



# Révision partielle de la loi sur les cartels : un aperçu des principales nouveautés

David Mamane, Linda Kubli

## Key Take-aways

- 1.** Le 24 mai 2023, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à la révision partielle de la loi suisse sur les cartels. L'objectif est de renforcer la loi sur les cartels et d'accélérer les procédures en la matière.
- 2.** La révision modernise le contrôle des concentrations. L'introduction du test SIEC entraînera une diminution des seuils d'intervention et une meilleure prise en compte des gains d'efficacité.
- 3.** La révision renforce le droit civil des cartels et améliore également la procédure d'opposition. En outre, il prévoit de réintroduire l'examen des critères quantitatifs pour les ententes dites "dures".

## 1 Introduction

Le 24 mai 2023, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à la **révision de la loi suisse sur les cartels (LCart)**. La révision partielle proposée a pour but de renforcer le droit de la concurrence et d'accélérer les procédures fondées sur la loi sur les cartels. Grâce à cette loi, le contrôle des concentrations sera modernisé, le droit civil des cartels sera renforcé et la procédure d'opposition est améliorée. La révision matérialisera en outre plusieurs interventions parlementaires. Cela se traduit notamment par la réintroduction de l'examen des critères quantitatifs pour les ententes dites "dures".

La dernière révision partielle de la LCart remonte à 2004. La révision de la LCart proposée par le Conseil fédéral en 2012 a échoué au Parlement. Outre les propositions de mise en œuvre des interventions parlementaires, les différents éléments de révision du projet actuel se rattachent à des éléments qui n'étaient pas contestés lors de la révision de la LCart de 2012. Le projet actuel va à présent être débattu devant le Parlement. L'entrée en vigueur est prévue au plus tôt en 2025.

La discussion parallèle sur la **réforme des autorités en matière de concurrence** ne fait pas partie de la révision partielle en cours. Cette réforme des institutions est examinée parallèlement à la révision partielle de la LCart. Le 17 mars 2023, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (**DEFR**) d'instituer une commission d'experts qui étudiera les options d'ici fin 2023.

---

## Adoption par le Conseil fédéral du message concernant la révision partielle de la LCart.

---

## 2 Principales nouveautés

### 2.1 Élément clé : la modernisation du contrôle des concentrations

#### 2.1.1 Des seuils d'intervention plus bas selon le test SIEC

Un élément clé de la révision est la modernisation du contrôle des concentrations. L'adaptation à la pratique internationale se traduit par le changement de la norme de contrôle, qui passe du test de dominance qualifiée actuel au test du "*Significant Impediment to Effective Competition*" (**test SIEC**) utilisé dans l'UE.

La différence entre le test de dominance qualifiée utilisé jusqu'à présent en Suisse et le test SIEC nouvellement prévu réside dans le **seuil d'intervention**. Actuellement, la COMCO ne peut interdire une concentration ou l'autoriser sous réserve de charges ou de conditions que si la concentration crée ou renforce une position dominante sur le marché susceptible

d'éliminer une concurrence efficace (art. 10 al. 2 LCart). Désormais, la COMCO pourrait déjà intervenir si la concentration **entrave significativement** la concurrence, notamment en créant ou en renforçant une position dominante sur le marché et si les inconvénients de cette entrave ne sont pas compensés par des gains d'efficacité résultant spécifiquement de la concentration. Le contrôle des concentrations s'oriente donc davantage vers des principes économiques.

Le test SIEC permet désormais d'intervenir dans les concentrations qui entravent de manière significative la concurrence, mais qui se situent en dessous du seuil de domination du marché. Il peut notamment s'appliquer lorsqu'une concentration sur un marché oligopolistique a pour effet de ne pas créer de position dominante, mais de réduire significativement la pression concurrentielle exercée par les uns sur les autres.

Par conséquent, les seuils d'intervention actuels sont considérablement réduits, ce qui laisse présager davantage de procédures d'examen approfondi (phase II). Dans l'ensemble, la complexité des notifications et des procédures augmenterait probablement et générerait des efforts et des coûts supplémentaires.

---

## Amélioration de l'efficacité de la loi suisse sur les cartels.

---

#### 2.1.2 Prise en compte des gains d'efficacité

Le test SIEC permet de **prendre en compte de manière plus complète les gains d'efficacité** d'une concentration, à condition qu'ils soient justifiés et vérifiables et qu'ils soient spécifiquement induits par la concentration. Jusqu'à présent, seules les améliorations de la situation concurrentielle sur un autre marché pouvaient être prises en compte.

Le test SIEC permet donc de prendre en compte de manière plus complète les tensions entre les effets indésirables sur la concurrence et les gains d'efficacité souhaités. Toutefois, la présentation détaillée des gains d'efficacité générera également un surcroît de travail, ce qui pourrait conduire à un allongement de la procédure. La possibilité, prévue dans la révision de la LCart, de prolonger les délais de la procédure d'examen avec l'accord des entreprises participantes va également dans ce sens.

#### 2.1.3 Simplification de la procédure de notification des concentrations internationales

En outre, il s'agit d'éviter les doublons dans les **concentrations internationales** et de faciliter la collaboration avec la Commission européenne. Les concentrations internationales ne devront plus être notifiées séparément à la COMCO lorsque tous les marchés de produits concernés par le projet de concentration comprennent, outre la Suisse, l'EEE et que le projet de concentration est évalué par la Commission euro-

péenne. Dans ce cas, la notification UE peut être soumise à la COMCO. Etant donné qu'il existe souvent un manque de clarté et des incertitudes lors de la délimitation des marchés, l'importance de cette nouveauté dans la pratique restera peut-être faible puisque, dans ces cas, une notification suisse sera tout de même faite par mesure de précaution.

## 2.2 Renforcement du droit civil des cartels

Une autre partie du projet consiste à **renforcer le droit civil des cartels**. A l'avenir, toutes les personnes concernées par une restriction illicite à la concurrence, notamment les consommateurs et les pouvoirs publics, auront aussi qualité pour intenter une action civile en se fondant sur le droit des cartels.

En outre, une suspension de la prescription des prétentions de droit civil découlant d'une restriction illicite à la concurrence jusqu'à une décision exécutoire de la COMCO et un droit à la constatation d'une restriction illicite à la concurrence seront introduits. De plus, les dommages-intérêts versés spontanément pourront être pris en considération même après la décision de la COMCO, en vue de réduire une éventuelle sanction administrative.

Le renforcement du droit civil des cartels pourrait avoir pour conséquence de confronter les entreprises à davantage de plaintes civiles fondées sur la loi sur les cartels.

## 2.3 Amélioration de la procédure d'opposition

La procédure d'opposition permet à la COMCO d'effectuer un **examen préalable** des comportements potentiellement contraires au droit des cartels et renforce ainsi la sécurité juridique. Cette procédure sera renforcée et mieux adaptée à la pratique : premièrement, si les autorités en matière de concurrence n'ouvrent pas d'enquête dans le délai d'opposition, le risque direct de sanction pour les entreprises s'éteindra définitivement pour le comportement notifié. Deuxièmement, le délai d'opposition sera réduit de 5 à 2 mois.

---

# Modernisation du contrôle des concentrations par l'introduction du test SIEC.

---

## 2.4 Extension des mesures d'instruction aux fouilles de personnes

La révision prévoit également une extension modérée des mesures d'enquête aux **fouilles de personnes**. Cette extension est justifiée par le fait que la pratique a montré que les collaborateurs d'une entreprise concernée par une perquisition peuvent être tentés de s'emparer d'éventuels moyens de preuve et de les dissimuler sur eux. En outre, il est explicitement stipulé que les objets qui ne peuvent pas être clairement attribués aux locaux, comme les véhicules, peuvent également être fouillés par les autorités de la concurrence.

## 2.5 Mise en œuvre des interventions parlementaires

### 2.5.1 Délais d'ordre et indemnisation des parties devant la COMCO

Sur la base du principe "comply or explain" (se conformer aux réglementations ou s'expliquer), **des délais d'ordre sont introduits pour toutes les instances**. Sur un délai total de 60 mois (à partir de l'ouverture d'une enquête formelle), 30 mois reviennent à la COMCO, 18 mois au Tribunal administratif fédéral et 12 mois au Tribunal fédéral. En cas de renvoi à l'instance précédente, le délai d'ordre s'élève à 12 mois à chaque fois. Les autorités et les tribunaux sont donc en principe tenus de respecter les délais d'ordre à toutes les étapes de la procédure.

En outre, les entreprises auront à l'avenir la possibilité d'être **indemnisées pour leurs dépenses** en fonction de l'issue de la procédure administrative de première instance, dans la mesure où la procédure d'enquête au sens de l'art. 27 LCart a été classée entièrement ou partiellement par les autorités de la concurrence sans conséquences.

---

# Renforcement du droit civil des cartels et amélioration de la procédure d'opposition.

---

### 2.5.2 Prise en compte de critères qualitatifs et quantitatifs

D'autres adaptations demandées par une motion parlementaire visent à réintroduire la prise en compte de critères quantitatifs dans l'appréciation des accords en matière de concurrence.

Le projet de loi précise que l'examen du caractère notable **d'un accord en matière de concurrence** doit tenir compte de critères tant qualitatifs que quantitatifs. Cette adaptation vise à rétablir, en ce qui concerne les critères quantitatifs d'un accord en matière de concurrence, la situation juridique de fait qui prévalait avant l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Gaba (ATF 143 II 297 du 28 juin 2016). Ainsi, à l'avenir, l'examen d'éléments **quantitatifs** - tels que les parts de marché, le chiffre d'affaires ou l'entrée ou la sortie du marché - sera à nouveau nécessaire pour les ententes dures en matière de concurrence, c'est-à-dire les accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique, ainsi que les accords verticaux sur les prix et la protection territoriale absolue. Des sanctions étaient déjà possibles dans plusieurs cas avant la jurisprudence Gaba. Par conséquent, la prise en compte de critères qualitatifs et quantitatifs lors de l'examen du caractère notable des accords en matière de concurrence ne constitue pas un obstacle à l'efficacité du droit des cartels. S'agissant des accords de soumission, le message relatif à la révision précise que cette question ne jouait déjà guère de rôle dans la pratique avant l'arrêt Gaba : de telles ententes étaient déjà généralement réputées affecter de manière notable la concurrence du fait qu'elles

allaient typiquement de pair avec une occupation importante du marché concerné par les parties prenantes. En outre, la loi précise que les accords concernant les communautés de travail (CT) ne sont en principe pas considérés comme des accords en matière de concurrence.

Enfin, la possibilité est donnée aux autorités de la concurrence de renoncer à une enquête ou de clore une enquête ouverte en cas d'indices d'une infraction de peu de gravité. Le principe d'opportunité sera ainsi expressément entériné dans la loi pour les infractions légères.

### 2.5.3 Principe de l'enquête, présomption d'innocence et charge de la preuve

La mise en œuvre d'une autre motion parlementaire vise à renforcer dans la LCart différents principes de droit procédural et de droit matériel déjà en vigueur dans le droit actuel, d'une part sur la base du droit international public et du droit constitutionnel et, d'autre part, sur la base de dispositions légales aux-

quelles la LCart renvoie. Au premier plan figurent le principe de l'instruction, la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve à la charge de l'État. Ces nouvelles dispositions ont pour la plupart un caractère déclaratoire.

## 3 Conclusion et perspectives

La réintroduction de l'examen des critères quantitatifs pour les ententes dures donne une protection supplémentaire aux entreprises sans toutefois entraver une application efficace de la LCart. En revanche, l'introduction du test SIEC en Suisse entraînera probablement, dans un premier temps, une insécurité juridique et une charge de travail importantes pour les entreprises puisque les autorités ne pourront s'appuyer sur une pratique suisse préexistante.

Le projet de révision de la LCart sera débattu au Parlement et n'entrera vraisemblablement pas en vigueur avant 2025.



**Benjamin Borsodi**  
Associé Genève  
benjamin.borsodi@swlegal.ch



**David Mamane**  
Associé Zurich  
david.mamane@swlegal.ch



**Dr. Frank Bremer**  
Conseil Zurich  
frank.bremer@swlegal.ch



**Amalie Wijesundera**  
Senior Associate Zurich  
amalie.wijesundera@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



**Schellenberg Wittmer SA**  
Avocats

**Zurich**  
Löwenstrasse 19  
Case postale 2201  
8021 Zurich / Suisse  
T +41 44 215 5252  
www.swlegal.com

**Genève**  
15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
1211 Genève 1 / Suisse  
T +41 22 707 8000  
www.swlegal.com

**Singapour**  
Schellenberg Wittmer Pte Ltd  
6 Battery Road, #37-02  
Singapour 049909  
T +65 6580 2240  
www.swlegal.sg