



LA QUALITÉ POUR AGIR DES CONSOMMATEURS EN DROIT SUISSE DE LA CONCURRENCE

Travail de mémoire

Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration
publique

Sébastien Gaeschlin
Printemps 2016

Table des matières

1	Introduction.....	1
2	La place accordée aux consommateurs par le droit des cartels.....	2
2.1	Le bien-être des consommateurs en tant qu’objectif du droit de la concurrence	2
2.2	La protection des intérêts individuels en droit de la concurrence	3
2.3	Les pratiques anticoncurrentielles et leurs incidences sur les consommateurs	4
2.4	La mise en œuvre de la LCart.....	8
2.4.1	La relation entre la procédure administrative et la procédure civile	8
2.4.2	La qualité ou l’absence de qualité pour agir des consommateurs à l’aune des art. 12 et 13 LCart	12
2.4.3	L’importance du droit privé des cartels.....	14
2.4.4	Les raisons de sa sous-exploitation	15
2.4.4.1	La difficulté de la preuve en matière cartellaire	17
2.4.4.1.1	La preuve de l’existence d’un accord illicite en matière de concurrence (art. 5 LCart)	17
2.4.4.1.2	La preuve d’un abus de position dominante	19
2.4.4.1.3	Le calcul du dommage et le <i>passing-on defence</i>	20
2.4.4.1.4	La causalité et l’existence d’une faute	22
2.4.4.2	L’insuffisance des instruments existants d’exercice collectif des droits	23
2.4.4.2.1	Le cumul subjectif et objectif de prétention.....	24
2.4.4.2.2	La limitation du droit d’action des organisations aux actions défensives	26
2.4.4.3	L’attractivité de la voie devant la Comco	28
2.4.4.4	La prescription	29
2.4.4.5	Une situation juridique insatisfaisante : La nécessité d’une réforme.....	30
2.5	Le <i>private enforcement</i> en droit de l’Union européenne	30
2.5.1	La tendance depuis les arrêts Courage/Crehan et Manfredi : le renforcement des droits privés d’action.....	30
2.5.2	Les principaux apports de la directive 2014/104 UE	31
2.6	Les propositions afin de renforcer le volet civil du droit suisse des cartels	34
2.6.1	L’élargissement de la qualité pour agir en réparation du préjudice causé aux consommateurs par une restriction à la concurrence	34
2.6.2	Les améliorations possibles en matière d’exercice collectifs des droits	35
2.6.3	Les possibilités d’action permettant de pallier au problème de la récolte des preuves	37
2.6.4	L’introduction d’une responsabilité causale simple.....	38
2.6.5	Les mesures permettant de réduire le risque de coût du procès.....	39

2.6.6	Un effet contraignant accordé aux décisions des autorités de la concurrence ...	41
2.6.7	Droit d'intervention de la Comco dans les procès civils.....	43
2.6.8	Etendre l'applicabilité des art. 12 ss. LCart aux violations des règles sur les concentrations d'entreprises.....	44
2.6.9	Légiférer sur la question du <i>passing-on defence</i>	44
2.6.10	La prescription.....	45
3	Les consommateurs et la loi contre la concurrence déloyale.....	45
3.1	Quelques pratiques commerciales déloyales choisies visant directement les consommateurs	46
3.1.1	Les méthodes de vente particulièrement agressives (art. 3 al. 1 ^{er} let. h LCD)...	47
3.1.2	Le système boule de neige, de l'avalanche ou de la pyramide (art. 3 al. 1 ^{er} let. r LCD)	48
3.1.3	Les promesses de gain dans le cadre d'un concours ou d'un tirage au sort (art. 3 al. 1 ^{er} let. t LCD)	49
3.1.4	Les envois de messages publicitaires non sollicités (art. 3 al. 1 ^{er} let. u LCD)...	49
3.1.5	Les conditions générales abusives (art. 8 LCD).....	52
3.2	Les moyens d'action des consommateurs et leurs organisations	54
3.3	L'extension de la qualité pour agir de la Confédération	56
4.	Conclusion	56

Bibliographie:

AMSTUTZ Marc / REINERT Mani (édit.), Basler Kommentar Kartellgesetz, 1ère éd., Bâle 2010 (cit. Basler Kommentar, KG-AUTEUR).

AMSTUTZ Marc / REINERT Mani, Erfasst Marktmacht auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht ? sic! 2005, p. 537 ss. (cit. AMSTUTZ/REINERT, Marktmacht).

BAUDENBACHER Carl, Zusammenhänge zwischen Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht, RSJB 119 1983, p. 161 ss. (cit. BAUDENBACHER, Zusammenhänge).

BAUMGARTNER Samuel P., Class Actions and Group Litigation in Switzerland, *in*: 27 Northwestern Journal of International Law & Business 2007, p. 301 ss. (cit. BAUMGARTNER, Class Actions).

BIERI Laurent, Le contrôle judiciaire des conditions générales – Réflexion sur le nouvel article 8 LCD, *in* : Bohnet (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 47ss (cit. BIERI, Le contrôle judiciaire).

BOHNET François / HALDY Jacques / JEANDIN Nicolas / SCHWEIZER Philippe / TAPPY Denis, CPC commenté, Bâle 2011 (cit. CPC-AUTEUR).

BOHNET François / MARTENET Vincent, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009 (cit. BOHNET/MARTENET).

BOHNET François, Les clauses procédurales abusives, *in* : Bohnet (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 63ss (cit. BOHNET, Les clauses procédurales).

BOHNET François, Les actions collectives, spécialement en matière de consommation, *in* : Carron, Blaise/Müller, Christoph (édit.), Droit de la consommation et de la distribution : Les nouveaux défis, Neuchâtel 2013, p. 159 ss (cit. BOHNET, les actions collectives).

BOHNET François, Procédure civile, 2^{ème} éd., Neuchâtel/Bâle 2014 (cit. BOHNET, Procédure civile).

BORER Jürg, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Ausgabe 2005, Zurich 2005 (cit. BORER, KG).

BORER Jürg, Zivil- und strafrechtliches Vorgehen, *in* : Geiser/Krauskopf/Münch, Wettbewerbsrecht, p. 523 ss. (cit. BORER, Zivil).

BOVET Christian, Réforme 2012 du droit suisse de la concurrence : une introduction, *in* : Hochreutener, Walter, Amstutz (édit.), Pratique du droit de la concurrence : Abus de position dominante, procédure, révision, p. 1 ss. (cit. BOVET, Réforme 2012).

BRUNNER Alexander, Konsumentenkartellrecht, PJA 1996, p. 931 ss. (cit. BRUNNER, Konsumentenkartellrecht).

BRUNNER Alexander / GASSER Dominik / SCHWANDER Ivo, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zurich 2011 (cit. DIKE-Komm. ZPO-AUTEUR).

BÜHLER Alfred, Es fehlt ein Instrument für den kollektiven Rechtsschutz, NZZ n° 130 du 9.6.2010, p. 21 (cit. BÜHLER, Rechtsschutz).

BÜRGI Johannes A., Zivilrechtsfolge Nichtigkeit bei Kartellrechtsverstößen, Berne 2001 (cit. BÜRGI, Zivilrechtsfolge).

CARRON Blaise, La protection du consommateur lors de la formation du contrat, *in* : Carron/Müller (édit.), Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis, Bâle 2013, p. 95 ss. (cit. CARRON, La protection du consommateur).

CARVAL Suzanne, La responsabilité civile des auteurs de pratiques anticoncurrentielles, morceaux choisis de la directive 2014/104 du 26 novembre 2014, *in* : REAS, Zurich 2016, p. 48 ss. (cit. CARVAL, La responsabilité civile).

CHAPPUIS Benoit, La profession d'avocat, Tome I, le cadre légal et les principes essentiels, Zurich 2013 (cit. CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I).

CHAUDET François / CHERPILLOD Anne / LANDROVE Juan Carlos, Droit suisse des affaires, 3^{ème} éd., Bâle 2010 (cit. CHAUDET/CHERPILLOD/LANDROVE, Droit suisse des affaires).

CHERPILLOD Denis, L'abus structurel, Genève et al. 2006 (cit. CHERPILLOD, L'abus structurel, thèse).

DAVID Lucas, Schweizerisches Werberecht, Regeln und Praxis zu Werbung, Kennzeichnung und Vertrieb, Zurich 1997 (cit. DAVID, Schweizerisches Werberecht).

DAVID Lucas / JACOBS Reto, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5^{ème} éd., Berne 2012 (cit. DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht).

DOMAJ Tania, Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa? ZZP 2012, p. 421 ss. (cit. DOMAJ, Einheitlicher).

DROESE Lorenz, Die Sammelklage in den USA und in Europa und die Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, *in*: Fellmann, Walter/Weber, Stephan (édit.), Haftpflichtprozess 2010, Zurich 2010, p. 115 ss. (cit. DROESE, Die Sammelklage).

DUCREY Patrik / MARTENET Vincent, Enjeux procéduraux – Verfahrensrechtliche Herausforderungen, *in* : Amstutz/Stoffel/Ducrey, Cartels, p. 69 ss. (cit. DUCREY/MARTENET, Enjeux procéduraux).

DUPONT Anne-Sylvie, Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance, *in* : Bohnet (édit.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle/Neuchâtel 2012, p. 99 ss, p. 106 s. (cit. DUPONT, Le nouvel article 8 LCD).

EHLERMANN Claus Dieter / ATANASIU Isabela (édit.), European Competition Law Annual 2001 ; Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law, juillet 2003 (cit. EHLERMANN/ATANASIU, European Competition Law).

FISCHER Daniel, Sammelklagen: Auch in der Schweiz sinnvoll?, Plaidoyer 6/2008, p. 48 ss. (cit. FISCHER, Sammelklagen).

FORNAGE Anne-Christine, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant, Berne 2011 (cit. FORNAGE, La mise en œuvre).

FRIEDRICH Peter, Aggressive Werbemethoden in der Schweiz und deren lauterkeitsrechtliche Beurteilung, Zurich 1992 (cit. FRIEDRICH).

GORDON-VRBA Lucy, Vielparteienprozesse, Kollektive Durchsetzung gleichartiger individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, Zurich 2007 (cit. GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse).

GRONER Roger, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen – quo vadis?, *in* : recht 2002, p. 63 ss. (cit. GRONER, Missbrauchsaufsicht).

HALDY Jacques, Procédure civile suisse, Lausanne 2014 (cit. HALDY, Procédure civile suisse).

HANGARTNER Yvo, Das Verhältnis von Verwaltungs- und Zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren, *in* : PJA 2006, p. 48 ss. (cit. HANGARTNER, Das Verhältnis).

HAY Peter, US-Amerikanisches Recht, 6^{ème} éd., München 2015 (cit. HAY, US-Amerikanisches Recht).

HEINEMANN Andreas, Consommation et concurrence : Améliorer le statut juridique des consommateurs et leurs associations en droit des cartels, *in* : Ojah/Vulliemin (édit.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, CEDIDAC Volume 83, Lausanne 2009, p. 45 ss. (cit. HEINEMANN, Améliorer le statut juridique des consommateurs).

HEINEMANN Andreas, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstösse, *in* : Sethe/Isler (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 135 ss. (cit. HEINEMANN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit).

HEINEMANN Andreas, Die privatrechtliche Durchsetzung des kartellrecht, Strukturberichterstattung n° 44/4, Evaluation Kartellgesetz, SECO, Berne 2009 (cit. HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz).

HEINEMANN Andreas, Les lacunes dans l'application de la loi sur les cartels en droit civil, *in* : La vie économique, Revue de politique économique 4-2009, p. 29-31 (cit. HEINEMANN, Les lacunes).

HEINEMANN Andreas, Kartellzivilrecht, *in* : Zäch/Weber/Heinemann (édit.), Revision des Kartellgesetzes, kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich, Saint-Gall, 2012, p. 137- 159 (cit. HEINEMANN, Kartellzivilrecht).

HEIZMANN Reto A. / ZÄCH Roger, Expertisekosten als neue Hürden für Kartellklagen, *in*: Leupold/Rüetschi/Stauber/Vetter (édit.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 3 ss. (cit. HEIZMANN/ZÄCH, Expertisekosten).

HENSLER Deborah R. (édit.), Class action dilemmas. Pursuing public goals for private gain, Santa Monica 2000 (cit. HENSLER, Class action dilemmas).

HERTIG Gérard, Le rôle du consommateur dans le droit de la concurrence en Suisse, aux Etats-Unis et dans la CEE, Genève 1984 (cit. HERTIG, le rôle du consommateur).

HESS Burkhard, Die Anerkennung eines Class Action Settlement in Deutschland, Juristenzeitung (JZ) 2000, p. 373 ss. (cit. HESS, Anerkennung).

HESS Markus / RUCKSTHUL Léa, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegeordnung, PJA 2012, p. 1188 ss, p. 1193 (cit. HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle).

HITLY Reto M. / ARPAGAUS Reto (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (cit. Basler Kommentar, UWG-AUTEUR(S)).

HOCH CLASSEN Mariel, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zurich 2003 (cit. HOCH CLASSEN).

HOMBURGER Eric, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1990 (cit. HOMBURGER, KG).

HOFFET Franz, *in* : Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (édit.) , KG, *ad* Art. 5 KG (cité: HOFFET, KG).

HOFFMAN David / LÜSCHER Christian, Le Code de procédure civile, 2^{ème} éd., Berne 2015 (cit. HOFFMAN/LÜSCHER, CPC).

JACOBS Reto, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrecht, *in* : Zäch , Das redivierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, p. 209 ss. (cit. JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung).

JEANDIN Nicolas, Parties au procès, Mouvement et (r)évolution, Zurich 2003 (cit. JEANDIN, Parties).

JEANDIN Nicolas / PEYROT Aude, Précis de procédure civile, Genève/Zurich/Bâle 2015 (cit. JEANDIN/PEYROT, Précis de procédure civile).

JONES Clifford A., Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA, 1999, (cit. JONES, Private Enforcement).

KOCH Harald, Sammelklage und Justizstandorte im internationalen Wettbewerb, Juristenzeitung (JZ) 2011, p. 438 ss (cit. KOCH, Sammelklage).

KÖCHLI R. / REICH P. M., *in* : Baker & McKenzie, Kartellgesetz, *ad* Art 5 et 6 KG (cit. KÖCHLI/REICH, KG).

KRAUSKOPF Patrick / ROTH S., L'intervention des autorités de la concurrence dans les procédures judiciaires et législatives, SJ 2002 II, p. 33 ss. (cit. KRAUSKOPF/ROTH, Intervention).

KUMMER Max, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Zivilprozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^{ème} éd., Berne 1984 (cit. KUMMER, Grundriss).

KUNZ Peter V., Wurde das Kartellprivatrecht vergessen? Nutzlose Regelungen und Korrekturmöglichkeiten, NZZ du 22.11.1994 (cit. KUNZ, Wurde das Kartellprivatrecht vergessen?).

KUT Ahmet / STAUBER Demian, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Mit Berücksichtigung der Änderungen der Preisbekanntgabeverordnung, *in* : Jusletter du 20.02.2012 (KUT/STAUBER, Die UWG-Revision).

LANG Christoph G., Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Berne 2000 (cit. LANG, Ansprüche).

LÜSCHER Christoph, Die Konzeption privater Kartellrechtsdurchsetzung im Lichte der Kartellgesetz-Revision 2012 «reconsidered», JPA 2013, p. 1653 ss. (cit. LÜSCHER, Die Konzeption).

MARTENET Vincent / BOVAY Christian / TERCIER Pierre (édit.), Commentaire romand du droit de la concurrence, 2^{ème} éd., Bâle, 2013 (cit. AUTEUR(S), Commentaire romand droit de la concurrence).

MARTENET Vincent, Les autorités de la concurrence et la liberté économique, PJA 2008, p. 963 ss. (cit. MARTENET, Liberté).

MARTENET Vincent / HEINEMANN Andreas, Droit de la concurrence, Genève/Zürich/Bâle et Paris 2012 (cit. MARTENET/HEINEMANN, Droit de la concurrence).

MENZ James / MAMANE David, EU-Richtlinie zu Schadenersatzklagen aus Kartellrechtsverstössen, *in* : Jusletter 23.06 2014 (cit. MENZ/MAMANE, EU-Richtlinie).

MERCIER Pierre / MACH Olivier / GILLIERON Hubert / AFFOLTER Simon, Grands principes du droit de la concurrence, Bâle et Bruxelles 1999 (cit. MERCIER/MACH/GILLIERON/AFFOLTER, Grands principes).

MERZ Hans, Das Schweizerische Kartellgesetz, Grundlagen und Hauptprobleme, Berne 1967 (cit. MERZ, Grundlagen und Hauptprobleme).

MULHERON Rachael, Reform of collective redress in England and Wales. A perspective of need. Civil Justice Council of England and Wales, Londres 2008 (cit. MULHERON, Reform).

MULHERON Rachael, The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis, Columbia Journal of European Law 2009, p. 409 ss. (cit. MULHERON, The Case).

MÜLLER Thomas S., Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht. Unter besondere Berücksichtigung des amerikanischen, europäischen und deutschen Rechts, Zurich/Saint-Gall 2008 (cit. MÜLLER, Die Passing-on).

MÜLLER Christoph / RISKE Olivier, L'offre arnaqueuse – notamment par Internet, *in* : Bohnet, Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Bâle/Neuchâtel 2012, p.1 ss. (cit. MÜLLER/RISKE, L'offre arnaqueuse).

MURRAY Peter L., Class Actions in a Global Economy, *in* : Rolf Stürner (édit.), Current Topics of International Litigation, Tubingue 2009, p. 95 ss. (cit. MURRAY, Class Actions).

NAGEL Sven, Schweizerisches Kartellprivatrecht im internationalen Vergleich, Zurich 2007 (cit. NAGEL, Kartellprivatrecht).

OBERHAMMER Paul / DOMEJ Tanja / Ulrich Haas, Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilprozessordnung, 2^{ème} éd., Bâle 2013 (cit. KUKO ZPO-AUTEUR).

PEDRAZZINI Mario M. / PEDRAZZINI Frederico A., Unlauterer Wettbewerb UWG, 2^{ème} éd., Berne 2002 (cit. PEDRAZZINI/PERDRAZZINI, UWG).

PICHONNAZ Pascal, Clauses abusives et pratiques déloyales : une meilleure réglementation de la concurrence, Plaidoyer 5/2011 34, p. 34 (cit. PICHONNAZ, Clauses abusives et pratiques déloyales).

PICHONNAZ Pascal / FORNAGE Anne-Christine, Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, RSJ 2010 p. 285 ss. (cit. PICHONNAZ/FORNAGE, Le projet de révision).

PIQUEREZ Gérard / MACALUSO Alain, Procédure pénale suisse, 3^{ème} éd., Genève 2011 (cit. PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale).

PRIETO Catherine / BOSCO David, Droit européen de la concurrence : Ententes et abus de position dominante, Bruylant, 2013 (cit. PRIETO/BOSCO, Droit européen de la concurrence).

REINERT Mani, Preisgestaltung, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Bâle, Genève, Munich 2005 (cit. REINERT, Preisgestaltung).

RICHLI Paul, Erste Eindrücke der Praxis zum Preisüberwachungsgesetz, WuR 1989, p. 191 ss. (cit. RICHLI, Erste Eindrücke).

ROMY Isabelle, Litiges de masse (Des class actions aux solutions suisses dans les cas de pollutions et de toxiques), Fribourg 1997 (cit. ROMY, Litiges de masse).

ROTT Peter, Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB – Zum Cofidis-Urteil des EuGH, EuZW 2003, p. 5 ss. (cit. ROTT, Effektiver Rechtsschutz).

RUSCH Arnold F. / GUT Susanna, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen?, *in* : Jusletter du 2.06.2014 (cit. RUSCH/GUT, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen).

RUSCH Arnold F. / SCHIRRMACHER Andreas, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, ZBJV 2013, p. 683 ss. (cit. RUSCH/SCHIRRMACHER, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit).

SCHALLER Olivier / BANGERTER Simon, Réflexions sur le déroulement des perquisitions cartellaires, *sic!* 2007, p. 152 ss. (cit. SCHALLER/BANGERTER, Perquisitions).

SCHMID Jörg, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegung zum neuen Art. 8 UWG, RSJB 2012, p. 1 ss. (cit. SCHMID, Die inhaltskontrolle).

SCHWANDER Ivo, Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen?, PCEF 2004, p. 3 ss. (cit. SCHWANDER, moderne Zivilprozessordnung).

SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6^{ème} éd., Berne 2012 (cit. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht).

SOMMER Patrick / RAEMY Alain, Rechtliche Fragen bei Hausdurchsuchungen im Rahmen des Schweizer Kartellrecht, *sic!* 2004, p. 758 ss. (cit. SOMMER/RAEMY, Hausdurchsuchungen).

SPITZ Philippe, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes, 2003, *in* : RSDA 2005, p. 113 (cit. SPITZ, Das Kartellzivilrecht).

SPITZ Philippe, Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, *in*: Jusletter du 9.10.2006 (cit. SPITZ, Gewinnherausgabe).

SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca / INFANGER Diminik (édit.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2^{ème} éd., Bâle 2013 (cit. Basler Kommentar ZPO-AUTEUR).

STÖCKLI Hubert, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Fribourg 1999 (cit. STÖCKLI, Wettbewerbsbehinderung).

STOFFEL Walter A., Das neue Kartell-Zivilrecht, *in* : Zäch Roger, Das neue schweizerische Kartellgesetz, 1996, p. 87 ss. (cit. STOFFEL, neue Kartell-Zivilrecht).

STOFFEL Walter A., L'image du plaideur : du demandeur individuel aux intérêts de groupe, *in* : Mélanges publiés par la faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'université de Fribourg, Fribourg 1990, p. 497 ss. (cit. STOFFEL, L'image du plaideur).

SUTTER Guido / LORTSCHER Florian, Klagerecht des Bundes gegen missbräuchliche AGB, recht 4/2012, p. 93 ss. (cit. SUTTER/LORTSCHER, Klagerecht des Bundes).

TERCIER Pierre, Du droit des cartels au droit de la concurrence, *in* : Revue de droit suisse 1993, p. 399 ss. (cit. TERCIER, Du droit des cartels).

TERCIER Pierre, Droit privé de la concurrence, *in* : von Büren/David, Kartellrecht, p. 319 ss. (cit. TERCIER, SIWR KG).

TERCIER Pierre / BOVET Christian, Droit de la concurrence : loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce : Commentaire, Bâle 2002.

TERCIER Pierre / PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 5^{ème} éd., Zurich, 2012 (cit. TERCIER/PICHONNAZ, Le droit des obligations).

THEVENOZ Luc, L'action de groupe en procédure civile suisse, *in* ; Rapports suisses présentés au XIII Congrès international du droit comparé, Zurich, 1990, p. 129 ss. (cit. THEVENOZ, L'action de groupe).

TROLLER Kamen, Manuel de droit suisse des biens immatériels, Droit des brevets – Droit des marques – Droit des dessins et modèles – Droit de l'informatique – Droit d'auteur – Droit de la concurrence déloyale, Tome II, 2^{ème} éd., Bâle 1996 (cit. TROLLER, biens immatériels).

VENTURI Silvio / FAVRE Pascal G., L'abus de position dominante en droit de la concurrence – Droit matériel, FJS n°337, 11.2007 (cit. VENTURI/FAVRE, L'abus).

VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Genève/Zurich/Bâle/Bruxelles 2006 (cit. VIGNERON-MAGGIO-APRILE).

VON BÜREN Roland, Zur Zulässigkeit der „passing-on-defence“ in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht, RSDA 2007 (cit. VON BÜREN, Zur Zulässigkeit).

WAGNER Gerhard, Kollektiver Rechtsschutz – Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden, *in*: Casper, Matthias/Janssen, André/Pohlmann, Petra/Schulze, Reiner (édit.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, Munich 2009, p. 41 ss. (cit. WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz).

WALTER R. Schluop, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 2^{ème} éd., Zurich 1997 (cit. WALTER, Kommentar).

WALTER R. Schluop, Vom lauterer zum freien Wettbewerb, *in* : Schluop, Zum Wirtschaftsrecht, p. 1 ss. (cit. WALTER, Vom lauterer).

WASER Astrid, Verfahrensrechte der Parteien – neueste Entwicklungen *in* : Hochreutener, Stoffel, Amstutz (édit.), Droit de la concurrence: Développements, droit de la procédure, décloisonnement du marché suisse, p. 71 ss. (cit. WASER, Verfahrensrechte der Parteien).

ZÄCH Roger / KÜNZLER Adrian, Individualschutz und Institutionsschutz als Aufgaben des Kartellrechts, *in*: Zäch et al. (édit.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen juristentag 2006, Zürich 2006, p. 291 ss. (cit. ZACH/KUNZLER, Individualschutz).

ZÄCH Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2^{ème} éd., Bern 2005 (cit. ZÄCH, Schweizerisches kartellrecht)

ZÄCH Roger, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, *in* : SIWR V/2, Kartellrecht, Bâle et al. 2000, p. 137 ss. (cit. ZÄCH, SIWR).

ZÄCH Roger / HEIZMANN Reto A., Durchsetzung des Wettbewerbsrecht durch Private, Essays in Honor of Stanislaw Soltysinski, 2005 (cit. ZÄCH/HEIZMANN, Durchsetzung des Wettbewerbsrecht durch Private).

ZIMMERLI Daniel, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der “Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007 (cit. ZIMMERLI, Zur Dogmatik)

Autres documents

Conseil fédéral, Rapport du 3 juillet 2013 relatif à l'exercice collectif des droits en Suisse (cit. Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral).

Conseil fédéral, Rapport du 19.11.2014 sur l'évolution du marché suisse des télécommunications ainsi que sur les enjeux législatifs y afférents (cit. Rapport sur les télécommunications, 2014).

Commission de la concurrence, Transmission incomplète des avantages de cours de change du 2 août 2011 (cit. Comco, Transmission incomplète des avantages de cours de change).

Commission européenne, Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (cit. Commission européenne, Guide pratique concernant la quantification du préjudice).

Commission européenne, Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante, COM(2008) 165 final du 2.4.2008 (cit. Commission européenne, Livre blanc).

Commission européenne, Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante, COM(2005) 672 final du 19.12.2005 (cit. Commission européenne, Livre vert).

Commission européenne, Recommandation du 11.6.2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, L 201/60 (cit. Commission européenne, Recommandation relative aux mécanismes de recours collecti

1 Introduction

Le droit de la concurrence se subdivise en deux domaines : le droit des cartels et celui de la concurrence déloyale. Le premier se base sur la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence¹ et vise à assurer la liberté et l'existence de la concurrence. Le deuxième se fonde quant à lui sur la loi fédérale contre la concurrence déloyale² et doit servir en premier lieu à assurer la loyauté de la concurrence. En effet, la concurrence doit être protégée tant au niveau quantitatif, là réside le rôle de la LCart, que qualitatif, ce qui est l'affaire de la LCD³. Ces deux lois ont donc pour but de protéger et de maintenir la concurrence dans son ensemble, en tant que principe cardinal de la vie économique⁴. En d'autres termes, la LCart a pour tâche d'ériger des digues contre la suppression de la concurrence ou les entraves à celle-ci. En revanche, la LCD doit veiller en premier lieu à ce que la concurrence existante ne dégénère pas et ne devienne pas abusive dans ses fonctions⁵.

A titre de remarques liminaires, il sera discuté du bien-être des consommateurs en droit de la concurrence (ch. 2.1) et de la place que ce dernier octroie à la protection des intérêts individuels (ch. 2.2). Après avoir passé en revue les différentes infractions au droit des cartels (ch. 2.3), nous nous intéresserons à la mise en œuvre du droit cartellaire suisse (ch. 2.4). Son application relève principalement des autorités de la concurrence, cela étant, la LCart contient également un volet civil qui est destiné à permettre aux personnes lésées par une pratique anticoncurrentielle de saisir les tribunaux civils afin d'obtenir en outre, la réparation du préjudice subi. Dans ce contexte, il sied d'examiner dans quelle mesure les consommateurs, soit les clients finaux, sont légitimés à faire valoir leurs droits à l'encontre des entreprises ne respectant pas les règles du droit de la concurrence (ch. 2.4.2).

L'un des objectifs de cette contribution est de démontrer qu'il existe divers obstacles de nature à décourager les entreprises et les consommateurs de franchir la porte des tribunaux. Il s'agira de les identifier dans un premier temps (ch. 2.4.4) et dans un second, de proposer des solutions pour redonner de la vigueur au droit civil des cartels (ch. 2.6) après avoir examiné les réponses qui ont été données à ces problématiques au sein de l'Union européenne (ch. 2.5).

La LCD fait l'objet de la deuxième partie de cette contribution. Après avoir démontré que les consommateurs sont particulièrement visés par les pratiques commerciales déloyales des entreprises (ch. 3.1), il sera intéressant de faire un parallèle sur les moyens d'action à disposition de ceux-ci afin de se défendre contre celles-là (ch. 3.2).

¹ Loi sur les cartels du 6 octobre 1995, LCart, RS 251.

² Loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, LCD, RS 241.

³ WALTER, Vom lautereren, p. 67 ; BAUDENBACHER, Zusammenhänge, p. 161.

⁴ Message à l'appui d'une loi contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037, p. 1069. Selon une autre formulation du Message, tant la LCart que la LCD concourent à la sauvegarde et au bon fonctionnement du substrat de l'ordre économique que constitue la concurrence, p. 1070.

⁵ Message LCD, FF 1983 II 1037, 1070 ; ATF 109 II 123 cons. 2b ; ATF 107 II 277.

2 La place accordée aux consommateurs par le droit des cartels

2.1 Le bien-être des consommateurs en tant qu'objectif du droit de la concurrence

La loi sur les cartels se fonde prioritairement sur l'art. 96 Cst.⁶, qui concerne la politique en matière de concurrence, mais son préambule ne mentionne pas l'art. 97 al. 1^{er} Cst., qui permet à la Confédération de prendre des mesures afin de protéger les consommateurs et les consommatrices⁷.

Cependant l'une des fonctions principales du droit de la concurrence, si ce n'est la plus importante, est la protection, l'accroissement ou la maximisation du bien-être des consommateurs (*consumer welfare*)⁸. Le bien-être économique des consommateurs est tributaire d'une concurrence efficace. En effet, dès lors que dans un marché concurrentiel les entreprises sont soumises à une pression constante pour être meilleures que leurs concurrents et ainsi attirer la clientèle, la concurrence a tendance à favoriser des prix modiques, des produits de qualité, l'innovation ainsi qu'une offre large de produits et de services qui est en adéquation avec les souhaits des consommateurs⁹. Si la concurrence fonctionne de manière optimale alors le consommateur est roi sur les différents marchés¹⁰, celle-ci faisant en sorte que les préférences de ces derniers déterminent la production (« souveraineté des consommateurs »). Le droit des cartels, qui veut garantir l'existence et le maintien de la concurrence, est par conséquent également un pan du droit qui a pour vocation de protéger les consommateurs, destinataires de la politique de la concurrence¹¹.

Inversement le rôle du consommateur, de par la fonction d'orientation qui lui échoit, est essentiel dans le fonctionnement des marchés. Des consommateurs bien informés et critiques sont les garants d'une concurrence efficace¹². En choisissant les produits, les commerçants qui leur conviennent, ils obtiennent pour eux-mêmes non seulement la meilleure offre mais émettent également des signaux, indispensables dans une économie de marché, aux entreprises dont les produits n'ont pas été retenus. Ce mécanisme permet l'adaptation générale des prix et des prestations¹³.

⁶ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Cst., RS 101.

⁷ Ce qui est étonnant selon Zäch, ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, p. 62 N 139.

⁸ MARTENET/HEINEMANN, Droit de la concurrence, p. 32.

⁹ ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, p. 18 N 43.

¹⁰ HEINEMANN, Améliorer le statut juridique des consommateurs. En effet, dans un système à économie de marché, le consommateur est théoriquement roi en ce sens qu'il guide la production et la distribution.

¹¹ ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, p. 62 N 139. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que la LCart n'est pas une loi destinée spécifiquement à la protection des consommateurs.

¹² HEINEMANN, Améliorer le statut juridique des consommateurs.

¹³ Comco, Transmission incomplète des avantages de cours de change, p. 3.

2.2 La protection des intérêts individuels en droit de la concurrence

La question de savoir si la LCart a également pour mission la protection des intérêts individuels des entreprises et des consommateurs a longtemps été controversée en doctrine¹⁴. Certains auteurs¹⁵ estiment que la loi protège la concurrence en tant qu'institution et les intérêts individuels des acteurs économiques ne le sont que par ricochet lorsque l'institution de la concurrence est touchée. Cette conception est fondée sur le fait que la Constitution n'autorise le législateur à prendre des mesures qu'à l'encontre des conséquences sociales et économiques dommageables des restrictions à la concurrence, ce qui impliquerait que l'institution de la concurrence soit touchée¹⁶. Selon une autre interprétation, la LCart a pour but de protéger la concurrence en tant qu'institution mais assure également une protection individuelle, ces deux aspects coexistent de manière autonome l'un de l'autre¹⁷.

Les représentants de la première doctrine avancent que la prise en compte des intérêts individuels en tant que but à part entière de la loi sur les cartels entrerait inéluctablement en conflit avec le véritable objectif de la LCart qui est la protection de l'institution de la concurrence respectivement du bien-être social¹⁸. Les tenants d'une protection parallèle de l'institution et des acteurs envisagent les deux aspects comme « les deux faces d'une seule et même médaille »¹⁹ et considèrent qu'il sera très rare en pratique que la protection de l'institution s'oppose à la protection individuelle²⁰.

La Confédération dispose d'une compétence en matière de droit civil (art. 122 Cst.) qui l'autorise à édicter des normes ayant vocation à protéger la liberté économique des individus et qui tendent donc à une protection des intérêts individuels²¹. La LCart s'appuie sur l'art. 122 Cst. (voir le préambule de la LCart) ce qui permet de battre en brèche l'argument selon lequel il découle de la Constitution que la loi sur les cartels sert uniquement à protéger l'institution de la concurrence²².

L'intégration dans le préambule de la LCart de l'article constitutionnel protégeant la liberté économique des individus et des entreprises (art. 27 Cst.) en 2003, est aussi un argument fort pour affirmer que le droit suisse des cartels a également vocation à assurer une protection individuelle²³. La liberté économique, dans sa fonction institutionnelle, commande que l'Etat crée les conditions cadres adéquates pour que les particuliers puissent effectivement jouir de leur liberté économique.

Le législateur de 1995 a certes voulu réaliser un changement de paradigme avec la révision de la LCart en protégeant dorénavant l'institution de la concurrence mais rien n'indique dans les

¹⁴ Basler Kommentar, KG-LEHNE, Art. 1 N 35.

¹⁵ Notamment : GRONER, Missbrauchsaufsicht, p. 66 ; HOCH CLASSEN, p. 194 ss. ; LANG, Ansprüche, p. 18 s.

¹⁶ Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, vor art. 12-17, N 2.

¹⁷ Notamment : ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 142, 237, 397 ; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, p. 453 ss. ; BORER, KG, art. 5 N 19.

¹⁸ AMSTUTZ/REINERT, Marktmacht, p. 549.

¹⁹ HANGARTNER, Das Verhältnis, p. 44 ; ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, N 237.

²⁰ ZÄCH/KUNZLER, Individualschutz, p. 293.

²¹ Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 2.

²² *Ibidem*.

²³ Notamment ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, p. 111 N 237.

travaux préparatoires que la protection individuelle devait être supprimée²⁴. La jurisprudence de notre Haute Cour admet ainsi que la loi sur les cartels protège, à côté de l'institution de la concurrence, les intérêts privés des participants au marché²⁵.

Il s'ensuit que les autorités de la concurrence ont également pour mission de sauvegarder les intérêts individuels des acteurs économiques. Cela ne veut toutefois pas dire que chaque atteinte à la position concurrentielle d'un acteur est illicite. Au contraire, il s'agira de démontrer que la concurrence, en tant qu'institution, est au moins touchée²⁶.

La liberté économique (art. 27 Cst.) est concrétisée en droit des cartels par les art. 12 ss. LCart alors que la procédure administrative en droit des cartels (art. 18 ss. LCart) met en œuvre le mandat constitutionnel de l'art. 96 Cst. qui est de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence²⁷.

2.3 Les pratiques anticoncurrentielles et leurs incidences sur les consommateurs

D'un point de vue matériel, la LCart repose sur trois piliers qu'il convient de présenter brièvement: premièrement, les accords qui suppriment une concurrence efficace sur le marché ou affectent celle-ci de manière notable sans se justifier par des motifs d'efficacité économique sont illicites (art. 5 LCart); deuxièmement, les pratiques abusives d'entreprises ayant une position dominante sont également illicites (art. 7 LCart) ; troisièmement, les opérations de concentration d'entreprises d'une certaine importance doivent être notifiées à la Commission fédérale de la concurrence (ci-après : Comco) , qui peut les interdire ou les autoriser moyennant des conditions ou des charges, lorsqu'elles menacent de supprimer une concurrence efficace (art. 9 et 10 LCart).

Concernant le premier pilier de la LCart, l'article 5 contient des règles permettant de déterminer la licéité d'un accord en matière de concurrence²⁸. Selon l'intensité de ses effets anticoncurrentiels sur un marché donné, l'on distingue trois catégories d'accord en matière de concurrence²⁹.

1. Les accords affectant la concurrence de manière légère (non notable) sont licites et ne sont pas soumis au pouvoir d'intervention des autorités de la concurrence³⁰.
2. Les accords conduisant à la suppression d'une concurrence efficace sont illicites sans pouvoir être justifiés par des motifs d'efficacité économique, leur caractère nuisible étant indubitable. Le législateur a instauré une présomption réfragable à l'art. 5 al. 3 et 4 en vertu de laquelle certaines catégories d'accords entraînent la suppression d'une concurrence efficace. L'alinéa 3 ne s'applique qu'à des accords horizontaux³¹ et

²⁴ SCHAUB, N 6 ; Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 2.

²⁵ ATF 129 II 24; ATF 130 II 149.

²⁶ Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 4.

²⁷ DUCREY/MARTENET, Enjeux procédurux, p. 71.

²⁸ BORER, KG, art. 5 LCart N 1 ; HOFFET, KG, Vorb. zu Art. 5-8 LCart, N 1 ; Basler Kommentar, KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, art. 5 N 2.

²⁹ BORER, KG, art. 5 LCart N 2.

³⁰ Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994, FF 1995 I 472, 551.

³¹ ATF 129 II 18 cons. 6.2 ; Message LCart, FF 1995 I 472, 561 ; Basler Kommentar, KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, art. 5 N 366 ; HOFFET, KG, art. 5 LCart, N 114 ; ZÄCH, Schweizerisches

présume la suppression de la concurrence efficace en cas d'entente fixant (directement ou indirectement) les prix, restreignant les quantités à produire, à fournir ou à acheter ou répartissant les marchés. A titre d'exemple, l'on peut mentionner les échanges d'informations entre entreprises concurrentes sur les prix futurs ou sur le comportement futur quant au prix et qui s'entendent sur des prix déterminés³². Les cartels de contingentement servant à fixer les quantités produites ou les boycotts de groupe dans lesquels les acheteurs conviennent de ne plus s'approvisionner auprès d'un fournisseur déterminé constituent de bons exemples d'une restriction des quantités à produire, à fournir ou à acheter³³. Les accords qui segmentent le marché soit en zone géographique soit en fonction des clients ou fournisseurs tombent également sous le coup de la présomption de l'alinéa 3. L'art. 5 al. 4 présume que les accords verticaux³⁴ fixant un prix de vente minimum ou fixe et ceux attribuant des territoires supprime une concurrence efficace. Un accord entre un producteur et un distributeur selon lequel le distributeur s'engage à respecter des prix de revente minimaux fixés par le producteur tombe par exemple sous le coup de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart³⁵. Les accords remplissant les prémisses de la présomption de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart sont désignés comme étant des cartels rigides (cartels *hardcore*), c'est-à-dire clairement nuisible à la concurrence³⁶. On peut renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace figurant à l'art 5 al. 3 et 4³⁷ en établissant que, malgré l'accord en question, il subsiste une concurrence résiduelle (externe ou interne) sur le marché pertinent³⁸. Ainsi même pour ce type d'accords, il sied toujours d'examiner leurs effets concrets sur le processus concurrentiel³⁹. Il existe une concurrence résiduelle externe efficace lorsqu'il existe des entreprises concurrentes non parties à l'accord qui permettent le maintien d'une pression concurrentielle suffisante sur celles qui y participent⁴⁰. L'on parlera notamment de concurrence interne efficace si les entreprises ne respectent pas ou partiellement l'accord⁴¹ ou si d'autres paramètres concurrentiels⁴² importants ne sont pas touchés par ce dernier⁴³.

Kartellrecht, p. 218, N 453; c'est-à-dire aux accords conclus entre entreprises effectivement en concurrence ou qui pourraient l'être : c.f. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht p. 218 N 453. Les entreprises sont actives sur le même échelon de marché.

³² Comco, DPC 2011/4, p. 529, ASCOPA, ch. 426 ; Comco, DPC 2010/4, p. 717, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, ch. 173ss.

³³ Message LCart, FF 1995 I 472, 563.

³⁴ C'est-à-dire les accords conclus entre des entreprises occupant des échelons différents de la chaîne de production et de distribution.

³⁵ MARTENET/HEINEMANN, Droit de la concurrence, p. 90.

³⁶ REINERT, Preisgestaltung, p. 108 ss., N 4.36 ss.

³⁷ Le renversement de la présomption est la règle dans la pratique de la Comco.

³⁸ C.f ATF 129 II 18 cons. 8.1 ; TAF DPC 2010/2, p. 368 cons. 9 ; Comco DPC 2010/4 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, ch. 220 ss. ; Il faudra donc délimiter le marché concerné selon trois critères : le marché de produits, le marché géographique et le marché temporel.

³⁹ DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht N 648.

⁴⁰ AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 5 LCart N 162 ; Basler Kommentar, KG-KRAUSKOPF/SCHAKKER, art. 5 N 238.

⁴¹ En effet, la stabilité d'un cartel est par essence fragile, les participants à l'entente étant incités à tricher afin d'accroître encore plus leurs profits au détriment des autres membres du cartel, DEISS/GUGLER, Commentaire romand droit de la concurrence, les aspects économiques du droit suisse de la concurrence N 50.

⁴² Le prix est un paramètre concurrentiel important mais pas le seul. Les entreprises se font également concurrence sur la qualité des produits ou des services, le service après-vente, etc.

⁴³ ATF 129 II 18 cons. 8 ; Comco DPC 2012/2, p. 270, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, ch. 1034.

3. Les accords affectant de manière notable la concurrence sont en principe illicites mais peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1^{er} et 2 LCart). Dès lors que la présomption de suppression de la concurrence efficace a été renversée ou qu'un accord ne remplit pas les prémisses de la présomption, il s'agira d'examiner si celui-ci affecte la concurrence de manière notable, ce que se fera à l'aide de critères qualitatifs et quantitatifs⁴⁴.

L'art. 7 LCart, qui constitue le siège de la matière concernant le deuxième pilier, repose sur le postulat suivant : l'entreprise qui détient une position dominante sur le marché peut en user mais il lui est interdit d'en abuser⁴⁵. En effet, le fait pour une entreprise d'accéder à une position dominante n'est pas en soi répréhensible, seule sera déclarée illicite la pratique de l'entreprise dominante consistant à entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou à l'exercice de celle-ci (pratiques d'entraves ou d'éviction), ou à désavantager les partenaires commerciaux en portant atteinte à la concurrence (pratiques d'exploitation) sans justification objective (*legitimate business reasons*)⁴⁶. Même si la détention d'une position dominante est souvent un signe de l'efficacité de la concurrence (l'entreprise qui parvient à une telle position est en général celle qui a su s'imposer, par ses meilleurs produits ou ses prix les plus bas, face à ses concurrents), elle permet de s'affranchir partiellement de la pression du marché et, partant, d'adopter des comportements préjudiciables à la concurrence qui limitent abusivement la liberté d'action de leurs concurrents ou de leurs partenaires commerciaux et désavantagent le consommateur⁴⁷. Une responsabilité particulière incombe aux entreprises se trouvant en position dominante, elles ne doivent ni instrumentaliser leur pouvoir économique afin d'imposer des conditions inéquitables, ni mettre en péril la concurrence restante, soit la concurrence « amoindrie », en pratiquant des comportements d'éviction⁴⁸. En somme, une entreprise dominante doit tout de même permettre au processus compétitif de se réaliser⁴⁹. Le législateur a établi à l'art. 7 al. 2 LCart une liste exemplative de pratiques pouvant être qualifiées d'abusives, ce qui doit permettre de concrétiser l'interdiction de l'alinéa 1⁵⁰. Parmi les pratiques d'entreprises dominantes étant réputés illicites, l'on mentionnera en particulier l'imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart), la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique (art. 7 al. 2 let. e LCart) ainsi que le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires commerciaux acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires (on parle d'affaires liées ; art. 7 al. 2 let. f LCart).

Le troisième type de restriction à l'encontre duquel le droit de la concurrence contient des normes est le contrôle des concentrations d'entreprises (art. 9 à 11 LCart). Il s'agit d'éviter la création ou le renforcement d'une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, que ce soit par fusion, reprise d'entreprises ou tout autre procédé indirect⁵¹.

⁴⁴ Basler Kommentar KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, art. 5, N 173 ss.

⁴⁵ Message LCart, FF 1995 I 472, 546 ; ZÄCH, SIWR, p. 139.

⁴⁶ MERCIER/MACH/GILLIERON/AFFOLTER, Grands principes, p. 652.

⁴⁷ CHAUDET, CHERPILLOD, LANDROVE, Droit suisse des affaires, p. 793 N 3789

⁴⁸ MARTENET/HEINEMANN, Droit de la concurrence, p. 106.

⁴⁹ CHERPILLOD, L'abus structurel, thèse, N 146

⁵⁰ Basler kommentar KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 25.

⁵¹ TERCIER/MARTENET, Commentaire romand droit de la concurrence, introduction générale, N 243.

Les infractions au droit des cartels affectent les consommateurs dans leurs intérêts économiques et ne causent pas seulement des dommages au marché⁵². Les pratiques anticoncurrentielles sont nuisibles au consommateur final, qu'elles privent de la liberté de choisir au meilleur prix⁵³. Ceci est d'autant plus vrai que ces derniers, se situant au terme de la chaîne de distribution, ne peuvent jamais répercuter l'augmentation de prix en aval de celle-ci.

Les dommages potentiels auxquels sont exposés les consommateurs à la suite d'infraction au droit des cartels peuvent être illustrés à l'aide de deux exemples :

1. Par décision du 7 mai 2012⁵⁴, la Comco a infligé une amende de plus de 156 millions de francs suisse au constructeur automobile BMW pour avoir conclu un accord restrictif de concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 et al. 1 LCart. En effet, BMW AG a cloisonné le marché suisse en interdisant à ses concessionnaires dans l'Espace économique européen (EEE) de vendre des véhicules neufs des marques BMW et MINI à des clients en Suisse. Une clause d'interdiction d'exportation figurait dans les contrats de distribution entre BMW et ses concessionnaires de l'EEE. Les consommateurs n'ont pas pu profiter en Suisse des importants avantages de change en raison de cette clause contractuelle. Le cloisonnement du marché est préjudiciable à l'économie suisse, qui connaît déjà un niveau de prix élevé. Ce type de comportement diminue la pression de la concurrence étrangère sur les prix et contribue à faire de la Suisse un îlot de cherté⁵⁵. Ainsi sur la base d'une comparaison de prix, la Comco a constaté que les véhicules neufs de marques BMW et MINI étaient environ entre 20 et 25% plus chers en Suisse qu'en Allemagne⁵⁶. Les consommateurs suisses qui ont sans succès tenté d'acquérir une nouvelle voiture de marque BMW et MINI dans l'EEE et qui se sont résolu à l'acheter auprès d'un concessionnaire suisse ont donc subi un dommage qui peut être qualifié de non négligeable.
2. Une firme bénéficiant d'une position dominante sur le marché contrevient à la LCart lorsqu'elle pratique la sous-enchère en matière de prix dans le but de discipliner, d'exclure du marché ou empêcher d'entrer sur le marché un ou quelques concurrents déterminés (art. 7 al. 2 let. d LCart). On parle alors de pratique de prix prédatrices ; celle-ci permet à une entreprise dominante, moyennant un sacrifice financier temporaire, d'écarter à terme un concurrent existant ou de décourager l'entrée sur le marché d'un concurrent potentiel, de manière à pouvoir ensuite imposer à ses partenaires contractuels des prix supérieurs à ceux que permettrait une situation concurrentielle⁵⁷. Ainsi l'entreprise en position dominante, en offrant ses produits ou services en dessous de ses coûts, ne vise pas à maximiser sa profitabilité à court terme mais désire profiter de l'affaiblissement de la concurrence pour augmenter ses prix dans un deuxième temps. Evidemment, cette pratique d'entrave ou d'éviction nuit directement à la structure de la concurrence mais affecte aussi, de manière indirecte, les consommateurs qui paient en définitive plus cher pour un choix appauvri⁵⁸. Ce

⁵² RUSCH/GUT, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen, p. 2.

⁵³ Ainsi la formulation de l'autorité française de la concurrence sur son site internet, www.autoritedelaconcurrence.fr.

⁵⁴ Comco, DPC 2012/3, p. 540, BMW.

⁵⁵ Rapport annuel 2012 de la Commission de la concurrence, p. 3.

⁵⁶ Comco, DPC 2012/3, p. 542, BMW.

⁵⁷ CLERC, KËLLEZI, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 7 al. 2 N 194.

⁵⁸ Message LCart, FF 1995 I 472, 568.

deuxième exemple illustre également la problématique des dommages dispersés dont sont victimes les consommateurs⁵⁹.

2.4 La mise en œuvre de la LCart

La LCart prévoit la coexistence d'une procédure administrative (art. 18 ss. LCart), d'une procédure civile (art. 12 ss. LCart) et de dispositions de droit pénal (art. 54 ss. LCart). En Suisse, le volet administratif de mise en œuvre de la LCart est sans conteste plus développé que le volet civil et pénal⁶⁰. Le droit suisse des ententes est donc principalement mis en œuvre par les autorités de la concurrence⁶¹ (*public enforcement*) au contraire de la situation qui prévaut aux Etats-Unis d'Amérique⁶². Les voies de droit civil permettent à ceux qui se prétendent menacés ou lésés dans leurs droits individuels par des accords illicites ou des abus de position dominante de saisir, de leur propre chef, les tribunaux pour obtenir justice (*private enforcement*). Les actions civiles fondées sur la LCart sont plutôt rares pour l'instant en Suisse⁶³. Bien que le *public enforcement* et le *private enforcement* soient d'égale importance dans la conception du législateur suisse⁶⁴, l'on verra que l'aboutissement d'une action privée en droit des cartels se heurte à divers obstacles procéduraux et financiers.

2.4.1 La relation entre la procédure administrative et la procédure civile

La LCart est caractérisée par la spécificité que les mêmes dispositions matérielles sont appliquées à la fois par la justice civile et par les autorités administratives⁶⁵. La licéité ou l'illicéité d'une entrave à la concurrence est donc appréciée, en procédure civile, selon les mêmes dispositions (art. 5 et art. 7 LCart) que celles applicables en procédure administrative devant la Comco⁶⁶. Toutefois les dispositions sur les concentrations d'entreprises (art. 9-11 LCart) ne ressortissent pas à la juridiction des tribunaux civils. Seule la Comco est compétente concernant le troisième pilier de la LCart⁶⁷.

La procédure administrative (art. 18 ss. LCart) a comme but premier la protection de l'intérêt public à une concurrence efficace et sert incidemment les intérêts privés des entreprises⁶⁸. Le Secrétariat, qui est l'autorité d'instruction et d'exécution, et la Comco ont largement la maîtrise de l'ouverture d'une procédure administrative⁶⁹. Le Secrétariat a le pouvoir d'ouvrir une enquête préalable⁷⁰, d'office, à la demande des parties concernées ou sur dénonciation de tiers (art. 26 LCart). De même, il décide, d'entente avec un membre de la présidence de la Comco, de l'ouverture d'une enquête (art. 27 LCart). Dans le cadre de la prise de décision concernant l'ouverture d'une enquête préalable ou d'une enquête proprement dite, les autorités de la

⁵⁹ Voir *infra*.

⁶⁰ MARTENET/HEINEMANN, Droit de la concurrence, p. 173.

⁶¹ C'est-à-dire essentiellement de la Commission de la concurrence et de son Secrétariat.

⁶² JONES, Private Enforcement, p. 16, N 79 ss. Les différents facteurs expliquant la grande importance des plaintes privées en droit des cartels américain seront brièvement exposés par la suite.

⁶³ MARTENET/HEINEMANN, Droit de la concurrence, p. 207 ; JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung, p. 209.

⁶⁴ HANGARTNER, Das Verhältnis, p. 44 ; JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung, p. 210.

⁶⁵ ATF 130 II 149 cons. 4.1.

⁶⁶ DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht N 863,

⁶⁷ Basler kommentar KG-JACOBS/GIGER, Vor Art. 12-17, N 6.

⁶⁸ ATF 130 II 149 cons. 4.1.

⁶⁹ DUCREY/MARTENET, Enjeux procéduraux, p. 84.

⁷⁰ Celle-ci a essentiellement une fonction de triage, ATF 135 II 60 cons. 3.1.2.

concurrence bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation⁷¹. Le principe d'opportunité étant applicable, ni les participants à un comportement restreignant la concurrence ou à une entente, ni les tiers ne disposent d'un droit à ce que le Secrétariat agisse activement et introduise une enquête préalable⁷². Le critère permettant de justifier l'ouverture d'une procédure administrative est la mise en cause de l'intérêt public à la sauvegarde d'une concurrence efficace, dès lors que la restriction ne met prioritairement en jeu que des intérêts privés alors la voie civile doit être empruntée⁷³. L'entreprise qui a été lésée par une restriction cartellaire illicite ne peut donc choisir à sa guise entre la voie administrative ou civile. Le fait que la voie administrative soit plus avantageuse pour la victime d'une atteinte à la concurrence n'est pas décisif⁷⁴.

Il convient en particulier de citer les critères positifs et négatifs développés par la pratique des autorités de la concurrence permettant de mieux circonscrire la notion d'intérêt public⁷⁵. Ces critères servent également de lignes directrices aux entreprises au moment d'opter pour la dénonciation à la Comco ou l'action civile puisqu'ils vont leur permettre d'évaluer les chances que la Comco ouvre une procédure administrative⁷⁶. Parmi les critères positifs justifiant l'ouverture d'une enquête ou une enquête préalable figurent celui :

- 1) de l'ampleur de la restriction à la concurrence (en particulier si de nombreux consommateurs sont atteints) ;
- 2) de la gravité de la restriction à la concurrence (les ententes visées par les art. 5 al. 3 et 4 ainsi que l'abus de position dominante réprimé à l'art. 7 LCart) ;
- 3) de l'existence d'une question de principe ;
- 4) de la nécessité de rendre une décision de principe (lorsque les autorités de la concurrence se trouvent régulièrement confrontées à un certain état de fait) ;
- 5) de la position de faiblesse des victimes (par exemple s'il appert qu'une PME n'a pas la possibilité réelle de se défendre par la voie civile).

S'il existe un doute sur l'existence d'un critère positif, les autorités de la concurrence ont recours aux critères négatifs afin d'établir s'il se justifie d'inviter les parties à saisir le juge civil ou au contraire d'ouvrir une procédure. Ceux-ci sont l'atteinte prépondérante à des intérêts privés, la possibilité réaliste de saisir le juge civil, l'ampleur et la gravité moindre de la restriction ainsi que le manque de ressource du Secrétariat de la Comco.

Bien que la distinction entre l'existence d'un intérêt public justifiant l'ouverture d'une procédure par la Comco et l'atteinte prépondérante à des intérêts privés puisse paraître claire *prima facie*, il s'agit d'une « formule creuse ». En effet, il est admis qu'une entreprise ouvrant action devant les juridictions civiles ne se protège pas seulement elle-même contre la pratique anticoncurrentielle mais sert par la même occasion l'intérêt public à la sauvegarde d'une concurrence efficace. A l'inverse, l'intervention de la Comco n'a pas seulement pour but de

⁷¹ ATF 135 II 60 cons 3.2.1.

⁷² BORER, KG, art. 26 LCart N 5 ; ZIMMERLI, Zur Dogmatik, p. 557.

⁷³ ATF 130 II 149 cons. 2.4, 156 et les références doctrinales ; Arrêt TF 2A_142/2003 du 5 septembre 2003 cons. 3.2 ; HANGARTNER, Das Verhältnis, p. 45.

⁷⁴ ATF 130 II 149 cons. 4.1.

⁷⁵ DUCREY/CARRON, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 26-31, N 12-22.

⁷⁶ DUCREY/MARTENET, Enjeux procéduraux, p. 72.

protéger l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral au sens de l'art. 1^{er} LCart mais également les intérêts privés des participants au marché⁷⁷.

Les décisions de la Comco sont exposées à un recours de pleine juridiction devant la TAF⁷⁸ dont les arrêts peuvent, à leur tour, être attaqués devant le TF⁷⁹.

Les dispositions sur la procédure civile (art. 12 ss. LCart) ont pour but la protection de la liberté économique de tout individu et toute entreprise⁸⁰. La personne qui est entravée dans l'accès à la concurrence ou dans son exercice par une restriction illicite à la concurrence peut introduire une action devant le tribunal civil compétent à l'encontre de celui qui a causé ladite restriction (art. 12 al. 1^{er} LCart). L'art. 5 al. 1^{er} let. b CPC⁸¹ oblige les cantons à instituer une juridiction statuant en instance cantonale unique sur les litiges relevant du droit des cartels. Les prétentions civiles énumérées à l'art. 12 LCart peuvent être donc élevées par des personnes physiques ou morales qui participent à la concurrence et qui ont été entravé dans l'accès ou l'exercice de celle-ci par une restriction illicite à la concurrence. Il n'est pas nécessaire qu'il existe une relation de concurrence directe entre l'auteur de l'atteinte et la partie demanderesse⁸². Les actions de l'art. 12 LCart sont par conséquent également à la disposition d'un participant à la concurrence touché par l'accord ou la pratique incriminé qui n'est pas actif sur le marché sur lequel l'entente produit ses effets mais par exemple sur le marché situé en amont ou en aval. Contrairement au droit fédéral américain qui connaît la règle dite *indirect purchaser rule*⁸³, les acheteurs indirects⁸⁴ ne sont pas exclus du cercle des personnes légitimées à ouvrir une action civile.

Il s'agit d'opérer une distinction entre la qualité pour agir et la question de savoir si le demandeur à une action civile peut éventuellement se voir opposer un abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC⁸⁵. Par conséquent, une entreprise ayant participé à un accord restrictif de concurrence n'est pas en soi dépourvue des moyens consacrés par l'art. 12 al. 1^{er} LCart. Il en va de même d'une entreprise ayant contracté avec une autre entreprise ayant instrumentalisé son pouvoir de marché. Une limitation de la qualité pour agir aux tiers n'ayant pas participé à la restriction à la concurrence va à l'encontre du renforcement du droit civil des cartels et ne se déduit pas du texte de la loi⁸⁶.

L'art 12 al. 1^{er} LCart consacre à la fois des actions défensives (action en suppression, en cessation de l'atteinte et en constatation de droit) et des actions réparatrices (action en dommages et intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain) que la partie peut cumuler dans le même procès⁸⁷.

⁷⁷ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 113.

⁷⁸ Art. 2, 33 let. f et 37 de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, LTAF, RS 173.32 en relation avec l'art. 49 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, PA, RS 172.021.

⁷⁹ Art. 86 al. 1 let. a ainsi que 83-85 *a contrario* de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, LTF, RS 173.110.

⁸⁰ Voir art. 27 Cst. ; DUCREY/CARRON Commentaire romand droit de la concurrence, art. 26-31 N 10.

⁸¹ Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

⁸² HAHN, Baker & McKenzie, art. 12 KG N 12.

⁸³ U.S. Supreme Court in *Illinois Brick*, 431 U.S. 720 (1977).

⁸⁴ Les clients indirects sont les acheteurs qui sans traiter directement avec l'auteur de l'infraction ont toutefois subi d'importants dommages du fait de la répercussion, le long de la chaîne de distribution, d'un surcoût illégal, voir : Commission européenne, Livre blanc, p. 4.

⁸⁵ Code civil suisse du 10 décembre 1907, CC, RS 210.

⁸⁶ WALTER, Kommentar, N 16 à l'art. 12 LCart.

⁸⁷ Handelsgericht des Kantons Aargau, DPC 2003/2, p. 451 cons. 9.

La procédure administrative et la procédure civile sont en principe indépendante l'une de l'autre⁸⁸. En effet, il existe en principe une compétence parallèle de la Comco et du juge civil pour apprécier l'existence et sanctionner une violation de la LCart. Cependant, l'application de la loi sur les cartels relève au premier chef de la responsabilité de la Comco en tant que gardienne de la concurrence et non des tribunaux civils⁸⁹. Ces deux procédures étant en principe indépendantes, l'on ne peut donc opposer à l'introduction d'une procédure civile le fait qu'une procédure devant la Comco soit déjà pendante ; à l'inverse l'introduction après coup d'une enquête administrative n'entraîne pas en soi une suspension de la procédure civile⁹⁰. Cependant dans le cas, rare en pratique, dans lequel le juge civil a été saisi préalablement, le Secrétariat refusera en principe d'ouvrir une enquête préalable⁹¹.

On parle d'actions *follow-on* (ou d'actions dite « consécutives ») concernant les actions civiles intervenant à la suite d'une procédure administrative au terme de laquelle une violation du droit de la concurrence a été constatée. Inversement une action civile sera dite *stand alone* si elle est ouverte en l'absence d'une action publique conduite par les autorités de la concurrence.

L'une des spécificités du droit civil des cartels est que les tribunaux civils ont l'obligation d'obtenir l'avis de la Comco dès lors que la licéité d'une restriction à la concurrence est sujette à caution et que cette question revêt une importance pour l'issue du procès (art. 15 al. 1^{er} LCart).

Depuis l'introduction de sanctions directes à travers la révision de la LCart en 2003, le droit suisse des cartels dispose d'une procédure de *public enforcement* efficace⁹². En effet, sous l'empire de la LCart de 1995, le droit suisse ne sanctionnait que la violation d'une décision de la Comco constatant l'illicéité d'une pratique contrevenant au droit cartellaire (on parle alors de sanctions indirectes⁹³, la première violation de la LCart étant pour ainsi dire « gratuite »). La LCart connaît désormais des sanctions administratives, de nature financière, qui se veulent réellement dissuasives et qui peuvent être prononcées même si l'enquête a pris fin par un accord amiable entre l'entreprise contrevenante et la Comco. Ainsi l'entreprise qui participe à un accord présumé supprimer la concurrence efficace (art. 5 al. 3 et 4, ce même si la présomption instaurée par ces disposition a été renversée⁹⁴) ou commet un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart se rend coupable d'une infraction passible d'une amende pouvant s'élever jusqu'à 10 % du chiffre d'affaire réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a LCart).

Il en va en revanche différemment du *private enforcement*. En effet, bien que la loi sur les cartels contienne un chapitre sur la procédure civile (art. 12 ss. LCart), son application pratique est restreinte. Si le droit de la concurrence est invoqué dans le cadre d'une procédure civile, cela se fait dans la plupart des cas de manière passive⁹⁵, une partie demandant par exemple au juge civil de constater la nullité d'un accord ne respectant pas l'art. 5 LCart afin d'échapper aux

⁸⁸ HANGARTNER, Das Verhältnis, p. 44 ; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, p. 435 N 908 ; REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12-17 LCart, N 29 s.

⁸⁹ HANGARTNER, Das Verhältnis, p. 46.

⁹⁰ HAHN, Baker & Mckenzie, art. 12 N 3 ; LANG, Ansprüche, p. 206.

⁹¹ DPC 2011/1, p.25 ; DPC Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 87.

⁹² HEINEMANN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit, p.136.

⁹³ Basler Kommentar, NIGGLI/RIEDO, vor Art. 49a-53, N 4.

⁹⁴ Comco DPC 2009/2, p. 143, N 84-89 ; ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, N 1119 ss.;

⁹⁵ Pour un exemple : ATF 134 III 438 ; pour le même constat au sein de l'Union européenne : HEINEMANN, Die U-E Richtlinie, p. 27.

prétentions contractuelles de la partie adverse⁹⁶. Il est en revanche plutôt rare que le droit de la concurrence soit invoqué de manière active, par exemple pour demander des dommages-intérêts à une entreprise ayant participé à un cartel ou ayant abusé de sa position dominante⁹⁷. La réparation des préjudices causés par des pratiques qui contreviennent à la LCart n'intervient que de manière sporadique⁹⁸. Au vu des avantages notables que présente la procédure administrative, les entreprises font souvent appel en premier lieu aux autorités de la concurrence dès lors qu'il existe des soupçons d'entrave illicite à la concurrence. Il appartient dès lors aux autorités de décider si elles entendent accueillir la requête et examiner le cas d'espèce dans une procédure administrative (enquête préalable, enquête) ou si elles renvoient la partie requérante à agir par la voie civile.

L'entreprise entravée peut faire valoir des prétentions en procédure civile qui ne pourraient pas être prononcées en sa faveur dans le cadre d'une procédure administrative⁹⁹. En effet, si la Comco parvient à la conclusion qu'une restriction illicite à la concurrence a été perpétrée elle peut certes l'interdire et dans certain cas infliger une sanction directe (art. 49a LCart) mais ne peut accorder à l'entreprise demanderesse des dommages-intérêts, une réparation pour tort moral ou une remise du gain indûment réalisé¹⁰⁰. Le montant de l'amende que la Comco peut prononcer sur la base de l'art. 49a al. 1^{er} LCart peut être très élevé. La sanction infligée à la suite d'une procédure administrative fondée sur la LCart ne remplit cependant pas une fonction de réparation ou de rétablissement d'une situation. L'amende reste au demeurant acquise à la Confédération et n'est pas reversée aux victimes de la restriction illicite à la concurrence¹⁰¹.

En sommes, le volet civil et administratif du droit des cartels s'influencent positivement et ne doivent pas être opposés. Une pratique administrative intensive menée par les autorités de la concurrence créer une base solide pour le succès des actions privées, non seulement en raison de la possibilité d'intenter une action *follow-on* mais surtout en contribuant au perfectionnement du droit des cartels et au développement d'une culture de la concurrence¹⁰². Un renforcement du volet civil du droit des cartels ne conduit pas une perte d'importance des autorités de la concurrence mais contribue bien au contraire à une amélioration de l'application globale de ce pan du droit. Il est hautement probable que la voie civile conduise un jour à un allègement considérable du travail des autorités de la concurrence à condition que les obstacles procéduraux et financiers à l'introduction d'actions privées soient levés.

2.4.2 La qualité ou l'absence de qualité pour agir des consommateurs à l'aune des art. 12 et 13 LCart

S'agissant de l'application de la loi sur les cartels, il y a lieu de se demander si les consommateurs ont la possibilité d'invoquer le bénéfice de ladite loi pour s'opposer à des

⁹⁶ En effet, le Tribunal fédéral a admis en 2008 la nullité d'office et *ex tunc* selon l'art. 20 CO des accords en matière de concurrence contrairement à ce que le texte de l'art. 13 LCart semblait laisser penser, ATF 134 III 438.

⁹⁷ MARTENET/ HEINEMANN, 2012, p. 197

⁹⁸ HEINEMANN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit, p.136.

⁹⁹ Les sanctions administratives susceptibles d'être prononcées à l'encontre des participants à un cartel ne poursuivent pas les mêmes buts que les sanctions civiles. Alors que les secondes visent essentiellement la compensation des victimes, les premières sont prononcées aux fins de répression et de prévention ; HEINEMANN, Kartellzivilrecht, p. 149.

¹⁰⁰ Basler kommentar KG-JACOBS/GIGER, Vor Art. 12-17, N 9.

¹⁰¹ MARTENET, Garanties procédurales, titre II B ; HEINEMANN, Die E-U Richtlinie, p. 27.

¹⁰² HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 114.

restrictions dont ils seraient l'objet¹⁰³. Selon l'interprétation largement dominante¹⁰⁴, les consommateurs n'ont, selon le droit en vigueur, pas la faculté de saisir le juge civil en invoquant une violation d'une règle de droit matériel de la LCart. En effet, la formulation actuelle de l'art. 12 LCart y fait obstacle puisque le consommateur ne participe pas à la concurrence et ne peut donc *à fortiori* pas être entravé dans l'accès ou l'exercice de celle-ci. La possibilité de déduire en justice les prétentions du droit civil des cartels est en effet liée à l'entrave dans l'accès ou l'exercice de la concurrence. Le consommateur est un client final et n'est pas engagé dans le processus économique. Le client d'un cartel illicite ne pourra avoir des prétentions en dommages et intérêts que s'il revêt la qualité d'entreprise¹⁰⁵. Outre le texte de la loi, la doctrine dominante se fonde également sur un passage du Message du Conseil fédéral selon lequel les dispositions de procédure civile « se limitent au règlement des prétentions de nature privée des entreprises »¹⁰⁶ afin de justifier l'absence de légitimation active des consommateurs au plan civil.

Il faut toutefois relever que certains auteurs, bien qu'admettant que la LCart ne permet pas aux consommateurs d'agir au plan civil, envisagent que des droits subjectifs leurs soient octroyés sur la base du droit privé général¹⁰⁷. Les prétentions du consommateur en dommages et intérêts ne se baseraient pas sur l'art. 12 al. 1^{er} LCart mais sur l'art. 41 CO¹⁰⁸ en relation avec les art. 5 et 7 LCart. L'on pourrait toutefois rétorquer à cet argumentaire que la LCart constitue une loi spéciale par rapport aux dispositions générales du Code des obligations et qu'à ce titre elle évince l'application de ce dernier.

Si l'on suit la doctrine majoritaire, le consommateur ne peut aujourd'hui que dénoncer une pratique illicite à la Comco, laquelle, en application du principe d'opportunité, décidera de poursuivre ou non ladite pratique (art. 26 LCart). Il peut aussi dénoncer par écrit un prix augmenté ou maintenu de manière abusive au Surveillant des prix (art. 7 LSP)¹⁰⁹. Si la Comco décide d'ouvrir une enquête, à la demande d'un consommateur, contre une entreprise suspectée de restreindre illicitement la concurrence, ce dernier ne pourra se voir octroyer le statut de participant à la procédure administrative¹¹⁰ et ne pourra pas recourir au TAF contre une décision

¹⁰³ La qualité pour agir, qui est une condition de recevabilité de l'action, peut être définie comme la titularité du droit à l'obtention d'un jugement au fond, BOHNET, Procédure civile, p. 109.

¹⁰⁴ REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12 LCart, N 10 ; LANG, Ansprüche p. 72 ; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, p. 424 N 881 ; JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung, p. 214 ; STÖCKLI, Wettbewerbsbehinderung, p. 157 ; d'un autre avis : BRUNNER, Konsumentkartellrecht, p. 941 pour qui les consommateurs peuvent attirer l'entreprise en dommages-intérêts lorsque la restriction illicite à la LCart a été constatée par une décision entrée en force des autorités de la concurrence.

¹⁰⁵ HEINEMANN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit, p.139.

¹⁰⁶ Message LCart, FF 1995 I 472, 581.

¹⁰⁷ STOFFEL, neue Kartell-Zivilrecht, p. 102, et SPITZ, Das kartellzivilrecht, p. 119 s. qui critiquent l'étroitesse de la qualité pour agir ; MÜLLER, Die Passing-on, p. 266 selon lequel les consommateurs ne disposent cependant pas des actions en interdiction et en cessation de l'atteinte ; LÜSCHER, Die Konzeption, p. 1669 qui soutient que le critère de l'entrave ne trouve application que pour les actions dérivant de l'art. 12 al. 1^{er} let. a et c et non s'agissant de l'action en dommages-intérêts de la let. b ; Voir aussi, RUSCH/GUT, Können Konsumenten kartellrechtlich klagen, p. 3.

¹⁰⁸ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Code des obligations) du 20 mars 1911, CO, RS 220.

¹⁰⁹ Institution typiquement suisse, le Surveillant des prix n'a de compétence que pour les questions liées à ce paramètre essentiel de la concurrence. Son pouvoir d'intervention est, en plus, restreint au prix abusif résultant d'accords ou imposés par des entreprises puissantes sur le marché. Le nombre de dénonciations qu'il reçoit sur des prix prétendument augmenté ou maintenu de manière abusive est très élevé et provient essentiellement des consommateurs.

¹¹⁰ Art 43 al. 1^{er} LCart *a contrario*.

de la Comco. Le préposé à la surveillance des prix n'a pas non plus l'obligation d'ouvrir une procédure à la suite d'une dénonciation¹¹¹. Le cas échéant, même lorsqu'une procédure est ouverte par le Surveillant des Prix, le dénonciateur ne devient pas partie à la procédure et ne dispose donc pas de la possibilité de former un recours¹¹².

Cette solution, qui reflète l'état du droit suisse de la concurrence, n'est guère satisfaisante, ne serait-ce que parce qu'elle ne tient pas suffisamment compte du but que la Constitution fédérale (art. 96 al. 1^{er} Cst.) et la LCart (art. 1^{er} LCart) poursuivent à savoir empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou sociale imputables aux cartels et aux autres accords en matière de concurrence et promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondé sur un régime libéral¹¹³. *De lege lata*, une approche envisageable serait de considérer que les art. 96 al. 1^{er} Cst. et 1^{er} LCart influent sur l'interprétation de l'art. 12 al. 1^{er} LCart et justifient d'interpréter plus largement cette disposition que la lettre paraît permettre¹¹⁴. Il n'existe pas de jurisprudence en ce sens et il y a fort à parier que les tribunaux ne se montreront guère audacieux sur ce point tant qu'il est vrai qu'une intervention législative, octroyant expressément la qualité pour agir aux consommateurs sur le plan civil, apparaît nécessaire afin de clarifier la situation. Nous nous rallions à l'opinion de la doctrine majoritaire qui nie la qualité pour agir des consommateurs tant sur le fondement de LCart que sur celui du droit commun des obligations. En effet, cette interprétation repose sur le texte de la loi ainsi que sur des considérations systématiques et historiques qui apparaissent pertinentes et emportent dès lors notre conviction. Ce goulet d'étranglement se situant au niveau de la qualité pour agir peut-être désigné comme le plus gros défaut du droit privé des cartels¹¹⁵.

2.4.3 L'importance du droit privé des cartels

Les droits privés d'action donnent aux victimes de comportements anticoncurrentiels la possibilité de se défendre elles-mêmes contre des violations, notamment en demandant la réparation du préjudice subi¹¹⁶. Cette possibilité de faire valoir des dommages-intérêts est indépendante de l'intervention des autorités de la concurrence. Dès lors que, les victimes d'une atteinte à la concurrence ne peuvent obtenir la réparation du dommage subi que par la voie du droit civil, celle-ci est essentielle à une mise en œuvre efficace du droit de la concurrence¹¹⁷.

De plus, les actions privées en matière de concurrence peuvent permettre de pallier aux carences de l'action publique. En effet, les autorités en matière de concurrence ne sont pas toujours au courant des violations du droit de la concurrence notamment en l'absence de dénonciation de la part d'autres entreprises concurrentes ou des consommateurs. Les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles détiennent une meilleure information sur la situation du marché concerné.

¹¹¹ Par exemple s'il est manifeste que, sur le marché en question, le niveau des prix est la conséquence d'une concurrence efficace, des offres comparables à meilleur prix existants.

¹¹² P. RICHLI, *Erste Eindrücke*, p. 198.

¹¹³ MARTENET/KILLIAS, *Commentaire romand droit de la concurrence*, art. 2 LCart, N 61.

¹¹⁴ MARTENET/KILLIAS, *Commentaire romand droit de la concurrence*, art. 2 LCart, N 61.

¹¹⁵ HEINEMANN, *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit*, p.139 ; d'un autre avis: JACOBS, *Zivilrechtliche Durchsetzung*, p. 215.

¹¹⁶ EHLERMANN/ATANASIU, *European Competition Law*, Introduction, p. xxiii.

¹¹⁷ Les procédures administratives fondées sur la LCart ne remplissent aucune fonction réparatrice ou compensatrice pour les consommateurs finaux, *Commentaire romand droit de la concurrence*, MARTENET/KILLIAS, art. 2 LCart N 61.

Il peut aussi arriver que le manque de ressources (humaines et financières) des autorités de la concurrence les contraignent à s'attaquer en priorité aux violations graves de la LCart et à ne pas sanctionner une pratique anticoncurrentielle présentant moins de risques pour le bon fonctionnement du marché, sans abuser ou excéder le pouvoir d'appréciation dont elles disposent¹¹⁸. Le *private enforcement* constitue donc une alternative aux actions engagées dans la sphère publique et peut grandement contribuer à soulager les autorités de la concurrence.

Les règles concernant les actions privées en droit des cartels sont de surcroît de nature à exercer un effet dissuasif supplémentaire sur les entreprises et donc de contribuer au maintien d'une concurrence effective. Devant l'éventualité de devoir répondre envers les victimes de pratiques anticoncurrentielles sur le plan civil et d'être amené à les indemniser du préjudice subi, les entreprises sont d'autant plus découragées de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence¹¹⁹.

En définitive, le droit privé des cartels complète utilement l'action publique menée par les autorités de la concurrence et l'activité judiciaire privée en droit des cartels doit être encouragée.

2.4.4 Les raisons de sa sous-exploitation

Le législateur de 1995 voulait renforcer le volet civil du droit des cartels dans la pratique¹²⁰. Avec la révision de 2003, le législateur a désiré encore accentuer la notion de protection individuelle avec le renvoi au droit fondamental de la liberté économique (art. 27 Cst.) dans le préambule de la LCart. De fait, le droit civil des cartels n'a jusqu'à présent pas pu occuper la place qui aurait dû lui revenir de par la volonté du législateur. Le manque d'attrait de la voie civile résulte de plusieurs facteurs¹²¹. Il s'agira ici d'exposer les principales causes expliquant le faible engouement pour les actions privées. En effet, un procès civil fondé sur une entrave à la concurrence comporte de nombreux inconvénients. Outre ceux développés plus bas, l'on peut encore mentionner le risque de représailles commerciales, la durée et le caractère aléatoire de l'issue d'une procédure civile ainsi que le manque de familiarité des tribunaux civils avec les problèmes que posent l'application et l'interprétation du droit de la concurrence¹²².

Pour l'heure, la doctrine s'accorde pour nier aux consommateurs la faculté d'agir sur la base de la loi sur les cartels (*supra*). La reconnaissance d'une qualité pour agir propre aux consommateurs est pourtant impérative étant donné que ces derniers, en tant que clients finaux, ne peuvent jamais répercuter leur dommage le long de la chaîne de distribution¹²³. L'institution de la concurrence doit promouvoir la souveraineté des consommateurs et produire les meilleurs résultats pour ces derniers. Il est dès lors contradictoire et pour le moins paradoxal de refuser à ces mêmes consommateurs le droit d'agir devant un tribunal pour obtenir par exemple la cessation de la pratique anticoncurrentielle ou la réparation du dommage subi en raison de celle-

¹¹⁸ DUCREY/MARTENET, Enjeux procéduraux, p. 83 s ; MARTENET, Liberté, p. 974-976.

¹¹⁹ Voir CJCE, 20.9.2001, aff. C-453/99 - *Courage/Crehan* par. 27 ; voir Commission européenne, Livre blanc, p.3 ; EHLERMANN/ATANASIU, European Competition Law, Introduction, p. xxiii.

¹²⁰ Message LCart, FF 1995 I 472, 580.

¹²¹ Comme le constate d'ailleurs le Conseil fédéral : Message relatif à la révision de la loi sur les cartels du 22 février 2012, FF 2012 3631, 3928.

¹²² ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, p. 409, N 847 ; REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12 ss LCart, N 11 ; MÜLLER, Die Passing-on, p. 4.

¹²³ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 66. Contrairement à un acheteur intermédiaire qui peut répercuter la hausse de prix sur ses propres clients.

ci¹²⁴. Le consommateur est aujourd'hui dépendant de l'intervention de la Comco ou de celle d'une entreprise ayant qualité pour agir sur le plan civil et ne peut se défendre de manière autonome contre les violations de la loi sur les cartels. Si l'éventualité d'un droit d'action propre des consommateurs suscite tant de réserves, c'est essentiellement par crainte que le cercle des ayants-droits ne s'élargisse démesurément. L'on pourrait par conséquent redouter une déferlante incontrôlable d'actions privées qui conduirait à une trop grande sollicitation des tribunaux¹²⁵. Ce danger est cependant purement théorique comme le montre l'expérience dans le cadre du droit de la concurrence déloyale¹²⁶.

Le Conseil fédéral a mis en consultation en 2010 un projet de modification de la LCart et a publié son message relatif à la révision de la LCart et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence le 22 février 2010¹²⁷. Cette révision se fondait sur les résultats de trois consultations et le projet comportait de nombreuses modifications structurelles. Dans son Message, le Conseil fédéral proposait six éléments essentiels de réforme du droit des cartels. L'un des objectifs de la réforme était d'augmenter les attraits de la procédure civile du droit des cartels et ainsi améliorer l'application globale de ce droit¹²⁸. Pour ce faire, le Conseil fédéral proposait en outre d'étendre la possibilité d'intenter une action civile à toute personne touchée par une restriction illicite à la concurrence en supprimant la condition d'une entrave à la concurrence. Le Conseil fédéral relève la nécessité de permettre au client final lésé sur le plan financier d'agir en justice afin d'être indemnisé en soulignant le fait que le droit actuel contient une « lacune choquante » en matière de responsabilité civile¹²⁹. En effet, dès lors que le défaut de légitimation active des consommateurs est cumulé avec l'admission du *passing-on defence*¹³⁰, l'on peut aboutir à une situation dans laquelle les auteurs de l'entente illicite ou de pratiques abusives ne sont amenés à répondre envers personne. Le 17 septembre 2014, le Conseil national a refusé pour la seconde fois, d'entrer en matière sur la révision de la loi sur les cartels. Cette décision est, à certains égards, regrettable. L'adoption de la révision aurait eu pour conséquence d'accorder, de manière limpide, la légitimation active aux consommateurs pour faire valoir des droits propres. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que, en ce qui concerne le volet civil, la révision proposée par le Conseil fédéral était plutôt modeste et ne concrétisait de loin pas à l'ensemble des propositions exprimées dans la doctrine afin d'améliorer le volet civil de la LCart.

Il est à douter que le seul élargissement de la qualité pour agir aux clients finaux soit suffisant afin d'aboutir à la réparation effective des préjudices causés par les pratiques contraires au droit de la concurrence¹³¹. Cependant celui-ci constitue la *conditio sine qua non* de celle-là. Les lacunes du droit privé des cartels sont nombreuses, ce dont il sera question dans les lignes qui suivent.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ HEINEMANN, Les lacunes, p. 30.

¹²⁶ *Infra* ; HERTIG, le rôle du consommateur, p. 209 pour qui l'institution de l'action populaire est moins à craindre que la léthargie des consommateurs.

¹²⁷ Message relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence du 22 février 2010, FF 2012 3631. Le message mentionne d'ailleurs à plusieurs reprises ce risque d'une culture du *private enforcement excessive* : FF 2012, 3921, 3928 et 3937.

¹²⁸ Message LCart, FF 2012 3631, 3654.

¹²⁹ Message LCart, FF 2012 3631, 3948.

¹³⁰ Sur la notion : voir *infra*.

¹³¹ HEINEMANN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit, p. 144.

2.4.4.1 La difficulté de la preuve en matière cartellaire

La maxime des débats étant en principe applicable dans la procédure civile du droit des cartels¹³², la victime d'une restriction à la concurrence est dans l'obligation d'alléguer de manière soigneuse et complète les faits à l'appui de sa prétention et d'offrir les preuves destinées à les démontrer. La maxime des débats représente la règle en procédure civile. Le degré de la preuve est celui de la preuve complète¹³³. Si l'on veut accroître le poids des actions privées en droit des cartels, il est impératif que l'obtention de preuves pour les particuliers soit facilitée¹³⁴ car les litiges ayant trait au droit de la concurrence se caractérisent par une asymétrie structurelle de l'information. Une grande partie des preuves essentielles nécessaires à la réussite d'une action en dommages et intérêts en cas d'infraction aux règles de concurrence sont souvent dissimulées et, du fait qu'elles sont détenues par le défendeur ou des tiers, ne sont généralement pas connues de façon suffisamment détaillée par le requérant¹³⁵.

Alors que l'illicéité de la restriction à la concurrence résulte de la LCart, les autres conditions propres à fonder une action en réparation du dommage (art. 12 al. 1 let. b LCart) s'apprécient à l'aune des principes généraux de la responsabilité civile au sens des art. 41 ss. CO¹³⁶. L'entreprise ou le consommateur¹³⁷ qui s'estime lésé et désirant intenter une action civile afin d'obtenir réparation devra donc démontrer l'existence d'une violation de la LCart (art. 5 ou 7 LCart), le fait qu'il a subi un préjudice, que ce dernier se situe dans un rapport de causalité avec l'acte incriminé et que l'auteur de la restriction à la concurrence a agi fautivement.

En revanche, lorsqu'une procédure administrative est suivie d'une procédure civile entre les mêmes parties (*action follow-on*), le plaignant pourra se baser sur les constatations de la Comco afin d'établir devant la juridiction civile l'existence d'une entrave illicite à la concurrence au sens de l'art. 5 ou 7 LCart de sorte que l'apport de cette preuve n'est réellement problématique que dans le cadre d'une action dite *stand alone*¹³⁸. En effet, les pièces produites en main de la Comco (art. 26 PA auquel renvoie l'art. 39 LCart) et les constatations de celle-ci pourront être utilement invoquées dans le procès civil¹³⁹.

2.4.4.1.1 La preuve de l'existence d'un accord illicite en matière de concurrence (art. 5 LCart)

L'article 4 al. 1^{er} LCart définit de façon extensive ce qu'il faut entendre par un accord en matière de concurrence et participe de ce fait à la délimitation du champ d'application matériel de la LCart¹⁴⁰. L'élément décisif est l'existence d'une action collective consciente et voulue des entreprises participantes occupant des échelons du marché identiques ou différents¹⁴¹. Les

¹³² Voir art. 55 du CPC. En effet les litiges privés en matière de concurrence sont soumis aux règles générales de la procédure civile.

¹³³ AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand, droit de la concurrence, art. 5 LCart N 233 ; la preuve stricte est en principe requise, à moins que la loi ne prévoit un autre degré de preuve (art. 8 CC ; ATF 130 III 321 cons. 3.1 et 3.2).

¹³⁴ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 100.

¹³⁵ Voir Commission européenne, Livre blanc, p.5.

¹³⁶ HAHN, Baker & McKenzie, art. 12 N 36.

¹³⁷ A supposer que la qualité pour agir au plan civil lui soit enfin expressément accordée.

¹³⁸ Une action civile ouverte en l'absence d'une action publique conduite par les autorités de la concurrence.

¹³⁹ REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12 LCart, N 53.

¹⁴⁰ AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 4 al. 1^{er} LCart, N 6 ; Basler Kommentar KG-JACOBS/GIGER, Art. 2 N 30.

¹⁴¹ Parmi d'autres, voir ATF 129 II 18 cons. 6.3 ; Comco, DPC 2010/1, p. 65, Gaba, ch. 87 ; Comco DPC 2009/2, p. 143, Sécateurs et cisailles, ch. 29/a ; MERCIER/MACH/GILLIERON/AFFOLTER, Grands principes, p. 639.

contrats, même informels, les statuts, les conventions juridiquement non contraignantes (*gentlemen's agreement*), les pratiques concertées, les décisions d'associations voire les recommandations peuvent remplir la notion d'accord en matière de concurrence dès lors qu'ils visent ou entraînent une restriction à la concurrence¹⁴². Les pratiques concertées sont une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence¹⁴³. De simples recommandations fixant des paramètres concurrentiels ou des échanges d'information concernant une baisse ou une augmentation de prix entre entreprises peuvent constituer une pratique concertée. La notion d'accord en matière de concurrence étant large, il s'avère souvent très délicat, même pour les autorités de la concurrence, d'apporter la preuve complète d'une entente collusive. L'expérience a en effet montré que les cartels rigides se professionnalisent toujours plus et qu'ils affinent leurs méthodes afin d'éviter d'être découverts et sanctionnés¹⁴⁴. « Les activités que comportent les pratiques anticoncurrentielles se déroulent normalement de manière clandestine, les réunions se tiennent secrètement, les plus souvent dans un pays tiers et la documentation y afférente est réduite au minimum ; même les rares pièces attestant de manière explicite une prise de contact entre des opérateurs sont normalement fragmentaires et éparses. Dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence¹⁴⁵. ».

Il paraît invraisemblable que le lésé puisse seul prouver l'existence d'une entente secrète entre entreprises ayant pour but de limiter la concurrence et de mieux contrôler le marché. En effet, dans cette hypothèse, les entreprises ou les consommateurs voulant agir en réparation devront administrer les preuves des agissements illicites sans pouvoir s'appuyer sur des informations récoltées par les autorités de la concurrence. Les chances de succès d'une action dite *stand-alone* sont par conséquent faibles¹⁴⁶. Cependant, même en présence d'une action *follow-on*¹⁴⁷ seule est facilitée la récolte des preuves concernant l'existence d'une prétendue restriction illicite à la concurrence, il appartient toujours au demandeur de prouver le dommage, le rapport de causalité entre ce dernier et l'acte illicite ainsi que l'existence d'une faute dans le chef de l'auteur¹⁴⁸.

La situation du demandeur est quelque peu facilitée par la présence de présomptions légales contenues aux art. 5 al. 3 et 5 al. 4 LCart mais la preuve de l'existence d'un cartel dur demeure difficile à apporter¹⁴⁹.

¹⁴² KÖCHLI/REICH, Art 4 KG, N 5.

¹⁴³ Cette définition est tirée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne mais a été reprise par le TF pour le droit suisse des cartels (ATF 129 II 18 cons. 6.3).

¹⁴⁴ Message relatif à la révision de la LCart du 7 novembre 2001, FF 2002 1926.

¹⁴⁵ Cf. les conclusions de l'avocat général M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER dans l'affaire CJUE, 7.01.2004, C-204/00 P - *Aalborg Portland e.a./Commission*.

¹⁴⁶ HEINEMANN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit, p. 140 et 143.

¹⁴⁷ Pour rappel, une action civile qui est intentée après qu'une décision de l'autorité de la concurrence ait constaté une pratique illicite à l'aune de la LCart.

¹⁴⁸ HEINEMANN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit, p. 140.

¹⁴⁹ D'un avis contraire : JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung, p. 215, pour qui les présomptions légales de l'art. 5 al. 3 et 4 constituent des allègements substantiels en matière de preuve. Le demandeur doit « seulement » démontrer l'existence d'un accord du type de ceux décrits dans la loi, le défendeur pouvant à son tour prouver que malgré l'accord il existe une concurrence interne ou externe efficace.

2.4.4.1.2 La preuve d'un abus de position dominante

Celui qui veut faire valoir une violation de l'art. 7 LCart dans le cadre d'une action civile doit démontrer, à satisfaction de droit, l'existence d'une position dominante sur le marché en cause, ainsi qu'un usage abusif de celle-ci en mettant en exergue l'effet anticoncurrentiel d'entrave ou d'exploitation de ce comportement. Il s'agira en premier lieu pour le demandeur de délimiter le marché pertinent car cette délimitation est une condition préalable indispensable à l'application des règles sur l'abus de position dominante¹⁵⁰. La définition du marché pertinent est une question d'appréciation qui fait appel à des connaissances techniques (se référer à l'art. 11 al. 3 OCCE¹⁵¹).

La position dominante se définit comme la position de force qui permet à une entreprise de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs)¹⁵². Elle correspond à un pouvoir de marché qualifié et se caractérise par l'absence – notable – de pression concurrentielle, permettant à l'entreprise concernée de fixer unilatéralement ses prix ou la qualité ou la quantité de ses produits sans devoir compter avec une perte importante de parts de marché¹⁵³. L'établissement de la position dominante nécessite entre autres une analyse de la structure de marché, notamment, de la part de marché détenue par l'entreprise en cause, des barrières à l'entrée et à la sortie¹⁵⁴, ainsi que de la force des concurrents actuels et potentiels, des acheteurs et des fournisseurs de produits et de services¹⁵⁵. Les seuils établis par la jurisprudence communautaire peuvent servir de guides pour apprécier l'importance des parts de marché, même si aucune valeur n'autorise en soi à conclure à l'existence d'une position dominante¹⁵⁶. Selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, une part de marché de 50 % fait présumer, sauf circonstances exceptionnelles, une position dominante¹⁵⁷.

On le voit, la preuve de l'existence d'une position dominante nécessite la prise en considération d'un ensemble de facteurs résultant d'une analyse économique complète¹⁵⁸.

Enfin, le comportement de l'entreprise détenant une puissance sur le marché assez grande pour atteindre le stade de la dominance doit constituer une pratique abusive. L'on distingue, en fonction de la cible de la pratique abusive, d'une part les pratiques d'entrave ou d'éviction et d'autre part, les pratiques d'exploitation. La pratique d'entrave a pour premier objectif d'éliminer un concurrent actuel ou d'empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents. En revanche, l'exploitation vise à tirer parti de la rente de position dominante au détriment direct des partenaires économiques de l'entreprise dominante ou des consommateurs¹⁵⁹. Toute pratique

¹⁵⁰ TAF, DPC 2010/2, p. 242, cons. 9.2.3.

¹⁵¹ Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996, OCCE, RS 251.4.

¹⁵² Voir art. 4 al. 2 LCart

¹⁵³ GRONER, *Missbrauchsaufsicht*, p. 68.

¹⁵⁴ Par exemple les obstacles tarifaires et non tarifaires dressés par les Etats à l'accès de concurrents potentiels, un contrat d'exclusivité conclu par l'entreprise en cause avec un partenaire commercial important, l'existence d'importantes économies d'échelles sur un marché, la nécessité de disposer d'une technologie complexe, la titularité par l'entreprise en cause de droits de propriété intellectuelle, la fidélité des acheteurs à un produit dont la marque jouit d'une grande notoriété.

¹⁵⁵ DEISS/GUGLER, *Commentaire romand droit de la concurrence*, les aspects économiques du droit de la concurrence, N 58.

¹⁵⁶ VENTURI/FAVRE, *L'abus*, p. 13.

¹⁵⁷ CJCE, 3.07.1991, aff. C-62/86, - *Azko c/ Commission* par. 60.

¹⁵⁸ ATF 130 II 449 cons. 5.7.2.

¹⁵⁹ CLERC, *Commentaire romand droit de la concurrence*, art. 7 al. 1^{er} LCart, N 91.

d'entrave ou d'éviction, en ce qu'elle s'exerce au détriment du jeu de la concurrence et en évinçant les concurrents, produit *in fine* un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs, que ce soit sous l'effet de prix plus élevés ou d'une autre manière comme la limitation de la qualité ou la réduction du choix pour les consommateurs¹⁶⁰. L'art. 7 al. 2 LCart dresse une liste exemplative de comportements susceptibles de constituer un abus de position dominante. La plupart des pratiques des entreprises sont ambivalentes, de sorte qu'il est difficile de différencier un comportement qui est l'expression d'une saine concurrence de celui qui est le signe d'une stratégie abusive¹⁶¹. Un même type de comportement peut, selon les circonstances du cas d'espèce, correspondre à une concurrence par les mérites ou au contraire être abusif. C'est l'effet anticoncurrentiel au moins potentiel de la pratique en cause qui condamne en définitive celle-ci. On comprend donc aisément que l'établissement d'un abus de position dominante correspond à des exigences plus ou moins élevées, afin que soient garanties tant la protection de la concurrence efficace que la liberté économique et la liberté contractuelle des entreprises dominantes¹⁶².

Avant de conclure à un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart, il y a lieu d'examiner si le comportement de l'entreprise ne peut pas être justifié par des considérations commerciales légitimes (*legitimate business reasons*)¹⁶³. Il appartient toutefois à l'entreprise dominante concernée de faire valoir une éventuelle justification objective et d'avancer, à cet égard, des arguments et des éléments de preuve¹⁶⁴.

2.4.4.1.3 Le calcul du dommage et le *passing-on defence*

L'établissement du dommage est l'une des plus grandes difficultés que doit affronter le demandeur dans une action civile¹⁶⁵. En droit de la concurrence également le dommage¹⁶⁶ correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'évènement dommageable ne s'était pas produit¹⁶⁷. Le dommage peut prendre la forme d'une perte éprouvée (diminution de l'actif, augmentation du passif) ou d'un gain manqué (non-augmentation de l'actif, non-diminution du passif)¹⁶⁸.

Les accords horizontaux ont pour conséquence que les acteurs économiques se situant en aval achètent le bien ou le service en question à des conditions moins favorables que celles qui auraient existé sans collusion¹⁶⁹. En présence d'un cartel de prix, les clients payent donc un prix plus élevé et subissent une perte éprouvée à hauteur de la différence entre le prix cartellaire et le prix issu de la concurrence¹⁷⁰. Ce calcul, qui nécessite une comparaison avec la situation

¹⁶⁰ *Ibidem*, N 92 ; voir exemple *supra* 1.3

¹⁶¹ *Ibidem*, N 116.

¹⁶² CoRe, DPC 1998/4, p. 655, c. 3.4.

¹⁶³ Cette condition ne ressort pas du texte légal mais s'impose sur la base d'une interprétation historique et téléologique et fait toujours l'objet d'un examen dans la pratique de la Comco relative à l'art. 7 LCart. Cf. entre autres : Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion* [DCC]; DPC 2001/2, p. 255, *Watt/Migros* –EFF, ch. 167, 176-190 ; Basler Kommentar, KG-AMSTUTZ/CARRON, art. 7 N 63-71).

¹⁶⁴ Voir art. 13 PA ; CLERC, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 7 al. 1^{er} LCart, N 108.

¹⁶⁵ LANG, Ansprüche, p. 123 ; HOMBURGER, KG, art. 8 aLCart-1985 N 29 ; Hahn, Baker & McKenzie, art. 12 N 36.

¹⁶⁶ Le dommage se définit de manière générale comme une diminution involontaire de la fortune nette.

¹⁶⁷ ATF 128 III 22 cons. 2 e/aa ; ATF 71 II 8, cons. 4. ; STÖCKLI, N 1015, LANG, Ansprüche, p. 122 : de l'avis général, la théorie de la différence est également applicable en droit civil des cartels.

¹⁶⁸ Entre autres, ATF 129 III 18 ; ATF 133 III 462.

¹⁶⁹ Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 57.

¹⁷⁰ JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung, p. 220 ; Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 57. En effet, la réparation doit intervenir conformément au Code des obligations selon le texte de l'art. 12 al. 1^{er} LCart.

économique de la victime dans le scénario hypothétique d'un marché compétitif, constitue souvent un exercice très compliqué¹⁷¹. Il peut se révéler excessivement difficile, voire pratiquement impossible, si le principe selon lequel le montant exact du dommage subi doit toujours être calculé avec précision, est appliqué strictement¹⁷². Une expertise privée ou ordonnée par le juge qui en appréciera la force probante sera souvent nécessaire à l'établissement du dommage¹⁷³. Les coûts de l'expertise viennent s'ajouter aux risques financiers liés à l'ouverture d'une action civile (*infra*) et constitue un obstacle supplémentaire pour le demandeur¹⁷⁴.

La méthode des coûts, telle qu'elle est prévue à l'art 13 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix, peut au demeurant être utile pour le calcul du dommage en présence de prix abusifs¹⁷⁵. Un prix sera considéré comme admissible lorsqu'il permet de couvrir les coûts de l'entreprise et de réaliser un bénéfice équitable.

Le profit que l'entreprise intimée a réalisé grâce à l'infraction du droit de la concurrence peut constituer un indice utile quant à la perte de gain subie par le lésé¹⁷⁶.

Les avantages financiers obtenus par le lésé qui sont en lien de connexité avec l'acte illicite et qui sont prouvés par l'auteur de la restriction (art. 8 CC) doivent être imputés sur le montant du dommage¹⁷⁷. L'auteur de la restriction concurrentielle peut donc invoquer comme moyen de défense contre une action en réparation le fait que le demandeur prétendument lésé a répercuté le prix surfait sur l'échelon suivant du marché (autrement dit à ses propres clients) et qu'il n'a donc, de ce fait, subi aucun dommage¹⁷⁸. Ce moyen de défense de l'auteur de l'entrave à la concurrence est communément appelé *passing-on defence* ou l'argument tiré de la répercussion des surcoûts. D'après l'opinion largement majoritaire, la reconnaissance du *passing-on defence* apparaît justifiée¹⁷⁹ afin d'éviter une surcompensation du lésé. De plus, si ce moyen de défense n'était pas reconnu, cela permettrait une responsabilité multiple (envers les clients directs et indirects¹⁸⁰) de l'auteur de la restriction, ce qui équivaldrait peu ou prou à l'admission de dommages et intérêts à caractère punitif, pourtant incompatible avec la fonction de compensation du droit de la réparation des préjudices¹⁸¹.

L'article 42 al. 2 CO édicte une règle de preuve qui a pour but de faciliter (mais non de dispenser le lésé de toute preuve) au lésé l'établissement de son dommage en permettant au juge de l'évaluer *ex aequo et bono*. Cette disposition doit, selon le TF, être interprétée de manière

¹⁷¹ Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 61. Toutefois, lorsqu'il existe une référence indubitable, par exemple lorsque l'entreprise demanderesse a dû acheter à des conditions moins favorables que les autres clients de l'entreprise intimée, l'établissement du dommage sera plus aisé, HOMBURGER, Kommentar, art. 8 N 30.

¹⁷² Commission européenne, Livre blanc, p. 8. Les dommages concurrentiels sont insusceptibles d'une mesure exacte, CARVAL, La responsabilité civile, p. 52.

¹⁷³ ATF 98 II 325 cons. 4 et 5.

¹⁷⁴ Dans ce sens : HEIZMANN/ZÄCH, Expertisekosten.

¹⁷⁵ Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 65.

¹⁷⁶ Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 66 ; REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12 LCart, N 85.

¹⁷⁷ JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung, p.221 s. ; Basler Kommentar, KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 68.

¹⁷⁸ Mess-rév.LCart-2012, p. 3673 ; même définition MACCULLOCH, p. 94.

¹⁷⁹ HAHN, Baker & McKenzie, art. 12 N 41 ; JACOBS, Zivilrechtliche Durchsetzung p. 221 f. ; LANG, Ansprüche, p. 124 s. ; MÜLLER, Die Passing-on, p. 253 ; VON BÜREN, Zur Zulässigkeit, p. 189 ss.

¹⁸⁰ Les clients indirects sont les acheteurs qui sans traiter directement avec l'auteur de l'infraction ont toutefois subi d'importants dommages du fait de la répercussion, le long de la chaîne de distribution, d'un surcoût illégal, voir Commission européenne, Livre blanc.

¹⁸¹ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 78 ; voir Commission européenne, Livre blanc p. 9.

restrictive¹⁸². Toujours selon la jurisprudence, l'art. 42 al. 2 CO s'applique non seulement lorsqu'il est impossible de prouver la quotité du dommage mais également lorsqu'on ne peut strictement établir qu'un dommage est bien survenu¹⁸³. L'art 42 al. 2 CO offre au juge une certaine flexibilité. Il serait opportun que celui-ci exploite la latitude qui lui est offerte par cette disposition afin de parer aux difficultés que revêt l'établissement de l'étendue du dommage en droit des cartels¹⁸⁴.

Si le demandeur est dans l'impossibilité matérielle de chiffrer d'entrée de cause ses conclusions (les informations lui permettant d'en articuler le montant étant en mains du défendeur ou d'un tiers), il peut intenter une action non chiffrée¹⁸⁵. Une fois les preuves administrées ou les informations requises fournies par le défendeur, le demandeur doit chiffrer sa demande dès qu'il est en état de le faire (art. 85 al. 1^{er} CPC). La compétence du tribunal saisi est maintenue, même si la valeur litigieuse dépasse sa compétence (art. 85 al. 2 CPC).

Force est de constater que ces deux possibilités ne parviennent pas à contrecarrer le manque d'attrait général des actions privées en droit des cartels¹⁸⁶. Le succès d'une action en dommages-intérêts dépend essentiellement de l'établissement d'une certaine sécurité et d'une prévisibilité dans la détermination de l'étendue du dommage¹⁸⁷.

La Commission européenne a élaboré un «cadre réglementaire pragmatique et non contraignant» pour l'estimation des dommages occasionnés par les infractions au droit communautaire de la concurrence¹⁸⁸. Bien que celui-ci ait un caractère purement informatif pour les Etats membres et ne lie encore moins les juridictions suisses, il convient d'y prêter une attention particulière car les méthodes et techniques disponibles pour quantifier ces préjudices sont pertinentes et nos tribunaux pourraient s'en inspirer.

2.4.4.1.4 La causalité et l'existence d'une faute

L'existence d'un rapport de causalité naturelle et adéquate entre le dommage et l'acte illicite de l'auteur est essentielle au succès d'une action en réparation¹⁸⁹. Le rapport de causalité naturelle sera considéré comme établi si le lésé démontre que sans la violation de la LCart, il n'aurait pas subi de préjudice. Si la restriction à la concurrence n'est pas la *conditio sine qua non* de la survenance du dommage mais que le dommage est en réalité dû à une mauvaise situation économique ou repose sur les propres décisions commerciales du lésé, il n'existe pas de droit à réparation¹⁹⁰. Ensuite, le demandeur réclamant la réparation devra également prouver que l'entrave à la concurrence qu'il invoque était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à provoquer un préjudice du genre de celui que le lésé a subi¹⁹¹. Dans le cadre d'actions en dommages et intérêts en matière cartellaire, des difficultés dans

¹⁸² ATF 122 III 219 cons. 3a ; ATF 128 III 271 cons. 2b/aa.

¹⁸³ ATF 122 III 219 cons. 3a ; ATF 95 II 481 cons. 12a ; ATF 93 II 453 cons. 3 ; ATF 81 II 50 cons. 5.

¹⁸⁴ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 74.

¹⁸⁵ Voir ATF 123 III 140 cons. 2b. Selon l'art. 85 al. 1^{er} *in fine* CPC, le demandeur devra toutefois prendre des conclusions minimales à titre provisoire.

¹⁸⁶ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 98.

¹⁸⁷ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 75.

¹⁸⁸ Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁸⁹ C.f notamment, SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, p. 132, N 19.01.

¹⁹⁰ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 82.

¹⁹¹ On parle de causalité adéquate, REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12 LCart, N 93.

l'administration de la preuve de la causalité peuvent survenir. Les relations commerciales entre les différents acteurs économiques ne sont que très rarement évidentes¹⁹².

De surcroît, l'allocation de dommages et intérêts au lésé suppose que l'auteur de la restriction ait commis une faute, quel que soit son degré¹⁹³. En matière cartellaire, la faute est souvent intentionnelle¹⁹⁴. Tel sera le cas lorsque l'auteur de la restriction illicite à la concurrence agit volontairement, qu'il est conscient des effets dommageables de son comportement et qu'il veut ce résultat¹⁹⁵. Cependant une simple négligence suffit. L'auteur de l'entrave à la concurrence se rend coupable de négligence si, en faisant preuve de la diligence requise, il aurait pu se rendre compte qu'il risquait de léser les intérêts légitimes d'autrui¹⁹⁶. A noter que l'action en restitution du gain indûment réalisé est également subordonnée à la preuve d'une faute de la part de l'entreprise concernée¹⁹⁷.

2.4.4.2 L'insuffisance des instruments existants d'exercice collectif des droits

Le législateur suisse envisage la procédure civile comme une procédure servant à l'exercice individuel des droits et à la défense individuelle des intérêts. Le concept traditionnel en Suisse est celui du recours individuel à la justice, il appartient donc à celui qui est atteint dans ses droits de déduire ses prétentions en justice¹⁹⁸. Toutefois, certains instruments, comme le cumul d'action ou l'action des organisations permettent de défendre des droits collectivement et une collectivisation des intérêts. En dehors de ceux-ci, il n'existe pas, en droit suisse, d'instruments procéduraux permettant de demander collectivement la réparation du dommage subi¹⁹⁹.

En droit de la concurrence, la mise en place de mécanismes de recours collectif est primordiale puisque les pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles de léser un grand nombre de personnes et que chaque lésé pris individuellement n'a pas toujours intérêt à agir en réparation. Le préjudice généré par une entente cartellaire se caractérise souvent par une grande fragmentation en particulier lorsque les consommateurs sont touchés²⁰⁰. En effet, il est fréquent que des pratiques anticoncurrentielles engendrent des dommages dispersés voir des dommages collectifs. En droit des cartels, les dommages collectifs recouvrent les situations dans lesquelles des ententes cartellaires causent un préjudice plus ou moins important à grand nombre de concurrents, d'acheteurs et de fournisseurs²⁰¹. Les dommages dispersés se différencient des dommages collectifs par le fait que les lésés subissent des dommages patrimoniaux ou matériels

¹⁹² HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 82.

¹⁹³ STÖCKLI, Wettbewerbsbehinderung, p. 235 ss, N 1038 ss.

¹⁹⁴ MERZ, Grundlagen und Hauptprobleme, p. 71.

¹⁹⁵ REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12 al. 1^{er} LCart, N 98.

¹⁹⁶ ATF 109 II 260 cons 7 ss.; pour une autre formulation comp. HAHN, Baker & McKenzie, art. 12 N 42, la négligence est admise lorsqu'il était reconnaissable pour l'auteur que l'accord ou la pratique en question contrevenait à la LCart et était propre à causer un dommage à des tiers.

¹⁹⁷ ATF 129 III 425 cons. 4.

¹⁹⁸ « Nul ne plaide par procureur », JEANDIN, Parties, p. 111s. ; THEVENOZ, Le droit des obligations, p. 132 ss.; HALDY, Procédure civile suisse, p. 100 N 323.

¹⁹⁹ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 6.

²⁰⁰ HEINEMANN, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit, p. 144.

²⁰¹ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 11.

de faibles valeurs²⁰². Dans le contexte qui nous intéresse ici, il s'agira avant tout de dommages causés à un grand nombre de consommateurs ayant payé des prix trop élevés en raison d'ententes cartellaires ou d'autres restrictions illicites de la concurrence²⁰³. Le préjudice financier subi par le consommateur étant très modeste et parfois négligeable, ce dernier renonce généralement à le faire valoir en justice, car l'investissement nécessaire est plus grand que le gain maximal espéré à l'issue de la procédure. On parle dans ce cas de «désintéressement rationnel» ou d'«apathie rationnelle», dans la mesure où le lésé, sur la base d'un calcul économique, renonce à exercer ses droits ou à faire valoir ses prétentions car leur exercice conduirait à une perte²⁰⁴. La motivation pour entreprendre des démarches judiciaires contre l'auteur de la restriction illicite lui fera défaut.

Le préambule de la loi sur les cartels renvoie, depuis la révision de 2003, à l'art. 97 al. 2 Cst. Il s'agit de l'alinéa de la disposition constitutionnelle relative à la protection des consommateurs concernant les moyens de droit des organisations de défense des consommateurs. Il est dès lors pour le moins curieux que la LCart ne prévoit pas un droit d'action des organisations de consommateurs comme le fait la LCD (*infra*)²⁰⁵. La doctrine dominante²⁰⁶ a considéré qu'il s'agissait d'un silence qualifié du législateur et non d'une lacune proprement dite que la jurisprudence aurait pu combler (art. 1^{er} al. 2 CC). En elle-même, la LCart ne reconnaît donc plus²⁰⁷ aux associations la qualité pour intenter les actions prévues à son article 12. Cependant, le CPC prévoit désormais l'action générale des organisations (art. 89 CPC) ce qui rend désormais cette problématique sans objet. Nous reviendrons dans les lignes qui suivent sur l'action des organisations.

Il s'agit ici d'examiner les instruments d'exercice collectif des droits consacrés par le droit suisse et d'en faire la critique.

2.4.4.2.1 Le cumul subjectif et objectif de prétention

Le cumul subjectif d'actions (également appelé consorité simple) prévoit la possibilité, à certaines conditions²⁰⁸, d'intenter une action à plusieurs ou contre plusieurs parties²⁰⁹. La consorité simple est censée favoriser l'économie de procédure et l'harmonie des décisions²¹⁰. Les consorts ont la possibilité de commettre un représentant commun (art. 72 CPC). En théorie, la consorité simple permettrait à plusieurs consommateurs victime d'une même pratique anticoncurrentielle d'agir ensemble contre son auteur (la consorité serait dite active). Bien que le cumul subjectif d'actions puisse créer des synergies considérables dans le cadre de l'établissement des faits ou de la négociation d'une éventuelle transaction²¹¹, il pose de grandes

²⁰² HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 21; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 6 et 9 s.; FISCHER, Sammelklagen, p. 53 s..

²⁰³ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 12.

²⁰⁴ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 13 et les références doctrinales.

²⁰⁵ Dans ce sens : HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 67 ;

²⁰⁶ WALTER, art. 12 N 36 s ; LANG, Ansprüche, p. 75 ; REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12 LCart, N 18.

²⁰⁷ Au contraire de la LCart de 1985.

²⁰⁸ Il convient que les parties qui agissent ou sont actionnées ensemble aient des droits et des devoirs résultant de faits ou de fondements juridiques semblables, les prétentions doivent relever de la même procédure (art.71 al.1^{er} et 2 CPC).

²⁰⁹ HALDY, procédure civile suisse, p. 100 N 319.

²¹⁰ ATF 129 III 230 cons. 3 et les références doctrinales ; ATF 132 III 178 cons. 3.1 ; voir aussi : GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 170.

²¹¹ Cf. DOMEJ, Einheitlicher, p. 427 ; DROESE, Die Sammelklage, p. 136

exigences en matière d'organisation et de gestion de la procédure pour les personnes impliquées. Il est nécessaire qu'il y ait une initiative personnelle suffisante et un minimum de collaboration de la part des lésés²¹² entre lesquels il n'existe précisément souvent aucune relation sociale, et parmi lesquels il se peut même que des opinions différentes soient représentées²¹³. De plus, la loi exclut la consorité simple lorsque les causes relèvent de procédures différentes (art. 71 al. 2 CPC), de sorte que qu'il importe que chacune des prétentions soumises au tribunal prise pour elle-même soit soumise à la même procédure que les autres. Deux consommateurs n'ayant pas subi le même dommage à raison de la même pratique anticoncurrentielle, l'un ayant par hypothèse une prétention en dommage et intérêts à hauteur de 28'000.- et l'autre à hauteur de 35'000.- ne pourraient agir de concert devant la même instance à l'encontre de l'auteur.²¹⁴ C'est pourquoi le cumul subjectif d'actions peut être utile pour la mise en œuvre procédurale d'un nombre limité de prétentions²¹⁵ mais pas dans les cas de préjudice de masse comme les dommages portés à un grand nombre de consommateurs ensuite de violation du droit des cartels.

Le cumul objectif de prétention concerne quant à lui la possibilité pour une seule et même partie demanderesse de réunir dans la même action plusieurs prétentions contre le même défendeur (art. 90 CPC). Il serait donc envisageable que les différentes prétentions d'un grand nombre de victimes soient cédées à un seul demandeur, celui-ci les faisant toutes valoir de façon groupée (précisément par la voie du cumul objectif d'actions), ce qui permet également d'obtenir un règlement collectif du litige. Même si celui-ci apparaît plus adapté pour l'exercice collectivisé de prétentions découlant de dommages collectifs, il requiert la présence de personnes et d'institutions adéquates, prêtes à s'engager dans les démarches nécessaires et disposant du savoir-faire organisationnel et juridique nécessaire ainsi que de moyens financiers²¹⁶. Le financement professionnel de procès par des tiers en échange d'une participation aux gains, mécanisme positif en cas de cumul objectif d'actions, est toutefois peu développé en Suisse²¹⁷.

La consorité simple et le cumul d'actions permettent des économies limitées quant aux frais judiciaires²¹⁸ mais celles-ci sont contrebalancées par les frais liés à l'organisation et à la gestion de la procédure²¹⁹. De plus, la réglementation prévue à l'art. 106 al. 3 CPC fait courir un risque plus élevé quant au coût du procès pour les consorts les plus solides financièrement dans la mesure où elle prévoit la possibilité pour le tribunal de tenir les participants au procès pour solidairement responsables du paiement des frais au-delà du montant de leur part²²⁰.

L'« apathie rationnelle » inhérente à la notion de dommages dispersés constitue un obstacle supplémentaire au succès des instruments existants d'exercice collectif des droits.

²¹² DOMEJ, *Einheitlicher*, p. 428 ; STOFFEL, *L'image du plaideur*, p. 503.

²¹³ BOHNET, *Les actions collectives*, p. 171.

²¹⁴ En effet, la procédure simplifiée est en principe applicable dans le premier cas (art. 243 ss. CPC) et la procédure ordinaire dans le second (art. 219 ss. CPC).

²¹⁵ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 20.

²¹⁶ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 21.

²¹⁷ DOMEJ, *Einheitlicher*, p. 451.

²¹⁸ Art. 93 al. 1^{er} CPC et ATF 120 Ia 171 cons. 4.

²¹⁹ DOMEJ, *Einheitlicher*, p. 428 et les références citées.

²²⁰ Cf. DROESE, *Die Sammelklage*, p. 135.

Dans l'ensemble, les cumuls subjectifs et objectifs d'actions se sont révélés être des instruments mal adaptés pour l'exercice de prétentions découlant de dommages collectifs et en particulier de dommages dispersés²²¹.

2.4.4.2.2 La limitation du droit d'action des organisations aux actions défensives

L'art 89 CPC, qui se limite à codifier l'existence d'une institution qui avait été consacrée par la voie prétorienne depuis un demi-siècle²²², permet aux associations et autres organisations d'importance nationale ou régionale d'agir, en leur propre nom, pour défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminées d'une atteinte à la personnalité. Il s'applique donc aux organisations professionnelles, syndicats, organisations de protection des consommateurs, etc., mais pas à un groupement *ad hoc* spécialement créé pour défendre des personnes dans une situation de faits donnée²²³. Le CPC ne subordonne plus la qualité pour agir de l'organisation à celle de ses membres²²⁴. Les associations ou organisations ne peuvent agir qu'en interdiction de faire, cessation du trouble ou constatation du caractère illicite (art. 89 al. 2 CPC). Une action en réparation (dommages-intérêts, tort moral ou remise du gain) est donc exclue²²⁵. Seuls les membres du groupe de personnes visées à l'al. 1^{er} peuvent, en agissant à titre personnel, prendre des conclusions tendant à l'octroi de dommages-intérêts²²⁶. En effet, les lésés individuels demeurent libre d'agir individuellement (action indépendante) pour la sauvegarde de leurs droits à réparation²²⁷. La seule possibilité envisageable pour que les organisations puissent faire valoir des dommages-intérêts ou d'autres prétentions pécuniaires est la cession (au sens des art. 164 ss. CO) à l'organisation des prétentions par les lésés, pour qu'elle les fasse ensuite valoir par cumul objectif d'actions²²⁸. Cette façon de faire n'a presque aucune importance à ce jour dans la pratique suisse²²⁹.

L'action des organisations a pour but de parer à une atteinte à la personnalité (art. 27 et 28 CC) du groupe de personnes duquel les statuts de la demanderesse visent à protéger les intérêts²³⁰. Nonobstant l'avis du Conseil fédéral qui estime que cette limitation du droit d'action des organisations à la protection de la personnalité est problématique dans le contexte de la loi sur les cartels²³¹, nous sommes d'avis que cette action a son rôle à jouer en droit de la

²²¹ BAUMGARTNER, Class Actions, p. 337 ss. ; DIKE-Komm.ZPO-BRUNNER, art. 89 N 1 ; DROESE, Die Sammelklage, p. 135 s. ; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 170 ss.; résumé par WEBER, KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 5b ; Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 22.

²²² CPC- JEANDIN, art. 89 CPC, N 5; ATF 66 II 62 cons. 3.

²²³ HOFFMAN/LÜSCHER, CPC, p. 62 ; Basler Kommentar ZPO-SPÜHLER, art. 89 N 11 ; Message relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6902.

²²⁴ Message CPC, FF 2006 6841, 6902.

²²⁵ Message CPC, FF 2006 6841, 6902 ; HOFFMAN/LÜSCHER, CPC, p. 63 ; Basler Kommentar ZPO-SPÜHLER, art. 89 N 14; DROESE, Die Sammelklage, p. 135.

²²⁶ CPC-JEANDIN, art. 89 CPC, N 19 ; HOFFMAN/LÜSCHER, CPC, p. 63.

²²⁷ Basler Kommentar ZPO-SPÜHLER, art. 89 N 19; CPC-JEANDIN, art. 89 N 15; DIKE-Komm.ZPO BRUNNER, art. 89 N 18.

²²⁸ STÖCKLI, Wettbewerbsbehinderung, p. 169, N 741; WALTER, art. 12 N 38.

²²⁹ *Supra*.

²³⁰ CPC-JEANDIN, art. 89 CPC, N 14.

²³¹ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 27 *in fine*, le droit d'action des organisations ne serait pas utilisable en cas de violation de la LCart car ces dernières ne causeraient que des dommages purement économiques.

concurrence²³². En effet, les art. 27 et 28 CC sont à la base du droit privé des cartels²³³ et protègent en outre le droit au libre exercice d'une activité professionnelle ou économique selon les règles de la libre concurrence²³⁴. Le champ d'application de l'art. 89 CPC doit être interprété largement et vise l'ensemble de la protection de la personnalité sous tous ses aspects telle quelle résulte des art. 27 et 28 CC²³⁵. De plus, l'action de l'organisation n'est plus subordonnée à la qualité pour agir de ses membres (*supra*), ce qui a pour conséquence que son applicabilité en droit privé des cartels n'est pas remise en cause.

Sous sa forme actuelle, le droit d'action des organisations permet une certaine mise en œuvre collectivisée des droits mais ne constitue pas une véritable action collective par laquelle les différentes prétentions individuelles des lésés directs seraient réunies entre les mains de l'organisation²³⁶. Si l'action de l'organisation est admise, le jugement en découlant ne déploie pas autorité de chose jugée pour les membres du groupe de personnes en question mais uniquement entre l'organisation et le défendeur à l'action²³⁷ ; ce n'est que par ricochet que dans les faits, un éventuel jugement peut avoir des effets (indirects) sur toutes les personnes touchées, si par exemple tous profitent d'un jugement prononçant une interdiction de faire ou d'un jugement constatatoire²³⁸. L'action des organisations prévue à l'article 89 CPC n'offre dès lors qu'une solution intermédiaire aux litiges de masse, une véritable action de groupe n'existe pas en Suisse²³⁹. L'impossibilité pour les organisations de faire valoir les prétentions pécuniaires découlant de dommages collectifs et dispersés est l'une des causes de la faible importance pratique de cette institution dans l'application du droit privé des cartels et en droit privé en général²⁴⁰.

A noter qu'en cas d'ouverture d'une enquête concernant une restriction de la concurrence (art. 27 ss. LCart), les organisations d'importance nationale ou régionale peuvent s'annoncer afin d'y participer (art. 43 al. 1^{er} let. c LCart). On pense à la Fédération romande des consommateurs, à la *Stiftung für Konsumentenschutz* (SKS) ou à L'Association des consommatrices et des consommateurs de la Suisse italienne. Elles ne jouissent en revanche pas de la qualité de parties au sens de l'art. 6 PA²⁴¹.

Le législateur en charge du CPC a clairement refusé d'introduire la *class action* du droit américain en droit procédural helvétique, perçue comme un outil difficilement compatible avec la tradition procédurale européenne, et dont les abus sont à certains égards manifestes²⁴². Ce

²³² DIKE-Komm.ZPO-BRUNNER, art. 89, N 23 s.;

²³³ Le TF a déduit, en 1961 déjà, l'illicéité du boycott dans son principe des dispositions protégeant la personnalité, ATF 86 II 365 cons. 4c.

²³⁴ Entre autres, ATF 123 III 193 cons. 2b/cc ; ATF 121 III 168 cons. 3a et déjà : ATF 86 II 365 cons. 4c.

²³⁵ Basler Kommentar ZPO-WEBER, art. 89 N 7.

²³⁶ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 25 ; DROESE, Die Sammelklage, p. 134 ; KOCH, Sammelklage, p. 441 ; WAGNER, Kollektiver Rechtsschutz, p. 70 ss.

²³⁷ Basler Kommentar ZPO-SPÜHLER, art. 89 N 2 ; BAUMGARTNER, Class actions, p. 325 s.

²³⁸ Cf. Basler Kommentar ZPO-SPÜHLER, art. 89 N 20.

²³⁹ BOHNET, Procédure civile, p. 127 ; JEANDIN/PEYROT, Précis de procédure civile, p. 102.

²⁴⁰ DOMEJ, Einheitlicher, p. 426 ; BAUMGARTNER, Class Actions, p. 326.

²⁴¹ Basler Kommentar, KG-BILGER, art. 43 N 23.

²⁴² Message CPC, FF 2006 6841, 6902 ; JEANDIN, Parties, p. 110 ss. ; pour Bohnet, Bühler et Domej c'est surtout les spécificités du droit américain (l'*American Rule*, les *jury trials*, les *punitive damages*, la *pre-trial discovery*) qui en combinaison avec les *class actions* fondées sur un mécanisme d'*opt out*, fondent un potentiel d'abus de celles-ci, BOHNET, les actions collectives, p. 185 ; BÜHLER, Rechtsschutz, p. 21 ; DOMEJ, Einheitlicher, p. 444 et p. 449 s.

rejet en bloc, fondé sur l'adage « nul ne plaide par procureur » a suscité, à plusieurs égards, la critique de la doctrine²⁴³. L'action collective est un mécanisme juridique garantissant la possibilité, pour plusieurs personnes ou pour une entité ayant qualité pour agir en représentation, de demander collectivement la cessation d'un comportement illicite (recours collectif en cessation) ou la réparation d'un préjudice de masse (recours collectif en réparation)²⁴⁴. Le refus du législateur suisse de consacrer des actions collectives contraste avec les développements en Europe au sein de laquelle plusieurs pays ont introduit de véritables actions de groupe (entre autres : la Suède, la Norvège, la Finlande, le Danemark, le Portugal, l'Espagne, l'Italie, l'Angleterre)²⁴⁵ et avec les efforts de l'Union européenne pour introduire des instruments de recours collectifs²⁴⁶. L'on reviendra ultérieurement sur la question des *class actions* tant leur introduction seraient de nature à favoriser une procédure de *private enforcement* efficace.

2.4.4.3 L'attractivité de la voie devant la Comco

En comparaison avec la voie civile, l'action publique présente plusieurs atouts qui permettent de prévenir efficacement les opérateurs économiques de fausser le jeu de la concurrence.

La procédure administrative fait prévaloir la maxime inquisitoire. Les autorités de la concurrence établissent donc d'office les faits nécessaires à la décision et recueillent les preuves utiles, sans être liée par les requêtes ou offres de preuves des parties (art. 12 PA par renvoi de l'art. 39 LCart). La maxime inquisitoriale vaut également pour les faits permettant de renverser la présomption de l'art. 5 al. 3 ou 4 LCart ou de justifier un accord (art. 5 al. 2 LCart) ou une pratique d'une entreprise occupant une position dominante²⁴⁷. Les autorités en matière de concurrence doivent donc rechercher activement les éléments de faits qui permettent d'établir la licéité d'un accord ou d'une pratique et ne peuvent se contenter d'examiner les objections soulevées par les parties²⁴⁸.

Le deuxième avantage à trait à la gratuité de l'action publique. En effet, celui qui occasionne une enquête préalable ou une enquête n'a pas à supporter d'émoluments même lorsqu'elle est clôturée faute de restriction illicite à la concurrence²⁴⁹, tandis que la procédure civile représente des coûts et des risques financiers importants.

La Comco et le Secrétariat disposent de moyens d'enquête étendus leur permettant de détecter plus aisément les ententes illicites (art. 40-42 LCart). Outre la faculté de procéder à des auditions, l'art. 42 al. 2 LCart investit la Comco du pouvoir d'opérer des perquisitions dans les locaux des entreprises concernées ou dans ceux de tiers ainsi que de saisir des pièces à

²⁴³ Cf. BAUMGARTNER, *Class Actions*, p. 308 ; JEANDIN, *Parties*, p. 143 ss. ; SCHWANDER, *moderne Zivilprozessordnung*, p. 14 ; BÜHLER, *Rechtsschutz*, p. 21 ; FISCHER, *Sammelklagen*, p. 54 ss.

²⁴⁴ Voir Commission européenne, *Recommandation du 11.6.2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, L 201/60*. On peut également définir la *class action* comme étant la procédure qui permet à un groupe d'individus (*class*) d'agir en justice pour faire valoir leurs propres prétentions ainsi que celles des personnes se trouvant dans la même situation, GORDON-VRBA, *Vielparteienprozesse*, p. 21 ; JEANDIN, *Parties*, p. 126.

²⁴⁵ KUKO ZPO-WEBER, art. 89, N 5d.

²⁴⁶ Commission européenne, *Recommandation relative aux mécanismes de recours collectifs*.

²⁴⁷ BORER, KG, art. 39 LCart, N 6 ; COURVOISIER, *Baker & McKenzie*, art. 39, N 10.

²⁴⁸ MARTENET, *Commentaire romand droit de la concurrence*, art. 39 LCart N 31.

²⁴⁹ Art. 3 al. 2 de l'Ordonnance relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels du 25 février 1998, RS 251.2.

conviction récoltées à la condition que le Secrétariat soit en possession d'informations faisant naître des soupçons suffisants de violation avérée ou imminente des règles de la LCart²⁵⁰. Les perquisitions cartellaires permettent, de par « l'effet de surprise » qu'elles peuvent apporter, de dépister les violations les plus graves au droit cartellaire²⁵¹. Les perquisitions et les saisies cartellaires peuvent notamment porter sur des enregistrements audio, les disques durs des ordinateurs, les agendas électroniques, les téléphones portables, les clés USB et la messagerie électronique²⁵². Sous réserve du droit de ne pas participer à sa propre incrimination²⁵³, l'entreprise concernée a l'obligation de tolérer la mesure de contrainte et de ne pas empêcher son exécution²⁵⁴. La Comco peut avoir recours à la force si l'entreprise empêche l'accès aux locaux, à des bureaux ou même à des armoires²⁵⁵. Celui-ci constitue cependant une *ultima ratio*²⁵⁶. De plus, le Secrétariat procède parfois à des auditions des collaborateurs de l'entreprise durant la perquisition. Ce droit de poser des questions lors de la perquisition dont la Comco est investie doit cependant être interprété de manière restrictive compte tenu du droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense découlant de l'art. 6 par. 2 lit. b CEDH²⁵⁷.

De plus les parties à des ententes, les entreprises puissantes sur le marché, celles qui participent à des concentrations d'entreprises ainsi que les tiers concernés sont tenu de fournir aux autorités en matière de concurrence tous les renseignements utiles et de produire toute les pièces nécessaires (art. 40 LCart). L'art. 40 LCart complète la maxime inquisitoriale applicable de manière générale en procédure administrative et le devoir de collaboration des parties consacré à l'art. 13 PA par une obligation de renseigner étendue des entreprises directement partie à la procédure ainsi que des tiers concernés²⁵⁸. Les autorités peuvent, dans le respect du principe de proportionnalité, dès lors inviter les entreprises à fournir des renseignements sur leurs parts de marché, leurs chiffres d'affaires, leurs mécanismes de détermination des prix, leurs relations commerciales etc.

La Comco dispose, en tant qu'autorité administrative spécialisée, d'une plus grande expérience dans l'appréciation des restrictions à la concurrence et de plus de ressources que le juge civil²⁵⁹.

2.4.4.4 La prescription

Les actions en interdiction et en cessation de l'entrave ne se prescrivent pas²⁶⁰. En raison du renvoi de l'art. 12 al. 1^{er} LCart au droit des obligations, les prétentions en réparation du préjudice et l'action en remise du gain réalisé indûment se prescrivent par un an à compter de la connaissance du dommage et de son auteur, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit (art. 60 CO)²⁶¹. Le lésé connaît le dommage lorsqu'il apprend

²⁵⁰ SOMMER/RAEMY, Hausdurchsuchungen, p. 760 ; SCHALLER/BANGERTER, Perquisitions, p. 152.

²⁵¹ SCHALLER/BANGERTER, Perquisitions, p. 152 s.

²⁵² BOVET/SABRY, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 42 LCart N 50 et les références.

²⁵³ Qui découle entre autres de l'art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, CEDH, RS 0.101.

²⁵⁴ BOVET/SABRY, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 42 LCart N 106.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ SCHALLER/BANGERTER, Perquisitions, p. 154.

²⁵⁷ WASER, Verfahrensrechte der Parteien, p. 80.

²⁵⁸ BORER, KG art. 40 LCart N 1 s. ; COURVOISIER, Baker & McKenzie, art. 40 N 1 s..

²⁵⁹ HAHN, Baker & McKenzie, art. 12 N 5.

²⁶⁰ REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12 LCart N 67.

²⁶¹ ATF 92 II 1 ; ATF 126 III 382 cons. 4b ; BORER, KG, art. 12 LCart N 14 ; HAHN, Art. 12 KG, N 46 ; LANG, Ansprüche p. 93.

les circonstances (non leur qualification juridique exacte) propres à fonder et à motiver une demande de justice²⁶². Le délai de prescription relatif d'un an apparaît, particulièrement dans la constellation du droit des cartels, comme étant trop court²⁶³. Il contraint le demandeur à ouvrir action prématurément afin d'interrompre la prescription (art. 135 ch. 2 CO) et altère les chances de succès étant donné qu'il se peut que les éléments de preuve n'existent pas encore²⁶⁴. Le lésé n'a à ce jour pas la possibilité d'attendre que la procédure administrative devant les autorités de la concurrence prenne fin afin d'intenter une action civile *follow-on* se basant sur les conclusions de celle-ci. La question de la prescription porte une lourde part de responsabilité dans l'importance mineure, voire sporadique, de l'invocation du droit des cartels par des particuliers devant les tribunaux civils²⁶⁵. Le Conseil fédéral prévoyait pour y remédier la suspension du délai de prescription du droit civil en matière de cartels entre la date d'ouverture d'une enquête et la date à laquelle la décision devient exécutoire²⁶⁶. Malheureusement, la réforme a échoué devant les Chambres fédérales.

2.4.4.5 Une situation juridique insatisfaisante : La nécessité d'une réforme

Il est regrettable que l'on ne puisse pas tirer un plus grand bénéfice des règles de droit privé en droit des cartels²⁶⁷. Les entreprises n'ont pas utilisé la voie civile aménagée par la LCart comme escompté par le législateur et les consommateurs, faute de qualité pour agir, ne peuvent tout simplement pas en tirer profit. La doctrine se fait de plus en plus insistante sur la nécessité d'une réforme du droit civil des cartels afin d'aboutir à une mise en œuvre efficace et effective du droit de la concurrence. Le Conseil fédéral a compris qu'il s'imposait d'accorder aux consommateurs un droit d'action propre. Il s'agit là certainement de la réforme la plus importante. Toutefois nous avons vu que l'aboutissement des actions privées dépend également d'autres facteurs. L'adoption de la directive européenne sur les actions en dommages et intérêts (*infra*) serait une occasion idoine pour reprendre les efforts en lien avec une révision appropriée du droit des cartels suisse²⁶⁸.

2.5 Le *private enforcement* en droit de l'Union européenne

2.5.1 La tendance depuis les arrêts *Courage/Crehan* et *Manfredi* : le renforcement des droits privés d'action

Alors que le statut quo est maintenu en droit suisse des cartels, le droit européen de la concurrence connaît d'importants développements en matière de droits privés d'action. Bien que les actions en dommages et intérêts en matière cartellaire aient longtemps été l'exception, il y a fort à parier que les récents développements faciliteront la réparation des préjudices causés par les violations du droit européen de la concurrence.

²⁶² ATF 111 II 55.

²⁶³ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 91.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Mess-rév.LCart-2012, p. 3655 et 3674.

²⁶⁷ Dans ce sens : TERCIER, Du droit des cartels, p. 414.

²⁶⁸ HEINEMANN, Die E-U Richtlinie, p. 35 ; MENZ/MAMANE, EU-Richtlinie, pour qui il sied d'observer la mise en œuvre et l'application de ces développements au sein de l'Union avant de les reprendre en droit suisse.

L'arrêt *Courage/Crehan* rendu par la CJCE en 2001²⁶⁹ a eu pour effet de déplacer le sujet des actions privées en réparation du dommage résultant d'infraction au droit de la concurrence de l'Union et au droit national de la concurrence au centre de l'attention²⁷⁰. Dans cet arrêt, la Cour rappelle²⁷¹ que le droit communautaire garanti à *tout citoyen ou toute entreprise* subissant des dommages du fait d'une infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante un droit à réparation du tort économique subi²⁷². La Cour souligne également que l'autonomie procédurale des juridictions nationales est limitée par les principes d'effectivité et d'équivalence. Le principe d'équivalence impose aux juridictions nationales d'accorder aux victimes de pratiques anticoncurrentielles une protection équivalente à celle qui résulterait de l'application du droit national de la concurrence. Le principe d'effectivité prohibe les règles de procédure qui rendraient l'action en réparation impossible ou excessivement difficile²⁷³. Depuis cette décision de principe la qualité pour agir en réparation devant les juridictions nationales est étendue à « toute personne » pouvant justifier d'un préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle, ce qui comprend également les acheteurs indirects. Dans l'affaire *Manfredi*²⁷⁴, la CJUE a confirmé les principes dégagés dans l'arrêt *Courage*. Du fait que dans cette affaire les demandeurs étaient des consommateurs finaux, l'on peut désormais conclure, sans équivoque aucune, que le droit communautaire de la concurrence reconnaît un droit d'action aux consommateurs.

La Commission a publié un livre vert en 2005²⁷⁵, et un livre blanc en 2008²⁷⁶, dans lesquels elle fait des propositions relatives au développement des actions en dommages-intérêts par des particuliers. La publication de ceux-ci a été motivée par le constat qu'en dépit de l'obligation incombant aux Etats membres d'établir un cadre juridique efficace permettant de faire de l'exercice du droit à réparation une possibilité réaliste, les victimes d'infractions aux règles de la concurrence communautaires ne se voient encore que trop rarement indemnisées des dommages subis²⁷⁷. L'objectif premier du livre blanc est l'indemnisation intégrale des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Ces deux documents font états des difficultés faisant échec à une prise d'importance de l'activité judiciaire privée en droit européen de la concurrence et s'attèlent à émettre différentes propositions permettant d'y pallier.

2.5.2 Les principaux apports de la directive 2014/104 UE

Le livre vert et le livre blanc ont constitué la base pour les discussions ultérieures ayant mené à une proposition de directive de la part de la Commission européenne en juin 2013. Le Parlement européen et le Conseil ont adopté formellement le texte de la directive le 26 novembre 2014, celle-ci étant entrée en vigueur le 25 décembre 2014²⁷⁸. Les Etats membres ont jusqu'au 27

²⁶⁹ CJCE, 20.9.2001, aff. C-453/99 - *Courage/Crehan*.

²⁷⁰ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 7.

²⁷¹ En faisant référence au principe de l'effet utile.

²⁷² CJCE, 20.9.2001, aff. C-453/99 - *Courage/Crehan* par. 25 ss.

²⁷³ CJCE, *Courage/Crehan*, par. 29. Ces principes sont repris par la nouvelle directive (art. 4).

²⁷⁴ CJCE, 13.07.2006, aff. jtes. C-295/04 à C-298/04 – *Manfredi*.

²⁷⁵ Commission européenne, Livre vert – Actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante, COM(2005) 672 final du 19.12.2005.

²⁷⁶ Commission européenne, Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante, COM(2008) 165 final du 2.4.2008.

²⁷⁷ Commission européenne, Livre blanc, p. 2

²⁷⁸ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne, du 5.12.2014, L 349/1.

décembre 2016 pour transposer la directive dans leur droit interne. Il convient de souligner que la directive mentionnée harmonise le droit national des Etats membres uniquement sur les questions traitées, celles qui ne le sont pas dépendent toujours de vingt-huit ordres juridiques différents. Le texte de la proposition de directive a été substantiellement modifié ; la question des recours collectifs, étant très controversée, a été exclue du texte de la directive afin de faire l'objet d'une recommandation séparée de la Commission européenne²⁷⁹. La directive n'impose dès lors pas aux Etats membre d'introduire des mécanismes de recours collectifs aux fins de la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE. La directive ne concerne que les actions en dommages et intérêts et non les autres facettes du droit civil des cartels, tels que la nullité des accords restrictifs de concurrence, les actions en cessation, suppression et constatation du caractère illicite de l'atteinte, publication du jugement et restitution du gain. La jurisprudence de la CJUE relative à la qualité pour agir a désormais été codifiée, la directive précisant *expressis verbis* à son article 3 § 1 que toute personne physique ou morale ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence doit être en mesure de demander et d'obtenir la réparation intégrale de ce préjudice. La directive exclut expressément les dommages et intérêts punitifs (art. 3 § 3) afin d'éviter une surcompensation du lésé et se dissocie donc du droit *antitrust* américain qui prévoit la possibilité de demander des dommages-intérêts triples²⁸⁰.

L'art. 17 de la directive impose aux Etats membres de veiller à ce que ni la charge ni le niveau de la preuve requis pour la quantification du préjudice ne rendent l'exercice du droit à des dommages et intérêts pratiquement impossible ou excessivement difficile. S'il est établi que le demandeur a subi un préjudice mais qu'il s'avère excessivement difficile de le quantifier avec précision, la juridiction nationale doit être habilitée à l'estimer. L'un des apports majeurs de la directive est la présomption d'existence du dommage posée par l'article 17 § 2, selon lequel : « Il est présumé que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice. L'auteur de l'infraction a le droit de renverser cette présomption ».

La question de la reconnaissance du *passing-on defense*²⁸¹ est désormais clarifiée (art. 13). Concernant la charge de la preuve de la répercussion du prix surfait en aval de la chaîne de distribution, la directive adopte un compromis²⁸² : elle incombe au défendeur mais celui-ci peut raisonnablement exiger la production d'informations du demandeur ou de tiers (art. 13 2^{ème} phrase). Corrélativement les acheteurs indirects (dont font partie les consommateurs) peuvent aussi agir en dommages-intérêts mais supportent le fardeau de la preuve quant au fait que l'augmentation de prix a été répercutée à leur encontre. Ils peuvent aussi raisonnablement exiger la production d'information par le défendeur ou par des tiers (art. 14 § 1) et sont mis au bénéfice d'allègements considérables concernant l'apport de cette preuve (art. 14 § 2). De surcroît, les tribunaux nationaux sont habilités à estimer l'étendue de la répercussion des surcoûts (art. 12 § 5). Dans l'ensemble, la directive accorde une grande importance à ce que soient évitées toute réparation d'un préjudice qui serait supérieure au préjudice causé au demandeur par l'infraction au droit de la concurrence, ainsi que l'absence de responsabilité de l'auteur de l'infraction (art. 12).

²⁷⁹ Commission européenne, Recommandation relative aux mécanismes de recours collectif.

²⁸⁰ *Treble damages action, section 4 du Clayton Act.*

²⁸¹ Rappelons qu'il s'agit d'un moyen de défense permettant au défendeur à une action en dommages et intérêts d'invoquer le fait que le demandeur a répercuter, en tout ou partie, le surcoût résultant de l'infraction au droit de la concurrence sur ses propres clients et n'a donc en définitive pas subi de dommage.

²⁸² HEINEMANN, Die E-U Richtlinie, p. 31.

Les délais de prescription applicables à l'action en dommages et intérêts sont de 5 ans au minimum (art. 12 § 3) et permettent dès lors à la victime d'une pratique contraire au droit de la concurrence de préparer utilement son action. Dans le but de permettre à ce qu'une action *follow-on* soit toujours possible, les Etats membres doivent par ailleurs veiller à ce que la prescription soit suspendue ou interrompue par l'ouverture d'une procédure administrative par une autorité de la concurrence (art. 12 § 4).

Dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, l'existence d'une décision administrative préalable constatant une violation du droit des cartels facilite grandement la preuve de l'illicéité du comportement (l'infraction au droit de la concurrence). Selon le droit en vigueur, les décisions de la Commission européenne et de la CJUE doivent déjà être suivies d'effet par le juge national (art. 16 Règlement n°1/2003²⁸³). L'art. 9 de la directive va plus loin et attache un effet strictement contraignant aux décisions entrées en force des autorités nationales de la concurrence pour les tribunaux civils du même Etat. L'infraction au droit de la concurrence est considérée comme établie de manière irréfragable aux fins d'une action en dommages et intérêts. L'art. 9 § 2 postule toutefois que les décisions définitives des autorités de la concurrence d'autres Etats membres ont seulement le statut de preuve *prima facie*.

Partant du principe que les litiges en droit de la concurrence requièrent habituellement une analyse factuelle et économique complexe et que l'accès aux moyens de preuve dans ce domaine du droit est particulièrement complexe (asymétrie de l'information), le législateur européen considère comme indispensable que le demandeur dispose d'un droit à demander la production de preuves sans avoir à désigner les éléments de preuves précis qui sont en la possession de la partie adverse ou de tiers. C'est ainsi qu'au travers de son article 5 la directive introduit des éléments de la procédure de *pre-trial discovery* américaine en droit européen tout en prenant soin d'instaurer des garde-fous afin de parer à ses dérives²⁸⁴. Ainsi le demandeur doit motiver de manière étayée sa requête dans laquelle il doit présenter des données factuelles et les preuves raisonnablement disponibles permettant de conclure à la plausibilité de sa demande en dommages-intérêts. La décision d'enjoindre ou non le défendeur à produire les preuves qu'il détient appartient au tribunal. Les éléments de preuve ou les catégories de preuves pertinentes à produire par la partie adverse doivent être circonscrites de manière aussi précise et étroite que possible par le tribunal. Le principe de proportionnalité doit également être sauvegardé. Ces exigences relativement strictes ont pour but de neutraliser le danger de *fishing expeditions*²⁸⁵.

Il sied encore de souligner que la directive clarifie la relation entre la procédure civile et la procédure administrative du droit des cartels. Ainsi, les tribunaux civils pourront en principe demander la production de preuves figurant dans le dossier d'une autorité de la concurrence (art. 6 par. 1). Les déclarations des entreprises en vue de participer au programme de

²⁸³ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.

²⁸⁴ La procédure dite de la *pre-trial discovery* constitue la forme régulière de réunion des preuves aux Etats-Unis d'Amérique et prépare la procédure formelle d'administration des preuves. Cette institution permet à chaque partie d'exiger de la partie adverse une information sur certains moyens de preuve pertinents à la cause dont elle dispose ou a disposé et le droit de consulter ceux-ci, Arrêt TF 4a_399/2007 du 2 décembre 2008 cons. 5.1.

²⁸⁵ Recherche indéterminée de moyen de preuves sans qu'il existe d'indices clairs de la commission d'une infraction ; c.f. HEINEMANN, Die E-U Richlinie, p. 33.

clémence²⁸⁶ ne seront toutefois pas remises aux tribunaux civils afin d'éviter de décourager les entreprises participant à un cartel de le dévoiler de peur de se voir potentiellement confrontés à un grand nombre de procédures judiciaires au civil.

Les changements apportés par la directive sont à saluer et laisse apercevoir un véritable renforcement de l'attrait des plaintes privées en droit européen de la concurrence. L'UE peut compter désormais sur le *private enforcement*, bientôt dynamisé par les textes de transposition de la directive, pour épauler le *public enforcement*, toujours très vigoureux²⁸⁷.

2.6 Les propositions afin de renforcer le volet civil du droit suisse des cartels

Il sied ici de présenter les diverses améliorations²⁸⁸ qui conduirait à une mise en œuvre effective du droit civil suisse des cartels en augmentant sensiblement les attraits d'une action civile. On l'a vu, le succès des plaintes privées contre des pratiques anticoncurrentielles ne dépend pas de facteurs isolés, mais de la conception globale du droit matériel et de procédure civile ainsi que de l'interaction avec les procédures menées par l'autorité de la concurrence²⁸⁹.

2.6.1 L'élargissement de la qualité pour agir en réparation du préjudice causé aux consommateurs par une restriction à la concurrence

Le droit suisse des cartels ne concède pas aux consommateurs des droits privés d'action (*supra*). Il en résulte un statut actuel précaire des consommateurs en droit des cartels. Ceux-ci sont très largement dépendants de l'intervention d'une autorité administrative ou de plainte privée d'entreprises ayant la légitimation active. Par le biais de la procédure administrative devant la Comco, cette dernière pourra requérir la cessation de la pratique anticoncurrentielle et, en cas de violation grave de la LCart, infliger une amende à l'entreprise en question mais le consommateur ne se verra pas dédommager.

Il faut donner aux consommateurs une chance légitime de se défendre véritablement contre les infractions au droit de la concurrence. Cette dernière assertion est d'autant plus importante que les clients directs de l'auteur de l'entrave n'ont souvent pas intérêt à attirer celui-ci devant la justice civile d'une part afin de ne pas compromettre la relation commerciale qu'ils ont noué avec leur fournisseurs et d'autre part car il se peut qu'ils aient eu l'opportunité de reporter le surcoût sur l'échelon suivant du marché.

Eu égard au principe de la séparation des pouvoirs, il appartient au législateur suisse de prendre ses responsabilités en la matière tant le texte de l'art. 12 LCart ne semble pas permettre aux

²⁸⁶ Tant le droit européen que le droit suisse de la concurrence connaisse le programme de clémence (aussi appelé système de bonus ; son fondement en droit suisse se trouve à l'art. 49 al. 2 LCart complété par les art. 8 ss. OS LCart) : le participant à une entente qui révèle à l'autorité de la concurrence son comportement obtient en contrepartie une immunité ou une réduction de l'amende qu'il aurait encourue sans sa collaboration, PRIETO/BOSCO, Droit européen de la concurrence N 1640.

²⁸⁷ CARVAL, La responsabilité civile, p. 49.

²⁸⁸ Celles-ci nécessiteraient une intervention au plan législatif.

²⁸⁹ HEINEMANN, Les lacunes, p. 29-30.

tribunaux de consacrer la qualité pour agir des consommateurs par voie prétorienne. Le Conseil fédéral considère, à juste titre, que le fait que les consommateurs ne soient pas en mesure de se plaindre devant un tribunal d'une violation de la LCart constitue une « lacune choquante ».

2.6.2 Les améliorations possibles en matière d'exercice collectifs des droits

En raison de la fréquente disproportion entre les coûts de la procédure judiciaire et le montant des dommages et intérêts auquel le consommateur peut prétendre, il est essentiel d'accorder la possibilité aux organisations de consommateurs de défendre les droits patrimoniaux de leurs membres dans les litiges cartellaires. Un droit d'action des organisations permettant de faire valoir les prétentions réparatoires (au moins en remise du gain) serait de nature à garantir la bonne application du droit des cartels²⁹⁰. L'action des organisations (art. 89 CPC) deviendrait un instrument très efficace et pertinent pour que les consommateurs et les entreprises lésées puissent effectivement obtenir réparation du préjudice subi ensuite d'une violation du droit de la concurrence²⁹¹. De plus, le consommateur éviterait les risques financiers attachés à la perte d'un procès, dès lors qu'il incomberait aux entités habilitées de supporter les coûts des procédures en réparation du dommage qu'elles auraient introduites²⁹². L'alinéa 3 de l'art. 89 CPC réserve les actions d'organisations dans des domaines particuliers consacrés dans les lois spéciales (al. 3). Celles-ci peuvent être plus larges ou plus restrictives. Il est dès lors tout à fait possible d'introduire au sein de la loi sur les cartels une disposition dérogeant au régime général de l'art. 89 CPC et accordant le droit aux organisations de défense des consommateurs d'ouvrir une action en dommages et intérêts en faveur des consommateurs lésés.

Il pourrait également être opportun d'introduire en droit suisse une forme d'action collective²⁹³. La forme la plus connue d'action de groupe, mais aussi la plus controversée²⁹⁴ est l'action collective d'inspiration américaine (*class action*). Elle permet l'exercice de droits d'un grand nombre de personnes par une seule, sans leur accord et avec effet obligatoire pour elles²⁹⁵. En effet, la *class action* américaine se calque sur le système de l'*opt out*²⁹⁶. Les *class actions* revêtent une importance indéniable pour la mise en œuvre du droit américain de la concurrence sur le plan civil²⁹⁷. Cette procédure contribue à assurer qu'une entreprise ayant commis une violation du droit de la concurrence de grande ampleur, mais de faible importance pour chaque plaignant pris individuellement, répare les préjudices subis par les particuliers²⁹⁸. Le Conseil fédéral relève dans son message relatif au CPC les diverses critiques adressées à la *class action* américaine. L'une des plus souvent formulée à son encontre est que celle-ci permet de réclamer des sommes énormes, ce qui oblige le défendeur à céder de peur de tomber d'un jour à l'autre

²⁹⁰ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 68.

²⁹¹ En matière de la protection des consommateurs en général, Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral, p. 28.

²⁹² FORNAGE, La mise en œuvre, p. 407 N 1858.

²⁹³ Dans ce sens : DROESE, Die Sammelklage, p. 115 ss et 144 s. ; BAUMGARTNER, Class Actions, p. 112 ss. ; ROMY, Litiges de masse, p. 273 ss. ; SCHWANDER, moderne Zivilprozessordnung, p. 14 ; d'un autre avis : p. ex Basler Kommentar ZPO-SPUHLER, art. 89 N 3 ; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 199 s.

²⁹⁴ Cf. p. ex. BAUMGARTNER, Class Actions, p. 114 ss. ; GORDON-VRBA, Vielparteienprozesse, p. 69 ss. ainsi que Message CPC, FF 2006 6841, 6902.

²⁹⁵ Message CPC, FF 2006 6841, 6902 ; contrairement à l'action des organisations (89 CPC), la force de chose jugée du jugement s'étend à l'ensemble des membres du groupe dans le cadre d'une action collective.

²⁹⁶ Voir *infra*; Rule 23 du Federal Rules of Civil Procedure ; ROMY, Litiges de masse, p. 508.

²⁹⁷ HEINEMANN/MARTENET, Commentaire romand droit de la concurrence, éléments de droit comparé, N 65.

²⁹⁸ *Ibidem*.

dans le surendettement ou en faillite (phénomène appelé *legal blackmail*)²⁹⁹. En effet, dans la plupart des cas les *class actions* sont liquidées par une transaction³⁰⁰.

L'on distingue les actions de groupe avec option d'adhésion (*opt-in*) et les actions de groupe avec option de retrait (*opt-out*). La participation à une action de groupe à *opt-in* présuppose toujours que le justiciable déclare activement son adhésion au groupe dans un certain délai. A l'inverse, dans l'action de groupe à *opt-out*, chaque membre du groupe doit manifester sa volonté de ne pas faire partie du groupe dans un certain délai³⁰¹. Dans le cas contraire, le jugement lui sera opposable, nonobstant sa non-participation à la procédure³⁰². Dans le modèle *opt-out*, il est dès lors tout à fait concevable qu'un consommateur soit lié par l'issue d'un procès sans même être informé de la tenue de celui-ci³⁰³. Il serait recommandé de suivre le modèle *opt-in*³⁰⁴, l'association ne serait habilitée qu'à réclamer des dommages-intérêts au nom des consommateurs qui lui en ont donné expressément l'autorisation. Ce modèle est mieux adapté au droit en vigueur, en particulier avec la garantie du droit d'être entendu³⁰⁵ et le principe de la force de chose jugée puisque personne ne pourrait être touché dans sa situation juridique par un jugement sans qu'il n'ait au préalable donné son assentiment relativement à sa participation à la procédure.

De plus, dans le cadre d'une action de groupe à *opt-out*, il est nécessaire de clarifier la relation entre l'action collective et une éventuelle action complémentaire individuelle de chaque consommateur afin que l'auteur de la restriction illicite à la concurrence ne soit pas amené à réparer deux fois le même préjudice. Le problème ne se pose pas dans le modèle *opt-in* puisque celui qui a déclaré vouloir participer à l'action de groupe est bien-entendu dépourvu de la possibilité d'ouvrir une action individuelle subséquente.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'une action représentative fondée sur le modèle *opt-in* serait moins efficace qu'une solution *opt-out*. En effet, si l'on compare les taux de participation des actions de groupe à *opt-in* avec ceux des actions à *opt-out* une analyse mondiale révèle que ce taux est très haut dans les modèles à *opt-out*, au moins 60 % dans la plupart des cas, alors que dans le cadre d'actions de groupe à *opt-in* seule une petite proportion, d'environ 33 % des demandeurs potentiels, se rallie à l'action de groupe³⁰⁶.

S'agissant de la répartition des dommages et intérêts dans l'hypothèse où l'association obtient gain de cause, HEINEMANN considère qu'il serait inapproprié de laisser le montant à l'association de consommateurs eu égard au but de l'action qui consiste en la compensation

²⁹⁹ Message CPC, FF 2006 6841, 6902.

³⁰⁰ HESS, *Anerkennung*, p. 373 ; MURRAY, *Class actions*, p. 98 ; ROMY, *Litiges de masse*, p. 143 ss.

³⁰¹ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral, p. 32.

³⁰² *Consent theory*, JEANDIN, *Parties*, p. 133 ; STOFFEL, *L'image du plaideur*, p. 508.

³⁰³ ROMY, *litiges de masse*, p. 174.

³⁰⁴ De l'avis du Conseil fédéral, les actions de groupe représentatives sur le modèle de l'*opt-out* ne seraient pas souhaitables de manière généralisée pour le droit suisse, Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral, p. 41 ; Selon la Commission européenne, il convient que l'entité à but non lucratif se constitue en tant que partie demanderesse sur la base du consentement exprès des personnes physiques ou morales qui prétendent avoir subi un préjudice (*opt-in*), Commission européenne, *Recommandation relative aux mécanismes de recours collectif*, par 21.

³⁰⁵ Garantie fondamentale de procédure consacrée en outre par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale et l'art. 6 CEDH.

³⁰⁶ Cf. les statistiques et évaluations détaillées chez MULHERON, *The Case*, p. 409 ss. ; MULHERON, *Reform* ainsi que HENSLER, *Class action dilemmas*.

du dommage subi par les consommateurs lésés³⁰⁷. Après déduction des coûts relatifs à la tenue du procès pour l'association concernée, le montant ainsi obtenu doit être transféré aux consommateurs individuellement³⁰⁸.

En se fondant sur le constat qu'il existe un besoin évident de mécanismes permettant le regroupement des demandes d'indemnisation individuelles de victimes d'infractions aux règles de concurrence, la Commission européenne a édicté une recommandation invitant les Etats membres à consacrer des recours collectifs respectant les principes fondamentaux recensés dans ladite recommandation³⁰⁹. En effet, malgré le fait que des procédures permettant d'engager une action collective en réparation aient été introduites dans certains États membres, ces dernières diffèrent largement selon l'Etat en question. La recommandation ménage un certain équilibre entre la nécessité d'énoncer des principes communs qui devraient être mis en œuvre au sein des vingt-huit Etats membres qui composent l'UE et le respect de leurs traditions juridiques propres.

2.6.3 Les possibilités d'action permettant de pallier au problème de la récolte des preuves

L'inefficacité actuelle de la procédure civile du droit des cartels tient pour beaucoup à l'inaccessibilité et la dissimulation fréquente des éléments de preuve déterminants dont disposent les défendeurs. Les difficultés que posent la réunion de suffisamment d'éléments probatoires en droit de la concurrence ne sont cependant pas insurmontables. Aux Etats-Unis et dans les pays de *common-law*, les difficultés concernant l'administration des preuves d'un comportement anticoncurrentiel sont tempérées par la procédure de *pre-trial discovery*.

L'une des solutions permettant de pallier à l'asymétrie structurelle de l'information serait d'introduire la maxime inquisitoire en procédure civile du droit des cartels³¹⁰. Cela aurait principalement pour conséquence que l'entreprise intimée devrait, sur requête du tribunal, délivrer les renseignements et présenter les documents nécessaires (art. 40 LCart). Cette solution serait la plus radicale puisqu'elle enjoindrait les tribunaux civils à rechercher les preuves d'office et qu'elle reviendrait donc à leur attribuer des tâches semblables à celles d'une autorité de la concurrence. Il convient cependant de s'interroger sur les raisons qui pourraient amener à faire de l'exception la règle spécifiquement en droit privé des cartels. La maxime inquisitoire est introduite en procédure civile lorsque l'intérêt public est en jeu³¹¹. Ainsi, il pourrait se justifier d'attribuer au juge civil un devoir d'établir les faits d'office lorsque l'entrave à la concurrence présente une intensité suffisante pour admettre que l'intérêt public à une concurrence efficace est touché. Toutefois, nous pensons que cette proposition va trop loin et qu'il est à douter que les tribunaux civils seraient en mesure d'accomplir cette mission³¹². Il peut être remédié aux difficultés probatoires que rencontre la victime d'une restriction à la concurrence par d'autres moyens.

³⁰⁷ HEINEMANN, Améliorer le statut juridique des consommateurs, p. 54.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ Voir supra ; cette recommandation n'est pas contraignante pour les Etats membres.

³¹⁰ ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 850; ZÄCH/HEIZMANN, Durchsetzung des Wettbewerbsrecht durch Private, p. 1066. Il faut tout de même rappeler que la maxime inquisitoire est l'exception en procédure civile.

³¹¹ BOHNET, Procédure civile, p. 213. Ainsi la maxime inquisitoire sociale a été introduite notamment en droit du bail, en droit du travail, ainsi que pour les litiges relevant de la loi sur l'égalité, lorsque la procédure simplifiée s'applique (art. 247 al. 2 CPC).

³¹² Dans ce sens également : HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 100.

Une autre possibilité, plus raisonnable que la première, serait de permettre au demandeur l'accès aux éléments de preuve qui sont en main de l'autre partie. Cette solution ne va pas aussi loin que la *pre-trial discovery* du droit anglo-américain. Le demandeur devrait présenter tous les faits et les moyens de preuve auxquels il peut raisonnablement avoir accès. Lorsque celui-ci rend vraisemblable qu'il a subi un dommage à la suite d'une violation de la LCart et que malgré les efforts que l'on peut raisonnablement exiger de lui il ne parvient pas à en apporter la preuve complète, le tribunal aurait la possibilité, dans le respect du principe de proportionnalité, d'astreindre l'autre partie à divulguer des moyens de preuve déterminés³¹³. C'est précisément ce modèle qui est proposé par la Commission européenne dans son livre blanc et qui est consacré par la nouvelle directive (*supra*).

L'introduction d'autres présomptions respectivement d'allègements en matière de preuve est également proposée. Par exemple, l'on pourrait présumer un abus de position dominante lorsqu'une entreprise refuse de livrer ses produits aux conditions usuelles alors qu'une demande lui a été adressée³¹⁴. Une position dominante pourrait être présumée à partir d'un certain seuil de part de marché³¹⁵. Dans le domaine des accords restrictifs de concurrence, il serait envisageable de présumer, en présence d'actions intentées par des acheteurs indirects, qu'une augmentation de prix contraire au droit des ententes a été répercutée sur ceux-ci³¹⁶. Il est également préconisé d'abaisser de manière général le degré de la preuve : Si le demandeur rend vraisemblable un certain état de fait, alors il incombe à la partie défenderesse d'apporter la preuve du contraire³¹⁷. Cette dernière proposition s'écarte cependant très largement du principe, valant en procédure civile, qui veut que la preuve doive être rapportée de manière complète et pourrait engendrer des procédures abusives³¹⁸.

2.6.4 L'introduction d'une responsabilité causale simple

Dans le domaine de la responsabilité civile en droit des cartels, certains auteurs fixent des exigences par trop élevées afin d'admettre une faute par négligence de l'auteur. L'introduction d'une responsabilité causale simple en droit civil des cartels permettrait de palier à cette insécurité juridique³¹⁹. La faute de l'auteur de l'entrave illicite à la concurrence serait présumée. La présomption pourrait être renversée si l'entreprise ayant restreint de manière illicite la concurrence démontre qu'elle a usé de la diligence requise par les circonstances afin de ne pas transgresser la loi.

La Commission européenne propose dans son Livre blanc aux Etats membres d'introduire une réglementation spécifique afin que les auteurs d'infractions au droit de la concurrence ne soient

³¹³ Dans ce sens: HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 99.

³¹⁴ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 100.

³¹⁵ ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 850 ; ZÄCH/HEIZMANN, Durchsetzung des Wettbewerbsrecht durch Private, p. 1066.

³¹⁶ Ainsi la situation prévalant désormais en droit communautaire de la concurrence. L'art. 14 par. 2 de la directive prévoit que « l'acheteur indirect est réputé avoir apporté la preuve d'une répercussion à son encontre lorsqu'il a démontré que : a) le défendeur a commis une infraction au droit de la concurrence ; b) l'infraction au droit de la concurrence a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct du défendeur ; et c) l'acheteur indirect a acheté les biens ou des services concerné par l'infraction au droit de la concurrence, ou acheté des biens ou services dérivés de ces derniers ou les contenant ».

³¹⁷ ZÄCH/HEIZMANN, Durchsetzung des Wettbewerbsrecht durch Private, p. 1066 s. ; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 850.

³¹⁸ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 101.

³¹⁹ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 84.

pas déchargés de leur responsabilité au motif qu'il n'aurait pas commis de faute. Lorsque la victime a rapporté la preuve d'une infraction au droit de la concurrence, l'auteur de cette infraction ne peut se disculper qu'en invoquant et prouvant que celle-ci résulte d'une « erreur véritablement excusable ». L'auteur de la violation commet une erreur excusable lorsqu'il démontre que même une personne raisonnable appliquant un degré élevé de diligence ne pouvait pas avoir connaissance du fait que le comportement en cause restreignait la concurrence.

2.6.5 Les mesures permettant de réduire le risque de coût du procès

En procédure civile, les frais³²⁰ sont, dans la règle, mis à la charge de la partie succombante, supposée les avoir occasionnés³²¹. Cette règle prévoyant que les frais suivent le sort de la cause, permet de prévenir les procès abusifs et infondés³²². Bien que n'ayant pas vocation à avantager l'une des parties à la procédure, cette règle fait, *de facto*, encourir un risque plus élevé quant aux coûts du procès à la partie qui invoque une violation du droit de la concurrence compte tenu des difficultés procédurales auxquelles elle doit faire face³²³. Conformément à l'art. 98 CPC, le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés. Bien qu'il s'agisse d'une disposition potestative et que les tribunaux bénéficient d'une marge d'interprétation, il arrive souvent que de telles avances soient prélevées³²⁴. Ces règles peuvent constituer un frein excessif à l'introduction d'actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence pour les consommateurs et les petites entreprises dont les actions sont pourtant justifiées.

Certains auteurs³²⁵ et la Commission européenne³²⁶ suggèrent que le tribunal soit habilité à déroger à la règle du *Loser pays (all)* lorsque le demandeur avait, au vu de l'état de fait et de la situation juridique, des raisons fondées d'intenter action et qu'il puisse répartir les frais selon sa libre appréciation. L'art. 107 CPC prévoit désormais la possibilité pour le tribunal de répartir les frais en équité par exemple lorsque le demandeur, qui a perdu le procès, l'a introduit de bonne foi³²⁷ ou en cas d'inégalité économique entre les parties³²⁸. Il convient donc que les tribunaux civils usent à bon escient de l'art. 107 CPC afin que le demandeur ne soit pas découragé d'ouvrir une action contre l'(es) auteur(s) d'une restriction à la concurrence en raison du risque disproportionné d'avoir à supporter des frais de procédure élevés.

Parmi les incitations et les conditions procédurales favorisant l'activité judiciaire privée en droit *antitrust* américain, on peut mentionner *l'American Rule* qui veut que le plaignant débouté ne doive pas rembourser les frais judiciaires de la partie adverse ayant obtenu gain de cause³²⁹. A

³²⁰ Comprenant les frais judiciaires et les dépens.

³²¹ Conformément au principe dit du résultat consacré à l'art. 106 CPC.

³²² Cf. KUMMER, Grundriss, p. 250.

³²³ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 102.

³²⁴ Cf. MÜLLER, p. 59.

³²⁵ Comp. Les réclamations de KUNZ, *Wurde das Kartellprivatrecht vergessen?*, p. 27 ; Lang, *Ansprüche*, p. 48 ; ZÄCH/HEIZMANN, *Durchsetzung des Wettbewerbsrecht durch Private*, p. 1067 ; ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, N 850.

³²⁶ Commission européenne, livre blanc p. 11.

³²⁷ Art. 107 let. b CPC.

³²⁸ Art. 107 let. f CPC ainsi que le Message CPC, FF 2006 6841, 6908.

³²⁹ Chaque partie supporte ses propres frais de procédure et ses honoraires d'avocat, HAY, *US-Amerikanisches Recht*, p. 63 N 154.

l'inverse, la victime d'une entrave à la concurrence dont l'action est accueillie par le tribunal peut faire valoir son droit au remboursement des frais. Cette règle a pour conséquence de réduire considérablement le risque financier lié à l'ouverture d'une action civile et d'éviter de décourager la victime d'une pratique allant à l'encontre du droit de la concurrence de faire valoir ses droits.

Les *contingency fees* américaines sont des conventions que l'avocat passe avec son client, selon lesquelles il aura droit à une part fixée à l'avance du gain réalisé en cas de victoire au procès³³⁰. La possibilité de conclure des conventions d'honoraires sur le résultat de l'affaire sont l'une des causes expliquant la grande proportion des plaintes privées dans l'ensemble des procédures antitrust engagées en Amérique. En effet, celles-ci contribuent à la réduction des risques de coûts du procès pour le demandeur³³¹ : si le demandeur succombe au procès, il ne doit à son avocat - selon la quotité de la rémunération dépendant du résultat - aucune rémunération ou une rémunération réduite. En droit suisse, les avocats ne peuvent pas faire dépendre leurs honoraires uniquement du résultat de l'affaire et ne peuvent pas non plus s'engager à renoncer à leurs honoraires en cas d'issue défavorable du procès (*pactum de quotas litis*)³³². Les honoraires de résultat, dont le rejet³³³ en Suisse repose sur l'idée que ceux-ci mettent à mal l'indépendance des avocats dans le système judiciaire, sont considérés aux Etats-Unis comme un moyen idoine de donner accès à la justice, en particulier aux parties dépourvues de ressources³³⁴. De surcroît, l'avocat serait d'autant plus motivé par la réussite de son affaire qu'il sera associé au succès de cette dernière. Cependant, le droit suisse interdit seulement à l'avocat d'asseoir la totalité de sa rémunération sur une partie variable qui dépendrait uniquement du résultat, ce dernier pouvant convenir avec son client d'une prime qui, en cas de succès, s'ajoute aux honoraires³³⁵. Cette convention, connue sous le nom de *pactum de palmario* est expressément déclarée admissible par les règles déontologiques applicables à la profession d'avocat³³⁶. Cela dit, pour que cette convention ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de l'art.12 let e. LLCA, il ne faut pas que le tarif de base consenti par l'avocat soit à ce point bas qu'il en devienne presque symbolique avec pour effet économique de transférer du client à l'avocat le risque du procès, ce que la loi interdit³³⁷. On ne voit pas bien pourquoi l'on devrait introduire les *contingency fees* en droit civil des cartels suisses alors que les principes généraux offrent suffisamment de flexibilité en matière de rémunération des avocats et que l'interdiction d'une convention de participation au gain du procès en guise d'honoraires repose sur des considérations légitimes³³⁸.

³³⁰ Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives, Rapport du Conseil fédéral p. 44.

³³¹ HAY, US-Amerkanisches Recht, p. 64 N 155.

³³² Art. 12 let. e de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000, LLCA, RS 935.61

³³³ Etablit de longue date et largement admis.

³³⁴ Cf. BOHNET/MARTENET, ch. marg. 1575 ss.

³³⁵ Voir ATF 93 I 116 cons. 4.

³³⁶ Art 19 al. 3 du Code suisse de déontologie du 10 juin 2005 édicté par la Fédération suisse des avocats (FSA).

³³⁷ CHAPPUIS, La profession d'avocat, Tome I, p. 52 ; Arrêt TF 2A.98/2006 du 24 juillet 2006 cons. 2.2.

³³⁸ A savoir la préservation de l'indépendance de la profession en évitant que l'avocat devienne personnellement intéressé à l'issue du litige ainsi que la protection de la clientèle contre des honoraires excessifs, Arrêt TF 2A.98/2006 du 24 juillet 2006 cons. 2.2.

2.6.6 Un effet contraignant accordé aux décisions des autorités de la concurrence

En l'absence de disposition légale en ce sens, les décisions administratives de la Comco ne jouissent pas, en droit suisse, d'un effet contraignant dans les procès civils³³⁹. En d'autres termes, les décisions définitives de la Comco ou un jugement du Tribunal administratif fédéral confirmant la décision de la Comco ou constatant lui-même une infraction au droit des cartels ne sont pas considérées comme une preuve irréfutable de l'infraction dans le cadre d'actions civiles engagées par la suite (actions *follow-on*)³⁴⁰. Un tel effet contraignant aurait pourtant l'avantage d'accroître la sécurité juridique ainsi que l'efficacité des actions civiles en dommages et intérêts pour infraction aux règles de la concurrence, tout en répondant au souci d'économie de procédure³⁴¹. La situation juridique est sur ce point insatisfaisante. Devant les tribunaux civils, la victime d'une entrave illicite à la concurrence, qui a été constatée par les autorités de la concurrence, devrait pouvoir s'appuyer pleinement sur les constatations formulées par ces dernières³⁴². En effet, une décision de l'autorité de la concurrence jouit d'une très grande autorité puisqu'elle a été prise par une autorité administrative spécialisée au terme d'une procédure gouvernée par la maxime inquisitoriale et peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. A cette fin, deux modèles sont envisageables : soit la décision des autorités en matière de concurrence se voit reconnaître le statut d'une présomption réfragable, soit elle acquiert un effet strictement contraignant (sans possibilité de renversement de la présomption). La deuxième solution existe désormais au niveau du droit de la concurrence de l'Union européenne et devrait valoir également en droit suisse³⁴³. L'effet contraignant de la décision administrative devrait s'étendre au premier chef à la constatation de l'infraction aux règles de la concurrence mais également aux autres faits relevant pour l'admission de l'action civile³⁴⁴.

Les décisions du Surveillant des prix ayant acquis force de chose jugée et constatant un abus de prix devraient également lier les juridictions civiles³⁴⁵.

On s'interrogera encore brièvement sur la compatibilité de cette proposition avec le principe de la séparation des pouvoirs qui exige que l'administration et les autorités judiciaires exercent leurs compétences respectives dans une indépendance réciproque³⁴⁶. En présence de compétences parallèles, aucune des deux autorités ne devrait être liée aux constatations ni aux interprétations juridiques de l'autre³⁴⁷. Dès lors que l'application stricte de cette règle peut toutefois conduire à des contradictions difficilement compréhensibles pour le justiciable, la doctrine s'accorde pour réserver certaines situations. Elle considère toutefois qu'en ce qui

³³⁹ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 84, qui tire argument de l'art. 53 CO ; LANG, Ansprüche, p. 207 ss.

³⁴⁰ A noter que ce point est controversé en doctrine, certains auteurs affirment que les décisions entrées en force de la Comco ont, déjà sous l'empire du droit actuel, un effet contraignant pour les juridictions civiles : BÜRGI, Zivilrechtsfolge, p. 241 ss. ; HAHN, Baker & McKenzie, Art. 12 N 7 ; HANGARTNER, Das Verhältnis, p. 49 ; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, N 908.

³⁴¹ Voir libre blanc p. 6.

³⁴² HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 109.

³⁴³ Dans ce sens : HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 110.

³⁴⁴ *Ibidem*, par exemple concernant les éventuels aspects économiques au sujet de l'entreprise concernée et l'existence d'une faute.

³⁴⁵ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 110 ; SPITZ, Gewinnherausgabe, par. 136 s.

³⁴⁶ TANQUEREL, Manuel de droit administratif, p. 216 N 626.

³⁴⁷ TANQUEREL, Manuel de droit administratif, p. 217 N 629 ; MOOR/FLUCKIGER/MARTENET, Droit administratif, p. 569.

concerne la qualification juridique à donner à un état de fait et les conséquences à en tirer, l'indépendance réciproque reste le principe³⁴⁸. L'on arrive donc à la conclusion que le fait que les juridictions civiles soient liées par les décisions entrées en force de la Comco et du Surveillant des prix ne serait que peu conciliable avec le principe de la séparation des pouvoirs. Cela étant, rien n'empêche le législateur de trancher lui-même la question et de prévoir de manière expresse une entorse au principe.

La contribution de cette réforme à l'importance des actions privées en droit des cartels dans la pratique ne doit cependant pas être surestimée. Sous l'empire du droit en vigueur, il apparaît pratiquement improbable que le juge civil s'écarte de l'appréciation de l'autorité de la concurrence³⁴⁹. Concernant les éléments de faits susceptibles de fonder une action en dommage et intérêts ou en restitution du gain réalisé indûment, la décision administrative ne contiendra qu'exceptionnellement des indications précises. En effet, aux termes de l'art. 25 al. 4 LCart, « les publications des autorités de la concurrence ne doivent révéler aucun secret d'affaires ». Par secret d'affaires, il faut entendre tout secret de fabrication ou secret commercial³⁵⁰. Ce dernier est susceptible d'englober des données relatives au chiffre d'affaires ou au bénéfice (sauf s'il est communiqué publiquement d'une quelconque manière par l'entreprise), aux relations commerciales, aux parts de marché (sauf si elles sont accessibles au public)³⁵¹. A moins que les personnes concernées n'aient donné leur assentiment ou qu'un intérêt public prépondérant justifie la divulgation, la Comco renoncera à donner des indications concrètes relevant du secret d'affaires ou les caviardera³⁵².

Bien que les décisions des autorités de la concurrence doivent lier les tribunaux civils, l'inverse n'est pas souhaitable. Le procès civil ne présente pas les mêmes garanties quant à l'établissement des faits qu'une enquête de la Comco. En effet, dès lors que la maxime des débats est généralement applicable en procédure civile (art. 55 CPC), le juge civil reste en principe passif et ne statue que sur les faits allégués par les parties, sans rechercher d'autres preuves que celles qui sont invoquées devant lui, sauf lorsque la loi lui permet d'ordonner d'office des mesures d'instruction. De ce fait, le juge civil se contente d'une vérité formelle (relative)³⁵³. De plus, les juridictions civiles ne disposent en aucun cas du même pouvoir d'investigation que les autorités en matière de concurrence.

Il est également proposé dans la doctrine d'introduire une action civile adhésive à la procédure administrative³⁵⁴. Le lésé aurait la possibilité de faire valoir la réparation de son préjudice devant la Comco. Au vu des capacités restreintes des autorités de la concurrence et des spécificités du droit de la responsabilité civile, les juridictions civiles apparaissent cependant comme plus appropriées pour traiter des demandes en dommages et intérêts³⁵⁵.

³⁴⁸ MOOR/FLUCKIGER/MARTENET, Droit administratif, p. 570.

³⁴⁹ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 111.

³⁵⁰ MARTENET, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 25, N 43.

³⁵¹ *Ibidem*, N 45.

³⁵² A ce sujet : cf. Aide-mémoire du Secrétariat sur les secrets d'affaires du 30.04.2008.

³⁵³ PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure pénale, N 940.

³⁵⁴ P. ex. BÜRGI, Zivilrechtsfolge, p. 245s.

³⁵⁵ SPITZ, Das kartellzivilrecht, p. 124 ; HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 111.

2.6.7 Droit d'intervention de la Comco dans les procès civils

Lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, le juge civil est tenu - en vertu de l'art. 15 al. 1^{er} LCart - de transmettre l'affaire pour avis à la Commission de la concurrence avant de statuer sur le fond. Bien que le juge civil ne soit pas lié par cet avis, cette obligation vise à assurer une interprétation et une application aussi uniforme que possible du droit matériel des cartels par les tribunaux civils³⁵⁶. Le juge ne saurait négliger l'opinion de la Comco³⁵⁷ en particulier lorsque celle-ci définit par exemple le marché pertinent ou l'existence d'une position dominante. D'après la doctrine largement majoritaire, le Tribunal fédéral n'a pas l'obligation de solliciter l'avis de la Comco, celui-ci contrôlant en dernière instance l'interprétation et l'application du droit des cartels en matière civile³⁵⁸ et administrative³⁵⁹. Il serait en outre paradoxal d'obliger le TF à demander l'avis d'une autorité dont il revoit librement les décisions (art. 106 al. 1^{er} LTF)³⁶⁰. Le TF peut cependant demander l'avis de la Comco conformément à l'art. 47 LCart³⁶¹. La Comco rend exclusivement un avis de droit en se fondant uniquement sur l'exposé des faits que le juge civil lui fournit. La Comco ne peut compléter un état de fait lacunaire formulé par le juge civil³⁶² mais il est inévitable qu'elle tienne compte des informations générales d'ordre économique (telles que le nombre d'acteurs présents sur le marché pertinent, barrière d'entrée, réseau d'accords semblables etc.) dont elle dispose³⁶³.

Dans une perspective de droit comparé, force est de constater que le pouvoir d'intervention de la Comco dans les procès civils est relativement faible. Il serait souhaitable que la Comco puisse revêtir le statut d'*amicus curiae*, locution latine signifiant littéralement « ami de la Cour », et ait par conséquent le droit d'intervenir de façon plus poussée dans certaines procédures civiles choisies en faisant valoir son point de vue, en signalant certains faits et moyens de preuve et en interrogeant les parties, les témoins et les experts³⁶⁴.

Le fait que le TF ne soit pas tenu d'appliquer l'art. 15 al. 1^{er} LCart n'est pas convaincant³⁶⁵. La possibilité pour les autorités de la concurrence de faire valoir leur point de vue devant les plus hautes instances judiciaires permettrait d'assurer une plus grande harmonie entre la pratique des autorités administratives et celle des tribunaux civils concernant l'application de la LCart.

³⁵⁶ DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, p. 302 ; Basler kommentar KG- JACOBS/GIGER, Art. 15, N 1.

³⁵⁷ ATF 109 II 260 cons. 3d ; KRAUSKOPF/ROTH, Intervention, p. 44 *i. f.* ; TERCIER, SIWR KG, p. 410.

³⁵⁸ Art. 95 let. a LTF.

³⁵⁹ Art. 44 LCart et 86 al. 1 let. a LTF ; de cet avis : BORER, Zivil, N 13.74 ; BSK KG- JACOBS/GIGER, Art. 15 N 7 ; WALTER art. 15 KG, N 49, 16.

³⁶⁰ REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, Art. 15 LCart, N 33.

³⁶¹ STOCKLI, Wettbewerbsbehinderung, p. 299, N 908 ; TERCIER SIWR KG p. 405 s. ; WALTER, Art. 15 KG, N 64.

³⁶² REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, Art. 15 LCart, N 89 ; Comco, Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 KG, DPC 1998/4, 622.

³⁶³ REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, Art. 15 LCart, N 89 et 90 ; SCHLEIFFER, Baker & McKenzie, Art. 15, N 23 ; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, N 907.

³⁶⁴ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 116.

³⁶⁵ *Ibidem*.

2.6.8 Etendre l'applicabilité des art. 12 ss. LCart aux violations des règles sur les concentrations d'entreprises

Selon l'opinion largement majoritaire³⁶⁶, les actions civiles ne sont pas données lorsqu'une concentration d'entreprises interdite par la Comco est néanmoins réalisée. En effet, la systématique de la loi ne laisse que peu de place à une autre interprétation : l'exigence d'une « restriction illicite à la concurrence » (art. 12 al. 1^{er} LCart) renvoie clairement à la section première (art. 5 à 8 LCart) des dispositions de droit matériel.

STÖCKLI se réfère au but de la loi qui voudrait que la protection du droit civil soit également accordée à celui qui est entravé par le comportement d'une entreprise résultant d'une concentration illicite pour admettre l'applicabilité des art. 12 ss. LCart³⁶⁷.

De lege ferenda, les sanctions civiles devraient valoir pour toutes les violations matérielles de la loi sur les cartels³⁶⁸. Les participants au marché peuvent être affectés et subir un dommage du fait de la réalisation d'une concentration d'entreprises qui n'a pas été notifiée (alors qu'elle aurait dû l'être, voir art. 9 al. 1^{er} LCart) ou qui a été interdite par la Comco³⁶⁹.

2.6.9 Légiférer sur la question du *passing-on defence*

La question de l'argument tiré de la répercussion des surcoûts à une grande importance pratique³⁷⁰.

La position aux Etats-Unis d'Amérique est de rejeter le *passing-on defence* et donc de permettre aux clients directs d'ouvrir action pour réclamer l'entier du surcoût mais simultanément nier tout droit d'action aux acheteurs indirects³⁷¹. La raison derrière cette décision est que la personne la plus à même d'avoir connaissance du comportement anticoncurrentiel et d'intenter avec succès une action contre l'auteur de l'infraction pour faire respecter les règles *antitrust* est l'acheteur direct³⁷². Cette solution peut conduire à une sur-indemnisation du client de l'entreprise ayant violé le droit de la concurrence.

Si l'on admet le *passing-on defence*, les clients indirects doivent avoir la possibilité de réclamer des dommages et intérêts à ceux qui pratiquent des prix cartellaires (art. 5 al. 1^{er} et 4 LCart) ou qui imposent des prix abusifs en tirant parti de sa position dominante (art. 7 al. 2 let. c LCart) à défaut l'auteur de la restriction ne répond ni envers les clients directs ni envers les acheteurs indirects. En Suisse, le *passing-on* est admis au sein de la doctrine majoritaire et les clients indirects (pour autant qu'ils revêtent la qualité d'entreprise !) ont qualité pour agir en justice (*supra*). Cette solution apparaît convaincante puisque chaque victime du comportement anticoncurrentiel peut réclamer la réparation pour le dommage qu'il a effectivement subi sur son échelon du marché³⁷³. Le législateur serait bien inspiré de transposer l'admission du

³⁶⁶ REYMOND, Commentaire romand droit de la concurrence, art. 12 N 46 ; Basler Kommentar KG-JACOBS/GIGER, art. 12 N 7 ; LANG, Ansprüche, p. 82 s.

³⁶⁷ STÖCKLI, Wettbewerbsbehinderung, p. 130 N 563.

³⁶⁸ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 60.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ Sur cette problématique, voir de manière détaillée : MULLER, Die Passing-on.

³⁷¹ *Hanover Shoe v. United State Shoe Machinery Corp* 392 US 481 (1968) ; *Illinois Brick Co v. Illinois* 431 US 720 (1977).

³⁷² MACCULLOCH, p. 95.

³⁷³ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 78.

passing-on dans la loi³⁷⁴ sur les cartels afin de lever tout doute et d'assurer la sécurité et la prévisibilité du droit, facteurs essentiels si l'on veut renforcer l'attrait du droit privé de la concurrence. Toutefois, un groupe important d'acheteurs indirects n'ont pas qualité pour agir en dommages et intérêts en droit suisse des cartels : les consommateurs. Là réside la véritable lacune de la LCart, si un prix ayant été fixé en violation de la loi est répercuté tout au long de la chaîne de distribution jusqu'aux consommateurs, l'entreprise contrevenante pourra refuser toute indemnisation aux grossistes et détaillants en faisant valoir le *passing-on* et les consommateurs, soit ceux qui subissent de plein fouet la restriction à la concurrence, verront leurs actions en dommages et intérêts rejetées faute de qualité pour agir. Cette solution est clairement insatisfaisante c'est pourquoi bien qu'admettant la légitimité de la reconnaissance de l'argument de la répercussion des surcoûts, HEINEMANN propose d'empêcher les membres d'un cartel de faire valoir cet argument sur les consommateurs jusqu'à l'adoption d'une réforme sur la qualité pour agir³⁷⁵.

2.6.10 La prescription

Comme on l'a vu (*supra*), les contraintes temporelles applicables à l'ouverture d'une action civile rendent difficile à l'excès le dépôt d'une demande suffisamment étayée auprès du tribunal³⁷⁶. L'absence de règle spécifique concernant l'interruption de la prescription en droit civil des cartels et le délai de prescription relatif d'un an seulement sont l'une des causes expliquant la faible importance des règles de droit privé. Le délai de prescription relatif devrait être prolongé à trois ans et une règle prévoyant l'interruption de la prescription lorsque l'autorité administrative ouvre une enquête devrait être introduite³⁷⁷. Cela aurait pour conséquence que la victime d'une pratique violant la LCart aurait trois ans depuis la connaissance du dommage et de son auteur avant d'ouvrir action à son encontre et cela faciliterait l'introduction d'actions *follow-on*.

3 Les consommateurs et la loi contre la concurrence déloyale

La LCD a pour but de protéger l'efficacité de la concurrence « dans l'intérêt de tous les milieux concernés »³⁷⁸ en cherchant à garantir des rapports loyaux entre les entreprises et à l'égard des consommateurs. A ce titre, elle est un complément nécessaire à la Loi fédérale sur les cartels³⁷⁹. Elle tend aussi à améliorer la protection du consommateur, afin de lui permettre de jouer pleinement son rôle d'acteur économique et de garantir sa faculté d'opérer un choix libre et aussi éclairé que possible³⁸⁰. La loi protège donc la concurrence loyale, dont les distorsions par des pratiques déloyales nuisent non seulement aux concurrents mais aussi aux clients à tous les échelons, c'est-à-dire également aux consommateurs³⁸¹ (art. 1^{er} LCD).

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 79.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 80.

³⁷⁶ BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 12 N 14.

³⁷⁷ HEINEMANN, Evaluation Kartellgesetz, p. 92 ; NAGEL, Kartellprivatrecht, N 554.

³⁷⁸ Art. 1^{er} LCD : la tridimensionnalité du droit de la concurrence - égale valeur des intérêts des concurrents, des consommateurs et de la collectivité - est mise en lumière.

³⁷⁹ PICHONNAZ, Clauses abusives et pratiques déloyales, p. 34.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ Message concernant la modification de la LCD, FF 2009 5539, 5544.

Les destinataires de la LCD sont énumérés expressément à l'art. 2 LCD : il s'agit des concurrents, des fournisseurs et des clients à tous les échelons commerciaux. Ainsi toute personne qui participe à la concurrence, qui peut influencer celle-ci directement ou indirectement est susceptible d'enfreindre la LCD³⁸². L'admission d'un acte de concurrence déloyale ne suppose plus l'établissement d'un rapport de concurrence spécifique entre l'auteur et le lésé³⁸³. La LCD ne protège pas de manière générale la bonne foi ; elle ne s'applique qu'à des comportements qui peuvent avoir une influence sur le jeu de la concurrence ou le fonctionnement du marché³⁸⁴.

Le cercle des personnes protégées par la LCD se recouvre avec celui des destinataires. Le client et plus particulièrement le consommateur³⁸⁵ occupe une place particulière parmi le cercle des personnes protégées par la LCD³⁸⁶. Ses intérêts sont fortement pris en considération à travers certaines normes spéciales³⁸⁷ de façon à éviter qu'ils soient trompés ou confrontés à des pratiques commerciales agressives³⁸⁸. Ainsi, ils sont protégés contre les atteintes à leur personnalité³⁸⁹.

3.1 Quelques pratiques commerciales déloyales choisies visant directement les consommateurs

La clause générale de l'art. 2 LCD est formulée ainsi : « Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. ». La clause générale de l'art. 2, qui par sa formulation ouverte permet de faire l'économie d'avoir à dresser une liste exhaustive des pratiques commerciales déloyales, est concrétisée par les articles 3 à 8 LCD. Il n'est pas nécessaire de faire appel à la clause générale de l'art. 2 LCD si le comportement incriminé tombe sous le coup d'une des dispositions spéciales des art. 3 ss LCD³⁹⁰. Toutefois, celles-ci n'embrassent pas tous les comportements déloyaux possibles et imaginables, de sorte qu'un comportement donné peut mériter ce qualificatif même s'il n'entre pas dans leurs prévisions³⁹¹. En effet, l'énumération des clauses spéciales n'est pas limitative, ce qui entraîne qu'un comportement non mentionné aux art. 3 à 8 LCD peut tout de même être déloyal et illicite³⁹². La révision partielle de la LCD, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2012, a été motivée par la nécessité de renforcer la protection matérielle contre les pratiques commerciales déloyales en introduisant de nouveaux cas particuliers (art. 3 al. 1^{er} let p – u LCD), d'améliorer l'application du droit en étendant le droit d'action de la Confédération (art. 10 al. 3 LCD), ainsi que de reformuler la disposition sur les

³⁸² PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62 s.

³⁸³ *Ibidem*; ATF 120 II 76; ATF 117 IV 193.

³⁸⁴ ATF 124 III 297, cons. 5d ; ATF 126 III 198 cons. 2c/aa.

³⁸⁵ C'est-à-dire le client final qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle, art. 2 al. 2 de l'ordonnance sur l'indication des prix du 11 décembre 1978 ; RS 942. 211.

³⁸⁶ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.69.

³⁸⁷ Ainsi à l'art. 3 let. e, f, g, h k, l et m ainsi qu'à l'art. 8 LCD.

³⁸⁸ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.71.

³⁸⁹ DAVID, Schweizerisches Werberecht, § 59.

³⁹⁰ ATF 122 III 469 cons. 8.

³⁹¹ ATF 132 III 414 ; ATF 122 III 469 cons. 9a; ATF 116 II 365 cons. 3b.

³⁹² ATF 131 III 384 cons. 3.

conditions générales dans le but de la rendre plus efficace (art. 8 LCD). Il s'agit ici d'examiner quelques pratiques commerciales déloyales visant spécifiquement les consommateurs.

3.1.1 Les méthodes de vente particulièrement agressives (art. 3 al. 1^{er} let. h LCD)

Selon l'art. 3 al. 1^{er} let. h LCD, agit de façon déloyale celui qui « entrave la liberté de décision de la clientèle en usant de méthode de vente particulièrement agressives ». La disposition citée ne réprime que l'utilisation de méthodes de vente agressives, à l'exclusion des méthodes de publicité agressives³⁹³. Si l'agressivité commerciale est en principe licite, la contrainte psychique exercée sur le consommateur, de sorte que celui-ci se sent dans l'obligation d'acheter, est interdite³⁹⁴. Celle-ci vise les situations dans lesquelles la décision du consommateur de contracter ne résulte plus de son libre arbitre, mais est la conséquence d'une situation de contrainte dans laquelle il a été placé³⁹⁵. La notion de « méthode de vente » ne restreint pas le champ d'application de la norme aux contrats de vente au sens des art. 184 ss. CO³⁹⁶, les contrats de bail, prêt, de leasing sont également visés³⁹⁷. Une entrave de la liberté de décision suppose que l'intégrité psychique de la clientèle soit entravée avec une certaine intensité respectivement avec une certaine durabilité car en soi tout argumentaire de vente a pour but d'influencer son destinataire³⁹⁸. Les situations de contrainte psychologique (par suite d'un sentiment de gratitude, de peur, de gêne ou de convenance ou simplement résultant du fait d'avoir été pris au dépourvu) dans lesquelles le consommateur est mis dans un état dans lequel il se sent intérieurement obligé d'acheter et ne peut plus exercer son libre arbitre sont visées par la norme³⁹⁹.

Les cas d'applications typiques sont les suivants : faire allusion à une mise en danger de la santé en cas de non-achat d'un produit ; faire miroiter une occasion de vente apparemment unique ou exercer une contrainte psychique lors de ventes à domicile/par téléphone, dans la rue, lors de voyages publicitaires ou de ventes sous forme de *party*⁴⁰⁰.

Les voyages publicitaires ont pour but de vendre des marchandises données aux clients présents durant l'excursion. Les marchandises en question s'avèrent bien souvent vendues à un prix nettement supérieur à celui du marché.

A noter que le Code des obligations sanctionne aujourd'hui par des règles spécifiques l'envoi de choses non commandées (art. 6a CO) et accorde un droit de révocation de sept jours à l'acquéreur qui a été invité à prendre un engagement à son lieu de travail, son domicile, dans les transports publics, sur la voie publique, lors d'une manifestation publicitaire liée à une excursion ou à une occasion du même genre (40a ss. CO). Le droit de révocation ne vaut que si

³⁹³ ATF 137 III 141 cons. 4.3 ; Arrêt TF 6S.357/2002 du 18 décembre 2002, cons. 3.1 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 7.09 et N 7.34 ;

³⁹⁴ CHAUDET, CHERPILLOD, LANDROVE, Droit suisse des affaires, p. 758 N 3643

³⁹⁵ Message LCD 1983, FF 1983 II 1037, 1101.

³⁹⁶ WICKIHALDER, BSK UWG, art. 3 al. 1^{er} let. h, N 2.

³⁹⁷ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 7.08 ; WICKIHALDER, BSK UWG, art. 3 let. h, N 2.

³⁹⁸ GLÖCKNER, p. 59 ; SCHWENNINGER, in: GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH, par. 5.39.

³⁹⁹ Arrêt TF 6S. 357/2002 du 18 décembre 2002 ; SCHWENNINGER, in: GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH, par. 5.75 ; FRIEDRICH, p. 86.

⁴⁰⁰ Message LCD 1983, FF 1983 II 1037, 1067.

le fournisseur de biens ou de services a agi dans le cadre d'une activité professionnelle ou commerciale et que la prestation de l'acquéreur dépasse 100 francs (art. 40a al. 1^{er} CO).

3.1.2 Le système boule de neige, de l'avalanche ou de la pyramide (art. 3 al. 1^{er} let. r LCD)

L'interdiction des procédés de distribution basés sur des systèmes dits de boule de neige, de l'avalanche ou de la pyramide était auparavant ancrée dans l'ordonnance du 27 mai 1924 relative à la loi fédérale sur les loteries et les paris professionnels (art. 43 ch.1^{er} OLLP). Il sied de faire une distinction⁴⁰¹ entre les systèmes marketing à palier multiples (aussi appelés « *network marketing* ») qui sont légaux et les systèmes boules de neige qui contreviennent à la LCD. Les systèmes boule de neige sont alléchants car leurs initiateurs font miroiter des gains importants qui ne proviennent en réalité par de la vente des produits ou service comme annoncé mais dépendent de l'enrôlement de nouveaux participants. La viabilité et la prospérité du système pyramidal sont fondées exclusivement sur l'accroissement du nombre de ses membres, lequel n'est évidemment pas infini, et le système s'effondre tôt ou tard sur lui-même⁴⁰². Ce genre de système comporte un potentiel dommageable important dû notamment au nombre de victimes possibles qui peut être très élevé⁴⁰³. Selon la lettre r de l'article 3 al 1^{er} LCD, agit de façon déloyale celui qui « *subordonne la livraison de marchandises, la distribution de primes ou l'octroi d'autres prestations à des conditions dont l'avantage pour l'acquéreur dépend principalement du recrutement d'autres personnes plutôt que de la vente ou de l'utilisation de marchandises ou de prestations* ». La formulation de la disposition est malheureuse car trop large⁴⁰⁴ puisqu'elle omet de mentionner le fait que le participant du niveau inférieur doit miser de l'argent ou conclure un contrat dont découle des obligations pécuniaires⁴⁰⁵. A rigueur de texte, serait donc également visée une entreprise qui accorde un rabais ou des cadeaux aux clients qui parlent autour d'eux des produits et services de l'entreprise et qui attirent ainsi de nouveaux clients pour cette entreprise. Cette forme de publicité n'est pourtant ni déloyale ni indésirable⁴⁰⁶. Selon le Message du Conseil fédéral, cette disposition⁴⁰⁷ interdit les systèmes boule de neige ou pyramidaux qui consistent « *en une redistribution agressive de l'argent de la base vers le sommet de la pyramide, laquelle est fréquemment combinée à une distribution spéciale de marchandises ou des prestations de services, et donc dissimulée* »⁴⁰⁸. Il est caractéristique pour cette forme d'escroquerie que les avantages retirés par un acquéreur se situent moins dans la vente d'une marchandise ou d'une prestation de service que dans l'enrôlement de nouvelles personnes pour participer au système de distribution⁴⁰⁹. Le Message donne six critères pour déceler les systèmes boule de neige : i) le système est conçu de façon à ce que le nombre de participants augmente de manière rapide et incontrôlable, ii) les participants n'ont pas le droit de restituer les produits invendus contre remboursement du prix

⁴⁰¹ Qui n'est pas toujours aisée surtout pour le consommateur.

⁴⁰² VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, par. 1102.

⁴⁰³ ARPAGAU, BSK UWG, art. 3 al. 1^{er} let. r, N 3.

⁴⁰⁴ Dans ce sens : MÜLLER/RISKE, L'offre arnaqueuse, p. 24.

⁴⁰⁵ KUT/STAUBER, Die UWG-Revision, p. 9.

⁴⁰⁶ MÜLLER/RISKE, L'offre arnaqueuse, p. 24.

⁴⁰⁷ Qui est une norme de police qui vise à protéger les personnes de leur faiblesse pour les jeux.

⁴⁰⁸ Message LCD, FF 2009 5539, 5550.

⁴⁰⁹ Message LCD, FF 2009 5539, 5564.

d'acquisition, iii) les participants reçoivent un avantage patrimonial pour le seul recrutement de nouvelles personnes, iv) les participants doivent verser une finance d'entrée importante, v) la structure du système ou le calcul des commissions ne sont pas transparents et/ou vi) les produits ne peuvent être vendus que par des participants à d'autres participants au sein du système, ou alors ils ne peuvent être écoulés que difficilement en dehors du système à cause de leurs spécificités ou des règles prescrites par le fournisseur. Il est dès lors conseillé aux consommateurs de faire preuve de la plus grande prudence et de garder leur esprit critique. L'entreprise proposant ce système de distribution a été constituée récemment ; l'entreprise verse une rémunération pour le recrutement de nouveaux vendeurs, la vente de produits ou de service restant accessoire ; les produits ou services proposés par l'entreprise sont de faible valeur marchande, de mauvaise qualité ou ne sont pas encore commercialisés ; les sommes exigées pour entrer dans le système de distribution sont importantes : voilà autant d'indices d'un système de distribution considéré comme déloyal et donc illicite.

3.1.3 Les promesses de gain dans le cadre d'un concours ou d'un tirage au sort (art. 3 al. 1^{er} let. t LCD)

En vertu de l'art. 3 al. 1 lit. t LCD, agit de façon déloyale celui qui, « *dans le cadre d'un concours ou d'un tirage au sort, promet un gain dont la validation est liée au recours à un numéro payant de service à valeur ajoutée, au versement d'une indemnité pour frais, à l'achat d'une marchandise ou d'un service, à la participation à une manifestation commerciale ou à un voyage publicitaire ou à la participation à un autre tirage au sort* ». La *ratio legis* de la disposition est de lutter contre ce que l'on appelle en allemand des « offres-leurres » (« *Lockvogelangebote* »). La pratique qui consiste à envoyer des courriers informant le destinataire qu'il est l'heureux gagnant d'un concours ou d'un tirage au sort (auquel il n'a parfois pas participé) et qu'il se verra donc remettre une somme d'argent, un objet ou un service est répandue. Ce type de promesse de gain sera en outre jugée déloyale à la lumière de l'art. 3 let. t LCD s'il est demandé au « pseudo-gagnant » de verser une avance de frais, de passer commande, de participer à une manifestation commerciale ou à un voyage lors duquel on tentera de lui faire acheter des articles fort onéreux. Si l'avantage patrimonial n'est pas remis, il s'agit également d'une infraction à l'interdiction de tromperie (art. 3 al. 1 lit. b LCD). Les notions de « concours » et de « tirage au sort » doivent être comprises dans un sens large⁴¹⁰. Il importe peu si ces derniers ont effectivement eu lieu, ce qui ne sera que très rarement le cas. Il suffit que la promesse d'un gain mentionne un concours ou un tirage au sort comme fondement de la promesse⁴¹¹. Le conseil que l'on peut donner aux consommateurs confrontés à ce genre de pratique est de ne pas donner suite.

3.1.4 Les envois de messages publicitaires non sollicités (art. 3 al. 1^{er} let. u LCD)

Selon l'art. 3 let. u LCD⁴¹², « *agit de façon déloyale celui qui ne respecte pas la mention contenue dans l'annuaire indiquant qu'un client ne souhaite pas recevoir de messages publicitaires de tiers et que les données le concernant ne peuvent pas être communiquées à des fins de prospection publicitaire directe* ». La protection conférée par cette disposition suppose

⁴¹⁰ MÜLLER/RISKE, L'offre arnaqueuse, p. 38.

⁴¹¹ KUT/STAUBER, Die UWG-Revision, p. 12.

⁴¹² Egalement entré en vigueur le 1^{er} avril 2012.

que le client demande à son opérateur téléphonique de faire inscrire un astérisque à son inscription dans l'annuaire téléphonique⁴¹³. Les données de ces personnes ne peuvent plus être utilisées, répertoriées ou transmises à des tiers à des fins publicitaires⁴¹⁴. Les annonceurs ne peuvent se disculper en excipant qu'ils n'avaient pas connaissance de l'astérisque ou qu'ils ont acquis les données de bonne foi sans celle-ci⁴¹⁵. La déloyauté en tant que telle ne suppose pas l'existence d'une faute dans le chef de l'auteur⁴¹⁶.

Si le consommateur a une étoile devant son numéro, les seuls démarcheurs qui ont le droit d'appeler à des fins publicitaires sont les entreprises qui peuvent se prévaloir d'une relation d'affaire préexistante⁴¹⁷. A noter que la disposition ne s'applique pas aux communications publicitaires par voie postale (par exemple les *direct mailings*)⁴¹⁸.

Les appels publicitaires non désirés, perçu comme extrêmement incommodants et comme une intrusion dans la vie privée par de nombreux consommateurs, restent en tête des réclamations adressées au Secrétariat d'État à l'économie (ci-après SECO) en ce qui concerne les pratiques commerciales déloyales⁴¹⁹.

Cette disposition spéciale, qui vise à limiter les pratiques commerciales déloyales dans le télémarketing, a suscité au sein de la population des attentes, qui sont, toutefois, restées sans réponse. L'expérience a montré que, pour diverses raisons, il est extrêmement difficile de juguler ce type d'appels⁴²⁰.

Même si le SECO engage tous les moyens à sa disposition pour lutter contre le non-respect de l'astérisque et dépose une plainte pénale ou civile⁴²¹, les poursuites n'aboutissent souvent pas, du fait que les centres d'appel incriminés se trouvent à l'étranger et qu'il est impossible de les identifier⁴²². Le ministère public compétent se voit, de temps à autre, contraint d'ordonner la suspension de la procédure, voir même son classement, faute de pouvoir identifier l'auteur de l'infraction.

En effet, l'Office fédéral de la communication (OFCOM) est compétent pour attribuer des blocs de 10'000 numéros suisse aux fournisseurs de service de télécommunication qui en font la

⁴¹³ Comp. art. 88 al. 1^{er} de l'Ordonnance sur les services de télécommunication du 9 mars 2007, OST, RS 784.101.1; il peut le faire en tout temps, Basler Kommentar, UWG-BUHLER, art. 3 al. 1^{er} let. u, N 11.

⁴¹⁴ KUT/STAUBER, Die UWG-Revision, p. 14.

⁴¹⁵ Basler Kommentar, UWG-BUHLER, art. 3 al. 1^{er} let. u N 18.

⁴¹⁶ TROLLER, biens immatériels, p. 914.

⁴¹⁷ Basler Kommentar, UWG-BUHLER, art. 3 al. 1^{er} let. u N 20; KUT/STAUBER, Die UWG-Revision, par. 97. Les instituts de sondage ne sont pas visés.

⁴¹⁸ Basler Kommentar, UWG-BUHLER, art. 3 al. 1^{er} let. u N 16. Les consommateurs désireux de ne plus recevoir de tels envois publicitaires peuvent par exemple s'inscrire sur la « liste Robinson » de l'Association suisse de marketing direct (SDV).

⁴¹⁹ Sur 5830 réclamations adressées au SECO en 2013, 4228 concernaient des appels publicitaires non sollicités, reçus malgré la présence d'un astérisque dans l'annuaire. En 2014, les plaintes adressées au SECO pour télémarketing intempestif ont presque triplées (11'500).

⁴²⁰ Rapport du 19.11.2014 du Conseil fédéral sur l'évolution du marché suisse des télécommunications ainsi que sur les enjeux législatifs y afférents (ci-après : Rapport sur les télécommunications, 2014), p. 24.

⁴²¹ Le SECO peut engager une action civile ou déposer une plainte pénale devant les ministères publics cantonaux contre des personnes ou une entreprise ignorant systématiquement l'astérisque. Le droit d'intenter une action est restreint aux cas où des intérêts collectifs sont menacés ou subissent une atteinte. Le SECO ne peut donc pas intervenir dans des cas individuels de non-respect de l'astérisque.

⁴²² MULLER/RISKE, L'offre arnaqueuse, p. 45.

demande, qui dispose d'une adresse postale en Suisse et qui s'acquitte des émoluments⁴²³. Ces fournisseurs de services de télécommunication (parfois étrangers) peuvent faire le commerce de ces numéros suisses à des entreprises qui effectuent leurs appels vers la Suisse depuis l'étranger (*reselling*). Or, déterminer l'origine d'un appel effectué depuis l'étranger peut s'avérer difficile, voire impossible. Dans de tels cas, afin de pouvoir identifier l'origine de tels actes, il faut alors faire appel à l'entraide internationale. Cette voie est longue et ne garantit aucune intervention rapide, quand bien même elle s'avérerait utile. De surcroît, l'entraide judiciaire internationale pose des problèmes en matière de double incrimination du fait que les systèmes de prévention et de lutte contre les appels publicitaires indésirables et le démarchage téléphonique ne sont pas les mêmes dans tous les pays⁴²⁴.

De plus, les centres d'appels à l'étranger usurpent parfois un numéro de téléphone suisse ou utilisent un numéro de téléphone fictif afin de faire croire aux consommateurs suisses que l'appel provient de sa région et ne pas éveiller sa méfiance (pratique du *spoofing* téléphonique)⁴²⁵. Ces pratiques rendent la traçabilité des appels extrêmement délicate, raison pour laquelle les plaintes pénales sont souvent déposées contre inconnu.

Le SECO ne peut pas être informé sur le détenteur d'un numéro de téléphone par le Service Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication ni faire bloquer un numéro de téléphone⁴²⁶. En ce qui concerne le blocage de raccordements, il convient de signaler que le SECO demande régulièrement dans ses plaintes adressées aux ministères publics cantonaux que les numéros utilisés pour effectuer des appels illégaux en Suisse soient bloqués. Cependant, bloquer un raccordement téléphonique ne fait sens que si les appels sont réellement effectués à partir de celui-ci. Ce n'est précisément pas le cas lorsque l'appelant masque sa véritable identité ou prend une fausse identité (*spoofing*). Le blocage manque alors sa cible⁴²⁷. Si le numéro d'une personne ou d'une entreprise est usurpé dans le but d'effectuer ce genre d'appels, le bloquer risque en outre d'entraver son utilisation légitime.

Le Conseil fédéral connaît la nécessité de renforcer la protection des consommateurs en matière de marketing téléphonique. Dans l'attente d'une révision législative, on ne peut que se borner à recommander aux consommateurs la prudence lorsqu'ils communiquent leur numéro de téléphone dans le cadre d'une vente ou d'un concours⁴²⁸. Il existe un risque que ces données soient transmises à des tiers et utilisées à des fins de démarchage⁴²⁹.

⁴²³ 420 francs pour un bloc de numéros ainsi qu'une taxe annuelle de 200 francs. On peut d'ailleurs s'étonner du peu de conditions posées par l'OFCOM pour l'allocation de numéros suisses.

⁴²⁴ Rapport sur les télécommunications, 2014, p. 52, en effet alors que la Suisse connaît la solution de l'*opt-out* (un appel publicitaire n'est interdit que si la personne appelée a demandé l'inscription d'un astérisque dans l'annuaire téléphonique), d'autres juridictions ont introduit un système d'*opt-in* (telle que l'Allemagne et l'Autriche, les appels publicitaires ne sont autorisés que lorsque la personne appelée a donné son consentement. Un astérisque ou un autre signe dans l'annuaire ne joue ici aucun rôle) et d'autres pays ne limitent pas les appels publicitaires.

⁴²⁵ A ce sujet : le postulat de Birrer-Heimo 14.3254, Appels publicitaires masqués sous des numéros de téléphone suisses. Le Conseil fédéral reconnaît le problème et la nécessité d'introduire des dispositions supplémentaires protégeant les consommateurs, Rapport sur les télécommunications, 2014, p. 51 et 52.

⁴²⁶ Ces compétences n'appartiennent qu'aux autorités de poursuites pénales.

⁴²⁷ Rapport sur les télécommunications, 2014, p. 52.

⁴²⁸ Ainsi les conseils du SECO dans sa brochure intitulée « Se préserver des appels publicitaires non sollicités ».

⁴²⁹ En effet, l'une des raisons principales de l'inefficacité de l'art. 3 al. 1^{er} let. u LCD est que l'annuaire téléphonique ne constitue plus la source principale dans laquelle puisent les centres d'appels. Ils achètent des fichiers constitués avec des données personnelles qui ont pu être recueillies sans que le consommateur en soit

3.1.5 Les conditions générales abusives (art. 8 LCD)

Les conditions générales sont des clauses contractuelles pré-formulées (« standardisées »), qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats⁴³⁰. Elles n'ont de portée que si les parties décident de les intégrer à leur contrat, c'est-à-dire si elles sont concrètement acceptées par les parties⁴³¹. De nos jours, l'utilisation de conditions générales est une pratique commerciale très répandue puisqu'elle permet aux professionnels traitant avec une multitude de clients d'économiser des coûts de transaction en uniformisant tout ou partie de leur contrat⁴³². Les conditions générales présentent des risques considérables dans la mesure où l'utilisateur de celle-ci pourrait être tenté d'y cacher une allocation inéquitable des risques contractuels, provoquant par la même une distorsion de la concurrence⁴³³. En effet, il est de jurisprudence que celui qui accepte des conditions générales préformées sans en prendre connaissance (on parle d'intégration « globale ») est lié au même titre que celui qui les lit effectivement (on parle d'intégration « individuelle »)⁴³⁴. La seule exigence est que le texte soit disponible et raisonnablement accessible aux parties⁴³⁵. De plus, la libre détermination du contenu du contrat est supplantée par sa prédétermination par autrui puisque le destinataire des conditions générales n'a souvent le choix qu'entre la conclusion ou la non-conclusion du contrat (*take it or leave it*) et ne pourra pas contraindre son cocontractant à modifier les conditions générales⁴³⁶. En effet, elles ne sont ni négociées ni négociables. Le recours systématique des professionnels à des clauses contractuelles préformées anéantit le pouvoir de négociation du consommateur qui se trouve dès lors démuni face à un cocontractant tout puissant⁴³⁷.

L'ancien art. 8 LCD, qui permettait de remettre en cause la validité des conditions commerciales abusives, est resté quasiment lettre morte car il exigeait du destinataire des conditions générales qu'il démontre que celles-ci soient « *de nature à provoquer une erreur* » à son détriment⁴³⁸. Cela signifie par exemple qu'il n'y avait pas de contrôle des clauses nettement favorables à la partie qui les a rédigées, à partir du moment où elles sont clairement formulées⁴³⁹. L'ancien art. 8 ne constituait pas un instrument efficace permettant un contrôle judiciaire des conditions pré-formulées⁴⁴⁰. Le Tribunal fédéral a dès lors développé le régime jurisprudentiel de la règle dite de l'inhabituel ou de l'insolite (*Ungewöhnlichkeitsregel*)⁴⁴¹ qui a pour vocation de limiter la validité des conditions générales. En vertu de cette règle sont soustraites de l'adhésion censée donnée globalement à des conditions générales toutes les clauses inhabituelles⁴⁴², sur

conscient. Elles proviennent de multiples sources (des réseaux sociaux, sondages, concours, cartes de fidélité ou fichiers de clients d'entreprises) et permettent de mieux cibler le démarchage.

⁴³⁰ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, p. 191, N 860.

⁴³¹ ATF 123 III 35 cons. 2c/bb ; ATF 118 II 297 ; ATF 117 II 425.

⁴³² Rationalisation de la gestion des contrats de masse ; PICHONNAZ, *Clauses abusives et pratiques déloyales*, p. 34.

⁴³³ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, p. 193, N 866.

⁴³⁴ Arrêt TF 4C.282/2003 du 15 décembre 2003 ; ATF 119 II 443, SJ 1994 634 ; ATF 108 II 416 cons. 1b.

⁴³⁵ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, p. 194, N 874 ; SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, p. 332, N 45.03.

⁴³⁶ SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, p. 330, N 44.03.

⁴³⁷ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 170.

⁴³⁸ RUSCH/SCHIRRMACHER, *Konsumentenorganisationen im AGB-Streit*, p. 1.

⁴³⁹ SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht*, p. 340, N 46.03.

⁴⁴⁰ Message LCD, FF 2009 5539,5566.

⁴⁴¹ Cette règle est déduite du principe de la confiance, ATF 109 II 452 cons. 4.

⁴⁴² C'est-à-dire qui modifie essentiellement le caractère du contrat ou s'écarte notablement du cadre légal caractéristique du contrat en question (*élément de déséquilibre*).

l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée (*élément de surprise*)⁴⁴³. La clause insolite n'est pas incorporée au contrat ; elle est inexistante⁴⁴⁴. Selon la jurisprudence de notre Haute Cour, ce motif d'invalidité ne peut être invoqué qu'en cas d'intégration globale⁴⁴⁵. Le paradoxe de cette situation est évident : le destinataire de conditions générales qui les lit, même partiellement, le plus souvent sans en apprécier a priori la portée, est moins bien protégé que celui qui ne se préoccupe pas de ses droits⁴⁴⁶.

L'article 8 LCD dans sa nouvelle teneur, en vigueur à compter du 1er juillet 2012, énonce : « agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat ». La reformulation de l'art. 8 LCD devrait permettre de lutter plus efficacement contre les conditions générales abusives en améliorant leur contrôle⁴⁴⁷. Il convient de noter, ce qui est à juste titre jugé regrettable par la doctrine, que la portée de cette disposition est d'emblée limitée aux relations avec les consommateurs (« B2C »)⁴⁴⁸ et qu'une entreprise (par exemple une PME) confrontée à de telles conditions générales déséquilibrées dans le cadre de son activité commerciale n'est plus fondée à invoquer l'art. 8 LCD⁴⁴⁹. La protection de l'art. 8 LCD n'est pas limitée aux contrats de consommation impliquant une prestation courante⁴⁵⁰.

En exigeant que la clause litigieuse crée une disproportion notable et injustifiée entre les droits et obligations découlant du contrat, la disposition ne vise qu'à sanctionner les situations de déséquilibre significatif qui ne peuvent être justifiées par des avantages conférés aux consommateurs dans le contrat considéré⁴⁵¹. Une clause octroyant un avantage important à son rédacteur au détriment du consommateur, ne sera pas considérée comme un acte de concurrence déloyale si cet avantage est par exemple contrebalancé par un prix de faveur pour le consommateur⁴⁵². Le contrat, dont l'ensemble des clauses doit être examiné par le tribunal, doit être considéré comme inéquitable⁴⁵³.

De plus, le consommateur invoquant l'art. 8 LCD afin d'être délié d'une clause prétendument abusive devra démontrer que l'utilisateur a obtenu son avantage en violant les règles de la bonne

⁴⁴³ ATF 135 III 225 cons. 1.3 ; ATF 135 III 1 cons. 2.1 ; Arrêt TF 4A_404/2008 du 18 décembre 2008 cons. 5.6 ; Arrêt TF 4A_187/2007 du 9 mai 2008 cons. 5.4 ; la clause étrangère à la nature de l'affaire qui a été rédigée de manière claire et nette et qui a été mis en évidence par des procédés techniques d'impression tels que l'utilisation de caractère gras lie la partie qui a consenti à son incorporation globale, ATF 119 II 443 cons. 1b.

⁴⁴⁴ ATF 119 II 443 cons. 1a.

⁴⁴⁵ ATF 135 III 225 cons. 1.3 ; ATF 135 III 1 cons. 2.1 c'est-à-dire lorsque le consommateur les a acceptées en bloc sans en prendre connaissance.

⁴⁴⁶ PICHONNAZ, *Clauses abusives et pratiques déloyales*, p. 36.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ Par consommateur, il faut entendre une personne qui conclut un contrat dans un but principalement personnel et familial ; le contrat ne doit pas forcément porter sur une prestation de consommation courante : BIERI, *Le contrôle judiciaire*, p. 53 ; SCHMID, *Die Inhaltskontrolle*, p. 9 ; BOHNET, *Les clauses procédurales*, p.88.

⁴⁴⁹ MARTENET/HEINEMANN, *Droit de la concurrence*, p. 235 ; DUPONT, *Le nouvel article 8 LCD*, N 31 ss. ; SCHMID, *Die Inhaltskontrolle*, p. 9 ; alors qu'une personne morale agissant à des fins non professionnelles ou commerciales devrait toutefois pouvoir s'en prévaloir, dans ce sens : PICHONNAZ, *Le « consommateur » ne doit pas être nécessairement une personne physique*, in: Bureau fédéral de la consommation (éd.), *30 ans, article constitutionnel sur la protection des consommatrices et des consommateurs*, p. 88 ss.

⁴⁵⁰ CARRON, *La protection du consommateur*, N 147.

⁴⁵¹ TERCIER/PICHONNAZ, *Le droit des obligations*, p. 197, N 886a.

⁴⁵² PICHONNAZ, *Clauses abusives et pratiques déloyales*, p. 37.

⁴⁵³ BIERI, *Le contrôle judiciaire*, p. 53.

foi. L'utilisateur de conditions générales agit en tout cas contrairement à la bonne foi s'il trompe le consommateur ou si d'une manière ou d'une autre il exploite une situation de faiblesse de celui-ci ; il profite, par exemple, du manque d'expérience du consommateur, qui n'est pas en mesure de se rendre compte de la portée de son engagement⁴⁵⁴. Le fait que le consommateur ait été rendu attentif à l'existence d'une clause abusive ne peut avoir pour conséquence de la rendre justifiée. A défaut l'on en reviendrait à l'exigence de tromperie, à laquelle le législateur a manifestement voulu renoncer⁴⁵⁵.

La violation de l'art. 8 LCD entraîne la nullité de la clause en question au sens de l'art. 20 CO pour cause d'illicéité (art. 2 LCD)⁴⁵⁶. Une clause illicite ne peut être simplement réduite à un niveau devenant acceptable, faute de quoi son auteur n'aurait aucun intérêt à prévoir d'emblée une clause équilibrée⁴⁵⁷. La nullité de la clause ne porte en principe pas atteinte aux autres clauses des conditions générales, conformément à l'art. 20 al. 2 CO⁴⁵⁸.

Le nouvel article 8 LCD n'ôte en rien sa portée à la jurisprudence relative aux clauses insolite⁴⁵⁹. Le régime de la « clause insolite » doit continuer à s'appliquer aux situations non couvertes par l'art. 8 LCD notamment s'agissant des conditions générales imposées aux commerçants⁴⁶⁰.

3.2 Les moyens d'action des consommateurs et leurs organisations

Selon l'article 10 al. 1^{er} LCD, peuvent intenter des actions pour infraction au droit de la concurrence déloyale « les clients dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale ». Les consommateurs sont compris dans la notion de « clients » au sens de cette disposition⁴⁶¹. Ils disposent non seulement des actions dites défensives mais aussi des actions pécuniaires (c'est-à-dire les actions en dommages et intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain). L'importance pratique de ces actions est restée jusqu'à présent faible⁴⁶². Cela provient notamment du fait que les clients victimes d'un comportement déloyal subissent dans la règle un préjudice relativement peu élevé qui peine à justifier les efforts à consentir en vue d'un procès⁴⁶³. Le Conseil relève en effet que dans bien des cas les risques relatifs aux coûts du procès découragent les entreprises ou les clients menacés par une tromperie d'ester en justice dans le but altruiste de préserver d'autres victimes éventuelles d'une concurrence déloyale⁴⁶⁴. De surcroît, les actions en prévention et en cessation de l'atteinte ne présentent que peu d'intérêt pour le client qui préférera simplement ne pas entamer ou cesser une relation d'affaires avec le participant au marché qui usent de procédés déloyaux⁴⁶⁵.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 56.

⁴⁵⁵ BOHNET, Les clauses procédurales, p. 90.

⁴⁵⁶ Message concernant la modification de la LCD du 2 septembre 2009, FF 2009 5539, 5540 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, vol. I, n. 1156 ; SCHMID, Die Inhaltskontrolle, p. 2.

⁴⁵⁷ Arrêt TF 4A_404/2008 du 18 décembre 2008 cons. 5.6.3.2.1 ; PICHONAZ/FORNAGE, p. 290.

⁴⁵⁸ La nullité est partielle dans ce sens : BOHNET, Les clauses procédurales, p.91 ; HESS/RUCKSTUHL, AGB-Kontrolle, p. 1209 et 1211.

⁴⁵⁹ BOHNET, Les clauses procédurales, p. 92.

⁴⁶⁰ PICHONAZ, Clauses abusives et pratiques déloyales, p. 38.

⁴⁶¹ PEDRAZZINI/PERDRAZZINI, UWG, N 1. 69 ;

⁴⁶² Basler Kommentar, UWG-RUETSCHI, art. 10 N 2 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 16.26.

⁴⁶³ ROTT, Effektiver Rechtsschutz, p. 8.

⁴⁶⁴ Message LCD, FF 2009 5539, 5548.

⁴⁶⁵ Basler Kommentar, UWG-RUETSCHI, art. 10 N 6.

Les organisations de consommateurs se voient également reconnaître un droit d'action à deux conditions : elles doivent être d'importance nationale ou régionale et se consacrer statutairement à la protection des consommateurs (art. 10 al. 2 let. b LCD). Cette deuxième condition doit être interprétée restrictivement en ce sens que les organisations dont le but principal n'est pas, de manière univoque, la protection des intérêts des consommateurs n'ont pas qualité pour agir au sens de l'art. 10 al. 2 let. b LCD⁴⁶⁶. Les organisations de défense des consommateurs⁴⁶⁷ peuvent donc exercer une action en prévention de l'atteinte, en cessation de celle-ci ainsi qu'en constatation du caractère illicite de l'atteinte. Celles-ci n'ont cependant pas qualité pour initier des actions réparatrices⁴⁶⁸, des dommages-intérêts ne pouvant être demandés et obtenus que par le client directement lésé⁴⁶⁹. Par contre, les lésés peuvent tout à fait céder leurs prétentions en réparation à l'organisation qui ouvrira elle-même action en les faisant valoir comme ses propres droits conformément à l'art 9 respectivement 10 al. 1^{er} LCD. Bien que les deux dispositions prévoient une réglementation qui est pour l'essentiel la même, l'art. 10 al. 2 LCD prend le pas sur la disposition générale de l'art. 89 CPC⁴⁷⁰.

Il faut garder à l'esprit que l'organisation peut également actionner l'auteur dans son propre intérêt (recours égoïste) lorsqu'elle est, en tant que consommatrice ou participante au marché, elle-même touchée par une pratique déloyale. Elle s'appuiera alors directement sur les art. 9 respectivement 10 al. 1^{er} LCD et ne sera pas limitée dans ses griefs⁴⁷¹.

S'agissant des conditions générales abusives, les organisations de défense des consommateurs peuvent en provoquer le contrôle abstrait, c'est-à-dire un contrôle détaché de tout cas concret⁴⁷². Il n'est pas nécessaire qu'un membre de l'organisation soit concrètement touché par la clause en question⁴⁷³.

Conformément à l'art 23 al. 2 LCD, les organisations de consommateurs ont également qualité pour déposer plainte pénale.

Les actions des organisations de défense des consommateurs ont une importance pratique qui n'est pas aussi grande que ce que l'on pourrait espérer. La raison à cela est la capacité financière trop faible de celles-ci pour qu'elles puissent intervenir devant les tribunaux contre toutes les pratiques commerciales indésirées⁴⁷⁴.

En droit de la concurrence déloyale, les droits d'action privés occupent le premier rang. Contrairement à la situation prévalant sous l'égide la LCart actuelle, les entreprises ne sont pas les seules à pouvoir agir contre d'autres entreprises se livrant à des pratiques commerciales déloyales⁴⁷⁵. Il faut cependant reconnaître que l'application des interdictions en matière de concurrence déloyale demeure encore lacunaire.

⁴⁶⁶ ATF 120 IV 154, 156 cons. 3 d) bb).

⁴⁶⁷ Le plus souvent organisées sous la forme d'associations au sens des art. 60 ss. CC, PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 16.33.

⁴⁶⁸ Nié sans équivoque *in* : ATF 120 IV 154, 158 cons. 3 c) aa).

⁴⁶⁹ CHAUDET, CHERPILLOD, LANDROVE, Droit suisse des affaires, p. 772 N 3705.

⁴⁷⁰ Basler Kommentar, UWG-RUETSCHI, art. 10 N 16.

⁴⁷¹ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 16.28; Basler Kommentar, UWG-RUETSCHI, art. 10 N 14.

⁴⁷² RUSCH/SCHIRRMACHER, Konsumentenorganisationen im AGB-Streit, p. 3 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 111 ; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, N 396.

⁴⁷³ ATF 121 III 168, 175 cons. 4a.

⁴⁷⁴ Message LCD, FF 2009, 5539, 5548.

⁴⁷⁵ HEINEMANN, Améliorer le statut juridique des consommateurs.

3.3 L'extension de la qualité pour agir de la Confédération

Selon l'ancien droit, la Confédération pouvait intervenir contre les pratiques commerciales déloyales uniquement lorsqu'une personne ou une entreprise de Suisse menace les intérêts économiques d'entreprises ou de clients résidant à l'étranger et, ce faisant, porte atteinte à la réputation de la Suisse à l'étranger⁴⁷⁶. Elle ne pouvait dès lors pas agir afin de préserver les intérêts des entreprises et des consommateurs suisses menacés par des pratiques déloyales en Suisse et à l'étranger. Les entreprises et les consommateurs résidant en Suisse étaient donc moins bien protégés que ceux qui résident à l'étranger⁴⁷⁷.

Afin d'aboutir à une meilleure application de la loi, l'art. 10 al. 3 let b. LCD permet désormais à la Confédération d'intenter une procédure civile afin d'obtenir l'interdiction, la cessation, la constatation du caractère illicite d'un acte de concurrence déloyale lorsque des intérêts collectifs sont en jeu. Cela sera notamment le cas lorsque plusieurs personnes sont affectées par une pratique contraire à la LCD⁴⁷⁸. Là encore la Confédération n'a qualité pour agir que dans le cadre d'une action défensive au sens de l'art. 9 al. 1^{er} et 2 LCD, non dans celui d'une action en réparation du préjudice subi. La Confédération peut également déposer une plainte pénale lorsque l'intérêt public l'exige (art. 23 al. 2 LCD).

La Confédération exerce son droit par le biais du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)⁴⁷⁹.

Par ailleurs, le SECO a fait usage à plusieurs reprises de son nouveau droit d'avertir le public contre les pratiques commerciales déloyales en citant nommément l'entreprise qui s'y livre (art. 9 al. 4 LCD)⁴⁸⁰

4. Conclusion

La présente contribution traite tant de la loi sur les cartels que de la loi sur la concurrence déloyale. S'agissant de la première, force est de constater que le droit privé de la concurrence ne suscite généralement, malheureusement et à tort, qu'un intérêt modéré auprès des acteurs du monde économique et des praticiens⁴⁸¹. Sur le plan procédural, il apparaît impératif d'élargir la qualité pour agir aux consommateurs, c'est-à-dire à toute personne dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par une restriction illicite à la concurrence, plutôt que seulement aux personnes entravées « dans l'accès à la concurrence ou dans l'exercice de celle-ci »⁴⁸². Ceci permettra certainement, en conjonction avec d'autres réformes, de redonner un peu de vigueur au droit civil des cartels. Comme on l'a vu dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale, la crainte d'une recrudescence marquée d'actions en justice est infondée. Les dommages, souvent de faible importance, que subissent les consommateurs en raison d'entraves à la concurrence ainsi que les investissements (en temps et en argent) liés à la saisine

⁴⁷⁶ Ancien art. 10 al. 2 let. c LCD, repris désormais par l'art. 10 al. 3 let. a LCD.

⁴⁷⁷ Message LCD, FF 2009 5539, 5548.

⁴⁷⁸ Basler Kommentar, UWG-RUETSCHI, art. 10 N 45, cela suppose un acte déloyal d'une certaine importance ainsi qu'un nombre important de victimes.

⁴⁷⁹ Art. 1^{er} et 2 de l'Ordonnance concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale du 12 octobre 2001, RS 241.3.

⁴⁸⁰ SUTTER/LÖRTSCHER, Klagerecht des Bundes, p. 94 qui décrivent cette possibilité par les termes *naming and shaming*.

⁴⁸¹ BOVET, Réforme 2012 p. 19.

⁴⁸² Message LCD, FF 2012 3673.

des juridictions civiles sont autant de raisons de penser que les tribunaux ne seront pas subitement engorgés du fait de l'élargissement de la qualité pour agir aux consommateurs dans le cadre de la loi sur les cartels.

À notre sens, une deuxième réforme qui s'impose à l'évidence a trait aux moyens d'exercice collectif des droits afin de pallier au désintéressement rationnel qui frappe les consommateurs. On l'a vu, l'une des actions possibles serait d'octroyer aux organisations de défense des consommateurs le droit de faire valoir des prétentions en dommages et intérêts et en restitution du gain indûment réalisé au nom de leurs membres. L'introduction d'actions collectives propres au droit des cartels ou dans une loi séparée d'application générale serait également à envisager.

L'asymétrie structurelle de l'information qui empreint les litiges cartellaires peut être combattue par des allègements procéduraux relatifs à la production des moyens de preuves dans le procès par la partie demanderesse. A cet égard, la législation européenne peut être prise en considération dans la réflexion.

De lege ferenda, ces trois apports législatifs contribueraient, selon nous, dans une large mesure à ce que le droit privé des cartels n'existe pas seulement « sur le papier » mais soit appliqué dans la pratique quotidienne des tribunaux suisses. Il ne s'agit pas là d'évincer en tout ou partie le *public enforcement* à l'instar de la situation prévalant aux Etats-Unis d'Amérique. Au contraire, la coexistence d'une procédure administrative et d'une procédure civile efficaces et effectives profite au droit de la concurrence dans son entier et ainsi à notre économie de marché fondée sur un régime libéral.

Sur le terrain de la LCD, la répression des pratiques frauduleuses contraires à la loi contre la concurrence déloyale demeure parfois lacunaire. Comme l'on a pu le voir en matière de démarchage téléphonique, cela tient parfois aux difficultés pratiques inhérentes à la répression de telles infractions. L'imagination toujours plus fertile des auteurs d'infractions nécessitant des ajustements législatifs continuels contribue aussi à ce constat. Toutefois, sur le plan procédural, le législateur a, cette fois ci, donné une chance aux consommateurs et à leurs organisations de se défendre contre ces pratiques déloyales. De plus, nous pensons que l'extension du droit d'action de la Confédération pour intenter une action civile ou déposer une plainte pénale est à voir d'un bon œil pour les consommateurs suisses. Les propositions de réforme formulées plus haut visent la loi sur les cartels même si l'octroi de la possibilité pour les organisations de consommateurs d'introduire des actions réparatrices pour le compte de ces derniers ou l'introduction de véritable actions de groupe seraient également bienvenus dans ce domaine.