Moins de formalisme

POUR

DANIEL EMCH
AVOCAT, ASSOCIÉ CHEZ KELLERHALS CARRARD

La révision en cours aux Chambres fédérales de la loi sur les cartels (LCart) et en particulier l'introduction d'un nouvel art. 5, al. 1bis, ont déclenché un débat politico-économique animé. Il s'agit essentiellement de savoir comment évaluer les accords en matière de concurrence: de manière purement formelle ou en fonction de leurs effets réels sur la concurrence.

Conformément à la Constitution fédérale (art. 96), le droit des cartels vise les comportements qui ont des conséquences sociales et économiques dommageables. En d'autres termes, une analyse de la nocivité d'une pratique est nécessaire lors de l'application de la loi.

Lors de la dernière tentative de révision de la LCart en 2012, le Conseil fédéral avait souhaité la durcir. L'interdiction partielle des cartels devait permettre de supprimer l'examen de la notabilité des accords dits «durs». Bien que le parlement ait refusé ce projet, le Tribunal fédéral a néanmoins introduit en 2016, avec son arrêt Gaba, cette interdiction partielle des cartels par voie jurisprudentielle. En vertu de cela, l'examen de la notabilité n'est plus nécessaire pour les accords portant

Cette révision garantit que ce ne sont pas des suppositions, mais des faits, qui déterminent l'admissibilité des coopérations

sur les prix, les quantités ou la répartition géographique des marchés. La notion d'accord va cependant plus loin que le cas où un prix de vente est convenu. Il suffit qu'un élément lié au prix soit concerné, même si une concurrence acharnée devait persister sur les prix de vente en tant que tels (un exemple de cela est une affaire récente touchant des grossistes en matériel sanitaire).

L'arrêt Gaba a donc fortement rigidifié la pratique. Dans certains cas, cet arrêt a entraîné un changement de pratique préventif, à l'image des honoraires de la Société suisse des ingénieurs et des architectes. Dans d'autres cas (par exemple dans l'affaire Belagswerke Bern), la Comco n'a pas pu prouver l'existence d'effets particuliers mais a néanmoins infligé des amendes. Cette pratique est source d'insécurité juridique et empêche des coopérations qui pourraient être bénéfiques pour l'innovation et les consommateurs.

La révision vise à corriger la pratique Gaba. A l'avenir, la notabilité d'une restriction de la concurrence devra être examinée au cas par cas dans le cadre d'une évaluation globale, en tenant compte de l'expérience et des circonstances concrètes sur le marché concerné. Cela réintroduit l'examen des dommages tel que prévu par la Constitution. La formulation de cet alinéa telle que proposée et largement soutenue par le Conseil national, à laquelle s'est ralliée la majorité de la Commission de l'économie du Conseil des Etats, mise sur une solution pragmatique.

La révision laisse ainsi une marge de manœuvre pour les coopérations qui favorisent l'innovation, par exemple dans le domaine de la recherche et du développement. En même temps, la protection contre les cartels préjudiciables et les accords lors de soumissions dans les marchés publics reste intacte. La Comco pourra continuer à lutter efficacement contre de telles pratiques, l'entrave à la concurrence étant facile à démontrer dans ces cas.

Lors de la session d'hiver, les Chambres seront aussi saisies de deux propositions minoritaires. Une minorité refuse la révision et souhaite s'en tenir à la pratique actuelle. La seconde prévoit une présomption supplémentaire à réfuter en parallèle à la présomption d'élimination de la concurrence, portant sur la notabilité de l'atteinte à celle-ci. Cela introduirait une cascade de présomptions à réfuter, en contradiction avec la tradition législative suisse.

Au final, la proposition du Conseil national est donc à privilégier. Le nouvel art. 5, al. 1bis met fin au formalisme découlant de l'arrêt Gaba et garantit que ce ne sont pas des suppositions, mais des faits, qui déterminent l'admissibilité des coopérations. ▬

«BIEN AU CONTRAIRE»

Loi sur les cartels

La révision partielle de la loi sur les cartels, soumise au parlement durant cette session d'hiver, vise à améliorer son efficacité. Elle prévoit une modernisation du contrôle des concentrations, le renforcement du droit civil des cartels et une meilleure procédure d'opposition. Deux points de vue se font face.

Avant qu'il ne soit trop tard

CONTRE

DAMIANO CANAPA
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE, DIRECTEUR DU CEDIDAC

ANDREAS HEINEMANN
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE ZURICH, ANCIEN PRÉSIDENT DE LA COMCO

Lorsqu'il s'agit de rappeler l'importance fondamentale du droit de la concurrence dans un système d'économie de marché qui prenne en compte les intérêts des consommateurs et des PME, l'histoire semble, en Suisse, être un éternel recommencement. Alors que certains aspects de la révision en cours de la loi sur les cartels sont à saluer – tels que le renforcement sensible du droit de toute victime d'une entente cartellaire de requérir des dommages-intérêts –, d'autres laissent présager un affaiblissement frappant de la lutte contre les restrictions à la concurrence.

L'un des sujets les plus problématiques – et controversés – concerne la mise en œuvre de la motion de l'ancien conseiller aux Etats Olivier Français, qui se rapporte aux conditions permettant de sanctionner les accords durs, tels que les accords sur les prix entre concurrents.

Actuellement, suivant la jurisprudence dite «Gaba» du Tribunal fédéral (du nom de l'ancien propriétaire de la marque Elmex), les accords durs peuvent être directement sanctionnés d'une amende par la Commission de la concurrence (Comco) en raison de leur objet – leur qualité –, qui est de supprimer la concurrence. Cette jurisprudence, honnie des milieux économiques tels qu'Economiesuisse, est à l'origine de la proposition de réforme. Après plusieurs mois de tergiversations, le Conseil national et le Conseil des Etats semblent s'accorder sur une formulation commune: si elle souhaite pouvoir sanctionner directement un accord dur, la Comco devrait prouver ses effets anticoncurrentiels quantitatifs sur un marché donné.

La nouvelle formulation – qui peut encore être modifiée ou abandonnée – rendrait le travail de la Comco plus fastidieux, en contradiction avec les principes économiques reconnus et les bonnes pratiques sur le plan international. Elle augmenterait aussi la durée des procédures cartellaires, alors que l'un des buts avoués de la révision était justement de réduire celles-ci. Enfin, il en découlerait une forte insécurité juridique, dont les premières victimes seraient les PME: elles ne disposent pas toujours d'un service juridique et n'auraient plus de lignes directrices claires s'agissant du comportement à adopter en matière d'accords avec d'autres entreprises.

Les débats parlementaires ont certes souligné que, dans le cadre de cartels durs «classiques», tels que les accords sur les prix, l'examen des critères quantitatifs pourrait être réduit à un minimum. Il n'en demeure pas moins que la question de savoir à quoi s'apparenterait la réduction à un minimum de cet examen ferait couler beaucoup d'encre dans la doctrine et que plusieurs années seraient nécessaires pour obtenir une clarification – qui pourrait n'être que partielle, car relative à un cas déterminé – par le Tribunal fédéral. Plus de treize ans s'étaient écoulés entre l'entrée en vigueur de la révision précédente de la loi et l'arrêt Gaba.

La meilleure nouvelle pour une politique de concurrence efficace serait un échec de cette révision

Regardant un autre aspect de la révision, le parlement s'est déjà accordé sur le fait que la Comco devrait être limitée dans sa possibilité de lutter contre les accords sur les prix bruts, une forme particulière d'accord dur sur les prix. Cette modification, combattue jusqu'au bout par le conseiller fédéral Parmelin, hélas sans succès, permettra par exemple à des producteurs de camions de s'entendre sur les listes de prix qu'ils fourniront à leurs concessionnaires sans risquer d'être directement sanctionnés d'une amende. Dans l'Union européenne, une telle entente a été condamnée en 2016-2017 par des amendes cumulées record d'un montant de 3,8 milliards d'euros, dont plus de 800 millions d'euros pour la seule entreprise Scania.

La loi sur les cartels est un pan essentiel de la lutte contre l'«îlot de cherté» suisse. Depuis le 1er janvier 2022, elle interdit par exemple l'abus d'un pouvoir de marché relatif pour favoriser les importations parallèles de produits. Il va dès lors sans dire que la meilleure nouvelle pour une politique de concurrence efficace en Suisse, dans l'intérêt des consommateurs et des PME, serait un échec de la révision lors du vote final, vraisemblablement durant la prochaine session parlementaire d'hiver, devant les deux Chambres. ▬

L'Ukraine, de l'Alaska au Kamtchatka

INCIDENCES

Les pourparlers entre l'Ukraine et les Etats-Unis entamés à Genève le 23 novembre dernier se sont poursuivis à Hallandale Beach, au club de golf de Steve Witkoff, pendant quatre heures dimanche 30 novembre, sous la présidence du secrétaire d'Etat Marco Rubio. Les négociateurs ont cherché des formules de compromis à partir des positions ukrainiennes sur les points les plus délicats. Il s'agit notamment de divers ajustements territoriaux, dont l'abandon de la partie du Donbass que l'armée ukrainienne a fortifiée et qui résiste aux poussées russes. La Russie qui a annexé formellement toute la province de Donetsk mais n'en occupe que 80% de la surface accepterait que le terrain tenu par l'armée ukrainienne devienne une zone démilitarisée… sous contrôle russe.

L'adhésion de l'Ukraine à l'OTAN que la Russie refuse absolument est un autre sujet litigieux. Les pays membres de l'Alliance ne sont pas tous prêts à accueillir l'Ukraine en leur sein: ils pourraient négocier un modus vivendi directement avec la partie russe et s'engager à en barrer l'accès à l'Ukraine. Enfin, autre point de friction, la nature des solides garanties de sécurité que l'Ukraine réclame pour parer à toute nouvelle attaque russe à l'avenir est encore loin d'être définie. L'Ukraine ne peut pas espérer reconquérir ses territoires perdus mais elle n'a pas cédé sur le front. Même si la perte éventuelle de Pokrovsk constitue un revers important, elle est encore en mesure de résister en cas d'échec de l'actuelle tentative de paix.

Steve Witkoff, le compère du président Trump, naïf, incompétent et peu diplomate, et Jared Kushner, plus futé, vont présenter ce compromis au maître du Kremlin. Tous deux ont à l'esprit le volet économique qu'un accord avec la Fédération de Russie comporterait pour l'Amérique et qu'ils ont discuté en octobre dernier avec Kirill Dmitriev, l'administrateur du Fonds d'investissement russe, financier proche du président Poutine, éduqué dans les meilleures universités des Etats-Unis, un ancien de Goldman Sachs.

FRANÇOIS NORDMANN
ANCIEN DIPLOMATE, CHRONIQUEUR

Les bénéfices économiques visés par les Etats-Unis s'avèrent plus attractifs que la sanction de l'agresseur

Aux yeux de ces hommes d'affaires, l'Ukraine a perdu la guerre, il importe d'acter au plus vite la paix, honorable ou non, pour établir un partenariat économique et commercial avec la Russie réhabilitée. Le plan russo-américain en 28 points qui a été l'objet de la réunion de Genève, amendé par l'Ukraine et ses alliés européens dans un sens plus favorable à leurs intérêts, comportait une clause économique particulièrement inacceptable, que les Européens ont pu écarter pour le moment. Les Européens s'apprêtent à utiliser les fonds de la banque centrale russe gelés en Europe, évalués à 300 milliards d'Euros, pour financer l'effort de guerre, la reconstruction de l'Ukraine et les réparations russes. De leur côté, les Etats-Unis et la Russie comptent s'approprier ces avoirs pour en investir la plus grosse partie dans l'exploitation en commun des ressources de l'Arctique, réserve de pétrole, de gaz naturel, de minerais tels que le fer, le cuivre, l'or, les diamants, l'uranium… sans parler des réseaux de transport à développer.

Il est vrai que les Européens peinent à trouver la formule qui leur permettrait de recourir à ces sommes en toute légalité. Les Américains chercheraient à les prendre de vitesse, lèveraient les sanctions contre la Russie et se lanceraient dans des projets conjoints avec les hommes d'affaires russes entre l'Alaska et le Kamtchatka. Le *Wall Street Journal*, qui a enquêté sur cet aspect du «plan de paix» initial, relève que certaines entreprises américaines sont déjà actives dans ce domaine et ont dû suspendre leur activité du fait des sanctions contre la Russie… Si ce «business plan» inséré dans le plan de paix n'est pas repris dans les 19 points du texte amendé à Genève, il serait étonnant que la partie américaine y renonce définitivement. Les bénéfices économiques et commerciaux qu'elle en attend s'avèrent plus attractifs que le maintien de l'Etat de droit, du droit international et la sanction de l'agresseur. Selon Marco Rubio, «il y a encore beaucoup de travail à faire» autour du plan de paix, que la Russie pourrait refuser, prolongeant ainsi la guerre en dépit de son coût humain et matériel. ▬