

Rapport suisse à la LIDC sur la question B

(Congrès de Gand, 4-9 octobre 2005)

présenté par

Jean-Marc Reymond, Dr en droit, LL.M. (King's College London), avocat

a) Dans quelle mesure le droit de la concurrence peut-il ou doit-il contrôler la liberté d'un fournisseur de choisir un ou plusieurs canaux de distribution pour le même produit ?

a.1) De manière générale, le droit de la concurrence suisse permet-il à un fournisseur d'organiser librement la distribution de ses produits, et à quelles conditions ?

1) Introduction

a) Le principe de la liberté contractuelle

En droit suisse, la liberté contractuelle est l'un des aspects du droit à la liberté économique, garantie par la Constitution fédérale¹. Elle comprend notamment deux composantes qui nous intéressent plus particulièrement ici : d'une part la liberté de conclure (ou de ne pas conclure) un contrat et de choisir l'autre partie au contrat, autrement dit la liberté de contracter ; d'autre part la liberté de convenir de l'objet et des modalités du contrat², c'est-à-dire la liberté du contenu³.

Le fournisseur d'un produit sur le marché helvétique dispose donc d'une liberté de principe d'organiser la distribution de ses produits par le canal qu'il juge le plus adéquat, en particulier sur le plan économique.

b) Les limites posées par le droit de la concurrence

Les libertés susmentionnées sont toutefois limitées par le droit de la concurrence. Ainsi, la liberté de conclure ou plus précisément celle de ne pas

¹ Art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

² Selon l'art. 19 du Code des obligations suisse, « [l'objet d'un contrat peut être librement déterminé dans les limites de la loi] ».

³ Bovet, *personnalité économique*, p. 143 s. ; Gauch/Schluép/Tercier, *Partie générale du droit des obligations*, Tome I, 2^{ème}, p. 82, no 433.

conclure, cédera le pas à l'obligation de passer « *des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche* » (art. 13⁴ de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (LCart)) lorsqu'il faut faire cesser certains comportements illicites, tel le refus d'entretenir des relations commerciales ou la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales (art. 7 al. 2, let. a et b⁵). Cette obligation peut être imposée tant aux parties à un accord illicite, qu'à une entreprise en position dominante.

Quant au contenu du contrat, il ne doit évidemment rien stipuler d'illicite⁶ en particulier à la lumière du droit de la concurrence.

2) Les textes

a) La LCart et son art. 5 al. 4 nouveau

L'art. 5 al. 1^{er} de LCart dispose que « *[l]es accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites* ». L'art. 5 al. 2 LCart énumère de manière exhaustive certains effets qui permettent de justifier une restriction de la concurrence parce qu'ils sont réputés augmenter l'efficacité économique des entreprises parties à l'accord et, partant, l'intensité de la concurrence sur le marché considéré⁷. Il s'agit de la réduction des coûts de production ou de distribution, de l'amélioration des produits ou des procédés de fabrication, de la promotion de la recherche ou de la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles et de l'exploitation plus rationnelle des ressources.

Le 20 juin 2003, dans le cadre de la révision de la LCart entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004, le Parlement helvétique a adopté un art. 5 al. 4 LCart qui vise les accords verticaux en général et donc les contrats de distribution en particulier. Aux termes de cette disposition, « *[s]ont également⁸ présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises*

⁴ L'art. 13 LCart dispose que « *[a]fin d'assurer la suppression ou la cessation de l'entrave à la concurrence, le juge, à la requête du demandeur, peut notamment décider que (...) b. celui qui est à l'origine de l'entrave à la concurrence doit conclure avec celui qui la subit des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche* ».

⁵ Voir annexe.

⁶ Selon l'art. 20 al. 1er CO, le contrat est nul s'il a pour objet une chose illicite.

⁷ Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, Feuille fédérale 1995 I 550.

⁸ Le terme fait référence à l'art. 5 al. 3 LCart selon lequel les accords horizontaux sur les prix, les quantités ou une répartition géographique ou en fonction des partenaires commerciaux (cartels durs) sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace.

occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues ». La présomption prévue par cette disposition est en réalité une présomption d'illicéité puisque les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace sont illicites selon l'art. 5 al. 1^{er} LCart⁹. En visant les exclusivités territoriales, la disposition tend à désenclaver le marché suisse en favorisant les importations parallèles¹⁰.

Des sanctions directes¹¹ également nouvelles ont été prévues par le législateur pour rendre la norme plus efficace. « *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* » (art. 49a al. 1er LCart introduit le 20 juin 2003).

b) La Communication concernant l'appréciation des accords verticaux

aa) *Son but et son champ d'application*

Le 18 février 2002, la Comco a par ailleurs édicté une Communication concernant l'appréciation des accords verticaux¹² dans le « *but de clarifier les conditions auxquelles il y a lieu d'admettre qu'un accord vertical affecte de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1^{er} LCart* » et en particulier « *pour saisir les cas dans lesquels les pratiques de certaines entreprises tendent à cloisonner le marché suisse par rapport aux marchés étrangers* »¹³.

Dans sa décision *Feldschlösschen/Coca Cola*¹⁴, la Comco a confirmé que les dispositions de la communication s'appliquaient de la même manière à l'ensemble des entreprises, y compris sur le marché des boissons, et qu'elles étaient suffisamment claires et précises pour rendre superflue une

⁹ Bovet, *avocat*, p. 15.

¹⁰ La disposition vise en particulier les accords sur l'attribution de territoires « *notamment lorsque de tels accords prévoient une protection territoriale absolue ou lorsque toute importation parallèle est impossible* » (intervention du Conseiller fédéral Joseph Deiss, Bulletin Officiel du Conseil national, séance du 20 mars 2003, p. 331).

¹¹ Jusqu'ici, seule l'inobservation d'une décision rendue par la Comco ou d'un accord amiable passé avec elle était susceptible de sanctions (art. 50 LCart).

¹² Droit et politique de la concurrence (DPC) 2002/1, p. 407 ss.

¹³ Préambule de la Communication qui précise que celle-ci ne lie ni la Commission de recours pour les questions de concurrence ni le Tribunal fédéral lors de l'interprétation de dispositions relatives au droit des cartels.

¹⁴ DPC 2005/1, p. 114, *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG*, ch. 128.

communication *propre à une branche de l'économie* au sens de l'art. 6 al. 2 LCart.

bb) Les accords qui affectent la concurrence de manière notable

Cette communication de trois pages ne comprend que cinq chiffres, précédés d'un préambule. Le texte laisse un goût d'inachevé : il ne comprend ni appréciation économique des accords visés, ni explication quant aux règles qu'il consacre. Par ailleurs, il ne dit rien des accords de licence¹⁵.

Le ch. 3 énumère les accords verticaux dont la Comco considère qu'ils affectent en principe la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1^{er} LCart¹⁶ (présomption *extra legem* de restriction notable¹⁷). La liste s'inspire manifestement des restrictions auxquelles l'exemption du Règlement (CE) No 2790/1999 ne s'applique pas¹⁸. Il s'agit des accords qui :

- a) déterminent directement ou indirectement des prix de revente imposés, ou des prix minimum à la revente¹⁹ ;

La règle est celle de l'art. 5 al. 4 LCart, mais elle précise que les prix de revente peuvent être imposés « *directement ou indirectement*²⁰ », ce qui révèle un défaut de cohérence entre la loi et la communication²¹.

- b) limitent directement ou indirectement le territoire ou le cercle de la clientèle de revente par le commerçant ;
- c) limitent la vente au consommateur final, dans la mesure où cette limitation est imposée à un commerçant agréé au sein d'un système de distribution sélective ;

¹⁵ Bovet, *2000-2001*, p. 106, Xoudis, p. 333.

¹⁶ Voir annexe.

¹⁷ Bovet, *avocat*, p. 15.

¹⁸ Voir les art. 4 (let. a à e) et 5 du règlement (CE) No 2790/1999 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO 1999 L 226, p. 21. Rappelons que les communications fondées sur l'art. 6 LCart permettent uniquement de préciser les conditions auxquelles certains accords sont en règle générale réputés justifiés. En droit communautaire, en revanche, les accords qui remplissent les conditions du règlement sont automatiquement exemptés et donc autorisés. Critique à l'égard de cette reprise du droit communautaire : Xoudis, p. 319 et 386.

¹⁹ L'un des accords examinés par la Comco dans l'enquête sur le marché de l'asphaltage (DPC 2000/4, p. 588) concernait un accord de distribution exclusive, mais qui produisait en réalité des effets horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition de territoires (Bovet, *2000-2001*, p. 107).

²⁰ À l'instar du droit communautaire : art. 4 *princ.* du règlement (CE) No 2790/1999.

²¹ Bovet, *avocat*, p. 16 ; Bovet, *New rules*, p. 133.

- d) limitent les livraisons croisées entre commerçants agréés (même s'ils sont actifs à des échelons différents du marché) à l'intérieur d'un système de distribution sélective ;
- e) empêchent le fournisseur de livrer des composants, respectivement des pièces de rechange à des tiers (consommateur final, atelier de réparation, etc.) qui ne sont pas des commerçants parties à l'accord²²;
- f) contiennent une obligation de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans ou supérieure à une année après l'expiration de l'accord vertical.

L'art. 5 al. 4 LCart entré en vigueur en 2004, attache aux prix de revente imposés et à l'interdiction de revente hors du territoire concédé (hypothèses prévues au ch. 3, let. a et b de la communication) une présomption d'illicéité et non pas seulement une présomption de restriction notable. La différence est de taille : selon le système de l'art. 5 al. 1 LCart, un accord qui conduit à la suppression de la concurrence efficace ne peut pas être justifié par les motifs d'efficacité économique prévus par l'art. 5 al. 2 LCart. Celle-ci ne peut être que renversée par la preuve que la concurrence interne et externe subsiste malgré l'accord²³. L'incompatibilité entre la loi et la communication doit se résoudre au profit de la première. Nous doutons à vrai dire que la présomption d'illicéité des prix de revente imposés puisse être renversée²⁴. En revanche, la preuve d'une concurrence interne pourra souvent être apportée et la présomption renversée si l'accord de distribution n'interdit pas les ventes passives vers le territoire exclusif²⁵.

Par ailleurs, la restriction mentionnée sous let. f (obligation de non-concurrence) pourrait se révéler incompatible avec la jurisprudence du Tribunal fédéral. Se fondant sur une définition qui se réfère à l'évidence aux ententes horizontales, la Haute Cour helvétique a considéré que l'«*fo]n est en présence d'un cartel ou d'une organisation analogue à un cartel lorsque les deux ou plusieurs*

²² Dans l'affaire Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG, la Comco (DPC 1999/2, p. 247), puis la Commission de recours pour les questions de concurrence (DPC 2000/4, p. 716) ont examiné le refus de la seconde de continuer à vendre des pièces de rechange à des réparateurs indépendants uniquement sous l'angle d'un éventuel abus de position dominante. Elles ont considéré que Minolta n'était pas puissante sur le marché et qu'elle ne pouvait donc pas commettre d'abus. Les décisions ne précisent pas le type de distribution mis en place par Minolta sur le marché suisse.

²³ Message cité à la note 7, p. 552 et 561.

²⁴ Voir cependant le ch. 5 al. 3 *in fine* du projet de Communication relative aux accords passés par les petites et moyennes entreprises, cité plus bas, p. 11 s.

²⁵ Selon le Conseiller fédéral Joseph Deiss, « *[l]es contrats de concession exclusive prévoient évidemment une certaine protection territoriale qui doit pouvoir rester licite aussi longtemps qu'elle n'a pas un caractère absolu. On peut dire que le caractère absolu n'existe pas tant que des ventes passives sont possibles en dehors du territoire prévu par le contrat, soit tant que tout commerce parallèle n'est pas impossible* » (Bulletin Officiel du Conseil national, séance du 20 mars 2003, p. 331).

entreprises réunissent leurs efforts pour avoir un impact sur le marché. Une telle collaboration fait défaut dans une interdiction unilatérale de concurrence conclue à titre accessoire dans le cadre d'un contrat synallagmatique dans le but de garantir la prestation principale du contrat. Une telle interdiction de concurrence ne repose pas sur des intérêts communs à l'exercice d'un impact sur le marché, mais découle d'une réglementation contractuelle, arrêtée par les parties afin de liquider des conflits d'intérêts. Cette réglementation peut être conclue à la guise des parties dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC. Partant, il n'y a aucun accord en matière de concurrence au sens des art. 4 al. 1 et 5 s. LCart»²⁶. L'arrêt concernait toutefois un cas particulier : la partie à une transaction judiciaire qui avait pris un engagement de non-concurrence dans le cadre de celle-ci, tentait de se libérer en soutenant que l'obligation qu'il avait acceptée violait la LCart. Il est donc difficile de déterminer précisément la portée de cet arrêt.

L'énumération ci-dessus (ch. 3, let. a à f) ne permet pas de considérer que tous les autres accords verticaux n'affectent pas la concurrence de manière notable. *« Au contraire, la non-notabilité (sic !) d'un accord n'est donnée que lorsque, d'une part, l'accord n'atteint pas les seuils de parts de marché décrits au chiffre 4 al. 1 de la communication et que, d'autre part, les effets de l'accord ne se cumulent pas avec ceux d'autres accords semblables sur le même marché »²⁷.*

cc) Les motifs d'efficacité économique

Le ch. 5 de la communication précise qu'un accord vertical peut être justifié par des motifs d'efficacité économique *« notamment lorsqu'il permet une organisation plus efficace du réseau de distribution et qu'une restriction à la concurrence est nécessaire pour atteindre ce but »* (cf. art. 5 al. 2 LCart). La Comco énumère ensuite les restrictions susceptibles d'être nécessaires en précisant dans quelles limites elles sont admissibles. Il peut s'agir en particulier des limitations du territoire ou du cercle de la clientèle de revente du commerçant, qui :

- a) concernent des territoires ou des cercles de clientèle pour lesquels le fournisseur se réserve un droit de livraison personnel, pour autant que le commerçant puisse honorer des commandes spontanées de clients individuels (ventes passives²⁸) et que la revente par les clients du commerçant ne soit pas elle aussi limitée ;

²⁶ ATF 124 (1998) III 495, Journal des Tribunaux (JdT) 2000 I 357, considérant 4 ; Hoch Classen, p. 323 s.

²⁷ Préambule de la Communication.

²⁸ Par exemple via Internet.

- b) concernent des territoires ou des cercles de clientèle qui, sur la base d'un contrat avec le fournisseur, sont exclusivement réservés à un autre commerçant, pour autant que le commerçant puisse honorer des commandes spontanées de clients individuels (ventes passives) et que la revente par les clients du commerçant ne soit pas elle aussi limitée ;

Il en résulte que la distribution exclusive affecte la concurrence de manière notable, mais qu'elle est en principe considérée comme justifiée par des motifs d'efficacité économique pour autant que des ventes passives soient permises (let. a et b). En revanche, l'art. 5 al. 4 LCart ne précise pas quelle type de ventes – seulement passives ou également actives – doit être interdit par l'accord pour faire naître la présomption d'illicéité. La doctrine autorisée défend une interprétation compatible avec la règle posée par la communication et considère que seule l'interdiction des ventes passives est visée par l'art. 5 al. 4 LCart²⁹.

- c) restreignent la liberté des grossistes de vendre directement au consommateur final ;
- d) restreignent la liberté d'un commerçant agréé de revendre à un commerçant non agréé les biens ou services achetés ;
- e) restreignent la liberté du commerçant de revendre des composants – que le fournisseur lui a livré pour les intégrer à d'autres produits – à des tiers qui utilisent ces composants pour la production de produits concurrents.

Les restrictions décrites sous let. a à e correspondent donc à celles qui n'empêchent pas l'exemption prévue par le règlement (CE) No 2790/1999³⁰ de s'appliquer (art. 4 let. b du règlement).

dd) La règle de minimis

Enfin, la communication contient une règle *de minimis* : son ch. 4 al. 1er prévoit en effet qu'un accord vertical n'affecte pas en règle générale de manière notable la concurrence :

- a) si les parts de marché de toutes les entreprises qui y participent ne dépassent, sur aucun marché considéré, le seuil de 10%³¹ et

²⁹ Cf. Bovet, *avocat*, p. 16; Bovet, *New rules*, p. 133; Krauskopf/Pirlot Pittet, p. 244. Voir également note 25.

³⁰ Voir note 18.

³¹ Le seuil de 10% a été critiqué par la doctrine qui l'a jugé trop bas en comparaison avec le seuil de 15% fixé par l'art. 7 al. 1^{er} let. b de la Communication européenne *de minimis* et celui de 30% prévu à l'art. 3 du règlement (CE) No 2790/1999. Il oblige les petites et moyennes entreprises à faire contrôler

- b) si l'accord ne contient pas l'une des restrictions mentionnées au ch. 3, let. a à f de la communication.

La règle pose donc une présomption de licéité (« *safe harbour* ») pour les accords qui répondent à ces conditions.

En revanche, ce principe ne s'applique pas lorsque la concurrence sur le marché considéré est limitée par les effets cumulatifs de plusieurs réseaux de distributions verticaux semblables fonctionnant côte à côte, pour autant que les fournisseurs, respectivement les commerçants qui y participent soient effectivement ou potentiellement concurrents³².

dd) Casuistique

Contrats de livraison de bière (achat exclusif)³³

Dans le cadre de l'enquête Coca Cola Beverages AG/ Feldschlösschen, la Comco a examiné la licéité des contrats d'exclusivité conclus par le brasseur et de nombreux restaurants et débits de boisson. Aux termes et pour la durée de ces contrats (cinq à dix ans), ceux-ci s'engagent à ne vendre dans leur établissement que certaines boissons, distribuées par Feldschlösschen. Ces conventions comportent donc une obligation d'achat exclusif qui empêche le restaurateur de faire jouer la concurrence entre les différents distributeurs des boissons qui font l'objet de l'exclusivité. Elles s'accompagnent par ailleurs souvent d'un prêt ou d'un engagement financier consenti par Feldschlösschen en faveur du restaurateur. Lors de l'examen du caractère notable de l'atteinte à la concurrence³⁴, la Comco s'est référée à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux³⁵, adoptée le 18 février 2002, soit après le début de l'enquête contre Feldschlösschen le 20 novembre 2000, et en particulier à son ch. 3 selon lequel les accords verticaux affectent en principe la concurrence de manière notable lorsqu'ils *f) contiennent une obligation de non-*

la conformité de leurs accords de distribution avec le droit de la concurrence. Par ailleurs, les entreprises actives sur le plan européen ne peuvent plus partir de l'idée que le respect du droit européen de la concurrence implique celui du droit suisse (Meinhardt/Merkt ; Bovet, 2000-2001, p. 106).

³² À noter que selon l'art. 6 du règlement (CE) No 2790/1999, la Commission européenne peut retirer l'exemption lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents.

³³ DPC 2005/1, p. 114, Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG, ch. 102 à 128.

³⁴ DPC 2005/1, p. 114, ch. 108 et 128.

³⁵ DPC 2002/1, p. 404 ss.

concurrence d'une durée supérieure à cinq ans ou supérieure à une année après l'expiration de l'accord vertical »³⁶. La Comco en a déduit que les contrats en cause (dont la durée était supérieure à cinq ans) restreignaient la concurrence de manière notable et qu'ils étaient donc en principe illicites. Elle a cependant considéré qu'ils étaient justifiés par des motifs d'efficacité économique à condition d'être couplés à un prêt de Feldschlösschen en faveur du restaurateur et pour autant qu'ils puissent être résiliés en tout temps par celui-ci au cours de la période allant au-delà de cinq ans, moyennant remboursement du solde de la dette³⁷.

Il n'est pas sans intérêt de relever que le type de contrat d'exclusivité examiné par la Comco a fait l'objet d'une procédure, civile celle-là, portée en recours jusque devant la plus haute juridiction suisse³⁸ : le contrat d'achat exclusif entre Feldschlösschen et l'établissement public avait été conclu pour une durée de quinze ans ; il était couplé à un prêt de CHF 10'000.- et à un versement à fonds perdus d'un montant équivalent consenti par la brasserie. Devant la juridiction inférieure, le cafetier s'était opposé en vain à l'action en exécution du contrat ouverte en décembre 1995 par son fournisseur en soutenant que la convention constituait un engagement excessif qui violait ses droits de la personnalité (art. 27 al. 2 du Code civil suisse (CCS)³⁹). Après avoir considéré que l'état de fait litigieux devait être examiné à la lumière de la LCart (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996), le Tribunal fédéral a estimé, sur recours, que les faits retenus par le tribunal inférieur (et par lesquels il était lié) étaient manifestement insuffisants pour décider si l'on était en présence d'un accord en matière de concurrence (!) et, le cas échéant, si un tel accord pouvait être qualifié d'illicite en application de l'art. 5 LCart. Il est vrai que le juge civil suisse est encore peu enclin à appliquer le droit de la concurrence.

³⁶ La règle de minimis (art. 4 al. 1 de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux) ne s'appliquait pas compte tenu sans doute des parts de marché détenues par Feldschlösschen (cf. ch. 96 à 98 de la décision).

³⁷ Dans sa décision, la Comco a par ailleurs laissé ouverte la question de l'appréciation d'un accord d'exclusivité en cas de lancement d'une nouvelle boisson sur le marché, nécessitant des investissements publicitaires importants et pouvant nécessiter une exclusivité de plus de longue durée.

³⁸ Tribunal fédéral, 4C.195/1999, arrêt du 24 juillet 2000, Vincent Scarfo c. Feldschlösschen SA, en particulier considérant 3.

³⁹ L'art. 27 CCS dispose que « 1. Nul ne peut, même partiellement, renoncer à la jouissance ou à l'exercice des droits civils. 2. Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs ». C'est l'occasion de rappeler que le droit suisse de la concurrence reposait à l'origine sur le droit privé : le droit au libre exercice d'une activité professionnelle ou économique, considéré comme un droit de la personnalité, constituait la base pour poser des limites au boycott et aux cartels. Cette conception n'avait pas été fondamentalement remise en cause par les lois sur les cartels de 1962 et de 1985. En revanche, la LCart de 1995 protège toujours la personnalité économique, mais indirectement. Elle est en premier lieu dirigée contre les effets des accords et des comportements sur la concurrence elle-même, désormais protégée en tant qu'institution (Bovet, *contrat*, p. 17 ss ; Reymond, ch. 19 ss ad art. 12-17 Lcart).

c) La Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile

Enfin, le 21 octobre 2002 la Comco a émis une Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile⁴⁰, suivie en 2004 d'une Note explicative⁴¹.

Dans le préambule de la communication, la Comco relève que celle-ci a été inspirée par le règlement (CE) No 1400/2002⁴², mais qu'elle tient compte des conditions économiques et juridiques spécifiques à la Suisse. Son but est d'éviter le cloisonnement du marché suisse et favoriser la concurrence sur le marché du service après-vente.

La communication est axée autour d'une liste de restrictions dont la Comco considère qu'elles affectent la concurrence de manière notable, qu'elles ne peuvent pas être justifiées par des motifs d'efficacité économique et qu'elles sont donc illicites⁴³.

Il s'agit en particulier des clauses :

- a) qui fixent un prix de revente (sauf maximal),
- b) qui, dans un système de distribution exclusive, restreignent la possibilité pour un utilisateur final ou un revendeur indépendant en Suisse de se fournir auprès d'un distributeur agréé en Suisse ou dans l'EEE ; autrement dit si les ventes actives peuvent être interdites, les ventes passives doivent rester possibles⁴⁴),
- c) qui, dans un système de distribution sélective, restreignent
 - la possibilité pour un utilisateur final ou les membres d'un réseau de distribution sélective (livraisons croisées) en Suisse de se fournir auprès d'un distributeur agréé actif en Suisse ou dans l'EEE (ch. 14, let. a),

⁴⁰ DPC 2002/4, p. 778 ss. Cette communication fait suite aux conditions-cadres élaborée par l'ancienne Commission des cartels et que la Comco avait décidé de reconduire jusqu'à nouvel avis (DPC 1997/1, p. 55).

⁴¹ DPC 2004/3, p. 971 ss.

⁴² Règlement (CE) No 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JO 2002 L 203, p. 30.

⁴³ Ch. 11 à 17. Le système manque de clarté : les chiffres 12 à 17 précisent que les restrictions décrites affectent « *en règle générale* » la concurrence de manière notable.

⁴⁴ Note de la Comco, cité sous note 41, ch. 13.

- les ventes passives ou actives à des utilisateurs finals en Suisse ou dans l'EEE par les membres d'un réseau de distribution sélective en Suisse ou dans l'EEE (ch. 14, let. c),

Le fournisseur peut ainsi imposer que les seuls acheteurs possibles du distributeur agréé soient les autres distributeurs agréés de la marque considérée, les consommateurs finals ou un revendeur mandaté qui agit au nom d'un consommateur final⁴⁵.

- les ventes passives par les membres d'un réseau de distribution sélective à tout utilisateur final ou distributeur non agréé sur les marchés où des territoires exclusifs ont été établis (ch. 14, let. e),

À noter que le fournisseur peut choisir ses distributeurs agréés sur la base de critères qualitatifs et/ou quantitatifs prédéfinis⁴⁶.

- d) qui contiennent une obligation directe ou indirecte empêchant les membres appartenant à un réseau de distribution de vendre des véhicules automobiles ou des pièces de rechange de fabricants concurrents (multi-marquisme),

La communication contient encore des règles concernant le service après-vente et la résiliation des contrats. Ainsi, le bénéfice de la garantie ne tombe pas si l'utilisateur final a fait réparer son véhicule par un réparateur indépendant⁴⁷. Quant au réseau de réparateurs agréés, les fournisseurs d'automobiles doivent l'organiser sur la base d'un système de distribution sélective uniquement sur des critères qualitatifs (et non quantitatifs)⁴⁸.

- d) Le projet de communication relative aux accords passés par les petites et moyennes entreprises

Il faut enfin signaler que, le 22 novembre 2004, la Comco a mis en consultation un projet de communication relative aux accords passés par les petites et moyennes entreprises (Communication PME) qui a pour but de fixer les critères auxquels les accords passés entre PME ne sont pas considérés comme problématiques au regard de la LCart renforcée. Le projet vise les accords

⁴⁵ Note de la Comco, cité sous note 41, ch. 14.

⁴⁶ Note de la Comco, cité sous note 41, ch. 14.

⁴⁷ Note de la Comco, cité sous note 41, ch. 5, let. c.

⁴⁸ Note de la Comco, cité sous note 41, ch. 6.

horizontaux et verticaux. Nous ne ferons ici référence qu'aux dispositions qui concernent les seconds.

Selon le projet, les petites entreprises sont celles qui emploient au maximum 9 personnes et réalisent un chiffre d'affaires annuel de CHF 2 mio (EUR 1,3 mio) au plus (ch. 2) et les moyennes entreprises de 10 à 50 personnes et un chiffre d'affaires de CHF 2 mio à 10 mio (EUR 1,3 mio à 6,4 mio) (ch. 4).

Selon la communication projetée, les accords verticaux entre petites entreprises n'ont en règle générale qu'un impact restreint sur le marché et sont en conséquence justifiés par des motifs d'efficacité économique lorsqu'ils n'imposent pas des prix de revente (art. 5 al. 4 LCart) « *et ne concernent pas l'ensemble du marché, à savoir qu'ils ne sont pas passés par la majorité des concurrents* » (ch. 3).

Lorsqu'ils sont passés par des moyennes entreprises, les accords verticaux pourraient en règle générale être justifiés par des motifs d'efficacité économique lorsque :

- a) ils n'imposent pas de prix de revente minimum ou fixes ou qu'ils n'attribuent pas des territoires en excluant les ventes par d'autres fournisseurs agréés au sens de l'art. 5 al. 4 LCart (ch. 5 al. 3).

La Comco relève que d'une manière générale de telles clauses ne peuvent en soi avoir pour conséquence une amélioration de la compétitivité. « *En tant qu'accords accessoires, en rapport direct et étroit avec une coopération [horizontale : par ex. production, R &D, administration, publicité, achat] au sens du chiffre 5 al. 2, de tels accords peuvent néanmoins dans certains cas exceptionnellement contribuer à l'amélioration de la compétitivité* » (ch. 5 al. 3). On peut se demander si cette appréciation est compatible avec la présomption de suppression de la concurrence efficace prévue à l'art. 5 al. 4 LCart.

- b) ils n'ont qu'un impact restreint sur le marché. Le projet de communication considère de manière générale que tel est le cas lorsque les parts de marché cumulées n'atteignent pas 15% sur chacun des échelons du marché, pour autant qu' « *il existe outre les entreprises parties à l'accord au moins deux concurrents qui empêchent, isolément ou en commun, que l'accord ne conduise à une augmentation des prix, une détérioration de la qualité ou une entrave à l'innovation* » (ch. 5 al. 4).

Il restera à déterminer les champs d'application respectifs de cette norme (qui précise la notion d'efficacité économique) par rapport à la règle *de minimis*

consacrée par le ch. 4 de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (qui définit négativement la notion de restriction notable).

a.2) Plus précisément, un fournisseur peut-il, et à quelles conditions, choisir pour écouler l'un de ses produits :

a.2.1 un seul canal de distribution (par exemple un système d'achat exclusif, de distribution exclusive, de distribution sélective, de franchise)?

(les différents types de canaux de distribution peuvent être distingués)

En droit suisse, pour autant que les modalités des accords de distribution passés avec ses partenaires commerciaux soient conformes aux règles énoncées plus haut, le fournisseur est libre de choisir un seul canal de distribution, qu'il s'agisse de contrats d'exclusivité, de distribution sélective ou d'un système de franchise.

a.2.2 plusieurs canaux de distribution qui coexisteront et se feront concurrence (parfois appelés « *multi-réseaux* ») ?

Dans ce cas, quelles sont les limites imposées par le droit suisse (concernant par exemple les ventes actives et/ou les ventes entre distributeurs agréés).

a) En général

Les textes applicables ne règlent pas expressément cette hypothèse. Il faut considérer que les limites imposées par le droit suisse seront en principe identiques à celles qu'il fixe lorsqu'il n'y pas coexistence de canaux de distribution. Notons néanmoins que la coexistence de plusieurs canaux de distribution exploités par un fournisseur et qui se font concurrence devrait en règle générale avoir un effet positif sur la concurrence intra-marque, pour autant qu'elle ne s'accompagne pas des restrictions visées en particulier par la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux.

En ce qui concerne en particulier les ventes actives

Selon cette communication, les accords qui « *limitent la vente au consommateur final, dans la mesure où cette limitation est imposée à un commerçant agréé au sein d'un système de distribution sélective* » (ch. 3, let. c) affectent en principe notablement la concurrence. Par analogie avec la solution retenue en droit

européen⁴⁹, il faut à notre avis considérer que tant les ventes passives que les ventes actives au consommateur final doivent être autorisées.

En matière de distribution exclusive, on a vu que le territoire ou le cercle de la clientèle de revente par le commerçant pouvait être limité à condition que les ventes passives soient permises⁵⁰.

En ce qui concerne en particulier les ventes entre distributeurs agréés

La limitation des livraisons croisées entre commerçants agréés (même s'ils sont actifs à des échelons différents du marché) à l'intérieur d'un système de distribution sélective affectent notablement la concurrence (ch. 3, let. d de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux). Parce que le ch. 5 de la communication ne contient pas de justification par rapport à ce type de clause et par analogie avec le droit communautaire⁵¹, nous sommes d'avis que les livraisons croisées entre distributeurs agréés doivent toujours être possibles dans un réseau de distribution sélective.

b) Un cas particulier : la distribution automobile

Dans cette branche, la Comco a adopté une règle particulière en précisant que les fournisseurs d'automobiles avaient le choix entre deux types de distribution, à savoir exclusive ou sélective : « *[i]l n'est plus possible de combiner ces deux modes de distribution comme cela était le cas sous l'ancien régime* »⁵².

Il a déjà été rapporté sur le régime des ventes passives/actives et celui des ventes croisées dans cette branche.

c) Casuistique

Dans deux affaires récentes, la Comco s'est trouvée confrontée à la coexistence de réseaux de distribution, sans qu'il s'agisse toutefois de système exclusif ou sélectif.

*Décision Swiss international Air Lines*⁵³

⁴⁹ Art. 4 let. c du règlement (CE) No 2790/1999.

⁵⁰ Voir p. 5 et 6.

⁵¹ Art. 4 let. d du règlement (CE) No 2790/1999.

⁵² Note explicative citée à la note 41, ch. 3.

⁵³ DPC 2005/1, p. 41, Rapport final du 21 décembre 2004 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas Rassemblement des Agences de Voyage Indépendantes (RAVIS)/Swiss international Air Lines relatif à des prétendues pratiques illicites d'une entreprise en position dominante selon l'art. 7 LCart).

Dans le cadre d'une enquête préalable ouverte sur dénonciation d'une association de voyageurs, le Secrétariat de la Comco s'est récemment penché sur le système de distribution des billets d'avion de la compagnie Swiss international Air Lines (Swiss). Dans le courant de l'année 2004, celle-ci a annoncé qu'elle entendait cesser de verser une commission aux agences de voyage pour la vente de billets sur les vols de Swiss dès le 1^{er} janvier 2005. Selon les nouveaux contrats que la compagnie aérienne veut imposer, l'agence pourra/devra percevoir de ses clients un montant – librement fixé par chaque agence – en supplément du tarif net pratiqué par Swiss. Elle-même percevra des frais d'émission (objectivement peu élevé) pour la vente directe (CHF 25.- pour un billet vendu sur Internet et CHF 50.- à 80.- pour les autres formes de vente directe). Le Secrétariat a considéré qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si Swiss occupe (encore) une position dominante sur le marché, car l'adoption par elle du nouveau système de rémunération ne constitue en tout cas pas un abus illicite notamment au sens de l'art. 7 al. 2, let. c (fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables). En effet, le choix de la compagnie est justifié par des raisons économiques (« *legitimate business reasons* ») : elle veut ainsi réduire ses coûts de distribution (particulièrement élevés en cas de vente par une agence de voyage) et à favoriser les canaux de distribution qui engendrent pour elle un minimum de coût (la vente directe et singulièrement via Internet) : « *[u]ne entreprise dominante doit avoir la possibilité d'améliorer son efficacité, notamment (...) en introduisant (...) un système de distribution plus efficace même si cela a pour effets secondaires des implications négatives pour ses partenaires ou ses clients*⁵⁴ ». Et le Secrétariat d'ajouter que le nouveau mécanisme, basé sur des prix nets et sans commissions, aura pour effet de mieux faire jouer les avantages des divers canaux de distribution et d'augmenter la concurrence entre les agences puisque les frais d'émission constituent un élément de sélection additionnel⁵⁵.

*Décision Feldschlösschen/Coca Cola*⁵⁶

En novembre 2000, à la requête de PepsiCo, la Comco a ouvert une enquête contre Coca Cola et le brasseur suisse Feldschlösschen avec pour objet un accord de distribution entre les deux entreprises. Selon le contrat, le second s'engageait à écouler les boissons de la première via son réseau de distribution. L'accord comprenait une incitation au distributeur à conclure le plus grand nombre de contrats de livraison de durée avec des clients acheteur de Coca Cola. La Comco a considéré d'une part que les restaurants et cafés, respectivement les autres fabricants de boisson disposaient, à côté du canal de distribution de

⁵⁴ DPC 2005/1, p. 44, ch. 32.

⁵⁵ DPC 2005/1, p. 44, ch. 33 et 34.

⁵⁶ DPC 2005/1, p. 114, Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG.

Feldschlösschen, de plusieurs autres sources d'approvisionnement, respectivement de canaux de distribution sur le marché pertinent (celui des boissons non alcoolisées : eau gazeuse, minérale et jus de fruit) y compris bien sûr en produits de Coca Cola Beverages AG⁵⁷, d'autre part que l'accord n'avait que des effets insignifiants sur la concurrence au sein du canal de distribution: il ne prévoyait aucune exclusivité et, de fait, Feldschlösschen continuait à distribuer via son réseau les boissons concurrentes à celles que produisait Coca Cola (concurrence intermarques)⁵⁸. Par décision du 6 décembre 2004, la Comco a donc considéré que l'accord en cause ne constituait pas un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart et a suspendu son enquête sur ce point.

a.3) Dans quelle mesure les réponses dépendent-elles de la puissance du fournisseur sur le marché ? Sont-elles différentes si le fournisseur occupe une position dominante ?

À l'instar de ce que prévoit le règlement (CE) No 2790/1999⁵⁹, le préambule de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux précise qu'elle ne traite pas de la problématique de la licéité d'un comportement en application de l'art. 7 LCart (pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante⁶⁰).

Le cas échéant, c'est donc à la lumière de cette dernière disposition et d'éventuelles « *legitimate business reasons* » que l'accord sera examiné⁶¹.

Xoudis⁶² souligne que ce point est central : l'application des art. 5 et 7 LCart devrait se fonder sur un seul et même critère, celui des effets sur l'efficacité économique. Dans l'appréciation des accords au regard de ces dispositions, la question du pouvoir de marché sera donc déterminante puisque c'est l'exercice d'un tel pouvoir qui réduit l'efficacité d'allocation⁶³. Lorsqu'un accord de distribution est associé à une coordination horizontale, il en résultera en général que la concurrence est supprimée. Lorsque tel n'est pas le cas, l'application de l'art. 5 LCart ne devrait être envisagée que si au moins l'une des parties à l'accord détient un pouvoir de marché individuel. Cet auteur en conclut qu'en l'absence d'un important pouvoir de marché individuel et/ou d'une coordination

⁵⁷ DPC 2005/1, p. 114, ch. 63 à 71.

⁵⁸ DPC 2005/1, p. 114, ch. 72.

⁵⁹ Préambule, ch. 16.

⁶⁰ Voir annexe.

⁶¹ Voir la décision *Swiss international Air Lines* citée à la note 53.

⁶² Xoudis, p. 383 s.

⁶³ Il y a efficacité d'allocation lorsque les biens et les services produits correspondent en quantité et en qualité à ceux que le consommateur désire le plus, ce qui est reflété par le prix qu'ils sont disposés à payer sur le marché (Xoudis, p. 69 s.).

horizontale, les effets négatifs des accords de distribution sont compensés par leurs effets positifs.

b) Dans quelle mesure le droit de la concurrence peut-il ou doit-il contrôler l'effet cumulatif du choix du même canal de distribution par une majorité de fournisseurs sur un même marché ?

b.1) Le droit suisse prend-il en considération le contexte légal et économique dans lequel le contrat de distribution est appliqué lorsque des contrats similaires sont passés par des concurrents (« effet de réseau ou cumulatif »).

Les effets restrictifs de concurrence attachés à un accord de distribution peuvent se cumuler avec ceux d'autres accords semblables sur le même marché. La Comco tient alors compte de ces effets cumulés dans son appréciation de la gravité de l'atteinte à la concurrence.

On rappellera ainsi que la règle *de minimis* consacrée par le ch. 4 de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux⁶⁴ ne s'applique pas en présence de plusieurs réseaux de distributions verticaux semblables fonctionnant côte à côte qui ont pour effet de limiter la concurrence sur le marché considéré.

Casuistique

Il faut préciser que les cas rapportés ci-dessous présentent la particularité d'avoir un accord horizontal entre concurrents à l'origine du faisceau d'accords verticaux similaires. Ils ne sont donc pas absolument représentatifs de l'hypothèse visée dans la question.

*Prix imposés sur le marché des partitions de musique et du livre (lettres de garantie collective/Sammelrevers)*⁶⁵

En 1997, la Comco a ainsi considéré qu'un accord vertical entre un éditeur de partitions de music et ses distributeurs qui restreint la concurrence (art. 4 I LCart) au niveau de la distribution n'a pas nécessairement à lui seul un effet notable au sens de l'art. 5 I LCart. En revanche, lorsque des prix de revente sont imposés à l'ensemble des revendeurs par des réseaux parallèles de contrats similaires («... *Bündelung inhaltlich identischer vertikaler*

⁶⁴ Voir p. 3 s.

⁶⁵ DPC 1997/3, p. 334, ch. 6, 10 et 44 ss et 1997/4, p. 413, Sammelrevers für Musiknoten ; cf. également DPC 1997/1, p. 35 s.

Preisbindungsverträge ...»), ces accords ont un effet horizontal et suppriment la concurrence sur les prix. La Commission a donc considéré qu'ils étaient illicites (art. 5 al. 3 let. a LCart⁶⁶).

La Comco⁶⁷, puis la Commission de recours pour les questions de concurrence⁶⁸ sont arrivées à la même conclusion à l'égard d'un système semblable de fixation de prix de revente des livres par lequel les libraires s'engagent à respecter à l'égard des clients finaux les prix de vente fixés par les éditeurs pour les produits d'édition visés par l'accord (représentant 90% environ des livres de langue allemande vendus en Suisse). Sur recours des éditeurs suisses et allemands, le Tribunal fédéral suisse⁶⁹ a toutefois considéré que le système de vente à prix imposé des livres constituait un ensemble coordonné d'accords verticaux et horizontaux de prix, imposant de manière directe et indirecte les prix sur le marché du livre, qui laissait présumer une suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Cette présomption légale pourrait néanmoins être renversée si nonobstant le prix imposé, il subsistait sur le plan qualitatif une concurrence entre les libraires. La Haute Cour a donc annulé la décision de la Commission de recours et renvoyé la cause à la Comco pour qu'elle examine concrètement si le système d'accords en cause était justifié par des motifs d'efficacité économique en application de l'art. 5 al. 2 LCart: il n'est pas exclu, a-t-il suggéré, que le système de prix de revente imposés soit nécessaire pour permettre l'édition et la distribution de titres difficiles à vendre, pour élargir l'offre de livres et/ou pour améliorer la diffusion de connaissances techniques et professionnelles⁷⁰. Par un communiqué de presse du 30 mars 2005, la Comco a annoncé que les effets positifs susmentionnés n'avaient pas pu être démontrés et qu'elle arrivait donc à nouveau à la conclusion que le système d'accords en cause était illicite⁷¹.

⁶⁶ Les accords condamnés par la Commission ont fait l'objet d'une demande d'« *autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants* » (art. 8 et 31 al. 1^{er} LCart). Tout en reconnaissant qu'il existait un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 8 LCart à la sauvegarde d'une offre large et diverse des partitions de musique, le Conseil fédéral a considéré que le réseau de contrats litigieux n'était pas nécessaire pour garantir cet objectif (DPC 1998/3, p. 478, ch. 7 à 11; DPC 1999/1, p. 19 s. et 28).

⁶⁷ DPC 1999/3, p. 454.

⁶⁸ DPC 2001/2, p. 381 et p. 412.

⁶⁹ Arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 129 (2002) II 18.

⁷⁰ ATF 129 (2002) II 18, consid. 10.3.1 à 10.4. Il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral a invité la Comco (considérant 10.5) à examiner le système de prix imposé litigieux en tenant compte également de son application en Allemagne et en Autriche et à la lumière de la jurisprudence de la CJCE selon laquelle les dispositions du traité « *ne s'opposent pas à l'application d'une législation nationale qui oblige les éditeurs à imposer aux libraires un prix fixe du livre à la revente* » (3 octobre 2000, aff. C-9/99, Echirolles Distribution SA c. Association du Dauphiné, Recueil 2000 I-8207).

⁷¹ <http://www.weko.admin.ch/publikationen/pressemitteilungen/00225/300305-PC-Buch-F.pdf?lang=fr>

Distribution des produits vétérinaires⁷²

Un cumul d'effets peut également se produire lorsqu'une majorité de fournisseurs actifs sur le même marché choisissent d'écouler leur produit par le même canal de distribution. Ce choix peut résulter d'un accord horizontal entre plusieurs fabricants et grossistes. Ainsi, en mai 2000, la Comco a ouvert une enquête dans le secteur de la distribution en Suisse des produits vétérinaires. Ses investigations l'ont conduite aux conclusions suivantes : sur environ 60 fabricants et grossistes de produits vétérinaires, une douzaine, représentant environ 80% du marché, fournissait exclusivement les vétérinaires et refusait de livrer les pharmacies en produits vétérinaires. Dans les rares cas où ils acceptaient de livrer celles-ci, ces fabricants et grossistes exigeaient souvent en contrepartie une ordonnance (prescription) émise par un vétérinaire. En pratique, la livraison de produits vétérinaires demeurait donc généralement impossible pour les pharmaciens. Dans sa décision du 11 octobre 2004, la Comco a considéré en substance que l'exclusion des pharmaciens du marché de la distribution des produits vétérinaires en Suisse découlait d'une pratique concertée entre fabricants et grossistes⁷³ qui affectait dès lors notablement la concurrence dans ce marché. Elle a estimé que cette restriction n'était pas justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart et partant, qu'elle était illicite (art. 5 al. 1^{er} LCart). Cette appréciation a conduit les producteurs et grossistes, au stade final de l'enquête, à passer un accord amiable, approuvé par la Comco (art. 29 LCart⁷⁴), aux termes duquel ils se sont engagés « à livrer, sur commande⁷⁵, aux pharmacies suisses autorisées, tous les produits vétérinaires qu'ils fabriquent et/ou distribuent, sans qu'il soit nécessaire de présenter préalablement une ordonnance ». Cet accord, suscité par l'enquête de la Commission et entériné par celle-ci, a pour effet que les propriétaires d'animaux peuvent désormais décider de se fournir auprès d'un vétérinaire ou d'une pharmacie.

⁷² DPC 2004/4, p. 1040 ss.

⁷³ Cette pratique concertée tirait son origine d'un contrat d'exclusivité conclu entre l'association des fabricants de produits vétérinaires et des grossistes suisses et la société des vétérinaires suisses. Ce contrat stipulait que les premiers ne devaient pas fournir les pharmaciens, les vétérinaires s'engageant de leur côté à préférer les produits fabriqués ou distribués par les membres de l'association. Il avait été appliqué durant une quarantaine d'années avant d'être formellement résilié en 1993. Dans les faits, le régime contractuel avait toutefois subsisté au-delà de la résiliation.

⁷⁴ L'art. 29 dispose que « [s]i le secrétariat considère qu'une restriction à la concurrence est illicite, il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction. L'accord requiert la forme écrite et doit être approuvé par la commission ».

⁷⁵ En effet, selon la ComCo, le rétablissement d'une concurrence efficace n'exigeait pas que les fabricants et grossistes utilisent l'ensemble des pharmacies en Suisse comme canal de distribution des produits vétérinaires (DPC 2004/4, p. 1085, ch. 137). Il suffisait que les commandes des pharmaciens demandant à être livrés, soient honorées.

b.2) Le principe de l'« effet cumulatif » s'applique-t-il différemment selon le type de réseau choisi (par exemple distribution exclusive ou distribution sélective) ?

À la lumière des textes applicables, il faut à notre avis répondre par la négative à la question : la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux ne distingue pas entre les différents types de distribution. Son ch. 3 qui énumère les accords verticaux affectant la concurrence de manière notable vise notamment la distribution exclusive (let. b) et la distribution sélective (let. c et d). La Comco a en outre déjà appliqué la communication à un accord d'approvisionnement exclusif⁷⁶.

Par ailleurs, son ch. 4 al. 2 se réfère aux « *effets cumulatifs de plusieurs réseaux de distributions verticaux semblables fonctionnant côte à côte, pour autant que les fournisseurs, respectivement les commerçants qui y participent soient effectivement ou potentiellement concurrents* », formule qu'il faut à notre sens logiquement comprendre comme incluant tous les types de distribution.

Enfin, dans le préambule de la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile⁷⁷, la Comco relève que la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux est applicable dans le domaine de la distribution automobile dans la mesure où la communication relative à celle-ci ne contient pas de prescriptions directement applicables, ce qui confirme la portée générale de celle-là.

b.3) Quelles sont les conséquences de l'« effet de réseau ou cumulatif » sur le contrat concerné et/ou sur tous les contrats similaires passés par des concurrents ?

La seule norme qui envisage l'effet de réseau est le ch. 4, déjà cité, de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux. Elle pose la présomption que les « *autres accords* » (ceux qui ne contiennent pas de restrictions énumérées au ch. 3) n'affectent pas la concurrence si les parts de marché de toutes les entreprises qui y participent ne dépassent, sur aucun marché considéré, le seuil de 10%.

En revanche, le second alinéa de cette disposition prévoit qu'il est fait « *exception à ce principe* » (formule dont on peut déduire que la présomption est inversée) lorsque « *la concurrence sur le marché considéré est limitée par les*

⁷⁶ DPC 2005/1, p. 114, Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG, ch. 128.

⁷⁷ DPC 2002/4, p. 778.

effets cumulatifs de plusieurs réseaux de distributions verticaux semblables fonctionnant côte à côte, pour autant que les fournisseurs, respectivement les commerçants qui y participent soient effectivement ou potentiellement concurrents, la présomption ».

S'agissant de l'appréciation portée par les autorités chargées d'appliquer le droit suisse de la concurrence sur les faisceaux d'accord et leurs effets cumulatifs, on peut également renvoyer aux affaires relatives aux marchés des partitions de musique et du livre évoquées plus haut.

c) Quel est votre avis personnel sur le sujet et vos suggestions pour améliorer le système ?

a) L'un des buts de la LCart de 1995 était de donner aux entreprises des critères précis leur permettant de savoir si leur comportement sur le marché répondait aux exigences légales, autrement dit de renforcer la sécurité juridique⁷⁸.

En donnant en particulier à la Comco la faculté de préciser dans des règles de portée générale l'interprétation qu'elle entend donner au critère d'efficacité économique prévu par l'art. 5 II LCart, l'art. 6 LCart participe à la réalisation de ce but. Ses communications ont donc également pour but d'améliorer la transparence et la prévisibilité des décisions de la Commission. Elles doivent permettre aux entreprises de contrôler plus facilement si un accord existant ou futur auquel elles sont parties répond aux exigences posées par les autorités de la concurrence et peut donc en principe être considéré comme justifié par des motifs d'efficacité économique.

Or, le manque de cohérence voire les incompatibilités entre la loi et la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux que nous avons relevées plus haut⁷⁹ nuisent à la sécurité juridique recherchée et devraient être éliminées rapidement. La nécessité d'une adaptation s'impose d'autant plus que l'art. 49a LCart⁸⁰ prévoit désormais des sanctions directes, en particulier à l'égard des entreprises participant à des accords tombant sous le coup de l'art. 5 al. 4 LCart.

b) Il nous paraît en outre judicieux que la Comco fonde ses textes sur une appréciation économique des accords pour lesquels elle fixe des règles de comportement pour qu'il soit plus facile d'en saisir la portée exacte.

⁷⁸ Mess-LCart, p. 488 s. et 499.

⁷⁹ Voir p. 5.

⁸⁰ Voir annexe.

c) La Comco a émis une Communication concernant l'appréciation des accords verticaux en 2002 et s'apprête à en adopter une concernant les accords passés par les petites et moyennes entreprises : il est essentiel qu'elle définisse clairement le champ d'application de chacun des ces textes et des règles qui les composent⁸¹. À vrai dire, l'effort pourrait également porter sur la rédaction⁸².

⁸¹ Hoch Classen, p. 309.

⁸² Bovet, 2000-2001, p. 106.

Extraits de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (LCart) du 6 octobre 1995 (RS 251)

Art. 3 Rapport avec d'autres prescriptions légales

¹

² La présente loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la présente loi⁸³.

³

Art. 4 Définitions

¹ Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence.

² Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs).⁴

³ Par concentration d'entreprises, on entend:

- a. la fusion de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres;
- b. toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci.

Art. 5 Accords illicites

¹ Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites.

² Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique:

- a. lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources; et
- b. lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

³ Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords:

- a. qui fixent directement ou indirectement des prix;
- b. qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c. qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

⁴ Sont également présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues⁸⁴.

Art. 6 Catégories d'accords réputés justifiés

¹ Les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications. A cet égard, seront notamment pris en considération:

- a. les accords de coopération en matière de recherche et de développement;
- b. les accords de spécialisation et de rationalisation, y compris les accords y relatifs concernant l'utilisation de schémas de calcul;

⁸³ Phrase introduite par le ch. I de la LF du 20 juin 2003, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2004.

⁸⁴ Introduit par le ch. I de la LF du 20 juin 2003, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2004.

- c. les accords en vue de l'octroi d'une exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services;
- d. les accords relatifs à la concession de licences exclusives de droits de propriété intellectuelle;
- e. les accords ayant pour but d'améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises, dans la mesure où ils n'ont qu'un impact restreint sur le marché⁸⁵.

² Les ordonnances et communications relatives aux accords en matière de concurrence peuvent aussi reconnaître comme étant réputées justifiées des formes particulières de coopération propres à certaines branches de l'économie, notamment des accords concernant la transposition rationnelle de prescriptions de droit public pour la protection des clients ou des investisseurs en matière de services financiers.

³ Les communications sont publiées dans la Feuille fédérale par la Commission de la concurrence. Le Conseil fédéral édicte les ordonnances prévues aux al. 1 et 2.

Art. 7 Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante

¹ Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux.

² Sont en particulier réputés illicites:

- a. le refus d'entretenir des relations commerciales (p. ex. refus de livrer ou d'acheter des marchandises);
- b. la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales;
- c. le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable;
- d. la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé;
- e. la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique;
- f. le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.

Art. 49a⁸⁶ Sanction en cas de restrictions illicites à la concurrence

¹ 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. L'art. 9, al. 3, est applicable par analogie. Le montant est calculé en fonction de la durée et de la gravité des pratiques illicites. Le profit présumé résultant des pratiques illicites de l'entreprise est dûment pris en compte pour le calcul de ce montant.

² Si l'entreprise coopère à la mise au jour et à la suppression de la restriction à la concurrence, il est possible de renoncer, en tout ou en partie, à une sanction.

³ Aucune sanction n'est prise si:

- a. l'entreprise annonce la restriction à la concurrence avant que celle-ci ne déploie ses effets; toutefois une sanction peut tout de même être prise si, dans un délai de cinq mois à compter de l'annonce, l'ouverture d'une procédure au sens des art. 26 à 30 est communiquée à l'entreprise et que celle-ci maintient la restriction²;
- b. la restriction à la concurrence a cessé de déployer ses effets plus de cinq ans avant l'ouverture de l'enquête;
- c. le Conseil fédéral a autorisé une restriction à la concurrence en vertu de l'art. 8.

⁸⁵ Introduite par le ch. I de la LF du 20 juin 2003, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2004.

⁸⁶ Introduit par le ch. I de la LF du 20 juin 2003, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2004.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- Bovet Christian, *avocat* L'avocat face à quelques actualités du droit de la concurrence. Revue de l'avocat 2004/1, p. 14 ss.
- Bovet Christian, *contrat* Le droit de la concurrence à l'assaut du contrat, *in* Le contrat dans tous ses Etats. Publication de la Société genevoise de droit et de législation à l'occasion du 125^{ème} anniversaire de la Semaine Judiciaire, Genève 2004, p. 17 ss.
- Bovet Christian,
New rules New competition rules and other related developments in Switzerland, Revue suisse de droit des affaires (RSDA) 2004/2, p. 132 ss.
- Bovet Christian,
2000-2001 Swiss Competition Law 2000-2001, Revue suisse de droit des affaires (RSDA) 2002/2, p. 105 ss.
- Bovet Christian,
personnalité Concurrence et personnalité économique. La liberté contractuelle à l'épreuve ? *in* Gauch/Werro/Zufferey (édit.), La protection de la personnalité : Bilan et perspectives d'un nouveau droit (Mélanges Pierre Tercier), Fribourg 1993, p. 139 ss, sp. p. 143 s.
- Hoch Classen Mariel Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, thèse Zurich 2003.
- Jacobs/Bürgi Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, Revue suisse de jurisprudence (RSJ) 2004, p. 149 ss.
- Kaufmann Christian Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, thèse Zurich 2004.
- Krauskopf/Pirlot Pittet La nouvelle Loi sur les Cartels: un Vade-mecum pour les Entreprises, sic! 2004/3, p. 242 ss.

- Meinhardt/Merkt «Vertikaler» Meilenschritt der Weko/Starke Auswirkungen auch auf kleinere Unternehmen, Neue Zürcher Zeitung, 02.04.2002, p. 18.
- Reymond Jean-Marc Commentaire des articles 6 et 12 à 17 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, in Tercier/Bovet (édit.), Commentaire du droit de la concurrence, Genève Bâle Munich 2002.
- Reinert Mani Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, Zurich 2004.
- Rieben Laurent La validité des contrats de distribution sélective et exclusive en droit communautaire, américain et suisse de la concurrence, thèse Lausanne 2000.
- Senn/Ducrey Wann sind Vertikaleabreden des Teufels? Stark kritisierte und fehlinterpretierte Ansatz der Weko, Neue Zürcher Zeitung, 07.05.2002, p. 27.
- Stoffel Walter A. Neueste Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht, in Baudenbacher (édit.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, 11. St Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004, Bâle Genève Munich 2005, p. 77 ss.
- Xoudis Julia Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, thèse Genève 2002.
- Zurkinden Philipp Auswirkungen der KG-Revision auf Vertriebssysteme, Revue suisse de droit des affaires (RSDA) 2004/2, p. 105 ss.