

# LES ENTENTES ILLICITES ET L'ABUS DE POSITION DOMINANTE DANS LE NOUVEAU DROIT SUISSE DE LA CONCURRENCE

*par Pierre Tercier et Silvio Venturi\**

La nouvelle *Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions de la concurrence* ("LCart") est entrée en vigueur le 1er juillet 1996. Elle s'inscrit dans le "vaste programme de régénération de l'économie de marché en Suisse" mis sur pied par le Conseil fédéral.

La LCart est plus qu'une simple version révisée de l'ancienne *Loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et autres organisations analogues* ("aLCart"); elle est le résultat d'une refonte complète des bases sur lesquelles reposait le régime suisse du droit de la concurrence. L'aLCart s'adressait avant tout à l'opérateur privé, en lui donnant les moyens d'agir devant le juge civil contre les restrictions de la concurrence engendrées par un cartel ou une organisation analogue. Cette approche essentiellement "civiliste" s'est révélée insuffisante à promouvoir les objectifs fixés par le législateur, tant en raison des difficultés liées à la conduite d'un procès civil que du risque économique pris par celui qui introduisait un tel procès. Comme dans d'autres pays, c'est surtout par le biais d'enquêtes administratives, menées par la Commission fédérale des cartels, que la surveillance du marché s'est effectuée. Cette surveillance n'a toutefois pas pu s'exercer dans les meilleures conditions: D'abord, la Commission des cartels ne disposait que d'un pouvoir de recommandation; elle ne pouvait donc pas, par exemple, ordonner la séparation des entreprises ou des actifs regroupés. Ensuite, le régime légal était avant tout limité à l'appréciation des pratiques cartellaires; aucun système préventif des opérations de concentration n'était prévu et le comportement des entreprises détenant une position dominante ne pouvait être canalisé de manière satisfaisante. Enfin, le régime visait plus la surveillance générale du marché que le comportement individuel des entreprises: aucune règle de comportement n'était imposée aux entreprises et la Commission des cartels devait apprécier les restrictions de la concurrence en recourant (aussi) à des éléments de politique économique et sociale, éléments extrinsèques à la concurrence elle-même. La LCart modifie profondément ce système en renforçant le contrôle administratif, en particulier en donnant un véritable pouvoir de décision à la nouvelle Commission de la concurrence (la "Commission") et en lui permettant d'apprécier les pratiques des entreprises avant tout au regard de leurs effets sur la concurrence elle-même.

Après avoir précisé le champ d'application de la loi (I), nous présenterons les traits essentiels du nouveau régime. Celui-ci - qui se veut largement euro-compatible - est centré autour de trois grands axes: les accords et pratiques cartellaires (II), l'abus de position dominante (III) et le contrôle des concentrations; ce dernier volet sera traité par les mêmes auteurs dans le prochain numéro de la Revue du droit

international des affaires. Nous terminerons cette présentation par un survol de la procédure (IV), des sanctions applicables (V) et des relations entre la LCart et le droit communautaire (VI). La LCart a maintenu des dispositions de procédure civile, aux articles 12 à 17; ces dispositions n'ayant eu dans le passé qu'un rôle secondaire, nous n'en traiterons pas.

### I. Le champ d'application de la loi

L'application de la nouvelle loi dépend de critères personnels, matériels, géographiques et temporels.

**1.** La nouvelle loi s'applique à *toute entreprise*, c'est-à-dire à toute unité économique qui participe de manière indépendante à l'activité économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (art. 2 al. 1 LCart). Le terme "entreprise" doit être compris de manière large car il a un contenu économique plus que juridique; il couvre les formes les plus variées sous lesquelles peuvent opérer les acteurs économiques et vise aussi bien les entreprises privées que publiques. Il devrait également pouvoir viser une personne physique si celle-ci est un opérateur économique; ainsi le titulaire d'un brevet qui concède une licence ou encore l'agent commercial indépendant. Une association agissant comme opérateur économique (p.ex. une association d'entreprises) ou encore une collectivité publique agissant comme opérateur privé devraient également pouvoir être considérées comme des "entreprises" au sens de la loi, peu importe qu'elles aient ou non la personnalité juridique. Il appartiendra aux autorités chargées d'appliquer la loi de préciser les contours encore incertains de la notion d'"entreprise". Il est en revanche admis que la loi ne s'applique ni aux consommateurs ni aux travailleurs, ceux-ci n'étant pas des "entreprises"; les conventions et décisions qui ne concernent que les rapports de travail sont donc soustraites à l'application de la loi.

La loi s'applique à *tous les secteurs de l'activité économique*; il n'y a aucun marché de biens, corporels ou incorporels, ou de services qui serait, par principe, exclu. L'art. 3 LCart énonce cependant certaines limites:

- L'alinéa 1er réserve d'abord les *régimes de marché ou de prix de caractère étatique* et les dispositions régissant les *droits spéciaux* accordés à certaines entreprises. Cette disposition reprend en substance le contenu de l'art. 3 al. 1 aLCart. La réserve est toutefois limitée; comme l'indique le texte de la loi, elle ne concerne que les dispositions de droit public qui "excluent" certains biens ou services de la concurrence. Des dérogations ponctuelles ne sauraient donc soustraire l'ensemble d'un domaine à la LCart. Dès lors, tous les secteurs économiques, y compris les secteurs réglementés, sont en principe soumis à la LCart, à moins que celle-ci ne soit incompatible avec les régimes de caractère étatique ou les dispositions régissant les droits spéciaux.

- L'alinéa 2 réserve ensuite le *domaine de la propriété intellectuelle* en prévoyant que "la loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle". Il ne faut pas déduire de cette exception que le législateur a voulu systématiquement écarter le droit de la concurrence pour toutes les restrictions que pourrait imposer le titulaire d'un droit immatériel à ses cocontractants. Le terme "exclusivement" indique que le législateur n'a voulu écarter l'application de la LCart que pour les restrictions étroitement liées aux prérogatives réservées au titulaire du droit immatériel par la législation spéciale. A cet égard, il conviendrait de s'inspirer de la jurisprudence rendue par la Cour de Justice des Communautés européennes.

**2.** La nouvelle loi ne s'applique que si l'on se trouve en présence de restriction de la concurrence

découlant de la participation à des *accords*, de *l'abus d'une position dominante* sur le marché ou de la participation à une *concentration* (art. 2 al. 1 LCart). Toute autre forme de restriction devra au besoin être examinée à la lumière d'autres dispositions, notamment de celles prévues par la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale.

**3.** La loi s'applique aux restrictions de la concurrence ou aux concentrations qui produisent leurs *effets* (aussi) sur le marché suisse (art. 2 al. 2 LCart). Peu importe en revanche le lieu où ces restrictions ou concentrations se sont produites (p. ex. lieu de signature d'un accord) ou encore le lieu où une entreprise a son siège. Une même entreprise peut donc être soumise concurremment aux règles suisses et à des règles étrangères de la concurrence, en particulier au droit communautaire. Pour une meilleure sécurité juridique, il convient d'interpréter autant que possible les notions tirés de la LCart à la lumière des notions équivalentes du droit européen.

**4.** La nouvelle loi est entrée en vigueur le *1er juillet 1996*. S'agissant d'accords illicites, elle s'applique (i) aux états de fait postérieurs à son entrée en vigueur, (ii) aux procédures introduites après son entrée en vigueur, et (iii) aux procédures pendantes au 1er juillet 1996. Ces procédures seront suspendues pendant un délai de six mois dès l'entrée en vigueur de la loi (art. 62 al. 1 LCart), étant entendu qu'il s'agit là d'un délai visant à permettre aux entreprises de s'adapter au nouveau régime et non à autoriser provisoirement les ententes illicites. En revanche, la nouvelle loi ne s'applique pas aux décisions passées en force et aux recommandations rendues sous l'ancienne loi (art. 62 al. 3 LCart).

## **II. Les accords illicites**

Dans le nouveau régime, une restriction à la concurrence est prohibée si elle résulte d'accords illicites au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Sont illicites les accords qui (i) affectent de manière notable la concurrence sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique, ou qui (ii) suppriment la concurrence efficace. Le régime est donc différent selon que l'accord restreint seulement la concurrence, ou la supprime. On constate par ailleurs que le nouveau droit ne considère pas par principe illicites les ententes restrictives de concurrence, contrairement à l'art. 85 du Traité de Rome (le "Traité").

### ***1. La notion d'accord***

**1.** L'accord vise *aussi bien les conventions que les pratiques concertées* entre entreprises (art. 4 al. 1 LCart), étant entendu que la distinction, souvent incertaine en pratique, n'a pas de réelle portée juridique: il s'agit toujours d'accords illicites au sens de la loi.

- La loi ne définit pas la *convention*. La notion vise d'abord le contrat tel qu'il est défini à l'art. 1 du Code suisse des obligations ("CO"), soit l'échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes, ayant force obligatoire pour les parties; la forme du contrat importe peu (accord verbal, conditions générales). La notion vise aussi le contrat n'ayant pas force contraignante pour les parties (p. ex. un *Gentlemen's agreement*). Ce qui importe, c'est la volonté commune et consciente des parties de se comporter de façon déterminée sur le marché.

- La loi ne définit pas non plus la *pratique concertée*. Celle-ci se situe en deçà de l'accord, dans la mesure où elle ne suppose pas un échange de volontés réciproques et concordantes entre les entreprises. L'entrave résultera ici d'une action commune, d'un parallélisme de comportements (p. ex. un alignement sur les prix). Il faut toutefois constater des éléments de "concertation", c'est-à-dire une forme de collusion ou de coordination pratique, consciente et voulue, entre les entreprises. La concurrence est faussée dès lors que les entreprises impliquées ne déterminent plus de manière autonome la politique qu'elles entendent suivre sur le marché. En revanche, une action commune qui résulterait du jeu normal de la concurrence, de l'alignement d'un concurrent sur un autre par la simple observation du marché, ne constitue pas une pratique concertée; une telle action est fréquente dans un marché oligopolistique.

La notion d'accord devrait également pouvoir s'appliquer aux *décisions d'associations d'entreprises*. A défaut, il suffirait aux entreprises de conclure des accords par association(s) interposée(s) pour éluder la loi. C'est là toutefois une question qui devra être tranchée et précisée par les autorités chargées d'appliquer la loi. Cela dit, il est généralement admis qu'une simple *recommandation* peut constituer une pratique concertée si elle traduit la volonté de l'association de coordonner le comportement de ses membres et si ceux-ci y adhèrent effectivement.

**2.** La notion d'accord couvre *les ententes horizontales et verticales*, c'est-à-dire les conventions et pratiques concertées entre entreprises occupant des échelons économiques différents ou des échelons identiques (art. 4 al. 1 LCart). La loi part donc du principe que les accords verticaux et horizontaux sont à traiter de manière identique. Mais il ne s'agit là que d'un principe, largement tempéré d'exceptions. Le système repose sur certaines présomptions et une législation secondaire créant un régime favorable pour certaines catégories d'accords horizontaux et, de manière générale, pour les accords verticaux.

**3.** La loi ne précise pas si les ententes peuvent aussi intervenir entre des entreprises qui forment *une unité économique*. Il appartiendra aux autorités chargées d'appliquer la loi de préciser ce point. En droit européen, il est généralement répondu par la négative lorsqu'une filiale n'a pas d'autonomie réelle sur le marché, pour autant que l'entente n'affecte pas les tiers.

*2. Les ententes restrictives de concurrence*

Les ententes qui restreignent la concurrence (sans la supprimer) ne sont illicites que si elles affectent la concurrence de manière notable et si elles ne sont pas justifiées par des motifs d'efficacité économique.

### 2.1. *L'atteinte notable*

La plupart des ententes ont des effets sur la concurrence dans la mesure où elles limitent généralement les parties dans leur liberté de prendre certaines décisions commerciales de manière indépendante. C'est pourquoi le législateur a limité son intervention aux ententes entraînant des *restrictions notables* de la concurrence; l'effet restrictif sur la concurrence doit donc être appréciable.

Pour établir le degré de gravité de l'atteinte, il faut procéder à une comparaison des conditions de concurrence avec et sans l'accord prétendument illicite et constater que l'accord a des effets (directs ou indirects, actuels ou potentiels) défavorables appréciables sur les échanges. Il n'est pas nécessaire que la plupart des paramètres concurrentiels soient éliminés. La gravité dépendra des paramètres affectés, compte tenu des caractéristiques du marché considéré. La comparaison doit s'effectuer dans le contexte d'application de l'accord. Il faut donc délimiter le marché en cause, en tenant compte de toutes ses caractéristiques (barrières d'accès au marché, nombre et dimension des concurrents, quantité de produits concernés, etc.). En soi, le marché géographique concerné peut être très limité, le degré de gravité de l'atteinte se mesurant *en termes qualitatifs* et non quantitatifs. Il n'est donc nullement exigé que la restriction soit sensible sur l'ensemble ou sur une partie importante du territoire suisse.

La loi ne précise pas si l'entente doit effectivement entraîner une restriction notable à la concurrence pour être illicite, ou s'il suffit qu'elle ait *pour objet* une telle restriction, comme en droit européen (art. 85(1) du Traité). A première vue, l'art. 5 al. 1 LCart semble exiger un effet anticoncurrentiel. Il conviendrait toutefois d'admettre qu'une entente peut être considérée illicite au vu de son seul contenu déjà si celui-ci vise clairement à fausser le jeu normal de la concurrence. La distinction est moins importante en droit suisse qu'en droit européen. En effet, les accords n'ayant pas à être notifiés préalablement (cf. point IV/2 ci-dessous), ils auront généralement déjà produit leurs effets au moment où la Commission sera saisie.

### 2.2. *L'atteinte non justifiée*

Les accords restrictifs de concurrence peuvent être justifiés par des *motifs d'efficacité économique*, même s'ils affectent de manière significative la concurrence (art. 5 al. 1 LCart). Dans certains cas en effet, les atteintes à la concurrence peuvent être tolérées si leurs effets nuisibles sont compensés par des retombées économiques favorables.

1. Les accords sont admissibles s'ils aboutissent à un certain résultat: sont "réputés" *justifiés* les accords nécessaires (i) pour réduire les coûts de production ou de distribution, (ii) pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, (iii) pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou (iv) pour exploiter plus rationnellement des ressources (art. 5 al. 2 LCart). Le législateur estime que les avantages objectifs que comportent de tels accords - avantages qui ne se confondent pas nécessairement avec les avantages pour les parties - outrepassent les désavantages causés par les restrictions à la concurrence ("solde positif").

La règle ne s'applique toutefois qu'à *deux conditions supplémentaires* et cumulatives: D'une part, les accords mentionnés (et les restrictions qu'ils contiennent) doivent être nécessaires, et non seulement utiles, à atteindre les objectifs fixés. D'autre part, ces accords ne doivent "en aucune façon" permettre aux entreprises concernées de supprimer la concurrence efficace; ce risque sera généralement important lorsque les parts de marché des entreprises en cause sont considérables.

2. La loi permet ensuite au Conseil fédéral, par voie d'*ordonnances*, et à la Commission, par voie de *communications*, d'établir les conditions auxquelles certains accords sont "en règle générale" justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 6 LCart). Pour l'heure, aucune réglementation particulière n'a été adoptée. La loi indique que les accords suivants devront notamment faire l'objet d'une telle réglementation: les accords de coopération en matière de recherche et de développement, les accords de spécialisation et de rationalisation, les accords en vue de l'octroi d'une exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services, les accords relatifs à la concession de licences exclusives de droits de propriété intellectuelle, ou encore des formes particulières de coopération propres à certaines branches de l'économie.

### 3. *Les ententes suppressives de concurrence*

Les accords qui suppriment la concurrence efficace sont, par principe, illicites. Ils ne peuvent pas être justifiés par des motifs d'efficacité économique.

1. Par accords qui suppriment la concurrence, il faut entendre les *ententes horizontales* entre concurrents actuels ou potentiels qui réduisent à néant tous les paramètres concurrentiels pertinents dans un marché donné. Il faut tenir compte des conditions actuelles de concurrence mais aussi des développements attendus de l'accord.

Ce type d'entente vise avant tout les cartels rigides (*harte Kartelle*). Pour eux, la loi *présume* qu'ils suppriment toute concurrence. Il s'agit, exhaustivement, des accords fixant directement ou indirectement

les prix, des accords régissant les quantités de biens ou services à produire, à acheter ou à fournir; enfin, des accords de répartition du marché en fonction de critères géographiques (*market sharing*) ou personnels (*allocation of customers*) (art. 5 al. 3 LCart). La loi part donc de l'idée que toute concurrence est supprimée, par une entente sur les prix par exemple, même si la concurrence par d'autres facteurs, par exemple la qualité, subsiste. Chaque paramètre concurrentiel est ici considéré comme important, quel que soit le marché.

2. La présomption d'illicéité a une importance particulière sur le plan de la *procédure*. En présence d'un cartel rigide - et c'est là une solution originale dans le nouveau régime - la Commission ne doit pas procéder à une étude approfondie du marché, mais peut se borner à établir les faits à la base de la présomption. Bien sûr, la présomption d'illicéité est réfragable: les entreprises intéressées peuvent apporter la preuve qu'un cartel prétendument rigide ne supprime pas toute concurrence malgré l'élimination du paramètre concurrentiel dont il s'agit et, si cette preuve peut être apportée, tenter d'établir que le cartel dont il s'agit est justifié par des motifs d'efficacité économique.

#### 4. *La justification exceptionnelle*

L'art. 8 LCart constitue une particularité, par rapport au droit communautaire notamment, puisqu'il prévoit que les accords illicites au regard de leurs effets sur la concurrence (y compris les cartels rigides visés à l'art. 5 al. 3 LCart) peuvent encore être autorisés par le Conseil fédéral si "à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'*intérêts publics prépondérants*". Il faut donc d'abord qu'un intérêt public prépondérant (et non un simple intérêt public) soit en jeu. Il faut ensuite que la restriction autorisée soit *nécessaire* (et non seulement utile) à la sauvegarde de cet intérêt. L'appréciation du Conseil fédéral sera avant tout politique et reposera sur des facteurs étrangers à la concurrence elle-même (politique économique notamment).

En raison de son caractère exceptionnel, l'autorisation ne peut être octroyée que pour une durée limitée, étant entendu qu'une prolongation peut être accordée si les conditions prévalant au moment de l'octroi de l'autorisation sont toujours réunies. Elle peut en outre être soumise à des conditions et des charges (art. 31 al. 3 et 4 LCart).

### **III. L'abus de position dominante**

L'art. 7 LCart sanctionne l'abus d'une position dominante détenue par une ou plusieurs entreprises. La nouvelle loi, comme le droit européen, ne s'oppose pas au fait qu'une entreprise détienne une position dominante sur un marché donné. Elle s'oppose en revanche aux abus que pourrait commettre une telle

entreprise, car le législateur estime que des obligations particulières pèsent sur elle du fait de sa position de force sur le marché.

### 1. Les notions de position dominante et d'abus

La nouvelle loi définit la notion de "position dominante" et précise la notion d'"abus" en recourant à une série d'exemples.

1. Selon l'art. 4 al. 2 LCart, une ou plusieurs entreprises détiennent une *position dominante* si celle-ci leur permet, en matière d'offre ou de demande, "de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché"; par "participants", il faut entendre aussi bien les concurrents que les fournisseurs ou acheteurs. Cette définition, à contenu économique plus que juridique, correspond à celle dégagée par la Cour de Justice des Communautés.

La position dominante résulte généralement de la conjonction de *plusieurs facteurs*. La part de marché est le facteur le plus significatif, mais d'autres paramètres sont à prendre en considération, notamment la structure de l'entreprise concernée (p.ex. ses réseaux de distribution, son avance technologique), son degré d'indépendance par rapport à ses partenaires, son comportement sur le marché, l'absence de concurrence potentielle (p.ex. en raison des moyens financiers ou techniques considérables que devraient engager des concurrents ou des nouveaux producteurs), la possibilité de trouver des produits de substitution et, de manière plus générale, la structure du marché.

La position dominante n'a de sens que par rapport à un *marché donné*. Il faut donc d'abord définir le marché déterminant, puis rechercher si l'entreprise dont il s'agit détient une position dominante sur ce marché. La loi n'indique pas comment déterminer ce marché. Selon la Commission, le marché doit être défini, comme en droit communautaire, en fonction des produits (ou des services) en cause et de l'espace: (i) Les produits appartenant à un même marché sont ceux qui sont interchangeables ou qui le sont dans une large mesure; à défaut, ces produits ne seraient pas concurrents. Le caractère substituable des produits doit être déterminé en fonction de leurs propriétés, de leur usage et de leur prix. (ii) Le marché géographique correspond au territoire dans lequel l'entreprise est active et dans lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes.

Compte tenu de l'exiguïté du territoire et du degré de concentration très élevé de l'économie suisse, l'art. 7 LCart devrait devenir l'une des dispositions les plus importantes de la nouvelle loi.

2. L'art. 7 al. 1er LCart prévoit que sont illicites les pratiques des entreprises qui "*abusent de leur position* [dominante] et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou



désavantagent les partenaires commerciaux". Le texte vise toutes pratiques d'entrave (p. ex. barrières érigées à l'entrée ou à la sortie du marché ou à l'exercice même de la concurrence sur le marché; pratique visant à éliminer un concurrent ou à augmenter ses coûts) et d'exploitation; l'appréciation étant objective, la faute de l'entreprise n'est pas déterminante. Il ne faut pas comprendre que la pratique dont il s'agit constitue déjà l'abus. A défaut toute entrave, par exemple toute sous-enchère de prix, serait prohibée. Or, tel n'est pas le cas. Seule une entrave à la concurrence ou une pratique d'exploitation non justifiées par des motifs objectifs, au vu des circonstances du cas d'espèce, doivent être prohibées. La loi ne donne aucune indication sur la justification possible des pratiques d'entreprises.

## 2. Les exemples d'abus

L'art. 7 al. 2 LCart énumère des *cas particuliers* dans lesquels les pratiques de l'entreprise dominante "[s]ont en particulier réputés illicites". Une telle formulation laisse entendre que les pratiques dont il s'agit (au moins) sont illicites. Or tel n'est pas le cas. Les pratiques mentionnées sont pour la plupart des pratiques courantes d'entreprises qui ne doivent être interdites que si elles constituent, au vu des circonstances du cas d'espèce, un abus au sens de l'art. 7 al. 1er LCart. L'art. 86(2) du Traité, dont le législateur suisse a pourtant repris la liste d'exemples, est plus précis en disposant que les pratiques mentionnées "peuvent" simplement constituer des abus. Les exemples suivants sont donnés:

- *Le refus d'entretenir des relations commerciales (LCart 7 II/a)*. Cette "pratique illicite" n'est pas expressément prévue dans le Traité. A première vue, elle mettrait à charge de l'entreprise en position dominante une obligation générale de contracter. Une telle interprétation doit cependant être écartée, l'entreprise en position dominante devant en principe pouvoir choisir librement ses cocontractants. Ce n'est qu'en l'absence de motifs objectifs que le refus de contracter peut constituer un abus, par exemple lorsqu'un tel refus est opposé à un client actuel d'une entreprise dominante (rupture injustifiée de la relation contractuelle, mesure de rétorsion) ou encore lorsque le client "n'a pas le choix" en ce qu'il doit obtenir le bien ou le service de l'entreprise en position dominante s'il veut accéder au marché. Cette dernière hypothèse concerne en particulier les entités jouissant de droits exclusifs. Le refus d'acheter (par opposition au refus de vendre) de l'entreprise en position dominante peut aussi constituer un abus, même si ce cas se présente moins fréquemment en pratique.

- *La discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales (LCart 7 II/b)*. Cette restriction est contraignante pour l'entreprise en position dominante dans la mesure où elle limite considérablement sa liberté de négocier librement avec ses partenaires, pour autant que ceux-ci se trouvent dans des situations comparables. L'interdiction du traitement inégal existe dès que les partenaires touchés sont, sans motifs objectifs, désavantagés dans la concurrence. Ainsi, des délais de livraison différents, des conditions de garantie différentes ou encore des conditions de prix différentes peuvent fonder une interdiction. Une différence de traitement peut être justifiée par les motifs les plus divers, qui seront souvent liés à la stratégie commerciale de l'entreprise en position dominante ou aux contre-prestations fournies par ses partenaires commerciaux.

- *Le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions inéquitables (L'Cart 7 II/c)*. L'abus ne découle plus ici de la comparaison entre les divers partenaires commerciaux de l'entreprise dominante, mais des conditions imposées par cette entreprise à l'un, à certains ou à tous ses partenaires. Le caractère inéquitable est retenu par comparaison à l'usage dans le marché considéré, dans des conditions normales de concurrence, ou, à défaut, par référence à la valeur économique du produit ou du service. Les conditions sont inéquitables lorsqu'elles sont manifestement injustes eu égard aux circonstances du cas d'espèce et notamment de la gravité de l'atteinte à la liberté du partenaire commercial. Il peut s'agir soit de conditions injustes imposées aux partenaires commerciaux soit d'avantages injustes extorqués par l'entreprise à ses partenaires. Dans tous les cas, l'entreprise en position dominante doit exploiter sa position de force.

- *La sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales dirigées contre un concurrent déterminé (L'Cart 7 II/d)*. Cette disposition vise à interdire les pratiques de l'entreprise en position dominante tendant à exclure du marché des concurrents déterminés. Selon le Message, une telle pratique doit être retenue lorsque l'entreprise "pratique systématiquement la sous-enchère à l'égard d'un concurrent plus faible et sans aucune perspective d'amélioration rapide de ses gains". Des prix objectivement injustifiables peuvent être le signe d'une telle stratégie. Il peut bien sûr s'agir de prix très bas offerts par exemple à la clientèle d'un concurrent. Il peut s'agir aussi de prix trop élevés, pratiqués pour limiter les sources d'approvisionnement. Dans tous les cas, la pratique vise à restreindre la concurrence afin de permettre à l'entreprise en position dominante de se comporter ultérieurement de manière encore plus indépendante sur le marché.

- *La limitation de la production, des débouchés ou du développement technique (L'Cart 7 II/e)*. Cette disposition vise l'hypothèse dans laquelle l'entreprise en position dominante, seule ou de concert avec d'autres entreprises, limite l'accès au marché sans que cela ne résulte de l'évolution normale du marché. La limitation, qui peut porter sur tous les paramètres du marché (produits, quantités, régions, opérateurs), vise à terme à permettre à l'entreprise dominante de se comporter de manière encore plus indépendante sur le marché dont il s'agit ou à tout le moins de conserver sa position. L'entreprise dominante pourrait ainsi refuser de vendre les composants de l'un de ses produits afin d'empêcher tout accès au marché de ce produit par des concurrents.

- *Le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires (L'Cart 7 II/f)*. Cette disposition interdit à l'entreprise dominante de subordonner la conclusion de la transaction de base à la conclusion de transactions accessoires (affaires dites "liées"), à moins qu'il n'existe un rapport objectif entre les deux transactions, par exemple si la prestation accessoire est par nature indispensable à la prestation principale. Le cas le plus courant concerne l'obligation de maintenance auprès du fournisseur dominant imposée à l'acheteur du produit. Généralement, une telle obligation ne pourra pas être justifiée, à moins, par exemple, qu'il s'agisse d'un produit dangereux et que l'obligation de maintenance soit alors justifiée pour des motifs de sécurité.

### 3. *La justification exceptionnelle*

L'art. 8 LCart, qui prévoit que les accords illicites peuvent être autorisés par le Conseil fédéral si "à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'*intérêts publics prépondérants*", s'applique aussi aux abus de position dominante (cf. ci-dessus II/4). A noter qu'en droit communautaire, un abus de position dominante ne peut jamais être "exempté".

## **IV. La procédure**

### 1. *Les autorités chargées de l'application de la loi*

Plusieurs autorités, toutes tenues du secret de fonction (art. 25 al. 1 LCart), sont chargées d'appliquer la loi.

**1.** La *Commission fédérale de la concurrence*, qui remplace l'ancienne Commission fédérale des cartels, est la principale autorité chargée d'appliquer la nouvelle loi. Elle a désormais un véritable pouvoir décisionnel et sa compétence est générale: elle prend toutes les décisions qui ne sont pas réservées par la loi à une autre autorité (art. 18 al. 3 LCart). Ses fonctions sont notamment les suivantes: elle approuve les accords amiables passés avec les entreprises (art. 30 LCart); elle reçoit les notifications de concentrations et rend les décisions qui s'imposent (art. 32 ss LCart); elle donne des préavis et des avis, et fait des recommandations aux autorités politiques (art. 45-47 LCart).

**2.** Le *Secrétariat* de la Commission n'est pas en soi une autorité indépendante puisqu'il est subordonné à la Commission. Cela dit, la loi lui confère des attributions propres de premier plan puisqu'il est notamment chargé de l'enquête préalable et de l'instruction de la procédure. Outre ces fonctions essentielles, le Secrétariat prépare les affaires de la compétence de la Commission, prend les décisions de procédure, fait des propositions à la Commission et exécute les décisions de celle-ci (art. 23 LCart). C'est le Secrétariat qui traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités. Il peut proposer des accords amiables aux entreprises (art. 29 LCart).

**3.** La *Commission de recours* "pour les questions de concurrence" est une autorité administrative créée par la nouvelle loi. Toutes les décisions prises par le Secrétariat de la Commission ou par la Commission elle-même peuvent lui être soumises (art. 44 LCart). La Commission de recours est la première instance de recours en matière administrative.

4. Les *autres autorités* auxquelles la loi confie certaines fonctions sont les suivantes:

- Le *Tribunal fédéral* est la plus haute autorité judiciaire en Suisse. Les décisions de la Commission de recours peuvent être portées devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif.

- Le *Conseil fédéral* est la plus haute autorité du pouvoir exécutif en Suisse. La LCart lui confère une fonction très particulière: celle d'accorder des autorisations exceptionnelles fondées sur des intérêts publics prépondérants. Ces autorisations, qui dépendent avant tout de considérations politiques, légitiment les restrictions de la concurrence dont le caractère illicite a été constaté par la Commission (art. 8, 31 LCart).

- Les *tribunaux ordinaires* sont compétents pour connaître des actions fondées sur les dispositions de droit civil de la nouvelle loi. Il est vraisemblable que la voie civile ne sera pas plus utilisée que sous l'empire de l'ancienne loi. A noter que la nouvelle loi impose aux tribunaux civils de soumettre la licéité d'une restriction de la concurrence contestée à la Commission, pour avis.

## 2. *La procédure administrative*

La procédure est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative ("PA"), sous réserve des aménagements particuliers introduits par la LCart.

1. A la différence du droit communautaire, les accords restrictifs de concurrence n'ont pas à être notifiés à la Commission. Les parties à l'accord sont toutefois libres de le faire, déclenchant ainsi l'ouverture, par le Secrétariat, d'une *enquête préalable*, qui marque le début de la procédure administrative. L'enquête préalable peut également être menée d'office ou sur dénonciation d'un tiers (art. 26 al. 1 LCart). L'ouverture d'une enquête préalable n'ouvre pas encore aux intéressés le droit de consulter le dossier. Elle a principalement pour but de récolter une série d'informations permettant au Secrétariat de faire un premier tri, et de vérifier, notamment, si la restriction constatée a un effet appréciable sur la concurrence.

2. Si l'enquête préalable révèle des indices d'une restriction illicite, le Secrétariat peut ouvrir une *enquête*, d'entente avec l'un des membres de la présidence de la Commission. Il doit le faire aussi s'il y est invité par la Commission ou le Département de l'économie publique (art. 27 al. 1 LCart). L'ouverture de l'enquête fait l'objet d'une publication officielle mentionnant l'objet et les parties concernées par l'enquête (art. 28 LCart). Les "parties concernées" sont en tous cas les entreprises parties à l'entente en cause ou l'entreprise auteur de l'abus de position dominante. Certains tiers peuvent participer à la

procédure, à condition de s'annoncer dans les trente jours suivant la publication de l'ouverture de l'enquête (art. 28 LCart): il s'agit d'abord des concurrents, actuels ou potentiels, qui sont touchés par l'accord restrictif de concurrence; il s'agit ensuite de certaines organisations et associations (art. 43 LCart). Ces tiers participants peuvent se voir reconnaître la qualité de parties aux conditions des articles 6 et 48 PA; dans ce cas, ils peuvent exercer tous les droits des parties, à savoir essentiellement le droit de participer à l'instruction, le droit de consulter le dossier (art. 26 PA), sous réserve de la sauvegarde des intérêts importants des parties (art. 27. 1b PA), le droit d'être entendu (art. 28 PA) et, par la suite, le droit de recourir.

Les parties et les tiers concernés sont tenus de fournir tous renseignements utiles et de produire toutes pièces nécessaires (art. 40 LCart). Les autorités de concurrence peuvent entendre les tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions. Elles peuvent ordonner de procéder à des perquisitions et saisir des pièces à conviction (art. 42 LCart). Pour le surplus, la procédure est régie par la loi fédérale sur la procédure administrative (cf. art. 39 LCart); ce sont donc les mesures d'instruction classiques qui peuvent être prises. Le Secrétariat établit les faits d'office et procède à l'administration des preuves (art. 12 PA). A noter que la Suisse n'est partie à aucun traité international sur l'entraide en matière administrative.

**3.** L'enquête prend fin par une *décision* de la Commission. Il peut d'abord s'agir d'une décision approuvant un accord amiable. Un tel accord est proposé par le Secrétariat et porte sur les modalités nécessaires à supprimer la restriction de la concurrence (art. 29 LCart). Les participants à l'enquête peuvent soumettre leur avis écrit sur la proposition du Secrétariat. A défaut d'accord amiable, la Commission rend une décision contraignante pour les entreprises intéressées (art. 29 LCart), sur la base du rapport préparé à son intention par le Secrétariat. Si elle le juge utile, la Commission peut inviter le Secrétariat à prendre des mesures complémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30 al. 2 phr. 2 LCart). La Commission peut publier ses décisions (sous réserve des secrets d'affaires).

### *3. Les voies de recours*

Les parties et les tiers participants au sens des art. 28 et 43 LCart peuvent recourir auprès de la *Commission de recours* contre toute décision de la Commission ou du Secrétariat (cf. art. 48 PA). Ce recours obéit aux règles habituelles de la procédure administrative. Les décisions de la Commission de recours peuvent à leur tour être portées devant le *Tribunal fédéral* par la voie du recours de droit administratif.

### *4. L'autorisation exceptionnelle*

L'autorisation fondée sur des motifs exceptionnels (art. 8 LCart) n'est délivrée, à la demande des

entreprises concernées, qu'après la constatation, par la Commission, du caractère illicite de l'entente ou de la pratique de l'entreprise dominante (art. 31 LCart). La requête d'autorisation doit être soumise au Conseil fédéral dans les 30 jours qui suivent la décision de la Commission, sans qu'il ne soit nécessaire d'épuiser toutes les voies de recours. La requête d'autorisation exceptionnelle peut aussi être présentée dans les trente jours qui suivent l'entrée en force de la décision de la Commission de recours ou de la décision du Tribunal fédéral.

## **V. Les sanctions**

L'une des particularités du nouveau droit est qu'il ne sanctionne pas, ni administrativement ni pénalement, l'existence *per se* d'accords illicites et d'abus de position dominante. De telles sanctions ne sont prévues qu'en cas d'inobservation d'accords amiables et de décisions administratives ou d'injonctions données au cours d'une investigation. En d'autres termes, seul le non respect de mesures administratives destinées à supprimer les restrictions à la concurrence est punissable, et cela à partir du moment où l'autorité est intervenue. Les sanctions administratives frappent les entreprises et les sanctions pénales les personnes responsables; les deux types de sanctions peuvent être cumulés.

**1.** En cas d'inobservation d'un accord amiable, d'une décision en force des autorités chargées de l'application de la LCart ou encore d'une décision rendue par une instance de recours, l'entreprise peut être frappée d'une *amende administrative* pouvant atteindre le triple du gain qu'elle a réalisé du fait de l'inobservation; si le gain ne peut pas être déterminé, le montant de l'amende peut atteindre 10% du dernier chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse par l'entreprise concernée (art. 50 LCart). L'amende ne peut toutefois aller au-delà de CHF 100,000 si l'inobservation porte sur l'obligation de renseigner les autorités ou de produire des documents (art. 53 LCart). La loi ne fixe que des plafonds à l'amende; le montant de celle-ci dépendra des circonstances du cas d'espèce.

**2.** Les personnes qui agissent pour le compte des entreprises et qui sont responsables de la violation d'accords amiables ou de décisions administratives, y compris les décisions rendues par des instances de recours, sont punies d'une *amende pénale* pouvant atteindre CHF 100,000 (art. 54 LCart); l'action pénale se prescrit en principe par cinq ans (art. 56 al. 1 LCart). L'amende ne peut toutefois dépasser CHF 20,000 si les décisions dont il s'agit portent sur l'obligation de renseigner les autorités (art. 55 LCart); l'action se prescrit dans cette hypothèse par deux ans (art. 56 al. 2 LCart). Dans tous les cas, la personne responsable doit disposer d'un pouvoir de décision au sein de l'entreprise et doit avoir agi intentionnellement.

## **VI. Le droit suisse et le droit communautaire**

## 1. La LCart et le droit communautaire

On constate que le nouveau régime suisse est proche du droit communautaire. On peut brièvement résumer la comparaison:

**1. L'abus de position dominante et les accords illicites.** L'art. 7 LCart, qui régit les abus de position dominante, reproduit en substance l'art. 86 du Traité. En pratique, la norme suisse ne devrait pas faire l'objet de divergences notables d'interprétation.

L'art. 5 LCart, qui régit les accords illicites, reprend aussi en substance le contenu de l'art. 85 du Traité. Le mécanisme "d'exemption" est toutefois différent. Le droit communautaire pose le principe de l'interdiction des ententes (art. 85(1) du Traité), interdiction aménagée d'une série d'exemptions individuelles ou catégorielles. Le droit suisse en revanche, fondé lui sur l'interdiction des abus uniquement, inverse le régime et admet la licéité de principe des ententes, licéité qu'il aménage à son tour par l'interdiction des abus. L'approche de la nouvelle loi correspond à une idée (encore) chère en droit suisse de la concurrence, à savoir qu'une restriction est en soi licite et que seuls les abus sont réprimés. Comme l'indique l'art. 1 LCart, il s'agit uniquement "d'empêcher les conséquences nuisibles" des atteintes à la concurrence. En perpétuant cette idée, la nouvelle loi respecte le mandat constitutionnel conféré au législateur (art. 31bis al. 3 lit. d de la Constitution fédérale). La différence de mécanisme s'estompe cependant si l'on compare l'art. 5 al. 3 LCart à l'art. 85 du Traité: la présomption de l'art. 5 al. 3 LCart est proche du régime de l'interdiction.

Cela dit, en pratique, les ententes finalement admises ou prohibées ne devraient pas être très différentes, que l'on applique le principe de "l'interdiction des abus" prévu à l'art. 5 LCart ou celui de "l'interdiction des ententes" prévu à l'art. 85(1) du Traité. Le mécanisme paraît en revanche plus lourd en droit communautaire où la tendance est à considérer, dans un premier temps et sans réelle analyse économique, toute restriction comme contraire à l'art. 85(1) du Traité puis, dans un deuxième temps, d'admettre la restriction en application de l'art. 85(3) du Traité.

**2. La procédure.** La différence principale au plan de la procédure tient au fait que les accords restrictifs de concurrence n'ont pas à être notifiés à la Commission de la concurrence. C'est là une conséquence directe du fait qu'un accord est considéré *prima facie* comme licite.

**3. L'amende.** C'est vraisemblablement sur ce point que le nouveau régime étonnera le plus l'observateur étranger puisqu'il ne réprime pas les abus commis avant l'intervention de l'autorité, que ces abus résultent d'accords ou de positions dominantes. Et il suffit que les entreprises mettent fin à la restriction

de la concurrence, suite à l'intervention de la Commission, pour échapper à toute amende (et cela malgré, par exemple, des abus commis durant des années par une entreprise dominante). De plus, si les entreprises maintiennent les restrictions malgré l'intervention de la Commission, la "durée" de l'infraction sera généralement négligeable, puisqu'elle sera comprise entre le moment de l'intervention de la Commission et le prononcé de l'amende. Un tel régime permet de douter de l'effet dissuasif de la nouvelle loi, si l'on considère que dans l'expérience communautaire cet effet résulte avant tout des montants importants des amendes administratives infligées. Sous le régime institué par la nouvelle loi, le risque économique des entreprises en cas de contravention apparaîtra souvent négligeable.

## *2. Application directe de l'art. 85 du Traité par le juge suisse?*

Cette question est surtout importante en rapport avec un contrat soumis au droit suisse qui serait nul en application de l'art. 85 du Traité. Le juge suisse ne peut bien entendu pas appliquer "directement" cette disposition. Deux voies "indirectes" pourraient être suivies:

**1.** D'abord, l'art. 85 du Traité pourrait être un motif de nullité au sens de *l'art. 20 CO* qui est lui applicable au contrat. Selon l'art. 20 CO, un contrat est nul s'il est "illicite". Jusqu'ici, le Tribunal fédéral a cependant retenu que la violation du droit étranger n'invalide pas le contrat soumis au droit suisse.

**2.** En matière internationale, *l'art. 19 de la loi fédérale sur le droit international privé* ("LDIP") permet également au juge de "prendre en considération" les dispositions impératives du droit étranger "lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent", et cela même si le droit suisse est applicable au contrat. S'il est admis que l'article 19 LDIP vise aussi le droit public étranger, il est en revanche contesté qu'il puisse conduire un juge suisse à tenir compte de l'art. 85 du Traité. En soi, l'art. 19 LDIP ne s'oppose pas à la prise en compte de l'art. 85 du Traité. Le Tribunal fédéral n'a toutefois jamais retenu la nullité d'un contrat en raison d'une loi d'application immédiate étrangère.

Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la question n'a plus la même portée. Si le contrat est soumis au droit suisse, l'entreprise peut aujourd'hui invoquer la nullité de l'accord pour des motifs semblables à ceux prévus par l'art. 85 du Traité. La nullité interviendra en application de l'art. 13 a LCart.

## *2. L'accord de libre échange de 1972*

La Suisse a conclu un accord de libre échange avec la Communauté ("l'Accord"), qui est entré en



vigueur le 1er janvier 1973. L'Accord déclare incompatibles avec son bon fonctionnement les ententes et pratiques anticoncurrentielles ainsi que les abus de position dominante dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Suisse et la Communauté. L'art. 23 de l'Accord ne parle toutefois pas d'"interdiction" et ne saurait par conséquent être violé; il laisse simplement aux parties le soin de prendre toutes les "mesures appropriées" après avoir réuni un Comité mixte chargé de l'application de l'Accord. L'Accord ne contient dès lors aucune règle de concurrence directement applicable et doit être considéré avant tout comme une voie de règlement diplomatique.

Les art. 58 et 59 LCart instituent un mécanisme permettant d'exécuter les accords internationaux qui ne contiennent pas de règles d'application directe. Selon le Conseil fédéral, les nouvelles dispositions "doivent ouvrir la possibilité d'éliminer des restrictions de la concurrence dont l'origine est en Suisse mais qui s'exercent à l'étranger, lorsque ces effets sont incompatibles avec des dispositions de droit de la concurrence figurant dans des traités internationaux et que l'on doit s'attendre à ce qu'une partie à l'accord prenne des mesures de représailles". Dans une affaire affectant l'accord international, le Département de l'économie publique peut charger le Secrétariat de la Commission de procéder à une enquête préalable (art. 58 al. 1 LCart). Si la restriction en cause est incompatible avec l'accord, une solution amiable en vue de supprimer l'incompatibilité est proposée par les autorités politiques. Si un terrain d'entente ne peut être trouvé, les autorités politiques prennent alors les mesures nécessaires pour supprimer la restriction (art. 59 LCart).

### Conclusion

Le nouveau régime régissant les accords restrictifs de concurrence et les abus de position dominante ne modifiera pas fondamentalement la conduite des entreprises suisses déjà présentes de manière significative dans la Communauté. Celles-ci sont généralement déjà rompues aux principes du droit communautaire, l'apprentissage s'étant parfois acquis au prix fort. C'est donc surtout les petites et moyennes entreprises qui devront se familiariser avec les nouvelles règles. Le défi est également important pour les avocats, peu coutumiers des principes régissant le droit de la concurrence et de ses effets directs sur les relations entre entreprises. Jusqu'ici c'est en effet surtout aux avocats étrangers que se sont adressées les entreprises suisses actives sur le marché communautaire.

L'apport des nouvelles règles est en revanche considérable sur le marché intérieur. Ces règles devraient d'abord permettre de lutter efficacement contre les cartels en ce qu'elles donnent enfin aux autorités administratives les moyens d'intervenir. Elles devraient ensuite avoir un impact important sur le marché suisse vu le taux de cartellisation de l'économie, contribuant ainsi à la "régénération de l'économie de marché en Suisse" voulue par le Conseil fédéral. Le nouveau régime est enfin un facteur important d'intégration dans l'Union européenne comprise comme un marché économique unique, même si les obstacles à la libre circulation des marchandises demeurent nombreux.