

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Par mail à wp-sekretariat@seco.admin.ch

Lausanne, le 10 mars 2022

Consultation sur la révision partielle de la Loi sur les cartels

Madame, Monsieur,

La Fédération romande des consommateurs (FRC) vous remercie de l'avoir associée à la consultation sur la révision partielle de la Loi sur les cartels.

Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

La motion [18.4282](#) Français demande un retour en arrière par rapport à l'arrêt Gaba (ATF 143 II 297), lequel permet de déterminer plus facilement l'existence d'une entrave à la concurrence. Des efforts importants ont été faits pour que les problèmes liés à l'ilot de cherté en Suisse soient atténués et cette motion risque bien de les anéantir.

C'est pourquoi notre association a combattu son adoption par le Parlement et continuer de s'opposer vivement à sa mise en œuvre, dans la mesure où elle aurait pour conséquence de favoriser le cloisonnement du marché suisse et engendrerait une augmentation des prix.

Par ailleurs, à la lecture des débats parlementaires ainsi que du message du Conseil fédéral, il apparaît que cette motion découle d'une incompréhension de l'étendue de l'arrêt Gaba. Elle a en effet été rédigée de façon très large alors que l'inquiétude principale semble porter sur la question des consortiums en droit des cartels, auxquels la notion d'atteinte notable à la concurrence de l'art. 5, al. 1 LCart ne s'appliquerait pas. Une mise en œuvre stricte de cette motion mal calibrée risque donc de n'avoir que des effets indésirables, notamment sur les consommateurs, qui n'auront plus accès au meilleur prix.

Nous nous opposons donc à l'adoption de l'art. 5, al. 1bis AP-LCart. Nous proposons en revanche que les inquiétudes liées à la question des consortiums en matière de construction soient entendues et que ceux-ci soient exclus clairement de la norme.

Introduction du test Significant Impediment to Effective Competition (SIEC)

La FRC ne s'oppose pas à l'introduction du test SIEC en lieu et place du test de dominance qualifiée prévu par la LCart dans la mesure où il permet un alignement cohérent avec les pratiques de l'Union européenne et qu'il a fait ses preuves devant les juridictions européennes.

Renforcement du droit civil des cartels

La position de la FRC concernant les nouvelles dispositions de procédure civile n'a pas changé depuis sa participation à la consultation du 19 novembre 2010 relative à la révision avortée de la loi sur les cartels ([12.028](#)).

En l'état actuel du droit, la LCart refuse la qualité pour agir au client final, c'est-à-dire au consommateur au motif que celui-ci ne participe pas à la concurrence et ne peut donc pas être entravé dans l'accès ou l'exercice de celle-ci.

Néanmoins, il s'agit d'un domaine où le consommateur peut régulièrement être touché par une violation. Dans le cas BMW par exemple, sanctionné par la Comco dans sa décision du 7 mai 2012 (Comco, DPC 2012/3, pp. 540ss), les consommateurs suisses n'ont pas pu profiter des avantages de changes en raison d'une clause contractuelle d'interdiction d'exportation figurant dans les contrats de distribution entre BMW et ses concessionnaires de l'EEE, cloisonnant ainsi le marché suisse. Il en a résulté un préjudice non négligeable pour les consommateurs suisses. La Comco a en effet constaté que les véhicules neufs des marques MINI et BMW étaient entre 20 à 25% plus chers en Suisse qu'en Allemagne.

La FRC tient donc à saluer les nouvelles dispositions de procédure civile qui visent à permettre au consommateur final d'agir en droit des cartels. Il s'agit d'un premier pas important pour renforcer les droits procéduraux en droit des cartels et notre organisation est convaincue que l'introduction de ce droit est essentielle pour l'équilibre des forces entre consommateurs et entreprises.

La solution proposée pourrait toutefois être grandement améliorée. Tout d'abord, l'article 12 prévoit que: *«la personne dont les intérêts économiques sont menacés ou atteints par une restriction illicite à la concurrence peut demander...»*. Il nous semble dès lors que le consommateur devra prouver que ses intérêts économiques sont menacés ou atteints, ce qui sera sans doute très compliqué et difficile pour le citoyen lambda sans l'apport d'expertises difficiles et onéreuses à réaliser. Par ailleurs, le Message du Conseil fédéral admet que les consommateurs pourront céder leurs créances aux associations de consommateurs afin d'agir à leur place. D'un point de vue pratique, cela semble également extrêmement compliqué, car il faudra d'abord prouver la créance (ce qui n'est pas toujours évident). En outre, vu leurs ressources limitées, les organisations de consommateurs auront beaucoup de difficultés à ouvrir de telles actions, notamment contre de grandes entreprises. Il y a une asymétrie évidente entre les possibilités des uns et des autres et, pour la FRC, il s'agit d'une mesure alibi qui ne pourra jamais être exercée.

Il serait dans ce cadre beaucoup plus utile et pertinent d'octroyer la qualité pour agir également aux organisations à but non lucratif à l'instar des organisations de consommateurs, comme le prévoit le projet de révision du Code de procédure civile relatif aux actions des organisations. Il conviendrait alors de leur donner également la possibilité de demander la réparation du dommage, du tort moral ainsi que la remise du gain réalisé indûment.

Ainsi, la FRC souhaite que, dans le cadre du droit des cartels et en application de la possibilité laissée par l'art. 89, al. 4 P-CPC, une procédure **d'action collective** soit mise en place afin que les consommateurs puissent se grouper pour agir lors d'une restriction illicite à la concurrence. Les frais procéduraux, honoraires d'avocats pourraient ainsi être répartis de manière juste et équitable entre les consommateurs. Ils seraient alors mis à pied d'égalité avec de grandes entreprises et c'est seulement par cette voie que la qualité pour agir octroyée aux consommateurs pourrait être exercée. A défaut, la possibilité d'agir doit à tout le moins être réservée aux organisations de consommateurs à l'instar de ce qui est prévu par la Loi contre la concurrence déloyale avec une possibilité d'obtenir une compensation en leur nom. Dans le cas inverse, il est à craindre que cette disposition ne reste lettre morte en raison de l'apathie rationnelle du consommateur.

S'agissant de la question des frais de procédure, la LCart ne règle pas cette question qui risque d'empêcher consommateurs et organisations de déposer des actions s'ils doivent avancer les frais d'un tel procès. Un plafonnement des frais de justice, peu importe la valeur litigieuse, serait bienvenu et permettrait une mise en œuvre effective de cette disposition.

Proposition:

Art. 12 LCart

¹ Si une personne présume une atteinte illicite à la concurrence la menaçant ou atteignant ses intérêts économiques, elle peut demander :

- a. la suppression et la cessation de la restriction à la concurrence ;
- b. La constatation du caractère illicite de la restriction à la concurrence ;
- c. La réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations ;
- d. La remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires ».

² Les actions prévues à l'alinéa 1 peuvent être exercées Les associations et autres organisations à but non lucratif peuvent agir en leur propre nom pour exercer les actions prévues à l'alinéa 1 pour faire valoir une atteinte aux droits des membres d'un groupe de personnes déterminé.

La question de la transaction de groupe lors d'une action portée par une organisation mériterait également d'être traitée dans le présent projet de loi sous deux angles. Tout d'abord, en prévoyant une diminution de l'amende dans les cas où un accord amiable avec les personnes touchées ou l'organisation les représentant serait trouvé afin d'encourager les parties en ce sens. Deuxièmement, en donnant la possibilité aux parties de soumettre au tribunal une demande visant à étendre la force obligatoire d'une transaction collective à toutes les personnes concernées par l'atteinte et ayant leur domicile ou leur siège en Suisse qui ne se sont pas jointes à l'action de l'organisation (*Opt out*) à l'instar de ce que prévoit l'art. 307h, al. 2 P-CPC, afin de permettre à l'entreprise concernée de régler l'affaire une fois pour toute.

Enfin, l'art. 12a AP-LCart qui prévoit que la prescription des prétentions découlant de restrictions illicites à la concurrence ne commence pas à courir ou est suspendu dès l'ouverture d'une enquête jusqu'à sa clôture définitive est bienvenu. Il permet d'éviter que les personnes touchées pas une restriction illicite à la concurrence ne se retrouvent hors délai au terme d'une procédure administration qui peut durer de nombreuses années.

Introduction de délais d'ordre pour les procédures administratives

La FRC voit d'un bon œil l'introduction de délais d'ordre et espère que ces délais permettront effectivement d'accélérer les procédures. En effet, en 8 ans de procédure, les personnes touchées ont le temps de se décourager et renoncer à faire valoir leurs droits. Un raccourcissement des procédures garantira également une application des dispositions civiles figurant à ce projet.

En vous remerciant de prendre en compte notre position, nous vous prions de recevoir, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.

Fédération romande des consommateurs



Sophie Michaud Gigon
Secrétaire générale



Marine Stücklin
Responsable Droit et Politique