

Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegli naziunal



18.4282 é Mo. Conseil des États (Français). La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illécitité d'un accord

Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du 18 mai 2021

Réunie le 18 mai 2021, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national a procédé à l'examen préalable de la motion visée en titre, déposée le 13 décembre 2018 par le conseiller aux États Olivier Français et adoptée le 15 décembre 2020 par le Conseil des États.

La motion charge le Conseil fédéral de soumettre au Parlement une modification de l'art. 5 de la loi sur les cartels devant permettre de préciser les éléments constitutifs d'un accord illicite en prenant en compte les critères tant qualitatifs que quantitatifs.

Proposition de la commission

La commission propose, par 11 voix contre 11, avec la voix prépondérante de son président, d'adopter la motion.

Une minorité de la commission (Fischer Roland, Badran Jacqueline, Baumann, Birrer-Heimo, Funicello, Grossen Jürg, Martullo, Rytz Regula, Wermuth, Wettstein) propose de rejeter la motion.

Rapporteurs : Feller (d/ f)

Pour la commission :
Le président

Christian Lüscher

Contenu du rapport

- 1 Texte et développement
- 2 Avis du Conseil fédéral du 27 février 2019
- 3 Délibérations et décision du conseil prioritaire
- 4 Considérations de la commission



1 Texte et développement

1.1 Texte

Afin de rendre la législation en matière de concurrence plus efficace et de réduire les incertitudes liées à son application, il est demandé au Conseil fédéral de clarifier l'article 5 de la loi sur les cartels. Cette modification doit permettre de préciser les éléments constitutifs d'un accord illicite en prenant en compte les critères tant qualitatifs que quantitatifs.

1.2 Développement

L'article 5 de la loi sur les cartels (LCart), en particulier aux alinéas 3 et 4, définit ce qu'est un accord illicite en termes de restriction de la concurrence.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels, l'interprétation pratique de ces éléments et, notamment, la manière de qualifier l'impact d'un accord de notable, ont fait l'objet de plusieurs communications et notes informatives de la Commission de la concurrence (COMCO). La jurisprudence et les communications de la COMCO ont ainsi régulièrement confirmé l'obligation, pour juger du caractère notable de l'impact d'un accord en termes de concurrence, de prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs. La prise en compte de tels critères permet de juger de la réalité d'une atteinte portée à la concurrence sur un marché et permet donc de qualifier un accord de licite ou d'illicite en toute connaissance de cause, à savoir en tenant compte de ses effets avérés.

Récemment, suite au seul arrêt du Tribunal fédéral (ATF Gaba/Elmex 2C_180/2014 - 28 juin 2016), la COMCO a modifié sa pratique et considère dorénavant que les accords décrits aux alinéas 3 et 4 de l'article 5 LCart constituent per se une restriction notable à la concurrence. Des éléments indispensables pour juger de la portée réelle d'un accord ne sont plus pris en compte et celui-ci n'a donc plus besoin d'être en vigueur ou d'avoir un quelconque impact sur le marché pour être considéré comme illicite car il porte atteinte à la concurrence de manière notable.

Loin de clarifier la situation, ce renversement complet de l'appréciation d'un accord entre parties est porteur d'incertitudes importantes pour les entreprises. À présent, toute forme de collaboration entre entreprises peut être attaquée par la COMCO au motif qu'elle pourrait affecter la concurrence. De même, des accords et formes de collaboration interentreprises qui sont considérées comme parfaitement légales, jusqu'à présent, pourraient maintenant être jugées illicites. Des éléments quantitatifs importants, comme la portée réelle de la collaboration (par exemple en termes de part de marché), sa nature obligatoire ou non, ou encore sa durée, ne sont plus pris en compte.

Les conséquences pour les entreprises sont importantes et l'insécurité juridique créée par ce changement de pratique entrave la collaboration entre entreprises, pourtant nécessaires à la bonne marche de l'économie.

Il est donc nécessaire de modifier la loi afin de préciser la notion « de manière notable » au sens de l'article 5 LCart. De même, les éléments permettant de conclure qu'il n'y a plus de concurrence efficace doivent inclure des critères tant qualitatifs que quantitatifs afin d'établir l'impact réel d'un accord ou d'une forme de collaboration entre parties. Une telle démarche permettra de réduire l'incertitude entourant l'application de la loi sur les cartels et, donc, de favoriser une concurrence entre entreprises qui soit à la fois saine, efficace, équitable et réaliste.



2 Avis du Conseil fédéral du 27 février 2019

La question de l'affectation notable de la concurrence efficace par un accord au sens de l'article 5 alinéa 1, de la loi sur les cartels (LCart, RS 251) a été longtemps controversée. Les entreprises, autorités et tribunaux ont engagé beaucoup de ressources pour tenter d'y répondre. Dans la pratique, une telle insécurité juridique posait problème pour les entreprises. L'arrêt Gaba/Elmex du Tribunal fédéral (ATF 143 II 297) a clarifié l'application des dispositions relatives aux accords illicites en matière de concurrence en qualifiant de notables en principe les cinq types d'accords durs énumérés à l'article 5 alinéas 3 et 4, LCart, que le législateur a lui-même qualifiés comme étant particulièrement dommageables. S'ils ne sont pas justifiés au cas par cas par des motifs d'efficacité économique (art.5, al. 2, LCart), ces cinq types d'accords durs sont en principe illicites.

L'interprétation qui ressort de l'arrêt précité du Tribunal fédéral a été confirmée par la suite notamment dans les arrêts BMW (ATF 144 II 194) et Altimum (ATF 144 II 246). Afin de clarifier la mise en pratique de la jurisprudence de l'arrêt Gaba/Elmex, la Commission de la concurrence (COMCO) a adapté sa communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 (Commvert) en mai 2017. Ainsi la sécurité juridique a été nettement améliorée.

La prise en compte d'éléments quantitatifs est déjà prévue dans la LCart actuelle pour l'examen du renversement de la présomption de suppression de la concurrence, pour l'analyse des motifs justificatifs ainsi que pour le calcul du montant des sanctions. Par ailleurs, la jurisprudence est conforme au droit de l'UE et de nos pays voisins. Une modification de l'article 5 LCart impliquerait un nouveau changement de pratique et donc une perte de sécurité juridique pour les entreprises qui ne peuvent que difficilement juger à l'avance de la portée du caractère nuisible de leur accord dur sur le marché et de la manière dont les autorités vont définir le marché dans le cas concret. Pour les cinq types d'accords qualifiés de durs par le législateur, les entreprises savent désormais qu'elles ne doivent en principe pas les conclure, à moins qu'ils ne conduisent à un avantage sur le plan économique. De toute façon, un examen de chaque cas particulier est garantie. Quant à l'illicéité du comportement des entreprises, le fardeau de la preuve incombe aux autorités de la concurrence. La jurisprudence Gaba/Elmex conduit également à une simplification des procédures du fait qu'un examen de la notabilité, fastidieux et particulièrement difficile à anticiper par les PME, n'est en principe pas nécessaire. De plus, de nombreuses procédures peuvent être rapidement closes au moyen d'un accord amiante.

Une modification de l'article 5 LCart affaiblirait les instruments de la COMCO pour la lutte contre l'îlot de cherté et l'effet préventif de la LCart. Il en résulterait une grande insécurité juridique ainsi que des procédures plus longues, complexes et coûteuses, ce qui serait dommageable pour les entreprises, la concurrence et l'économie.

Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

3 Délibérations et décision du conseil prioritaire

Le Conseil des États a adopté la motion le 15 décembre 2020, par 34 voix contre 3 et 2 abstentions. Le rapporteur a souligné que la commission chargée de l'examen préalable comprendrait que le second conseil envisage une modification de la motion afin d'obtenir, par d'autres moyens, davantage de sécurité juridique sur la question soulevée par la motion.



4 Considérations de la commission

La majorité de la commission se rallie aux considérations du Conseil des États, selon lesquelles les conséquences de l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Gaba/Elmex ont laissé l'économie, en particulier les entreprises, dans l'incertitude. Les coopérations entre entreprises seraient aujourd'hui, contrairement à l'intention du législateur, condamnées de manière générale sans que la portée réelle d'un accord en matière de concurrence soit prise en compte. La COMCO pourrait prendre des mesures contre toute forme de coopération entre entreprises et des formes de collaborations inoffensives pourraient donc soudainement devenir illicites en raison du changement de pratique résultant de l'arrêt du Tribunal fédéral. Pour pallier cette incertitude, une révision de l'art. 5 de la loi sur les cartels est nécessaire et contribuerait à la sécurité juridique.

Aux yeux de la minorité, il existe un risque que la mise en œuvre de la motion ait l'effet inverse de celui escompté et crée de nouvelles incertitudes. Dans le domaine des accords en matière de concurrence, on serait confronté à des termes juridiques peu définis qui poseraient systématiquement des problèmes de subsumption. En Allemagne, l'introduction de critères qualitatifs n'a pas permis de clarifier la situation, au contraire. Elle a contribué à renforcer l'incertitude et l'arbitraire, si bien que, finalement, des critères quantitatifs ont dû être réintroduits. La minorité estime qu'un assouplissement de l'art. 5 de la loi sur les cartels pourrait aussi, en définitive, rendre les importations parallèles plus difficiles. En outre, elle estime que la crainte exprimée, selon laquelle les requêtes conjointes des communautés de travail et des consortiums pourraient être négligées à la suite du changement de pratique n'est pas justifiée. En effet, il n'est pas prévu que la COMCO examine les cas de moindre gravité.