

L'évolution de la loi suisse sur les cartels



PRANVERA KËLLEZI* • Août 2022

Résumé

- La loi suisse sur les cartels vise expressément à promouvoir « la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral ». Lors de son adoption, la loi faisait partie d'un « vaste programme de régénération de l'économie de marché en Suisse ». Cette courte contribution, vingt-cinq ans après son entrée en vigueur a pour objectif de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure la loi suisse sur les cartels (LCart) soutient l'économie de marché et le libéralisme en Suisse.
- Au fil des années, le droit suisse de la concurrence a progressivement pris une tournure réglementaire et interventionniste, ce qui menace le bon fonctionnement de l'économie de marché et soulève des questionnements plus fondamentaux quant à ses effets sur l'état de droit et le libéralisme en Suisse. La LCart a été conçue comme un texte législatif classique en matière de concurrence, visant à limiter les restrictions de concurrence. Elle s'est toutefois développée pour devenir un instrument ayant une forte composante répressive et interventionniste.
- Toutes les institutions suisses ont contribué à ce penchant interventionniste. Les tribunaux, dans un mouvement que l'on peut qualifier d'activisme judiciaire, modifient en permanence les critères d'intervention en s'affranchissant de plus en plus de l'analyse des faits et du fonctionnement lui-même des marchés concernés. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire dont la fonction en droit de la concurrence est de permettre aux autorités administratives spécialisées d'apprécier les faits complexes en lien avec le fonctionnement du marché, s'est transformé en un pouvoir qui s'affranchit des critères matériels rattachés au marché et ainsi aux faits concrets de la cause. Ce faisant, les pouvoirs administratifs et judiciaires s'affranchissent du principe de légalité, en s'appropriant le pouvoir de réglementer et d'administrer librement les relations entre acteurs économiques.

* Docteure en droit, LL.M. Collège d'Europe (Bruges), avocate au barreau de Genève, membre de la Commission fédérale de la concurrence, chargé de cours en droit de l'UE à la HE Arc, Neuchâtel. L'auteure exprime dans la présente contribution son opinion personnelle, qui n'engage d'aucune manière l'autorité dont elle est membre.

Le contexte

La loi suisse sur les cartels (LCart) vise expressément à promouvoir « la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral »¹. Lors de son adoption, la loi faisait partie d'un « vaste programme de régénération de l'économie de marché en Suisse »². Cette courte contribution, vingt-cinq ans après son entrée en vigueur³ a pour objectif de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure la LCart soutient l'économie de marché et le libéralisme en Suisse.

Tant le contexte qui a entouré l'adoption de la LCart que le contexte actuel renvoient à la relation qu'entretient la Suisse avec l'Union européenne⁴. Adoptée à la suite du rejet du référendum sur l'adhésion à l'EEE, la LCart, à l'instar d'autres lois adoptées dans ce contexte, visait la compatibilité avec l'UE afin de faciliter l'intégration du marché intérieur de la Communauté européenne. Vingt-cinq ans après, le Conseil fédéral a interrompu les négociations avec la Commission européenne en vue d'un accord institutionnel qui aurait encadré l'accord de libre-échange de 1972 et certains accords bilatéraux⁵. La Suisse conserve un accès préférentiel (partiel) au marché intérieur, accès qui pourrait s'éroder si les accords bilatéraux ne sont pas modifiés afin de prendre en compte l'évolution du droit de l'UE. Nous sommes aujourd'hui témoins d'une même recherche de stratégies alternatives destinées à sauvegarder un accès privilégié au marché intérieur européen et conserver la compétitivité de l'économie suisse. La reprise de la réglementation de l'UE de manière autonome et unilatérale en fait partie. L'objectif visant à augmenter la compétitivité de l'économie suisse amène simultanément le Conseil fédéral à empoigner des stratégies pour alléger les coûts de la réglementation pour les entreprises⁶. Or, le droit de l'Union européenne comprend à la fois une tendance à la réglementation et une tendance à la libéralisation des marchés, l'une et l'autre étant pertinentes car le droit de l'UE influence le droit suisse, en particulier en matière économique. Si la Suisse ne peut ignorer le droit de l'UE, celui-ci vient justifier l'adoption de multiples réglementations qui ont pour effet d'augmenter les coûts des entreprises suisses, en particulier des PME. En définitive, il nous apparaît que le droit de l'UE a eu davantage pour effet de réglementer les marchés suisses que de les libéraliser.

¹ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 251).

² Le 1er juillet 1996.

³ Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1994 472 : « La globalisation de l'économie a fortement intensifié, en matière de lieux d'implantation, la concurrence entre les économies nationales. Dans ce contexte, la mobilité accrue des facteurs de production contraint les législateurs nationaux de tous les pays à accorder plus d'attention aux conditions-cadres de leurs économies respectives, avec l'objectif de mieux donner aux forces du marché la possibilité de s'exprimer. Cette évolution a conduit le Conseil fédéral à mettre sur pied un vaste programme de régénération de l'économie de marché en Suisse. La révision totale de la loi sur les cartels fait partie de la première tranche de ce programme ».

⁴ Ci-après « UE ».

⁵ Voir les documents relatifs à la négociation d'un accord institutionnel entre la Suisse et l'UE : <https://www.eda.admin.ch/europa/fr/home/verhandlungen-offene-themen/verhandlungen/institutionnelles-abkommen.html>.

⁶ Le Conseil fédéral a ouvert le 28 avril 2021 les procédures de consultation relatives à deux projets : une loi sur l'allègement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE) et des dispositions qui prévoient la mise en place d'un frein à la réglementation. Disponible sur : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/seco/nsb-news/medienmitteilungen-2021.msg-id-83285.html>.

A ce contexte européen, il faut ajouter un contexte politique interne construit à la fois sur un système de démocratie représentative et de démocratie directe, dans lequel un groupe a la possibilité de faire pression en proposant ou faisant introduire des réglementations économiques comme, plus récemment, la modification de la LCart visant à lutter contre les prix pratiqués par les entreprises étrangères, jugés déloyaux⁷. Une autre particularité du régime suisse consiste en la forte présence d'entreprises publiques, tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal. Le fédéralisme joue ici un rôle important dans la sauvegarde des prérogatives cantonales, y compris des monopoles cantonaux. La pression exercée par les droits politiques et le fédéralisme peut ainsi jouer en faveur de l'interventionnisme sur le marché, ce qui s'ajoute à une tendance de l'administration à proposer des réglementations, l'une et l'autre venant renforcer la tendance à la régulation de l'économie.

Nous ne pouvons pas examiner toutes les décisions importantes depuis l'entrée en vigueur de la loi, et cette contribution n'a pas vocation à le faire. La LCart a atteint son but visant à garantir l'économie du marché et le jeu de l'offre et de la demande⁸. En sont la preuve l'intervention contre les cartels horizontaux, comme les cartels de soumission ou les règles introduites par les associations d'entreprises, le contrôle des concentrations ou les interventions de la Commission de la concurrence (ci-après « Comco ») et de son Secrétariat par des préavis⁹ en matière de régulation économique.

Au fil des années, le droit suisse de la concurrence a progressivement pris une tournure réglementaire et interventionniste, ce qui menace le bon fonctionnement de l'économie de marché et soulève des questionnements plus fondamentaux quant à ses effets sur l'état de droit et le libéralisme en Suisse. Fondée sur les concepts de droit de l'UE, la LCart a été conçue comme un texte législatif classique en matière de concurrence, visant à limiter les restrictions de concurrence. Elle s'est toutefois développée pour devenir un instrument ayant une forte composante répressive et interventionniste. Nous aborderons l'impact des sanctions (section B) pour ensuite étudier le glissement opéré vers une régulation économique (section C). Pour démontrer notre propos, nous prendrons pour exemple deux domaines : la réglementation des accords verticaux et la réglementation des entreprises en position dominante.

La prééminence des sanctions et la recherche de l'effet dissuasif

La révision de 2003 a été la plus importante quant à l'impact sur la mise en œuvre de la LCart. La sanction est désormais l'élément central de sa mise en œuvre. Le projet du Conseil fédéral ayant pour but principal d'introduire des sanctions dites

⁷ La loi votée est un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) », retirée à la suite du contre-projet voté par l'Assemblée fédérale. Le texte de l'initiative est disponible sur : <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis469.html>. Voir le texte soumis au vote final disponible sur le site web de l'Assemblée fédérale : <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20190037/Texte%20pour%20le%20vote%20final%202%20NS%20F.pdf>. Le Conseil fédéral fixera la date de l'entrée en vigueur, prévue pour fin 2021 ou début 2022. Un autre exemple est la loi sur la surveillance des prix (LSPr ; RS 942.20) adoptée également à la suite d'une autre initiative populaire.

⁸ Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1994 472, p. 478.

⁹ Art. 46 LCart.

« directes » par la Comco a été complété par l'Assemblée fédérale pour inclure une présomption d'illicéité des accords verticaux qui limitent les importations parallèles et qui imposent des prix de revente¹⁰. Ces deux nouveautés législatives vont révolutionner le droit suisse de la concurrence permettant un interventionnisme croissant de l'action de l'administration sur le marché.

Depuis 2003, cette tendance interventionniste s'accroît sous la menace d'amendes infligées aux entreprises. A la différence de la régulation des secteurs économiques spécifiques comme en matière de télécommunication, poste ou énergie, le droit de la concurrence se distingue par l'existence de pouvoirs octroyés à la Comco d'imposer des sanctions aux entreprises allant jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaires des trois dernières années¹¹. A la différence des autres autorités de la concurrence en Europe, l'art. 49a LCart ne laisse pas d'autre choix à la Comco que d'infliger des amendes¹². Les moyens de pression sur les entreprises sont donc très importants.

L'introduction de sanctions directes a été considérée comme admissible grâce à la possibilité pour les entreprises de notifier préalablement les projets susceptibles de restreindre la concurrence, afin de compenser l'insécurité juridique résultant de la faible densité normative de la loi¹³. A une entreprise notifiante qui demandait à recevoir une confirmation écrite que l'accord notifié ne restreignait pas la concurrence, le Tribunal fédéral a répondu que la disposition ne lui donne pas le droit à recevoir un tel document¹⁴. Aussi, si l'entreprise n'abandonne pas le projet notifié à la Comco suite à l'opposition de celle-ci – opposition qui ne se prononce pas définitivement sur l'illicéité de la pratique – l'entreprise doit évaluer elle-même le risque de sanction au cas où elle déciderait de poursuivre le projet. Un instrument conçu pour accroître la sécurité juridique a ainsi été détourné de son but et rendu parfaitement inutile pour les entreprises.

L'introduction des sanctions directes a fondamentalement changé la mise en œuvre de la loi. La LCart comprenait dès son introduction en 1995 des accords amiables, bien avant que l'UE et ses pays membres institutionnalisent cette pratique et avant l'introduction des règlements amiables dans la PA¹⁵ ou dans le CPP¹⁶. Le Message du Conseil fédéral soulignait avec raison l'utilisation « des formes modernes

¹⁰ Art. 5 al. 4 LCart.

¹¹ Art. 49a al. 1 LCart : « L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices ».

¹² Cf. art. 23 al. 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. 1-25 (ci-après « Règlement 1/2003 ») : « La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence : a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, ou b) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8, ou c) elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9. Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent ».

¹³ Art. 49a al. 3 let a LCart. Voir le message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, FF 2001 1911, p. 1924.

¹⁴ ATF 135 II 60.

¹⁵ Art. 33b PA en vigueur depuis le 1er janvier 2007.

¹⁶ Art. 358 al. 1 CPP en vigueur depuis le 1er janvier 2011.

d'intervention de l'État en permettant à l'autorité en matière de concurrence d'œuvrer avec les entreprises concernées à la recherche d'un règlement amiable »¹⁷. Ces formes de coopération cherchent l'adhésion des entreprises et contribuent à l'acceptation par celles-ci des règles de comportement souhaitées. Or, la jurisprudence a imposé la constatation d'un comportement illicite pour le passé, ce qui entraîne, depuis la révision de 2003, le devoir de sanctionner¹⁸. L'entreprise doit donc accepter une sanction et le seul avantage de l'accord amiable consiste en la réduction du montant de l'amende et l'obtention d'une décision courte qui ne dévoile pas l'entier de l'état de fait. Le déplacement de l'objet de l'accord sur la sanction a transformé un instrument de coopération en un instrument au service de la répression des entreprises.

L'instrument de l'autodénonciation a été introduit au même moment que les sanctions. Il permet à l'entreprise d'éviter toute sanction si celle-ci notifie sa participation à une restriction à la concurrence. Introduite afin d'inciter les entreprises à dénoncer les cartels durs et donc à faciliter leur découverte, l'instrument est surtout utilisé par les entreprises pour réduire leurs sanctions, la découverte de cartels durs étant généralement le fait de dénonciateurs anonymes. Après un changement de pratique, il est exigé de l'entreprise auto-dénonciatrice un aveu écrit de son intention de violer la LCart pour pouvoir bénéficier d'une réduction de l'amende¹⁹. Les sanctions deviennent ainsi un moyen de pression important, surtout pour les PME. Etant donné la faible densité normative de la loi, les entreprises peuvent être amenées à s'autodénoncer pour des infractions qu'elles n'ont pas commises ou qu'elles n'ont pas eu l'intention de commettre. La pression est telle que les entreprises peuvent recourir à l'autodénonciation pour des pratiques qui ne sont pas clairement illicites dans le cadre du programme bonus-plus, en exposant leurs cocontractants à des sanctions. Un autre exemple d'un moyen de coopération transformé en un instrument de gestion et de facilitation des sanctions²⁰.

Du point de vue des critères d'intervention, la suppression de la concurrence efficace – considérée à l'adoption de la loi comme le critère central d'appréciation des restrictions de la concurrence et ainsi de l'intervention²¹ – a été délaissée en faveur de l'affectation notable de la concurrence. Ce dernier critère est devenu insignifiant et non pertinent à la suite de l'interprétation par le Tribunal fédéral du sens qu'il faut donner à l'expression du terme « notable » : notables sont tous les cas qui ne sont pas des cas bagatelle²² (« notable » n'a donc pas le sens communément admis en langue française), ce qui élargit considérablement le cercle des accords tombant

¹⁷ Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1994 472, 476.

¹⁸ ATF 139 I 72, *Publigroupe*.

¹⁹ Voir par exemple Notes explicatives relatives à l'ordonnance sur les sanctions LCart (OS LCart), notes à l'art. 8 al. 2 let. c LCart.

²⁰ Pour un exemple d'une autodénonciation suivi d'une autodénonciation dans le cadre de bonus-plus, voir les deux décisions de la Comco du 29 janvier 2018 DPC 2018/2, p. 347 *Gerätebenzin (Husqvarna II)* et du 2 décembre 2019, DPC 2020/2, p. 626 *AdBlue*.

²¹ Voir le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1994 472, p. 474. L'annonce est considérée comme un correctif nécessaire à l'imprécision du texte normatif.

²² ATF 143 II 297, c. 5.1.2.

dans le champ d'intervention de la LCart. Cette interprétation a pour effet d'élargir le champ de l'intervention à toutes les entreprises qui recourent à des tiers pour distribuer leurs produits, autrement dit la majorité des entreprises actives en Suisse.

La prééminence des sanctions et l'accent mis sur l'effet dissuasif de la politique de la concurrence suisse constituent un terrain de réflexion sur les sanctions administratives. Cette réflexion est d'autant plus nécessaire que le cercle des entreprises visées par les sanctions de la LCart comprend non seulement des entreprises de petite taille²³ mais aussi des personnes physiques²³. En plus de l'effet sur les droits de procédure, l'importance de la peine-menace prévue à l'art. 49a LCart et la faible densité normative des comportements incriminés ont des effets délétères sur l'autonomie de l'action des entreprises, freinant ainsi des comportements efficaces qui favorisent la concurrence sur le marché. Ce potentiel de dissuasion des comportements pro concurrentiels sur le marché va à l'encontre de l'objectif de la LCart. Non conforme à la tradition juridique suisse²⁴, le Conseil fédéral considère que ce type de sanction doit rester exceptionnel en refusant de les éteindre au domaine de la protection des données²⁵.

Un formalisme et un interventionnisme croissants

Nous sommes témoin d'un formalisme croissant de la LCart. Le formalisme devient prépondérant au niveau de l'interprétation de la règle de droit et son application au cas d'espèce. Par formalisme nous entendons ici l'utilisation de critères et de présomptions qui ne sont pas basées sur le pouvoir de marché ou les effets réels du comportement des entreprises sur le marché.

Compte tenu de la faible densité normative de la LCart, l'interprétation de la règle de droit joue un rôle crucial. Les comportements permis ou illicites n'étant pas précisément définis, la loi recourt à des notions générales tant pour définir le comportement que pour qualifier les caractéristiques de ce comportement, en l'occurrence leurs effets sur le marché. C'est de cela qu'il s'agit, empêcher les restrictions de la concurrence sur le marché.

La précision de la norme intervient lors de l'application de la règle dans un cas concret : ainsi, chaque décision individuelle contribue à former la règle générale. Celle-ci se forme au fil du temps par une liste de cas encadrés par la règle. Rappelons ici que l'exigence de précision de la norme découle du principe général de la légalité, de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi²⁶.

²³ Les professions indépendantes sont typiquement des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart, soumises à des sanctions.

²⁴ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2012 6565, p. 6589.

²⁵ *Idem*, pp. 6597 et 6713 s.

²⁶ L'exigence de précision de la norme découle du principe général de la légalité, de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi (ATF 123 I 112, c. 7,a). L'exigence de la densité normative n'est pas absolue, « car on ne saurait exiger du législateur qu'il renonce totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation ». (*Ibidem*)

Les accords verticaux

Il est affirmé que l'utilisation de critères formalistes améliore la sécurité juridique des entreprises, car elles n'auraient pas besoin de recourir à un examen concret du marché. Cet argument pourrait s'avérer correct tant que les critères et les concepts utilisés sont clairs et ont un sens pour ceux qui sont censés les suivre : les entrepreneurs.

La notion d'accord est à première vue claire et déterminée : elle renvoie à la conscience et l'expression de la volonté de se mettre d'accord²⁷. Elle est plus large que celle du contrat et englobe toute forme de coordination, ce qui est accepté et correspond à la signification commune d'un accord dans la vie d'un entrepreneur. Le concept d'accord ne suit plus le sens du droit des obligations et le sens commun du terme lorsque l'on considère qu'une entreprise conclut un accord dans le cas où le comportement est imposé unilatéralement à une partie, comme c'est souvent le cas en matière d'accords verticaux. C'est la conclusion à laquelle l'on aboutit en droit suisse également en matière de recommandations unilatérales de prix, qui seront considérées comme des accords sur les prix si les distributeurs les suivent, et ceci même si aucun contact ou communication n'a lieu entre le fournisseur et les distributeurs²⁸. Cette extension de la notion d'accord fait entrer dans le champ de l'illicéité des mécanismes efficaces de gestion des relations entre fournisseurs et distributeurs. L'on comprend les difficultés que peuvent rencontrer les entrepreneurs pour saisir les raisons pour lesquelles on leur reproche d'avoir conclu un accord – illicite – alors qu'ils ont annoncé unilatéralement leurs conditions aux distributeurs et pour lesquelles on leur interdit des mécanismes qui leur permettent de gérer efficacement leurs réseaux de distribution au prétexte de protéger une concurrence effective sur le marché.

L'incompréhension des entreprises s'accroît lorsqu'on passe en revue le développement des concepts juridiques liés à la restriction de la concurrence. La jurisprudence a examiné très tôt la présomption de suppression de la concurrence effective pour les accords horizontaux de l'art. 5 al. 3 LCart, en renversant cette présomption après examen de tous les paramètres de la concurrence : le prix, la quantité et la concurrence par la qualité. Depuis l'arrêt *Sammelrevers*²⁹, la confrontation de la présomption de suppression de concurrence à la réalité des faits démontre que dans la grande majorité des cas, les accords horizontaux et verticaux sur les prix et les quantités ne suppriment pas la concurrence. On peut donc s'interroger sur le bien-fondé de la présomption légale de suppression de la concurrence. La pratique des vingt-cinq dernières années démontrerait plutôt que cette présomption ne trouve pas appui sur les faits.

Les accords horizontaux en matière de prix et de quantités peuvent en revanche affecter de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Il

²⁷ Art. 1 ss CO.

²⁸ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 4 février 2021 dans l'affaire 2C_149/2018, *Hors-Liste Medikamente (Preisempfehlungen)*.

²⁹ ATF 129 II 18.

en va différemment pour les accords verticaux, une imposition de prix de revente ne restreignant pas nécessairement la concurrence sur le marché, c'est-à-dire la concurrence entre différents produits substituables. La concurrence a lieu entre les différents produits, ce qui est appelé en jargon « concurrence inter-marques » : les entreprises font face tous les jours à cette concurrence. Il est en effet très difficile d'expliquer à un directeur commercial d'une entreprise suisse les raisons pour lesquelles il ne peut pas protéger son distributeur suisse contre les importations en provenance d'autres pays³⁰, imposer un prix minimum à ses distributeurs ou exclure un distributeur qui n'investit pas et déstabilise le réseau par des prix bas, ou pourquoi même donner des recommandations de prix pourrait lui valoir des sanctions. La protection de la « concurrence intra-marques » (à l'intérieur de son réseau) est dépourvue de sens pour lui. La concurrence réelle – la vraie – provient des produits concurrents et c'est à cette concurrence qu'il doit faire face. En d'autres termes, la notion de concurrence intra-marque mise en avant par l'interprétation de la LCart n'a pas d'attache avec le marché dans lequel l'entreprise doit se battre au quotidien pour avancer ou tout simplement survivre.

Non seulement la notion de restriction de la concurrence intra-marques n'a pas de lien avec la réalité dans laquelle l'entreprise évolue, mais le critère de notabilité a de surcroît été transformée en son contraire par le Tribunal fédéral : est notable tout ce qui n'est pas un cas bagatelle³¹. Le pouvoir de marché ne joue aucun rôle dans cette définition de restriction notable ou des cas bagatelle. La régulation liée à la concurrence intra-marque de l'art. 5 al. 4 LCart qui en résulte n'est donc pas une régulation du pouvoir de marché, mais une autre forme de régulation de l'économie guidée par la nécessité de maintenir des prix bas. Ces prix bas ne seront toutefois pas le résultat de la concurrence sur le marché, mais d'une pseudo-concurrence introduite artificiellement à l'intérieur du réseau de distribution d'une entreprise par une réglementation et des sanctions.

La première présomption de suppression de concurrence pouvant être renversée facilement, l'arrêt Gaba³² a introduit une deuxième présomption d'affectation notable de la concurrence tout en abaissant le seuil de l'intervention à la « non-notabilité ». Cette deuxième présomption pourrait même correspondre à la réalité des faits mais la présomption empêche l'examen des effets des accords sur les prix et les quantités sur un marché déterminé. Compte tenu de cet abaissement du seuil d'intervention, la grande majorité des entreprises suisses, pour la plupart des PME, sont sujettes à cette réglementation. Pour les PME en particulier, elle est si loin de la réalité du marché qu'il ne faut pas s'attendre à une grande compréhension et adhésion. L'effet dissuasif des sanctions sera nécessairement limité.

³⁰ Une autre difficulté pour les entrepreneurs est d'appréhender la différence entre ventes actives et passives, en particulier dans le contexte des ventes par internet.

³¹ ATF 143 II 297, c. 5.1.2.

³² ATF 143 II 297, c. 5.1 et 5.2. Cet arrêt a posé le principe selon lequel les accords couverts par l'art. 5 al. 3 et al. 4 LCart portent en principe, du fait de leur nature même (aspect qualitatif), une atteinte notable à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart, sans qu'il faille s'interroger au surplus sur les effets de l'accord (aspect quantitatif).

Le renversement de la présomption de suppression de la concurrence ouvre en outre la voie à la prise en compte des motifs d'efficacité économique. La grande majorité des accords qui affectent de manière notable la concurrence peut donc être justifiée pour des motifs d'efficacité économique ; à défaut, une sanction est toujours de mise pour les accords sur les prix et les quantités³³. L'utilité de cette ouverture pour les entreprises est toutefois faible, car la loi est interprétée de telle manière que la justification par des motifs d'efficacité économique apparaît en réalité très difficile³⁴. Les techniques et les mécanismes d'interprétation de la norme ne laissent pas de marge à l'initiative privée et les exigences de preuve en matière d'efficacité économique dépassent largement ce qui est demandé aux autorités de la concurrence pour prouver une restriction de la concurrence³⁵. En d'autres termes, si les autorités administratives et judiciaires ont œuvré depuis vingt-cinq ans pour faciliter la preuve des infractions aux règles de la concurrence par l'introduction de présomptions et l'affranchissement d'une analyse du marché, il est devenu pour les entreprises de plus en plus difficile de démontrer que les accords conclus répondent à leurs besoins et améliorent leur efficacité économique. Non seulement elles ne peuvent pas bénéficier de présomptions légales ou de fait, mais encore les exigences en matière de preuve sont si élevées qu'il devient quasiment impossible pour les entreprises de les satisfaire.

L'efficacité économique est en réalité traitée comme une composante nuisible qu'il faut maintenir loin de l'analyse concurrentielle. Cette asymétrie dans les exigences en matière de preuve des effets négatifs et positifs indique que les autorités administratives et judiciaires gèrent le droit de la concurrence comme un enjeu de pouvoir, éloigné de la réalité des marchés et de la concurrence qui y règne. L'effet dissuasif et l'efficacité de l'action publique ont pris le pas sur les réalités et l'objectif de la loi : la protection de la concurrence, au point de l'ignorer et d'aller à son encontre.

Le contrôle des abus de position dominante

L'abus d'une position dominante fait appel à la notion générale de l'abus, qui est largement utilisée en droit et diffère en fonction de la matière traitée. La loi n'interdit pas la position dominante, mais son abus. Ce principe est d'une telle simplicité qu'il rassemble les acteurs de tous les spectres politiques et économiques : l'économie de marché est acceptée pour autant qu'on limite ses abus. La difficulté réside comme toujours dans la définition des cas abusifs.

Certaines pratiques ont été listées comme exemple d'abus dans la loi³⁶, mais cette liste n'est pas exhaustive. Comme la liste mentionne des pratiques largement

³³ Art. 5 al. 3 et 4 LCart.

³⁴ ATF 144 II 246, *Altimum*, c. 13.5.3. L'entreprise doit non seulement prouver l'existence des motifs d'efficacité économique, mais aussi la nécessité de l'accord et l'absence de moyens moins dommageables pour les atteindre.

³⁵ A titre d'exemple, alors que l'entreprise doit prouver par pièces que l'accord est nécessaire pour atteindre des motifs d'efficacité économique démontrés, la Comco peut en revanche uniquement mentionner l'existence d'autres moyens aptes à atteindre les buts visés, sans avoir besoin de prouver le bien-fondé de ses allégations ; il incombe ensuite à l'entreprise d'expliquer pourquoi les autres moyens mentionnés par la Comco ne sont pas aptes à atteindre le but visé (ATF 144 II 246, c. 13.5.3).

³⁶ Art. 7 al. 2 LCart.

répandues et pro-concurrentielles, le Tribunal fédéral a exigé que l'analyse prenne en compte les critères de restriction de la concurrence annoncés dans la loi³⁷. L'effort accompli par le Tribunal fédéral pour assurer un minimum de densité normative et ainsi respecter le principe de légalité, est louable. Ces critères généraux se sont toutefois avérés insuffisants pour assurer la sécurité du droit. Étant donné que la règle sera définie par ses cas d'application, le Tribunal fédéral devait d'abord déterminer qui peut définir ces cas. C'est sur ce dernier point que la jurisprudence du Tribunal fédéral surprend : l'abus et la restriction de la concurrence peuvent être définis en dernière ressort non seulement par le Tribunal fédéral lui-même, mais aussi par la Cour de justice de l'UE, la Commission de la concurrence et aussi son Secrétariat³⁸. À l'argument d'une entreprise suisse invoquant l'absence de base légale claire, le Tribunal fédéral répond qu'il lui suffit de lire la jurisprudence de l'UE (une autorité étrangère), ou bien les décisions de l'autorité contre laquelle l'entreprise fait recours (la Comco), ou encore la pratique et les considérations de son Secrétariat, unité de l'administration fédérale chargée des enquêtes. Rappelons que les sanctions pour abus de position dominante sont obligatoires en Suisse et que ces sanctions sont de nature quasi-pénale. C'est comme de répondre à un prévenu que la loi est claire parce que le procureur a décidé qu'elle était claire, ou que la Cour suprême d'un autre pays a jugé un cas similaire, sur la base d'une législation similaire, et qu'il lui faut lire ce dernier jugement pour comprendre la loi pénale suisse.

Dans les grandes lignes, toutes les autorités (quasi)judiciaires et administratives sont habilitées à déterminer librement le contenu de la loi, y compris définir les comportements pouvant être sanctionnés, alors que dans un système organisé selon le principe de séparation des pouvoirs une telle tâche est réservée au législateur.

Fortes de leurs pouvoirs, les autorités de la concurrence ont décidé de plusieurs affaires qui glissent vers la réglementation du marché. Ces affaires ont certes pris principalement pour cible des entreprises publiques³⁹, mais elles touchent également des entreprises privées⁴⁰. Le cas SIX DCC⁴¹ a assoupli les conditions de l'imposition d'une obligation de fournir. Ainsi, SIX devait fournir des informations d'interopérabilité à un concurrent alors que le refus de fournir ces informations ne risquait pas d'éliminer la concurrence sur le marché : d'une part, il y avait d'autres concurrents sur le marché en aval et, d'autre part, le concurrent en question ne risquait pas d'être exclu du marché, il perdait uniquement un certain chiffre d'affaires du fait du refus⁴². Les informations requises n'étaient ainsi pas indispensables pour son activité⁴³.

³⁷ Art. 7 al. 1 LCart. ATF 139 I 72, *Publigroupe*.

³⁸ ATF 139 I 72, *Publigroupe*.

³⁹ Swisscom ou La Poste Suisse.

⁴⁰ Comme la bourse suisse SIX, Swatch ou UPC.

⁴¹ Décision de la Comco du 29 novembre 2010 dans l'affaire 32-0205 *SIX / Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁴² Décision de la Comco du 29 novembre 2010 dans l'affaire 32-0205 *SIX / Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, para 340. Le refus d'interopérabilité de SIX avait causé une baisse de 20% du chiffre d'affaires de ce concurrent. Le concurrent affirme que l'interopérabilité n'était pas vitale, ni indispensable.

⁴³ *Ibidem*. Le concurrent affirme que l'interopérabilité n'était pas vitale, ni indispensable. L'interprétation de la norme dans ce cas ne suit pas les critères développés par la jurisprudence de l'UE. En droit de l'UE, le refus doit risquer, ou

Le Tribunal administratif fédéral valide la décision et renchérit en faisant référence au concept de « délit de mise en danger »⁴⁴, ce qui rend superflue, voire inappropriée, toute analyse des effets sur la concurrence du comportement examiné. L'effort du Tribunal fédéral⁴⁵ visant à assurer un minimum de densité normative de la norme est ainsi anéanti : nul besoin d'apporter la preuve d'une entrave à la concurrence ou d'un désavantage du partenaire commercial, encore moins d'une élimination de la concurrence⁴⁶. Les faits et la réalité du marché peuvent tout simplement être ignorés. L'interdiction de l'abus et les sanctions peuvent être appliqués de manière abstraite et ceci dans des cas d'obligation de contracter qui empiètent gravement sur le droit de propriété, la liberté contractuelle des entreprises et ainsi à la substance même de l'économie de marché. Pour les entreprises en position dominante, l'abstraction de la règle la rend incertaine et inaccessible. Toute entreprise peut désormais demander à avoir l'accès à leurs actifs dès que le refus d'accès menace de causer un désavantage à l'entreprise requérante.

L'affaire SIX DDC est suivie par l'affaire des droits sportifs⁴⁷, qui a aboli l'exclusivité de Swisscom sur les droits sportifs de radiodiffusion sur le football et le hockey suisse acquis lors d'une procédure ouverte à tous les concurrents. De ce fait, la LCart supprime non seulement un éventuel abus, mais aussi la position dominante que la loi n'interdit pas. L'intervention rattrape sans retard le plaignant auquel une deuxième décision impose à son tour les mêmes obligations de fournir aux tiers le signal ou les programmes de diffusion des matchs de hockey⁴⁸, dont les droits ont été également acquis lors d'une procédure ouverte. Cette fois, les matchs de hockey sont devenus indispensables ou objectivement nécessaires pour opérer sur le marché. A ceux qui se réjouissent de l'encadrement des entreprises publiques et à l'ouverture des marchés, on répliquera que pour les privés il n'y aura pas non plus d'exclusivité, en appliquant les mêmes critères formels et en rejetant toute nécessité d'examiner les effets de l'exclusivité sur le marché.

Ces décisions montrent que le droit de la concurrence ignore le droit de propriété des entreprises en les obligeant à contracter avec des tiers. Le cadre réglementaire imposé par ces interventions indique en outre que les entreprises qui ont contribué à assouplir les conditions d'application de la règle seront, à leur tour, victime de celle-ci. Toute une industrie sera ainsi soumise à une régulation continue. La

être de nature à, éliminer la concurrence sur le marché. Arrêt du Tribunal du 17 septembre 2007 dans l'affaire T-201/0, Microsoft, paras 560 à 564. L'emploi des expressions « risque » ou « de nature à » renvoient à l'idée selon laquelle la Commission ne devait être obligée d'attendre que les concurrents soient éliminés du marché, ou qu'une telle élimination soit suffisamment imminente, avant de pouvoir intervenir en vertu de cette disposition. Plus précisément, « il n'est pas nécessaire de démontrer l'élimination de toute présence concurrentielle sur le marché. Ce qui importe, en effet, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, c'est que le refus en cause risque de, ou soit de nature à, éliminer toute concurrence effective sur le marché. [...] c'est à la Commission qu'il incombe d'établir que le refus de fournir en cause risque d'aboutir à l'élimination de toute concurrence effective. [...] cette dernière doit fonder son appréciation sur des éléments de preuve qui sont exacts, fiables et cohérents, qui constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et qui sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées ».

⁴⁴ Arrêt du TAF du 18 décembre 2018, affaire B-831/2011, paras 1198 ss, 1596 ss.

⁴⁵ ATF 139 I 72, *Publigroupe*.

⁴⁶ Requis en droit de l'UE.

⁴⁷ Décision de la Comco du 9 mai 2016 dans l'affaire 32-0243 *Sport im Pay-TV*.

⁴⁸ Décision de la Comco du 7 septembre 2020 dans l'affaire 32-0260 *Eishockey im Pay-TV*, para. 308.

stratégie gagnante paraît être celle qui consiste à se plaindre à la Comco plutôt que d'investir dans des actifs et de se faire concurrence avec des produits nouveaux. Les véritables gagnants sont les concurrents qui n'auront pas investi, mais peuvent néanmoins recueillir les fruits de la régulation.

Le cas de Swatch est également un cas de régulation économique par le biais du contrôle de l'abus de position dominante. Swatch est une affaire intéressante en ce qu'elle a été entamée par l'approche coopérative de l'entreprise elle-même. On aurait pu se réjouir de cette coopération mais, après plus de dix ans de réglementation, la Comco a montré qui fait la loi. Une réglementation visant à assurer l'approvisionnement des PME pendant une période leur permettant de trouver des sources d'approvisionnement alternatives, à l'interne ou à l'externe, a été transformée en une interdiction faite à Swatch de livrer certaines entreprises clientes afin de garantir des commandes aux concurrents de Swatch⁴⁹, ceci par le biais de mesures provisionnelles. Les premières à s'inquiéter étaient évidemment ces entreprises, victimes par ricochet, qui se trouvaient obligées de se fournir auprès des concurrents de Swatch ou de trouver d'autres sources d'approvisionnement, si ceux-ci ne pouvaient pas honorer leurs commandes. A l'évidence, cette décision était incompréhensible pour Swatch et ses entreprises clientes⁵⁰. Cette régulation de l'industrie horlogère a ouvert ainsi un nouveau chapitre en droit de la concurrence en Suisse, celui de la planification et l'administration de l'économie privée.

L'application extraterritoriale

Le formalisme et l'effet dissuasif ont un impact non seulement sur les entreprises suisses, mais aussi au niveau mondial. La tendance interventionniste est soutenue d'abord par l'extension du champ territorial de la LCart et ensuite par l'introduction d'une obligation de fournir les entreprises suisses.

Depuis l'interprétation large de la doctrine des effets par le Tribunal fédéral, la LCart a une application extraterritoriale qui couvre le monde entier s'il est possible que le comportement examiné ait des effets en Suisse⁵¹. Si un effet est possible, l'examen de sa probabilité ou de l'intensité des effets en Suisse n'est pas simplement superflu, mais est considéré comme illicite. Le formalisme poussé à son extrême coupe court à toute tentative des entreprises de fournir la preuve de l'absence d'effets en Suisse. Dans une approche politique de la définition et de l'application de la norme, les faits dérangent, comme si l'on craignait que les faits puissent démontrer la non-pertinence de la norme. L'unilatéralisme de l'application extraterritoriale étend le durcissement de la réglementation suisse aux partenaires économiques internationaux qui n'ont pas la même compréhension du droit de la concurrence, et marque ainsi une rupture avec la poursuite par la Suisse du multilatéralisme et de la coopération économique au niveau international.

⁴⁹ Décision du 16 décembre 2019 dans l'affaire 32-0224 *Swatch Lieferstopp Lieferstopp* (mesures provisionnelles).

⁵⁰ Le Temps du 16 décembre 2019, Swatch : la Comco va interdire à ETA de livrer des mouvements ; Le Temps du 19 décembre 2019, La Comco plonge l'horlogerie dans un imbroglio juridico-mécanique, disponibles sur : <https://www.letemps.ch>.

⁵¹ ATF 143 II 297, c. 3.7.

L'interventionnisme unilatéral est poursuivi avec le renforcement du concept de pouvoir de marché relatif, introduit en 2003. La Comco est chargée d'empêcher « la limitation de la possibilité des acheteurs de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger »⁵². Une entreprise étrangère présente en Suisse ne devrait ainsi pas refuser de livrer à un acheteur en Suisse à des conditions prévalant à l'étranger. Abaissant le seuil de la position dominante aux entreprises ayant un pouvoir de marché relatif, cette disposition impose des obligations à un nombre potentiellement important de fournisseurs étrangers.

Quel bilan après 25 ans de mise en œuvre ?

Le droit suisse de la concurrence glisse vers un interventionnisme préjudiciable pour l'économie de marché basée sur un système libéral dans au moins deux domaines : la régulation des accords verticaux et le contrôle des abus de position dominante. En modifiant les incitations des acteurs du marché, une telle intervention va à l'encontre du fonctionnement d'une économie de marché et des buts de la LCart. En embrassant la régulation, le droit de la concurrence opte pour un moyen qui contredit ses fins, le libre marché.

La composante réglementaire du droit de l'UE nous paraît avoir eu un impact prépondérant. Le contexte européen a œuvré comme source de régulation croissante dans le domaine des accords verticaux, ou en tant qu'appui pour réglementer des secteurs spécifiques de l'économie à travers les règles relatives à l'abus de position dominante. Dans ce contexte juridique et politique, l'objectif du Conseil fédéral de relancer l'économie et de réduire les coûts de la réglementation pour les entreprises suisses paraît donc difficile à atteindre. Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, l'introduction de la LCart avait pour objectif de stimuler l'économie de marché, mais sa mise en œuvre progressive a néanmoins évolué dans le sens contraire, celui de la régulation. Il n'est donc pas exclu que la poursuite de l'adoption autonome du droit communautaire entraîne une augmentation de la réglementation et des coûts pour les entreprises suisses.

Cette influence interventionniste doit être mieux examinée pour bien saisir l'impact sur les entreprises suisses d'une reprise du droit de l'UE. La réglementation des accords verticaux n'est pas acceptée sans autres difficultés par les entreprises européennes. Toutefois, à l'intérieur de l'UE, les tendances à la régulation et à la libéralisation s'équilibrent par l'accès inconditionnel au marché intérieur. En outre, d'autres sauvegardes empêchent les droits nationaux de la concurrence d'intervenir au-delà de ce qui est interdit par le droit de l'UE⁵³. Ces avantages du marché intérieur et les

⁵² Art. 7 al. 2 let. g LCart dans sa nouvelle teneur. L'initiative visait à compléter l'art. 96 al. 1 de la Constitution fédérale avec le texte en italique : « La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence. Elle prend en particulier des mesures afin de garantir l'acquisition non discriminatoire de biens et de services à l'étranger, et d'empêcher toute forme de limitation de la concurrence due aux pratiques unilatérales d'entreprises puissantes sur le marché ».

⁵³ En vertu de l'art. 3 al. 2 du Règlement 1/2003, « l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de

sauvegardes de droit européen ne sont pas opérants en Suisse. L'adoption d'une réglementation contraignante forçant l'accès unilatéral au marché européen pour certains consommateurs et distributeurs place les producteurs suisses dans un corset réglementaire lourd et coûteux, alors qu'ils ne bénéficient pas des avantages du marché intérieur. En outre, l'interprétation de la LCart et de sa composante répressive ne facilite pas leur tâche : la réglementation des accords verticaux reste difficile d'accès pour les entrepreneurs, ce qui a pour effet que la menace de sanctions les freine au lieu d'encourager le jeu de la concurrence sur le marché.

Les mêmes réflexions sont valables en ce qui concerne la réglementation des entreprises en position dominante. Dans ce domaine, le droit de l'UE sert de justification trompeuse d'un interventionnisme régulateur des marchés. Les incitations des opérateurs du marché sont perturbées, l'appel à la régulation étant rendu plus attractif que les investissements et l'innovation. Le cercle relativement limité des entreprises pouvant un jour se trouver en position dominante n'est pas un motif suffisant pour accepter inconditionnellement la régulation des marchés par le droit de la concurrence. La LCart ne donne en effet aucune compétence visant la régulation des marchés dans le cas où le législateur n'interviendrait pas. Ces incitations négatives sur le droit de propriété, sur la liberté contractuelle et enfin sur le fonctionnement de l'économie de marché ont un impact d'ensemble sur l'économie.

Toutes les institutions suisses ont contribué de différentes manières à ce penchant interventionniste. Les tribunaux suisses, dans un mouvement que l'on peut qualifier d'activisme judiciaire, modifient en permanence les critères d'intervention en s'affranchissant de plus en plus de l'analyse des faits et du fonctionnement lui-même des marchés concernés. Ainsi, le pouvoir discrétionnaire dont la fonction en droit de la concurrence est de permettre aux autorités administratives spécialisées – composées d'économistes et juristes – d'apprécier les faits complexes en lien avec le fonctionnement du marché, s'est transformé en un pouvoir qui s'affranchit des critères matériels rattachés au marché et ainsi aux faits concrets de la cause. Ce faisant, les pouvoirs administratifs et judiciaires s'affranchissent du principe de légalité, en s'appropriant le pouvoir de réglementer et d'administrer librement les relations entre acteurs économiques.

Le développement du droit suisse de la concurrence soulève ainsi quelques questions de principe, celui d'une économie de marché et celui de l'État de droit, ce qui présente un défi majeur pour le libéralisme.

l'article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité. Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise ». L'exception pour les pratiques unilatérales vise spécifiquement les dispositions relatives à l'abus de dépendance économique.



Impressum

Institut Libéral
Boulevard de Grancy 19
1006 Lausanne, Suisse
Tel.: +41 (0)21 510 32 00
liberal@libinst.ch

Les publications de l'Institut Libéral se trouvent sur
www.institutliberal.ch.

Disclaimer

L'Institut Libéral ne prend aucune position institutionnelle. Toutes les publications et communications de l'Institut contribuent à l'information et au débat. Elles reflètent les opinions de leurs auteurs et ne correspondent pas nécessairement à l'avis du Comité, du Conseil de fondation ou du Conseil académique de l'Institut.

Cette publication peut être citée avec indication de la source.
Copyright 2022, Institut Libéral.