

Damiano Canapa

## **Le franc fort : possibilités et limites du droit de la concurrence**

Examen de la législation réprimant les accords restrictifs et les abus de position dominante

---

Cet article analyse la mesure dans laquelle le droit suisse de la concurrence, en rapport avec les réglementations applicables aux accords restrictifs et aux abus de position dominante, peut constituer une réponse à la problématique de la répercussion incomplète des gains de change en période de franc fort. S'agissant de la lutte contre les accords restrictifs, une attention particulière est portée au projet de modification de l'art. 5 LCart, annoncé le 17 août 2011 par le Conseil fédéral. L'analyse des mécanismes de lutte contre les abus de position dominante met, elle, en lumière les possibilités d'action limitées de la Comco dans ce cadre.

---

Catégorie(s) : Droit de la concurrence ; Contributions

Proposition de citation : Damiano Canapa, Le franc fort : possibilités et limites du droit de la concurrence, in : Jusletter 19 décembre 2011

## Tables des Matières

- I. Introduction
- II. Lutte contre les accords restrictifs en matière de concurrence
  - 1. Législation en vigueur
    - 1.1 Introduction
    - 1.2 Accords affectant de manière notable la concurrence
    - 1.3 Accords conduisant à la suppression d'une concurrence efficace
    - 1.4 Motifs justificatifs
  - 2. Pratique actuelle de la Comco en rapport avec la transmission incomplète des gains de change
  - 3. Projet de modification de l'art. 5 LCart
    - 3.1 Introduction
    - 3.2 Les modifications proposées
    - 3.3 Influence européenne du projet ?
  - 4. Conclusion
- III. Lutte contre les abus de position dominante
  - 1. Législation en vigueur
    - 1.1 Introduction
    - 1.2 Clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart
    - 1.3 Définition du marché en cause
    - 1.4 Interdiction de la discrimination en matière de prix
    - 1.5 Interdiction de l'imposition de prix inéquitable
  - 2. Possibilités d'action de la Comco
    - 2.1 En rapport avec l'interdiction des discriminations en matière de prix
    - 2.2 En rapport avec l'interdiction de l'imposition de prix inéquitable
  - 3. Conclusion
- VI. Conclusions : lutte contre les abus dans le domaine de la concurrence en Suisse, vers un changement de paradigme ?

## I. Introduction

[Rz 1] À l'heure actuelle, la Commission de la concurrence (Comco) ne saurait être considérée comme un surveillant des prix *bis*, dont l'une des tâches consisterait à agir contre les différences de prix pratiquées entre la Suisse et l'étranger. Pourtant, au cours des derniers mois l'autorité s'est retrouvée, comme jamais auparavant, au centre de l'attention des médias et de nombre de discussions quotidiennes en rapport avec son apparente absence d'action concrète suite à la forte appréciation du franc suisse et du refus simultané des producteurs, importateurs et distributeurs de transmettre les gains de change à leurs partenaires commerciaux suisses se procurant des produits à l'étranger<sup>1</sup>.

[Rz 2] Considérant le caractère exceptionnel de la situation, la Comco a jugé bon, à trois reprises, de décrire sa pratique et ses possibilités d'intervention en rapport avec la thématique de la transmission incomplète des gains de change. La première fois à l'annexe de son rapport annuel de 2010<sup>2</sup>, la deuxième au début du mois d'août 2011, dans un document intitulé « Transmission incomplète des avantages de cours de

change »<sup>3</sup>, et la troisième le 6 octobre 2011, au cours d'une conférence de presse<sup>4</sup>. En ces trois occasions, l'autorité a rappelé qu'elle exploitait ses possibilités d'intervention et s'attaquait aux abus en suivant, à cette fin, le cadre précis défini par la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (= Loi sur les cartels, LCart ; RS 251). En l'état, la Comco intervient lorsque les achats à l'étranger sont empêchés, mais ne saurait déterminer aucun prix, ni contraindre une entreprise à faire une offre, ou encore agir à la place des entreprises. Son rôle se limite à faire en sorte que le marché fonctionne sans entrave concurrentielle, le prix juste étant le résultat de la concurrence entre les entreprises<sup>5</sup>.

[Rz 3] Entre-temps, le Conseil fédéral a décidé, le 17 août 2011, d'engager une révision de la loi sur les cartels en vue d'interdire plus efficacement les accords restreignant la concurrence<sup>6</sup>. Suivant cette annonce, le DFE a publié, le 23 septembre 2011, un projet de modification de l'art. 5 LCart (ci-après : « art. 5 P-LCart ») accompagné d'un rapport explicatif<sup>7</sup>. Alors que la procédure de consultation s'agissant de cette proposition est en cours, que le DFE a été chargé par le Conseil fédéral d'élaborer pour le début de 2012 un message sur la révision proposée<sup>8</sup> et que certaines oppositions se font entendre<sup>9</sup>, les résultats d'une enquête du SECO sur la répercussion des avantages de prix dans la zone euro indiquent qu'une baisse des prix à l'importation a été constatée suite à l'appréciation du franc sur neuf à douze mois dans seulement 40% des cas, que les avantages entraînés par la

<sup>1</sup> Voir notamment : Claudia BLUMER, Die Bremser von der Wettbewerbskommission, in : Tages Anzeiger du 24 août 2011 ; Valerie ZASLAWSKI, Empörung der Konsumenten im Internet, in : Neue Zürcher Zeitung du 12 août 2011.

<sup>2</sup> Comco, Rapport annuel 2010 de la Commission de la concurrence, Berne 2011, disponible sous : <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00226/index.html?lang=fr> (dernière consultation : 6 décembre 2011), ci-après : « Comco, Rapport annuel 2010 ».

<sup>3</sup> Comco, Transmission incomplète des avantages de cours de change, Berne 2011, disponible sous : <http://www.weko.admin.ch/aktuell/01054/index.html?lang=fr> (dernière consultation : 6 décembre 2011), ci-après « Comco, Transmission incomplète des avantages de cours de change ».

<sup>4</sup> Comco, Répercussions des gains de change, Conférence de presse, 6 octobre 2011, p. 7, 9, disponible sous : <http://www.weko.admin.ch/aktuell/01054/index.html?lang=fr> (dernière consultation : 6 décembre 2011), ci-après « Comco, Conférence de presse ».

<sup>5</sup> Comco, Transmission incomplète des avantages de cours de change, p. 1 s.

<sup>6</sup> Conseil fédéral, Le Conseil fédéral décide d'affecter 2 milliards au renforcement de la place industrielle suisse et lutte contre la surchauffe du marché hypothécaire, Communiqué de presse du 17 août 2011, Berne, disponible sous : <http://www.evd.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=fr&msg-id=40629> (dernière consultation : 6 décembre 2011).

<sup>7</sup> DFE, Rapport explicatif, Interdiction partielle des cartels avec possibilité de justification : adaptation de l'art. 5 de la loi sur les cartels conformément à la décision du Conseil fédéral du 17 août 2011, Berne 23 septembre 2011. Disponible sous : <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=41350> (dernière consultation : 6 décembre 2011), ci après « DFE, Rapport explicatif ».

<sup>8</sup> Conseil fédéral, Le Conseil fédéral pose les jalons pour renforcer la loi sur les cartels, Communiqué de presse du 16 novembre 2011, Berne, disponible sous : <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=fr&msg-id=42256> (dernière consultation : 6 décembre 2011)

<sup>9</sup> Voir notamment MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Das Kartellgesetz ist kein Mittel gegen den starken Franken, in : Neue Zürcher Zeitung du 19 octobre 2011, ci-après : « AMSTUTZ/REINERT, in : NZZ ».

baisse varient selon la catégorie de produits et qu'ils sont répercutés, en partie, de manière insuffisante<sup>10</sup>.

[Rz 4] Dans ce contexte, le but de cet article est d'analyser la mesure dans laquelle le droit suisse de la concurrence peut constituer une réponse à la problématique de la répercussion incomplète des gains de change. Pour ce faire, les mécanismes de lutte contre les accords restrictifs et contre les abus de position dominante seront examinés tour à tour. Dans le domaine de la lutte contre les accords restrictifs, le système en vigueur et le projet de modification de l'art 5 LCart seront présentés l'un après l'autre et, dans un troisième temps, les faiblesses du système actuel et les aspects positifs du projet seront mis en lumière. Quant à la lutte contre les abus de position dominante, après une présentation du système en vigueur, les possibilités d'action actuelles de la Comco ainsi que leurs limitations en rapport avec la thématique de cet article seront successivement analysées.

## II. Lutte contre les accords restrictifs en matière de concurrence

### 1. Législation en vigueur

#### 1.1 Introduction

[Rz 5] Le droit suisse distingue actuellement trois types d'atteintes à la concurrence, en fonction de leur effet sur celle-ci : les *atteintes légères* (non notables), les *atteintes notables* et les *atteintes menant à une suppression de la concurrence efficace*. Tandis que les atteintes légères ne sont pas soumises à la loi sur les cartels et autorisées sans autre forme d'examen, tel n'est pas le cas des deux autres pratiques<sup>11</sup>. En effet, aux termes de l'art. 5 al. 1 LCart, les accords, horizontaux ou verticaux, qui (1) affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 *ab initio* LCart) et ceux qui (2) conduisent à la suppression d'une concurrence efficace (art. 5 al. 1 *in fine* LCart) sont illicites et par conséquent interdits<sup>12</sup>.

[Rz 6] De manière générale, afin de prononcer une sanction,

la Comco doit prouver l'existence d'un accord restrictif entre au moins deux entreprises indépendantes : cela signifie, en particulier, qu'une décision interne à un groupe d'entreprises, tel que, par exemple, le choix par un producteur assurant lui-même la distribution de ses produits, de facturer de manière différenciée sa production sur le marché allemand et sur le marché suisse, ne saurait être examinée par l'autorité sous l'angle de l'art. 5 LCart. C'est là une limite fondamentale du droit de la concurrence.

#### 1.2 Accords affectant de manière notable la concurrence

[Rz 7] Un accord affecte de manière notable la concurrence dès lors qu'il concerne un paramètre de concurrence pertinent sur un marché sur lequel les parties à l'accord détiennent des parts non négligeables<sup>13</sup>. La notabilité d'un accord est déterminée par la Comco à travers l'application, au cours d'une procédure régie par la maxime officielle, de critères qualitatifs et quantitatifs<sup>14</sup>. S'agissant de l'élément *qualitatif*, il s'agit de déterminer, en fonction des relations économiques existant entre les concurrents, la mesure dans laquelle la concurrence est affectée. Quant à l'élément *quantitatif*, il est évalué en fonction de la concurrence actuelle et potentielle, ainsi que de la position des partenaires commerciaux sur le marché en cause<sup>15</sup>. À noter qu'en matière d'accords verticaux, s'agissant de l'importance respective de ces deux aspects, la Comco considère dans sa Communication sur les accords verticaux, qu'une pesée doit être effectuée au cas par cas, dans le cadre d'une appréciation d'ensemble : ainsi, une restriction qualitativement importante ne sera pas forcément notable si elle est sans importance quantitative<sup>16</sup>.

[Rz 8] Ces accords ne sont pas passibles des sanctions découlant de l'art. 49a LCart<sup>17</sup>.

#### 1.3 Accords conduisant à la suppression d'une concurrence efficace

[Rz 9] Les *accords conduisant à la suppression d'une concurrence efficace*, énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, sont présumés illicites et leur justification pour des motifs d'efficacité économique est exclue par la conception de la loi. Sur le plan horizontal, il s'agit des accords qui : (1) fixent directement ou indirectement des prix ; (2) restreignent des quantités de

<sup>10</sup> SECO, Fermeté du franc : répercussion des avantages de prix en partie insuffisante, Communiqué de presse du 9 novembre 2011 ; SECO, Weitergabe von Einkaufsvorteilen aufgrund der Frankenstärke, Working paper, version du 8 novembre 2011, Berne, 2011. Les deux documents sont disponibles sous : <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=42135> (dernière consultation : 6 décembre 2011)

<sup>11</sup> Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de concurrence, FF 1995 I p. 472, 551, ci-après « Message LCart 1994 ».

<sup>12</sup> JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3ème éd. Zurich 2011, art. 5 LCart, N. 1, ci-après « BORER, Kommentar » ; Message LCart 1994, p. 551 ; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2ème éd., Berne 2005, N. 335 ss, ci-après « ZÄCH, Kartellrecht ».

<sup>13</sup> ATF 129 II 24 consid. 5.2.1 ; Walter A. Stoffel, Wettbewerbsabreden, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel 2000, p. 55 ss., 95 s.

<sup>14</sup> BORER, Kommentar, art. 5 LCart N. 20.

<sup>15</sup> BORER, Kommentar, art. 5 LCart N. 21 ss.

<sup>16</sup> Comco, Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (CommVert), Décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010, Berne, chiffre 12 (1) ; Comco, Décision du 25 mai 2009 (Sécateurs et cisailles), DPC 2009/2, p. 143 ; sur la problématique de la notabilité des accords verticaux en général, cf. ZÄCH, Kartellrecht, N. 361 s.

<sup>17</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N. 430.

biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir et (3) opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux. Sur le plan vertical, sont visés (1) les accords qui fixent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe et (2) les contrats de distribution menant à un cloisonnement du marché suite à une attribution de territoires.

[Rz 10] La présomption de suppression d'une concurrence efficace, censée faciliter le travail de l'autorité qui supporte le fardeau de la preuve<sup>18</sup>, est réfragable. Il appartient dans tous les cas à la Comco, en application de la maxime d'office, d'examiner si subsistent, malgré l'accord, les concurrences interne (qui existe entre les parties à l'accord) et externe (qui existe entre les parties à l'accord, d'une part, et leurs éventuels concurrents non-impliqués, d'autre part)<sup>19</sup>, cependant que ces parties, qui ont intérêt à ce que la présomption soit réfutée, sont tenues de participer à la procédure probatoire. Cette manière de procéder, applicable en premier lieu aux accords horizontaux, doit globalement être reprise lors de l'analyse des accords verticaux<sup>20</sup>. Par ailleurs, lorsqu'il peut être présumé que les fonctions centrales de la concurrence<sup>21</sup> peuvent encore être réalisées, l'existence de concurrence résiduelle doit également être admise, fait qui suffit déjà, selon la jurisprudence, à renverser la présomption de suppression d'une concurrence efficace<sup>22</sup>.

[Rz 11] Or, si la présomption est renversée, la Comco est alors tenue de démontrer que l'accord affecte de façon notable la concurrence, suivant la procédure décrite au point II 1.2<sup>23</sup>. En effet, à défaut, l'accord ne sera pas considéré comme illicite et par conséquent aucune sanction ne pourra être prononcée<sup>24</sup>. À noter encore que les accords conduisant à la suppression d'une concurrence efficace sont les seuls à être passibles des sanctions découlant de l'art. 49a LCart.

#### 1.4 Motifs justificatifs

[Rz 12] De manière générale, un accord peut être justifié par l'un des *motifs d'efficacité économique* énumérés de manière exhaustive à l'art 5 al. 2 LCart s'il est à la base d'une situation plus efficace, du point de vue économique, que celle qui aurait existé en son absence, et qu'il est nécessaire pour atteindre cette situation. Simultanément, il ne doit pas conduire à la suppression d'une concurrence efficace<sup>25</sup>. Conformément à l'énoncé de cet article, un tel motif est donné lorsque l'accord est nécessaire pour (1) réduire les coûts de production, ou de distribution<sup>26</sup>, (2) améliorer des produits ou des procédés de fabrication, (3) promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou (4) exploiter plus rationnellement des ressources.

[Rz 13] Par conséquent, tout accord restrictif en matière de concurrence peut potentiellement être justifié par des motifs d'efficacité économique, à condition toutefois qu'il n'entraîne pas la suppression d'une concurrence efficace. C'est en particulier le cas des accords prévus par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, dont la présomption de suppression d'une concurrence efficace aurait été renversée, mais dont l'analyse subséquente aurait indiqué qu'ils affectaient la concurrence de manière notable<sup>27</sup>.

## 2. Pratique actuelle de la Comco en rapport avec la transmission incomplète des gains de change

[Rz 14] Comme indiqué *supra*, la Comco a décrit sa pratique, ses possibilités d'intervention, ainsi que les limites de son action à trois reprises au cours de ces derniers mois. Au demeurant, les limites actuelles de la loi sur les cartels ont été décrites de manière détaillée dans le rapport explicatif du DFE sur le projet de modification de l'art. 5 LCart.

[Rz 15] S'agissant de la transmission incomplète des gains de change aux consommateurs et aux entreprises, l'autorité peut intervenir lorsque les achats à l'étranger sont empêchés par des accords restrictifs entre entreprises en matière de concurrence, à l'exclusion de décisions internes à un groupe d'entreprises. De tels accords peuvent se présenter sous la forme d'un cartel horizontal de prix, si les importateurs suisses d'un produit particulier provenant de l'étranger s'entendent pour ne pas transmettre les gains de change aux entreprises suisses ou aux consommateurs (accord entre concurrents empêchant la répercussion des gains ; art. 5 al. 3 LCart), d'une fixation verticale des prix, lorsque le producteur étranger d'un produit impose à tous les commerçants établis en Suisse d'exiger le même prix des consommateurs

<sup>18</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N. 449 ; BORER, Kommentar, art. 5 LCart N. 28.

<sup>19</sup> Cf. Art. 40 LCart ; Message LCart 1994, p. 553, 561 ; ZÄCH, Kartellrecht, N. 476 ss. ; BORER, Kommentar, art. 5 LCart N. 31.

<sup>20</sup> Toutefois, dans ce cadre, l'existence d'une concurrence intermarques ou intramarques suffisante, ou celle d'une combinaison des deux permettant une concurrence efficace suffisante, est décisive. Cf. art. 11 CommVert ; contra ZÄCH, Kartellrecht, N. 494 ss.

<sup>21</sup> Qui consistent en (1) l'allocation des ressources et la distribution des revenus, (2) la flexibilité d'adaptation aux marchés et (3) l'innovation, cf. BORER, Kommentar, N. 29.

<sup>22</sup> ATF 129 II 18 consid. 8.3.4 ; il n'est donc pas nécessaire de démontrer que subsiste une véritable concurrence.

<sup>23</sup> Message LCart 1994, p. 561 ; BORER, Kommentar, art. 5 LCart N. 29.

<sup>24</sup> Dans ce cas, un accord horizontal réalise, de par sa nature, l'élément qualitatif de notabilité, mais pas forcément son élément quantitatif ; un accord vertical est quant à lui considéré affecter la concurrence de manière notable, sauf si les effets de la restriction sur le marché ne sont pas significatifs ; cf. à ce sujet ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRICK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3ème éd. Berne 2008, N. 1393 ss.

<sup>25</sup> Message LCart 1994, p. 553 ss. ; ZÄCH, Kartellrecht, N. 404.

<sup>26</sup> À travers des économies d'échelle – *economies of scales* – ou de gamme – *economies of scope*.

<sup>27</sup> BORER, Kommentar, art. 5 LCart N. 44.

(fixation du prix de revente empêchant la concurrence sur les prix pour les mêmes produits ; art. 5 al. 4 LCart), ou d'un cloisonnement de marché, si le fabricant étranger d'un produit empêche absolument les importations parallèles en interdisant à ses distributeurs de vendre ses produits à la clientèle suisse (protection territoriale absolue ; art. 5 al. 4 LCart).

[Rz 16] S'il est exact que la Comco a déjà eu l'occasion de sanctionner des entreprises qui avaient conclu des accords interdisant l'importation parallèle de leurs produits en Suisse (soit hors des canaux de distribution agréés)<sup>28</sup> et qu'elle est en ce moment même active dans le cadre de plusieurs autres procédures<sup>29</sup>, il apparaît que certains aspects du mécanisme d'analyse des accords restrictifs appliqué en Suisse compliquent passablement son action.

[Rz 17] Afin de permettre une lutte efficace contre les accords restrictifs, la présomption de suppression d'une concurrence efficace par certains accords énumérés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart n'aurait dû pouvoir être réfutée que si la preuve de l'existence d'une *véritable concurrence*, qui serait demeurée malgré l'accord, avait pu être apportée<sup>30</sup>. Cependant, la jurisprudence s'est écartée de cette interprétation et a considéré, que la présomption devait déjà être renversée dès lors qu'il était démontré que, malgré l'accord, subsistait une *concurrence résiduelle* ou *partielle* (concernant un paramètre concurrentiel autre que celui affecté par l'accord), cela même si la concurrence globale se trouvait notablement affectée<sup>31</sup>.

[Rz 18] Ainsi, l'introduction de la présomption légale de suppression d'une concurrence efficace n'a, en pratique, pas

permis une appréciation plus aisée des cartels durs, contrairement à ce qui était escompté avant l'entrée en vigueur de la disposition. En raison de l'application de la maxime officielle, l'autorité de concurrence, si elle souhaite prononcer une sanction conformément à l'art. 49a LCart, est en effet tenue d'examiner, au cours de chaque procédure, si la présomption légale peut être ou non renversée. Puis, si tel est le cas, elle doit, dans un second temps, investir d'importants moyens pour démontrer la notabilité d'un accord dont l'illicéité était pourtant présumée en raison de son objet et déterminer si celui-ci peut être justifié par des motifs d'efficacité économique<sup>32</sup>.

[Rz 19] La conséquence de cette manière de procéder est l'augmentation des coûts et des durées des procédures cartellaires suisses, la Comco étant tenue de procéder à un examen des conséquences de l'accord relatif à l'importance de ses effets en cas de renversement de la présomption. Même à considérer que les parties participent à la procédure probatoire, la preuve de la notabilité de l'atteinte à la concurrence et son absence de justification doivent, *in fine*, être apportées par la Comco. Un tel examen ne connaît pas d'équivalent sur le plan international dans le cas d'accords cartellaires durs et a pour conséquence d'alourdir la procédure en introduisant une étape supplémentaire dans la motivation des décisions<sup>33</sup>.

[Rz 20] Par ailleurs, la sécurité juridique n'est pas non plus favorisée par ce système puisque, compte tenu de la complexité de l'analyse, il est extrêmement difficile pour une entreprise de juger à l'avance si un accord qu'elle aurait passé avec une autre entreprise, mettant par exemple en place un système de distribution vertical, produit ou non des effets notables<sup>34</sup>.

### 3. Projet de modification de l'art. 5 LCart

#### 3.1 Introduction

[Rz 21] Dans le contexte actuel, marqué par la transmission incomplète des gains de change en présence d'un franc suisse particulièrement fort, le Conseil fédéral propose d'introduire dans la loi sur les cartels une interdiction partielle des cartels, avec possibilité de justification pour des motifs d'efficacité économique, et de faire reposer le fardeau de la preuve de la justification sur les entreprises parties à l'accord.

#### 3.2 Les modifications proposées

[Rz 22] Alors qu'aux termes de l'art. 5 al. 1 P-LCart, l'analyse des *accords affectant de manière notable la concurrence* resterait dans l'ensemble inchangée, l'art. 5 al. 2 P-LCart

<sup>28</sup> La société Gaba, productrice du dentifrice Elmex, a été condamnée à une amende de CHF 4.8 millions pour avoir imposé à son titulaire de licence en Autriche une interdiction d'exportation vers la Suisse. Comco, Décision du 30 novembre 2009 (Gaba International AG), DPC 2010/1, p. 65. Il en a été de même pour la société Nikon, qui a été condamnée à une amende de CHF 12.5 millions pour avoir cloisonné le marché suisse par le biais de clauses d'interdiction des exportations vers la Suisse, qui figuraient dans les contrats de distribution étrangers, auxquelles s'ajoutaient, en parallèle, des clauses d'interdiction d'approvisionnement à l'étranger, qui figuraient dans les contrats de distribution suisses. De plus, Nikon a exercé des pressions sur les « commerçants parallèles » ; Comco, La Comco sanctionne Nikon pour entrave aux importations parallèles, Communiqué de presse de la Comco du 15 décembre 2011, Berne, disponible sous : <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=42698> (dernière consultation : 15 décembre 2011).

<sup>29</sup> Dirigées notamment contre les sociétés BMW (Comco, La Comco ouvre une enquête contre BMW, Communiqué de presse du 26 octobre 2010, Berne, disponible sous : <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=35867> [dernière consultation : 6 décembre 2011]), ou Jura (Comco, Le secrétariat ouvre des procédures supplémentaires concernant la non-répercussion des gains de change, Communiqué de presse du 27 octobre 2011, Berne, disponible sous : <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=41932> [dernière consultation : 6 décembre 2011]).

<sup>30</sup> Une concurrence externe résiduelle « alibi » n'aurait en particulier pas dû être considérée comme suffisante, cf. ZÄCH, Kartellrecht, N. 477.

<sup>31</sup> ATF 129 II 18 c. 8.3.4 ; DFE, Rapport explicatif, p. 4. ; ZÄCH, Kartellrecht, N. 479 ss., 488 ss.

<sup>32</sup> DFE, Rapport explicatif, P. 5.

<sup>33</sup> DFE, Rapport explicatif, P. 5.

<sup>34</sup> DFE, Rapport explicatif, P. 5 ; BORER, Kommentar, art. 5 LCart N. 5.

prévoit la mise en place d'un instrument de lutte plus efficace contre les accords horizontaux sur les prix, sur les quantités et sur la répartition géographique, actuellement visés par l'art. 5 al. 3 LCart, ainsi que contre les ententes verticales sur les prix et sur les cloisonnements territoriaux, actuellement visées par l'art. 5 al. 4 LCart<sup>35</sup> : si, sous le droit actuel, ces accords sont présumés supprimer une concurrence efficace, ladite présomption étant réfragable, le projet propose de les interdire tout en permettant leur justification pour des motifs d'efficacité économique<sup>36</sup>.

[Rz 23] La première modification de taille, qui pourrait être introduite par la modification législative proposée, serait ainsi que la présomption d'illicéité réfragable des accords actuellement visés par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart serait remplacée par une interdiction pure et simple, sous réserve de justification pour motifs d'efficacité économique (système d'interdiction partielle avec possibilité de justification). Il incomberait naturellement toujours à l'autorité d'apporter la preuve de l'existence d'un cartel dur, visé par l'art. 5 al. 2 P-LCart<sup>37</sup>, mais cette dernière ne serait plus tenue d'examiner, au surplus, un éventuel renversement de présomption de suppression d'une concurrence efficace et de se livrer, dans l'affirmative, à un examen de la notabilité.

[Rz 24] La seconde grande différence avec le droit actuel tiendrait au fait que, suivant l'art. 5 al. 3 P-LCart, le fardeau de la preuve de la justification pour motifs d'efficacité économique serait supporté par les entreprises parties à l'accord et non plus par la Comco<sup>38</sup>. Sans changement par rapport à la législation actuelle, la justification pourrait intervenir sur la base de l'un des motifs énumérés de manière exhaustive à cet article, dont le catalogue a été repris à l'identique de l'actuel art. 5 al. 2 LCart. Ce fait vaudrait tant dans le cas de la justification des accords affectant notablement la concurrence que dans celui de la justification des accords menant, selon la terminologie du droit actuel, à la suppression d'une concurrence efficace, visés respectivement par les alinéas 1 et 2 de l'art. 5 P-LCart. Le rôle des autorités de concurrence se limiterait alors à vérifier la mesure dans laquelle les avantages invoqués par les parties pourraient effectivement contrebalancer l'entrave à la concurrence constatée<sup>39</sup> ; à défaut de justification, l'accord demeurerait illicite.

[Rz 25] Comme l'indique le rapport du DFE, « lorsqu'il existe une base légale claire, même en cas de sanctions directes, cette obligation faite aux entreprises de prouver qu'un accord peut être justifié dans des cas particuliers respecte notamment la présomption d'innocence, si elle est conçue

de manière pertinente et proportionnée et si les droits de la défense sont garantis »<sup>40</sup>. Or, ces conditions demeureraient réunies dans la mesure où il appartiendrait toujours à la Comco d'apporter la preuve de l'existence d'une entente cartellaire et, dans le cas de l'alinéa 1, de ses conséquences notables<sup>41</sup>. Il convient finalement d'indiquer que, comme c'est le cas actuellement, seuls les accords durs, prévus par l'art. 5 al. 2 P-LCart, seraient passibles des sanctions administratives directes contenues à l'art. 49a LCart, à l'exclusion des accords visés par l'alinéa 1.

### 3.3 Influence européenne du projet ?

[Rz 26] Au sein de l'Union européenne, l'art. 101 TFUE<sup>42</sup> prévoit depuis l'origine l'interdiction et la nullité de plein droit (§ 2) de tous les accords entre entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence au sein du marché intérieur. L'article énonce, à titre exemplatif, une série de comportements prohibés, qui comprend notamment la fixation de prix, le contrôle de la production ou la répartition de marchés (§ 1). Cependant, l'interdiction peut être justifiée par les parties sur la base du § 3, s'il peut être démontré que l'accord entraîne des gains d'efficacité.

[Rz 27] Si l'on compare le traitement réservé aux accords durs par les législations suisse et européenne, la différence principale provient du fait que, selon le droit suisse actuel (art. 5 al 3 et 4 LCart), la présomption d'illicéité desdits accords est réfragable, fait qui doit être examiné par la Comco dans toutes les procédures, déclenchant le complexe mécanisme d'analyse examiné *supra*, alors qu'en droit européen, un tel accord est, à défaut de justification par les parties, *ipso facto* sanctionné d'illicéité et de nullité.

[Rz 28] Cette différence avec le système prévu actuellement par la loi sur les cartels est fondamentale. Elle est la conséquence de l'adoption par la Suisse, en matière de concurrence, d'une définition particulière du principe de l'abus, selon laquelle une entrave à la concurrence, pour être interdite, doit entraîner des conséquences néfastes, lesdites conséquences devant être prouvées par la Comco conformément à l'application de la maxime d'office. Le droit européen est quant à lui régi par le principe de l'interdiction, suivant lequel les entraves à la concurrence sont interdites sans qu'aucune décision préalable de l'autorité ne soit nécessaire, une justification de l'entrave par les parties demeurant possible<sup>43</sup>.

<sup>35</sup> DFE, Rapport explicatif, p. 2.

<sup>36</sup> Art. 5 al. 2 P-LCart.

<sup>37</sup> Tout comme, le cas échéant, du caractère notable d'un accord tombant sous le coup de l'art. 5 al. 1 P-LCart, cf. DFE, Rapport explicatif, p. 7.

<sup>38</sup> Ce qui serait par ailleurs conforme au principe général inscrit à l'art. 8 CC ; DFE, Rapport explicatif, p. 3.

<sup>39</sup> DFE, Rapport explicatif, p. 9.

<sup>40</sup> DFE, Rapport explicatif, p. 7.

<sup>41</sup> DFE, Rapport explicatif, p. 7.

<sup>42</sup> Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 83 du 30 mars 2010, p. 47.

<sup>43</sup> cf. art. 2 du 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, JO L 1 du 4 janvier 2003, p. 1 ; sur le sujet, voir : Andreas Heinemann, *Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich*, in : Rolf H. Weber/Andreas Heinemann/Hans Ueli

Par conséquent, la Commission européenne, qui occupe, sur le plan européen, le rôle d'autorité de concurrence, peut d'avantage que la Comco concentrer ses investigations sur la recherche d'accords entre entreprises à proprement parler, condition suffisante pour en déclarer la nullité, faute d'être tenue de procéder systématiquement à l'analyse de leurs effets<sup>44</sup>.

[Rz 29] Si la solution adoptée dans le projet semble se rapprocher en grande partie du modèle pratiqué dans l'Union européenne, du moins en ce qui concerne le traitement des cartels durs, le DFE indique dans son rapport avoir rejeté la solution qui aurait consisté en un tel rapprochement, refusant de reprendre en droit suisse le principe de l'interdiction : le maintien d'une législation basée sur le principe de l'abus et prévoyant des interdictions partielles de cartels pourrait en effet se révéler aussi sévère qu'une législation prohibitive assortie de possibilités d'exemption au sens large. La solution choisie, selon laquelle un accord n'est illicite qu'à partir du moment où il ne peut pas être justifié, serait d'ailleurs plus libérale que celle prévoyant toute interdiction sous réserve d'autorisation<sup>45</sup>. Une interdiction générale des accords sous réserve d'autorisation serait finalement incompatible avec le libellé de l'art. 96 al. 1 Cst. féd., qui autorise la Confédération à légiférer pour lutter contre les cartels et les autres formes de limitation de la concurrence lorsque ceux-ci produisent des conséquences sociales et économiques *dommageables*<sup>46</sup>.

#### 4. Conclusion

[Rz 30] Afin de remédier aux défauts de la réglementation cartellaire actuelle, dont les déficiences sont particulièrement ressenties en rapport avec la transmission incomplète des gains de change dans le contexte du franc fort, il est proposé d'introduire dans la loi une interdiction partielle des cartels, avec possibilité de justification pour motifs d'efficacité économique, et de faire reposer le fardeau de la preuve, s'agissant de ladite justification, sur les entreprises parties à l'accord.

[Rz 31] L'abandon du système de présomption réfragable de suppression d'une concurrence efficace de certains accords au profit d'une interdiction partielle de ceux-ci accroîtrait en effet l'efficacité d'action de la Comco, tout en préservant les garanties procédurales des parties. La Comco, sur le modèle de ce qui est déjà pratiqué actuellement au sein de l'Union européenne, pourrait de la sorte d'avantage concentrer son action sur la recherche de cartels durs, ne courant alors plus le risque d'avoir à procéder à leur analyse étendue, analyse

qui, à l'heure actuelle, prolonge et complique son action ; il est en effet toujours fastidieux d'apporter la preuve de l'illicéité d'un comportement fondée sur ses conséquences. De plus, s'agissant des motifs justificatifs, il est aujourd'hui souvent impossible pour la Comco de fournir la preuve (négative) de leur absence (*negativa non sunt probanda*), alors qu'à l'avenir son travail pourrait se limiter à examiner les arguments visant à justifier un comportement *a priori* illicite qui auront été avancés par les entreprises parties à l'accord. Ces dernières sont d'ailleurs probablement les plus à même d'indiquer les raisons pour lesquelles elles ont conclu un accord ainsi que les avantages qu'elles espèrent en retirer<sup>47</sup>.

[Rz 32] Considérant la nouvelle configuration légale reposant sur l'interdiction partielle de certains accords avec possibilité de justification, il serait en revanche fondamental pour le bon fonctionnement de l'ensemble, que le législateur ou la Comco fassent usage de la possibilité qui leur est offerte par l'art. 6 LCart pour préciser, par voie d'ordonnances ou de communications, la clause générale de l'art. 5 al. 3 P-LCart, selon laquelle des accords en matière de concurrence peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique. De la sorte, un système proche de celui mis en place par les règlements d'exemption par catégorie connu dans l'Union européenne, qui a déjà prouvé son efficacité, serait constitué<sup>48</sup>. Cela aurait pour effet de renforcer la sécurité juridique et de calmer certaines craintes selon lesquelles le système qui pourrait être adopté rendrait impossible de nombreuses coopérations pratiquées actuellement sans dommage pour la concurrence, telles que celles existant entre de nombreuses PME ou celles issues d'accords de transfert de technologie, dont font partie les licences<sup>49</sup>. Quoi qu'il en soit, même en l'absence de telles ordonnances ou communications, de telles coopérations pourraient toujours être justifiées de manière individuelle sur la base de l'art. 5 al. 3 P-LCart, de manière similaire aux exemptions individuelles pouvant être octroyées sur le plan européen.

[Rz 33] Contrairement à ce qu'indique le rapport du Conseil fédéral, on ne saurait par ailleurs nier le rapprochement indéniable que le droit suisse opérerait avec le droit européen si la révision législative devait se concrétiser. En effet, bien que le système de l'abus dans sa définition helvétique, voulu par la Constitution fédérale, demeurerait préservé, le fait que les accords durs, visés par l'art. 5 al. 2 P-LCart, seraient alors considérés comme illicites, sous réserve de justification pour motifs d'efficacité économique, marquerait un durcissement clair de la loi, qui permettrait une meilleure lutte contre les entreprises parties à de tels accords<sup>50</sup>.

Vogt (Éds), *Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext*, Berne 2009, p. 43 ss.

<sup>44</sup> En démontrant que les conditions pour l'octroi d'une exemption individuelle sont réalisées ou, plus vraisemblablement, que l'accord remplit les conditions prévues par un règlement d'exemption par catégorie.

<sup>45</sup> DFE, Rapport explicatif, p. 4.

<sup>46</sup> DFE, Rapport explicatif, p. 6.

<sup>47</sup> DFE, Rapport explicatif, p. 7.

<sup>48</sup> DFE, Rapport explicatif, p. 9.

<sup>49</sup> À ce sujet, voir AMSTUTZ/REINERT, in : NZZ.

<sup>50</sup> Il convient cependant de souligner que, contrairement à ce que sous-entend le rapport du Conseil, l'Union européenne ne connaît pas non plus de système d'interdiction *per se* des accords entre entreprises. En

[Rz 34] Dans l'ensemble, la révision présenterait ainsi le triple avantage de simplifier et d'accélérer les procédures cartellaires, d'apporter une plus grande sécurité juridique aux entreprises et aux autorités, un système prévoyant une illicéité basée sur la forme étant plus « prévisible » qu'un système reposant sur une présomption basée sur des effets économiques, et de rapprocher la législation suisse des autres législations, notamment européenne<sup>51</sup>. Elle offrirait par conséquent des outils qui, sans être spécifiquement conçus à cette fin, permettraient de mieux lutter contre les entraves éventuelles nées de la transmission incomplète des gains de change aux consommateurs et aux entreprises se procurant des produits à l'étranger suite à la forte appréciation du franc suisse. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le projet de révision prévoit un système de lutte contre les cartels allant bien au-delà des propositions qui avaient été formulées en 2010 et rejetées en procédure de consultation, preuve que la crise du franc fort pourrait avoir des répercussions extrêmement importantes sur la manière dont les accords en matière de concurrence seront appréhendés en Suisse dans le futur.

### III. Lutte contre les abus de position dominante

#### 1. Législation en vigueur

##### 1.1 Introduction

[Rz 35] En l'état, de manière similaire à la situation prévalant en matière d'accords cartellaires durs, la Comco a la possibilité de sanctionner les entreprises occupant une position dominante sur un marché donné et abusant de celle-ci. Suivant l'énoncé de l'art. 7 al. 1 LCart, le seul fait pour une entreprise de se trouver en position dominante ne suffit toutefois pas, en soi, à constituer une infraction à la loi sur les cartels<sup>52</sup>, encore faut-il qu'elle en abuse, le comportement étant toujours analysé en rapport avec un marché déterminé. La pratique abusive ne doit par ailleurs pas pouvoir être justifiée sur la base de motifs de justification objectifs, reposant sur des critères économiques (*legitimate business reason*)<sup>53</sup>.

[Rz 36] En complément à la clause générale de l'al. 1, l'art. 7 al. 2 LCart énumère, de manière non exhaustive, à titre purement exemplatif et sans qu'ils soient assortis d'aucune

présomption d'illicéité, un certain nombre de comportements pouvant constituer un abus<sup>54</sup>. Considérant uniquement la thématique de cet article, la transmission incomplète des gains de change pourrait constituer une *discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales* (1.4), ou le *fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable* (1.5) ; l'analyse sera ici limitée aux éléments se référant au prix<sup>55</sup>.

[Rz 37] Sans entrer dans les détails, il convient d'indiquer brièvement les rapports existant entre la Comco et le Surveillant des prix. De manière générale, ceux-ci sont réglés à l'art. 16 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr ; RS 942.20) et à l'art. 3 al. 3 LCart, en tenant compte, dans ce cadre, de la fonction du Surveillant des prix, qui n'a pas pour but de protéger la concurrence efficace, mais de corriger des prix qui seraient abusifs<sup>56</sup>. Il apparaît ainsi que la Comco et le Surveillant des prix examinent chacun le même état de fait, mais sous des angles différenciés. Alors que la Comco cherche à déterminer, à travers le comportement en matière de prix d'une entreprise dominante, s'il existe une distorsion de concurrence, le Surveillant des prix est uniquement concerné par la question de savoir s'il existe un prix abusif, au sens de l'art. 12 LSPr, sur un marché donné sur lequel le niveau de prix n'est pas le résultat d'une concurrence efficace. Par conséquent, des recoupements ne sont pas imaginables sur le plan de l'état de fait, ce qui est confirmé par l'art. 16 al. 1 LSPr. Sur le plan des conséquences juridiques il est en revanche possible de trouver certaines collisions ; celles-ci sont réglées par l'art. 16 al. 2 LSPr, qui prévoit que l'examen du caractère abusif des prix convenus, ou de ceux d'entreprises puissantes sur le marché, est réservé au Surveillant des prix<sup>57</sup>. Cette manière de procéder permet une application parallèle sans encombre de la LCart et de la LSPr<sup>58</sup>.

##### 1.2 Clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart

[Rz 38] Comme indiqué précédemment, pour qu'une sanction puisse être prononcée par la Comco, deux conditions doivent être réunies : (1) il doit exister une position dominante sur un marché donné, du côté de l'offre ou de la demande et (2) ladite position dominante doit être exploitée de manière abusive, sur le marché dominé ou sur un autre marché, que ce soit par le biais d'une pratique d'entrave ou d'une pratique

effet, aux termes du § 46 des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97), tout accord peut, a priori du moins, être justifié sur la base de l'art. 101 § 3 TFUE. À ce sujet, voir également : TPI 15 juillet 1994, *Matra Hachette SA contre Commission*, aff. T-17/93, Rec. II-595, § 85.

<sup>51</sup> DFE, Rapport explicatif, p. 3.

<sup>52</sup> EVELYNE CLERC, Commentaire de l'art. 7 LCart, in : PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Bâle/Genève/Munich 2002, N. 1, ci-après « CR-Concurrence CLERC, art. 7 LCart ».

<sup>53</sup> BORER, Kommentar, art. 7 LCart N. 5 ss. ; Message LCart 1994, p. 564 s.

<sup>54</sup> Message LCart 1994, p. 565.

<sup>55</sup> Cf. Comco, Rapport annuel 2010, p. 28.

<sup>56</sup> PIERRE-ALAIN KILLIAS, Commentaire de l'art. 1 LSPr, in : PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Bâle/Genève/Munich 2002, N. 6.

<sup>57</sup> JACQUES BONVIN, Commentaire de l'art. 16 LSPr, in : PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Bâle/Genève/Munich 2002, N. 12 s.

<sup>58</sup> MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, Commentaire de l'art. 7 LCart, in : Marc Amstutz/Mani Reinert, Basler Kommentar, Kartellgesetz, Bâle/Genève/Munich 2010, N. 13, ci-après « BK-Kartellgesetz AMSTUTZ/CARRON, art. 7 LCart ».

d'exploitation. La distinction entre ces deux notions repose sur la cible de l'abus, en fonction des opérateurs visés par le comportement incriminé : alors que les pratiques d'entraves visent des concurrents ou partenaires économiques spécifiques de l'entreprise occupant une position dominante avec l'objectif de les éliminer, les pratiques d'exploitation ont pour but de désavantager de manière générale les partenaires économiques ou les consommateurs en tirant avantage de la position dominante<sup>59</sup>.

### 1.3 Définition du marché en cause

[Rz 39] Suivant la formulation de l'art. 4 al. 2 LCart, le fait de savoir si une entreprise occupe une position dominante sur un marché donné est le résultat d'une analyse en deux étapes : il convient, dans un premier temps, de définir le marché en cause, qui comporte une triple composante : celle du marché de produit, celle du marché géographique et celle du marché temporel, puis, dans un second temps, d'analyser si l'entreprise concernée occupe une position dominante sur ledit marché. La définition du marché en cause est donc essentielle : elle permet « d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises »<sup>60</sup> et vise à déterminer de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises<sup>61</sup>.

[Rz 40] S'agissant du marché de produit en cause, il comprend, aux termes de l'art. 11 al. 3 let. a de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCC, RS 251.4), dont les définitions valent pour l'ensemble du droit suisse de la concurrence, « tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés ». Quant au marché géographique en cause, il s'agit, aux termes de l'art. 11 al. 3 let. b de la même ordonnance, du « territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits ». Dans ce cadre, le territoire sur lequel l'offre ou la demande pour le produit a effectivement lieu est déterminant, par opposition au territoire où cela pourrait potentiellement être le cas<sup>62</sup>.

[Rz 41] La définition du marché géographique en cause

est complétée, sur le plan européen, par une mention à l'homogénéité du marché, à laquelle il est possible de se référer en droit suisse<sup>63</sup>. Selon ce critère, si des conditions concurrentielles homogènes se retrouvent au sein d'une région donnée, cette dernière peut être définie comme marché géographique en cause, même si les participants au marché se fournissent uniquement sur une partie limitée de celui-ci. Cet examen se réfère uniquement aux différences qui constitueraient des barrières aux échanges susceptibles d'entraver l'accès à certaines parties du marché à des entreprises actives dans d'autres parties de celui-ci et n'exclut pas toute différence dans les conditions de concurrence au sein du marché géographique défini<sup>64</sup>. Ainsi, la persistance de différences de prix importantes entre deux territoires, si elle constitue un indice tendant à prouver l'existence de deux marchés distincts, ne saurait constituer, à elle seule, la preuve d'un tel fait<sup>65</sup>.

### 1.4 Interdiction de la discrimination en matière de prix

[Rz 42] L'interdiction de la discrimination en matière de prix, prévue à l'art. 7 al. 2 let. b LCart, doit prévenir qu'une entreprise se trouvant en position dominante pratique une discrimination entre ses différents partenaires commerciaux en l'absence de motif de justification objectif. Ladite discrimination, qui constitue une pratique d'entrave, peut résulter aussi bien de conditions contractuelles inégales, que d'un traitement de fait inégal. De telles pratiques peuvent notamment dériver d'un système de rabais, de subventions croisées, ou d'un cloisonnement de marchés<sup>66</sup>.

[Rz 43] L'existence d'une discrimination étant constatée en se fondant sur une comparaison entre les différents prix pratiqués par l'entreprise dominante, se pose la question de la base sur laquelle la comparaison doit être effectuée. En tout état de cause, il s'agit, lors de la comparaison, de tenir compte de tous les paramètres qui peuvent influencer sa fixation (taxes, coûts de transport, taux de change, prestations couvertes par le prix, etc.), ainsi que de toutes les différences pouvant exister entre le produit vendu à l'étranger et celui vendu en Suisse<sup>67</sup>.

[Rz 44] Dans la mesure où une position dominante est constatée en relation avec un certain marché géographique en

<sup>59</sup> Message LCart 1994, p. 564 ; CR-Concurrence CLERC, art. 7 LCart, N. 57, 71.

<sup>60</sup> Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOUE C 372 du 9 décembre 1997, p. 5, N. 2, ci-après « Communication définition du marché ».

<sup>61</sup> MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, Commentaire de l'art. 4 al. 2 LCart, in : Marc Amstutz/Mani Reinert, Basler Kommentar, Kartellgesetz, Bâle/Genève/Munich 2010 N. 3 ss., ci-après « BK-Kartellgesetz REINERT/BLOCH, art. 4 al. 2 LCart ».

<sup>62</sup> EVELYNE CLERC, Commentaire de l'art. 4 al. 2 LCart, in : PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (Éds), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Bâle/Genève/Munich 2002, N. 73, ci-après « CR-Concurrence CLERC, art. 4 al. 2 LCart ».

<sup>63</sup> Communication définition du marché, N. 8 ; CR-Concurrence CLERC, art. 4 al. 2 LCart N. 73 ; REINERT/BLOCH, art. 4 al. 2 LCart N. 243.

<sup>64</sup> Comco, Décision du 6 décembre 2004 (Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/ Coca Cola Beverages AG), DPC 2005/1, p. 114, 118 ; REINERT/BLOCH, Art. 4 al. 2 LCart N. 243 ; MICHEL WAELEBROECK/ALDO FRIGNANI, European Competition Law, Ardsley 1999, N. 257.

<sup>65</sup> BK-Kartellgesetz REINERT/BLOCH, art. 4 al. 2 LCart N. 252.

<sup>66</sup> CR-Concurrence CLERC, art. 7 LCart N. 164 ss.

<sup>67</sup> ATF 126 III 129, 154 consid. 9 c., JdT 2000 I 529, 543 ; SILVIO VENTURI, Propriété intellectuelle et révision de la loi sur les cartels : les importations parallèles sous la loupe, in : WALTER A. STOFFEL/ROGER ZÄCH, Kartellgesetzrevision 2003, Genève/Zurich 2004, p. 238 s., ci-après « VENTURI, Importations parallèles » ; BK-Kartellgesetz AMSTUTZ/CARRON, art. 7 LCart N. 209.

cause, il serait tentant de limiter la comparaison aux seuls prix pratiqués par l'entreprise dominante sur ledit marché, à l'exclusion de ceux pratiqués sur d'autres marchés et qui seraient, par définition, largement inférieurs. Dans ce cadre, il convient toutefois de rappeler le concept des *marchés comparables*, utilisé par le TF dans l'arrêt *Kodak*<sup>68</sup>. Dans cette affaire, la Haute cour est arrivée à la conclusion que le fait, pour un détenteur de brevet se trouvant en position dominante sur le marché suisse, de se servir dudit droit dans le but de cloisonner ce marché des marchés étrangers présentant des *conditions économiques et juridiques comparables*, pour y pratiquer des prix discriminatoires ou inéquitable, constitue un abus de position dominante<sup>69</sup>. La base de la comparaison entre les différents prix pratiqués par l'entreprise dominante sur le marché suisse peut par conséquent être le niveau des prix pratiqués sur des marchés étrangers comparables, lorsque le cloisonnement du marché, qui n'est pas, à lui seul, considéré comme un comportement abusif, intervient par le biais d'un brevet. Le cloisonnement du marché suisse, qui vise à empêcher la concurrence par les prix, constitue ainsi une pratique d'entrave dans la mesure où il empêche les concurrents actuels ou potentiels de l'entreprise dominante d'entrer sur le marché. Le produit protégé doit cependant avoir été mis en circulation sur le marché étranger par ou avec l'accord du détenteur du droit et le marché comparable disposer d'un système de protection des brevets, qui soit similaire à celui existant en Suisse<sup>70</sup>.

[Rz 45] L'application de cette règle ne doit toutefois pas se limiter au cas de la mise en circulation de produits brevetés, mais valoir chaque fois qu'une entreprise dominante sur le marché suisse souhaite pratiquer une politique de cloisonnement de ce marché par rapport à des marchés étrangers comportant des conditions juridiques et économiques comparables, notamment par le biais de contrats, afin d'y pratiquer des prix discriminatoires. Dans ce cas, l'existence d'une différence de prix substantielle entre le marché suisse et le marché étranger comparable constitue un indice de discrimination<sup>71</sup>. Il importe peu, dans ce cadre, que le marché géographique en cause soit national ou comporte une dimension internationale.

[Rz 46] Une telle situation peut notamment se rencontrer lorsque les clients d'une entreprise occupant une position dominante n'étant pas consécutive à l'usage d'un droit de propriété intellectuelle sur un marché géographique donné sont disposés, pour des raisons historiques, culturelles ou concurrentielles, à payer d'avantage que les clients d'autres marchés. Ce fait peut en effet inciter ladite entreprise à cloisonner ses marchés sur une base géographique par l'application de prix différenciés. Cette manière de faire ne sera toutefois viable qu'à condition qu'existent, entre les différentes parties du marché, des barrières à l'entrée privant le partenaire commercial d'alternatives<sup>72</sup>.

### 1.5 Interdiction de l'imposition de prix inéquitable

[Rz 47] L'interdiction de l'imposition de prix inéquitable, prévue à l'art. 7 al. 2 let. c LCart, vise typiquement des cas d'exploitation et ne saurait être admise qu'en cas d'*imposition*, par l'entreprise se trouvant en position dominante, de prix inéquitable. Selon le message du Conseil fédéral, « il convient d'évaluer ici si les prix (...) sont raisonnables par rapport aux prestations d'une entreprise dominant le marché »<sup>73</sup>. Elle se distingue de l'interdiction des discriminations en matière de prix par le fait qu'elle ressort de la nature ou du contenu des conditions commerciales qui sont imposées par l'entreprise dominante à tout ou partie de ses partenaires commerciaux, et non de la comparaison de la situation de différents partenaires commerciaux se trouvant dans une position similaire par rapport à l'entreprise dominante. Il est d'ailleurs tout à fait envisageable qu'une discrimination réalise simultanément les conditions de la let. b et celles de la let. c<sup>74</sup>.

[Rz 48] Le caractère inéquitable d'un prix peut être défini en se référant aux critères d'appréciation décrits à l'art. 13 LSPR, au nombre desquels figurent la nécessité de réaliser des bénéfices équitables, l'évolution des prix sur des marchés comparables ou encore les situations particulières inhérentes au marché. En s'appuyant sur ces éléments, les autorités de concurrence utilisent généralement l'une des trois méthodes de comparaison suivantes : la méthode hypothétique, la méthode relative et la méthode absolue<sup>75</sup>.

[Rz 49] Suivant la *méthode hypothétique*, il s'agit d'examiner la manière selon laquelle les prix se comporteraient si le marché était concurrentiel et de comparer ces prix hypothétiques

<sup>68</sup> ATF 126 III 129, JdT 2000 I 529.

<sup>69</sup> CR-Concurrence CLERC, art. 7 LCart N. 179.

<sup>70</sup> Cf. à ce sujet, ROGER ZÄCH, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes, Rechtslage gemäss Kodak-Urteil und Revisionsvorschläge, in sic! 2000 p. 275 ; DANIEL E. KRAUS, Les importations parallèles de produits brevetés en Suisse : Ce qu'il faut, c'est moins de dogmatisme, in : sic! 2003, p. 945, 955 s. ; VENTURI, Importations parallèles ; CR-Concurrence CLERC art. 7 LCart N. 179 ; BK-Kartellgesetz AMSTUTZ/CARRON, art. 7 LCart N. 209 ; à noter que le fait que l'abus ait été jugé sous l'angle de l'art. 7 al. 2 let c et non sous l'angle de la let. b dans le cadre de l'arrêt *Kodak*, semble sans importance. En effet, les commentateurs analysent cet arrêt sous l'angle de la let. b.

<sup>71</sup> Par ailleurs difficile à justifier. Cf. CR-Concurrence CLERC, art. 7 LCart N. 85 ; VENTURI, Importations parallèles, p. 238.

<sup>72</sup> MARC VAN DER WOUDE/THIERRY DUQUESNE, Abus de position dominante, Répertoire communautaire Dalloz, octobre 2000, N. 123, cités par CR-Concurrence CLERC art. 7 LCart N. 177 ; BK-Kartellgesetz AMSTUTZ/CARRON, art. 7 LCart N. 212 ; ces barrières pourront notamment consister en une interdiction de revente entre les différents segments du marché, stipulée dans les contrats de distribution, qui pourront faire l'objet d'une analyse sous l'angle de l'interdiction des accords entre entreprises.

<sup>73</sup> Message LCart 1994, p. 567.

<sup>74</sup> BK-Kartellgesetz AMSTUTZ/CARRON, art. 7 LCart N. 283.

<sup>75</sup> CR-Concurrence CLERC art. 7 LCart N. 198 ; BK-Kartellgesetz AMSTUTZ/CARRON, art. 7 LCart N. 301.

avec le prix pratiqué par l'entreprise occupant la position dominante<sup>76</sup>. Suivant la *méthode relative*, qui est issue de la méthode hypothétique, le caractère inéquitable d'un prix est déterminé par comparaison avec d'autres prix existants : afin de procéder à cette comparaison, de manière similaire à ce qui est pratiqué en matière de discrimination, il est nécessaire de définir un marché de référence. À cette fin, plusieurs approches peuvent être utilisées. Il est tout d'abord possible de comparer, s'agissant d'un produit fondant la position dominante d'une entreprise sur le marché suisse, le prix pratiqué en Suisse au prix pratiqué sur un autre marché géographique, comparable au marché suisse, sur lequel la concurrence existerait. De même, il est possible de comparer le prix pratiqué par l'entreprise dominante sur le marché suisse au prix de produits substituables vendus sur d'autres marchés comparables. Dans ce cas, le marché de référence doit avoir des caractéristiques aussi proches que possible de celles du marché Suisse. Finalement, un marché de comparaison peut également être construit en tenant compte de la perspective temporelle, en prenant pour base une période révolue du marché suisse, pendant laquelle les prix étaient déterminés alors qu'existait une concurrence efficace. Il convient aussi de tenir compte des différents coûts de revient de l'entreprise sur les différents territoires<sup>77</sup>. Enfin, suivant la *méthode absolue*, la base de la comparaison avec le prix pratiqué est la valeur économique de la prestation de l'entreprise occupant la position dominante. Dans ce cas, le caractère inéquitable d'un prix peut notamment être mesuré en comparant le prix de vente du produit avec ses coûts de production<sup>78</sup>.

[Rz 50] Le prix doit finalement avoir été *imposé* au partenaire commercial par l'entreprise occupant la position dominante. Pour qu'un paramètre soit considéré comme imposé, il doit exister une causalité nécessaire entre le comportement commercial inéquitable et l'existence d'une position dominante. Ce fait est déterminé de manière objective, en se fondant sur toutes les circonstances pertinentes du marché : il est ainsi exigé, au minimum, que le partenaire commercial n'ait rien à opposer à la pression économique, qui repose sur la position dominante sur le marché, ou qu'il ne puisse pas éviter celle-ci. Le TF a cependant laissée ouverte la question de savoir si, pour se trouver en présence d'un abus, l'acceptation des clauses commerciales inéquitables devait avoir lieu contre la volonté du partenaire commercial, ou s'il était suffisant que ce dernier s'y soit soumis alors qu'elles allaient à l'encontre de ses intérêts uniquement en raison de la situation du marché<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> BK-Kartellgesetz AMSTUTZ/CARRON, art. 7 LCart N. 302.

<sup>77</sup> CR-Concurrence CLERC art. 7 LCart N. 199 ; BK-Kartellgesetz AMSTUTZ/CARRON, art. 7 LCart N. 303 s.

<sup>78</sup> CR-Concurrence CLERC art. 7 LCart N. 200 ; BK-Kartellgesetz AMSTUTZ/CARRON, art. 7 LCart N. 305.

<sup>79</sup> ATF 137 II 199 consid. 4 (Swisscom, coûts de terminaisons mobiles) ; sur

## 2. Possibilités d'action de la Comco

### 2.1 En rapport avec l'interdiction des discriminations en matière de prix

[Rz 51] Le fait pour une entreprise dominante, tel un producteur assurant lui-même la distribution de ses produits sur différents marchés, de ne transmettre que de manière incomplète les gains de change à ses partenaires commerciaux suisses pourrait, en premier lieu, constituer une discrimination en matière de prix, réprimée par l'art. 7 al. 2 let. b LCart.

[Rz 52] En effet, comme indiqué sous III 1.4, l'existence d'une différence de prix substantielle entre le marché suisse et un marché étranger comparable, lors de la mise en circulation de produits d'une entreprise occupant une position dominante sur le marché suisse, constitue un indice de comportement abusif lorsque la différence ne peut pas être justifiée par des motifs juridiques ou économiques. Or, la transmission incomplète des cours de change pourrait avoir pour conséquence que les prix pratiqués en Suisse se retrouvent, sans motif de justification, à un niveau substantiellement plus élevé que ceux pratiqués sur un marché étranger comparable.

[Rz 53] Une telle situation pourrait intervenir aussi bien dans le cas d'une position dominante sur un marché géographique en cause plus étendu que le territoire suisse, que dans celui d'une telle position sur un marché géographique en cause qui se limiterait audit territoire. Dans le premier cas, la comparaison des prix interviendrait normalement entre les prix pratiqués en Suisse et ceux pratiqués sur une autre partie du marché, mais pourrait également se faire sur la base des prix pratiqués sur un autre marché géographique sur lequel l'entreprise n'occuperait pas de position dominante, à condition que ce dernier fût comparable au marché suisse. Dans le second cas, la comparaison des prix aurait lieu entre les prix pratiqués en Suisse et ceux pratiqués par la même entreprise sur un autre marché, comparable au marché suisse, et sur lequel elle n'occuperait pas de position dominante<sup>80</sup>.

### 2.2 En rapport avec l'interdiction de l'imposition de prix inéquitables

[Rz 54] De manière analogue à la situation existant en matière d'interdiction des discriminations, la transmission incomplète des gains de change par l'entreprise occupant une position dominante pourrait constituer, à certaines conditions,

---

le sujet, voir également MARC AMSTUTZ, « Terminierungspreise im Mobilfunk » Bundesgericht vom 11. April 2011 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Erzwingung unangemessener Preise im Anwendungsbereich von KG und aFMG, in : sic! 2011, p. 520 ss.

<sup>80</sup> Il convient de souligner que la définition du marché est de plus en plus souvent internationale, du fait de la libéralisation du commerce mondial et du développement technologique. Cependant, le maintien de marchés nationaux est dû autant à des contraintes réglementaires, qu'à des habitudes de l'utilisateur final, ou à des caractéristiques du produit ou des services en cause, cf. CR-Concurrence CLERC art. 4 al. 2 LCart N. 76.

une imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable et tomber sous le coup de l'art 7 al. 2 let. c LCart.

[Rz 55] Pour qu'il en aille ainsi, ce comportement devrait être à l'origine d'un prix inéquitable et avoir été imposé aux partenaires commerciaux. Comme dans le cas de la discrimination, une telle situation pourrait se produire aussi bien dans le cas d'un marché géographique en cause plus étendu que le territoire Suisse, que dans celui d'un marché géographique en cause qui se limiterait au territoire national dudit État.

[Rz 56] S'agissant de la détermination du caractère inéquitable du prix, elle serait effectuée à partir de l'une des méthodes d'analyse décrite *supra*<sup>81</sup>. Si l'autorité de concurrence faisait usage de la méthode d'analyse hypothétique ou de la méthode d'analyse objective, le prix pratiqué par l'entreprise dominante en Suisse serait comparé, dans le premier cas, au prix hypothétique qui serait pratiqué si le marché était concurrentiel, et dans le second cas, à la valeur économique de la prestation de l'entreprise. Si, en revanche, l'autorité appliquait la méthode relative, elle devrait comparer le prix pratiqué en Suisse avec celui existant sur un marché comparable audit marché, de manière analogue à la situation existant en matière d'interdiction des discriminations. Cela signifie que si le marché géographique en cause était plus étendu que le territoire Suisse, la comparaison pourrait intervenir aussi bien avec les prix pratiqués en d'autres parties de ce marché, qu'avec les prix pratiqués sur un autre marché géographique comparable au marché suisse, sur lequel l'entreprise n'occuperait pas de position dominante. Par contre, si le marché géographique en cause se limitait au territoire suisse, la comparaison interviendrait avec des marchés comparables au marché Suisse, sur lequel l'entreprise concernée n'occuperait pas de position dominante<sup>82</sup>.

[Rz 57] Cependant, la plus grande difficulté après les développements jurisprudentiels récents consisterait probablement à démontrer que le prix a été imposé par l'entreprise dominante à ses partenaires commerciaux, ce d'autant plus que demeure dans le domaine une incertitude. En effet, il a été expliqué que le TF considérait que le partenaire commercial

ne devait disposer d'aucun moyen à opposer à la pression économique de l'entreprise dominante. Ainsi, le seul fait pour une entreprise suisse de disposer d'une alternative pour la livraison des produits de l'entreprise dominante suffirait à exclure une quelconque imposition. Par ailleurs, la question de savoir si le consentement aux clauses commerciales inéquitables devait avoir lieu contre la volonté du partenaire commercial, ou s'il était suffisant que ce dernier s'y soit soumis, en raison de la situation du marché, alors qu'elles allaient à l'encontre de ses intérêts, a été laissée ouverte. Il n'est ainsi pas établi à ce jour si, pour que l'imposition soit retenue, le partenaire commercial suisse de l'entreprise dominante doit avoir accepté les conditions commerciales inéquitables contre sa volonté, ou s'il suffit qu'il s'y soit soumis en raison de la situation du marché, alors qu'elles allaient à l'encontre de ses intérêts<sup>83</sup>.

### 3 Conclusion

[Rz 58] De manière générale, l'application de la réglementation condamnant les abus de position dominante aux situations de répercussion incomplète de gains de change semble possible, à défaut d'être aisée. La Comco, pour condamner une entreprise, devrait en effet démontrer que celle-ci occupe une position dominante sur le marché suisse et, ce qui constituerait la principale difficulté, prouver que l'absence de transmission des gains de change constituerait un abus.

[Rz 59] Cependant, il ne s'agirait que d'une application, dans un cas particulier, des règles générales prévues par l'art. 7 LCart : l'objet de l'analyse principal demeurerait le prix abusif, soit les *effets* de la transmission incomplète des gains de change. À l'opposé, le *comportement* incriminé de l'entreprise dominante, à savoir le refus de transmettre pleinement les gains de change, pourrait tout au plus tendre à démontrer la tendance de l'entreprise dominante à cloisonner le marché, mais ne serait en tant que tel pas constitutif de l'abus.

[Rz 60] Ainsi, la réglementation actuelle de la loi sur les cartels en matière de lutte contre les abus de position dominante se montre peu adaptée à combattre la transmission incomplète des gains de change par les entreprises dominantes, dans la mesure où elle limite les possibilités d'analyse aux effets de l'abus. En effet, la Comco, soumise à la maxime d'office<sup>84</sup>, doit faire face dans son analyse à l'ensemble des difficultés découlant de la nécessité de prouver le caractère discriminatoire du prix ou de l'imposition d'un prix ayant un caractère inéquitable, comme dans n'importe quelle autre procédure d'abus de position dominante<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Voir *supra* III 1.5.

<sup>82</sup> Parmi le grand nombre de situations envisageables, dans lequel une application des règles interdisant les abus de position dominante pourrait encore se voir appliquer, il est possible d'imaginer celle dans laquelle un producteur ou importateur dominant sur un marché donné et dont le produit aurait le caractère de « must-stock product », menacerait un partenaire commercial de cessation de livraison dudit produit, ou en lierait la livraison à l'achat d'autres produits de sa gamme se trouvant sur des marchés non-dominés, car ledit partenaire commercial aurait au préalable cessé les commandes sur ces derniers produits, mais non le « must-stock », pour protester contre le refus du producteur ou de l'importateur de répercuter les gains de change. Dans ce cas, le comportement de ce dernier pourrait être constitutif d'un abus et réprimé non selon les dispositions analysées dans le cadre de cet article, mais, selon les cas, sur la base de l'art. 7 al. 2 let. a (refus d'entretenir des relations commerciales) ou let. f (pratique liée (check) LCart.

<sup>83</sup> Cf. ATF 137 II 199 consid. 4 (Swisscom, coûts de terminaisons mobiles).

<sup>84</sup> CR-Concurrence CLERC art. 7 LCart N. 199 ; ROBERTO DALLAFIORI, Commentaire de l'art 7 LCart, in : Homburger et al., Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1997, N. 117.

<sup>85</sup> À ce sujet, il convient encore de signaler la proposition de Roger Zäch, qui, en vue de permettre une action plus efficace contre les abus commis

[Rz 61] À noter que si cette problématique a été brièvement abordée par la Comco dans son rapport annuel 2010<sup>86</sup>, aucune modification législative de l'art. 7 LCart, qui permettrait une lutte basée sur la répression de l'abus de position dominante plus ciblée, n'est actuellement envisagée.

## VI. Conclusions : lutte contre les abus dans le domaine de la concurrence en Suisse, vers un changement de paradigme ?

[Rz 62] La problématique du traitement par le droit de la concurrence de la transmission incomplète des gains de change, alors que le franc a connu une appréciation notable au cours des derniers mois, s'inscrit dans le contexte plus vaste du rôle devant être joué par ce droit en matière de lutte contre l'îlot de cherté suisse. Si les consommateurs

---

par certains producteurs, importateurs et distributeurs, suggère de considérer comme abusive une différenciation exagérée constatée sans raison valable entre des prix suisses et étrangers, focalisant de la sorte l'analyse de l'abus sur le comportement de l'entreprise dominante refusant la transmission des gains de change et non plus sur ses effets. Concrètement, cet auteur propose d'introduire un art. 7a LCart, aux termes duquel « les entreprises qui distribuent des produits à des prix inférieurs à l'étranger qu'en Suisse agissent de manière illicite si elles refusent les livraisons aux entreprises ou aux consommateurs suisses depuis leurs points de distribution étrangers aux prix et conditions commerciales pratiqués sur place, ou si elles prennent des mesures visant à empêcher que des tiers puissent livrer en Suisse s'il leur en est fait la demande, à moins que l'entreprise concernée ne prouve qu'il existe une justification objective à cette fin (par le biais de *legitimate business reasons*) » (« Unternehmen, die Produkte im Ausland zu tieferen Preisen vertreiben als in der Schweiz, verhalten sich unzulässig, wenn sie sich weigern, Unternehmen oder Konsumentinnen und Konsumenten aus der Schweiz über die im Ausland gelegenen Vertriebsstellen zu den dort geltenden Preisen und Geschäftsbedingungen zu beliefern oder wenn sie Massnahmen treffen, um zu verhindern, dass Dritte auf Nachfrage hin in die Schweiz liefern können, es sei denn ein betreffendes Unternehmen weist nach, dass dies sachlich (durch *legitimate business reasons*) gerechtfertigt ist. »). À noter que, pour qu'une telle proposition ait des effets, elle devrait s'accompagner d'une nouvelle définition du marché de produit en cause, qui devrait être limité, suivant les cas, à un seul produit d'une seule marque. Le producteur dudit produit se trouverait alors automatiquement en position dominante sur ce marché et pourrait être condamné sur cette base. Alternativement, cet auteur propose de préciser l'actuel art. 4 al. 2 LCart (définition de la position dominante) en y ajoutant la phrase suivante : « En général, se comporte de manière indépendante dans le sens de cet alinéa, [l'entreprise] qui refuse la livraison de produits à des prix et conditions commerciales usuels » (« In diesem Sinn unabhängig verhält sich in der Regel, wer die Lieferung von Produkten zu marktüblichen Preisen oder Geschäftsbedingungen verweigert ») ; cf. ROGER ZÄCH, Panel, 14. Zürcher Tagung zum Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Europa Institut Zürich, 29 septembre 2011 ; Der Club, Konsumenten-Abzocke: wie lange noch ?, animé par Christine Maier, diffusé sur SF 1, 16 août 2011, 22h20, 80 minutes ; Lukas Scharpf, So diktiert die Hersteller unsere Preise, in : Neue Luzerner Zeitung du 17 août 2011, où l'ancien surveillant des prix, Rudolf Strahm, propose une solution similaire.

<sup>86</sup> Comco, Rapport annuel 2010, p. 27 s.

suisse, conscients de leur situation privilégiée, sont généralement enclins à acquiescer une majoration de 10, 20, voire 30% sur les prix pratiqués dans les pays voisins<sup>87</sup>, majoration qui peut s'apparenter à une sorte de prix du bien-être, il n'en va pas de même lorsque, en raison du taux de change, les prix helvétiques se retrouvent augmentés de parfois 100 ou 150%. Assumant son rôle, la Comco a récemment annoncé avoir ouvert des procédures supplémentaires concernant la répercussion incomplète des gains de change, qui n'étaient que le début d'une série à suivre, les premières enquêtes préalables dans ce cadre étant, au surplus, sur le point d'être terminées.

[Rz 63] Il faut être conscient que les mesures décrites ici ne représentent qu'un échantillon des possibilités offertes au législateur et à l'exécutif pour renforcer le bon fonctionnement des règles de concurrence. Une augmentation des moyens financiers à disposition de l'autorité est un autre moyen d'accroître son action. Conscient de ce fait, le Conseil fédéral, parallèlement à l'annonce de la modification de la loi sur les cartels, le 17 août 2011, a annoncé que le Secrétariat de la Comco disposerait de quatre postes supplémentaires pendant deux ans, moyens qui ont déjà été engagés à ce jour<sup>88</sup>. Par ailleurs, une modification des dispositions de procédure civile visant à un élargissement de la capacité juridique active des victimes indirectes des entraves à la concurrence, soit les consommateurs, serait une autre voie à envisager afin de favoriser et de faciliter les actions des victimes finales d'entraves à la concurrence. Et leur permettre de se regrouper, sur le modèle des *class actions* américaines, faciliterait encore leur action dans des procédures souvent longues, coûteuses et de ce fait impossibles à assumer pour une personne individuelle la plupart du temps.

[Rz 64] Au vu de ce qui précède, s'il semble pour l'heure exclu d'attribuer à la Comco un rôle de régulateur direct des prix, faisant d'elle un surveillant des prix *bis*, l'autorité pourrait toutefois voir augmenter de manière sensible ses possibilités d'interventions si le projet de modification de l'art. 5 LCart venait à aboutir, ce qui pourrait avoir des effets sur le niveau des prix à moyen ou à long terme. Elle offrirait en effet de nouveaux moyens de lutte, plus efficaces, contre les cartels. Ce projet constitue ainsi un signal fort pour les entreprises en Suisse et à l'étranger<sup>89</sup> et pourrait avoir d'importantes répercussions pratiques, en renforçant de manière significative le droit suisse de la concurrence par l'abandon de certains des mécanismes l'affaiblissant actuellement. Même si les solutions proposées par le projet ne constitueraient aucunement une révolution sur le plan international, sur le plan suisse, en revanche, elles constitueraient une évolution de taille, permettant une meilleure lutte contre les cartels durs,

<sup>87</sup> Voir à ce sujet : <http://www.travailler-en-suisse.ch/cout-vie-en-suisse.html> (dernière consultation : 6 décembre 2011).

<sup>88</sup> Comco, Conférence de presse, p. 14.

<sup>89</sup> Comco, Conférence de presse, p. 10.

particulièrement néfastes pour la concurrence, une sécurité juridique renforcée aux différents acteurs du marché et une meilleure harmonisation du droit suisse avec le droit européen. En effet, comme indiqué plus haut, certains types d'accords seraient dès lors considérés directement comme illicites, à défaut de justification apportée par les entreprises en faisant partie. Pour que le système fonctionne de manière optimale, le législateur et la Comco devraient cependant à tout prix faire usage de la possibilité de réglementation offerte par l'art. 6 LCart et mettre en place un système d'exemption par catégories assurant une sécurité juridique optimale. Ainsi, si cette réforme, générale, ne résoudrait pas forcément le problème de la répercussion incomplète des gains de change, elle contribuerait toutefois à l'atténuer en hissant le niveau du droit suisse de la concurrence à un niveau proche de celui des États leaders en la matière.

[Rz 65] S'agissant de la lutte contre les abus de position dominante, l'introduction d'une réglementation qui focaliserait sur le comportement à proprement parler et non plus sur les seuls effets que celui-ci entraîne, constituerait un bouleversement extrêmement conséquent du droit actuel de lutte contre les abus de position dominante et la position de la Comco se rapprocherait alors de celle d'un contrôleur des prix *bis*. Il s'agirait là d'un choix politique, de société, qui pourrait constituer un moyen extrêmement efficace, ne serait-ce que par son caractère dissuasif, pour lutter contre les abus pratiqués par certains producteurs – notamment ceux se chargeant directement de la distribution de leurs produits – ou importateurs, qui cloisonnent volontiers le marché suisse en vue d'y pratiquer des prix plus élevés. Le cadre légal devrait naturellement être extrêmement bien défini, ceci afin d'éviter que l'autorité ne s'immisce de manière trop importante dans la liberté économique. Il s'agit encore de préciser que la Comco, dans l'application de la législation réglementant l'abus de position dominante pour lutter contre les répercussions incomplètes de gains de change, devrait faire montre d'une certaine flexibilité, compte tenu du fait que les taux de change fluctuent constamment et qu'on ne saurait naturellement attendre des producteurs, importateurs et distributeurs un ajustement permanent de leurs prix. Cependant, lorsque, comme c'est le cas actuellement, on assiste à une modification durable desdits taux, rien ne s'opposerait à une action concrète.

[Rz 66] En fin de compte, il n'est pas impossible qu'un changement de paradigme soit en train de se dessiner dans l'esprit de nombreux responsables politiques suisses sur le plan du droit de la concurrence, parfois par nécessité, plus que par conviction. L'important étant désormais que les propositions actuellement débattues aboutissent sans que leur contenu ne diverge de manière trop importante de leur but initial, défini alors que la situation était particulièrement tendue sur le plan de la cherté du franc.

Assistant à l'université de Zurich, LL.M. (Collège d'Europe), titulaire du brevet d'avocat.

L'auteur tient tout particulièrement à remercier Roger Zäch, qui l'a autorisé à reproduire ses propositions de modifications de la loi sur les cartels.

---

\* \* \*