitatifs et quantitatifs concrets sur le marché paraît choquante, surtout pour des pratiques que la doctrine économique est par ailleurs assez loin de considérer comme néfastes pour l'économie. En outre, s'il est ici en théorie moins difficile qu'en matière horizontale de justifier de tels accords par des motifs d'efficacité économique, cela reste peu évident en pratique, avec dans les faits là aussi un fardeau de la preuve reposant sur les entreprises.

En matière d'accords verticaux, la réintroduction proposée d'une analyse qualitative et quantitative de l'affectation concrète de la concurrence serait positive et souhaitable. Du point de vue de la systématique du texte et compte tenu des remarques formulées ci-dessus concernant les accords horizontaux, elle pourrait intervenir dans l'article 5 alinéa 4 directement, au lieu de l'introduction d'un alinéa 1bis.

7. Introduction d'une base légale pour des fouilles corporelles (modification de l'art. 42 LCart)

Le projet législatif propose d'introduire à l'art. 42 LCart une base légale pour des fouilles de personnes. Cette nouveauté est justifiée au motif que l'autorité serait empêchée d'accéder à des moyens de preuve (par exemple un téléphone portable) que certaines personnes pourraient être tentées de dissimuler sur elles lors de perquisitions.

Nous ne soutenons pas l'introduction de cette nouvelle mesure de contrainte, que nous considérons comme excessive et disproportionnée.

D'une part, la LCart est une législation qui relève du droit administratif, non du droit pénal. Elle n'a pas vocation à être criminalisée et appliquée par des méthodes qui relèvent du droit pénal.

En outre, la LCart vise des entreprises, à savoir généralement des personnes morales. Les personnes physiques qui feraient l'objet de fouilles corporelles sont généralement des employés de l'entreprise concernée, que la Comco considère – sauf de rares exceptions – comme des témoins. Or, un témoin n'a pas vocation à subir une fouille corporelle. L'art. 48 al. 2 DPA, auquel renvoie d'ailleurs l'art. 42 LCart, ne permet justement que la fouille de l'inculpé.

Enfin, le refus de remettre un moyen de preuve aux enquêteurs qui effectuent une perquisition ou la dissimulation d'un moyen de preuve peut être constitutif de l'infraction d'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP). La menace d'une action pénale est à notre sens largement suffisante pour atteindre le but visé.

* * *

Telles sont les réponses de l'Ordre des avocats vaudois dans le cadre de la consultation à laquelle vous l'avez associé.

Le Conseil de l'Ordre, ainsi que la Commission de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence qui a examiné le projet, se tiennent à votre entière disposition pour poursuivre ces réflexions.

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, je vous prie de croire, Madame, à l'assurance de ma parfaite considération.

Pour le Conseil de l'Ordre :

Nicolas Gillard

