

Îlot de cherté suisse et rôle du droit des cartels

Les accords entre concurrents ne sont pas les seuls facteurs d'augmentation des prix. Certaines ententes au sein des chaînes de fournisseurs ou les abus de position dominante peuvent avoir le même effet. Jusqu'ici, on s'est efforcé de restreindre la portée du droit des cartels par une interprétation unilatérale des enseignements de l'économie industrielle. Un mouvement contraire tente désormais de durcir la définition des infractions cartellaires en s'appuyant sur les prix abusifs. Il vaudrait mieux améliorer les règles existantes en respectant le système actuel¹.



Une entreprise suisse commande un produit de marque à un fournisseur établi à l'étranger. La livraison lui est refusée sous prétexte que la commande doit passer par l'importateur général pour la Suisse. Ce système n'est contraire au droit des cartels qu'à des conditions bien précises.

Photo: Keystone

1 L'auteur s'exprime ici à titre personnel.

Historique

En 2003, la révision de la loi sur les cartels (LCart) avait déjà pour but de renforcer le droit face à l'îlot de cherté suisse. L'ajout de l'art. 5, al. 4, LCart se fonde sur l'hypothèse que les accords liant les prix verticalement ou imposant des territoires exclusifs entravent la concurrence. Les infractions sont passibles de sanctions directes. Il s'agissait d'empêcher le verrouillage du marché suisse et la hausse concomitante des prix.

Les années suivantes, les prix abusifs ont cependant diminué si fortement que, lors de

l'évaluation de la LCart en 2009, certains ont réclamé la suppression de l'art. 5, al. 4. Ce n'est qu'à la suite du débat sur le franc fort, qui culmina en 2011, et devant la lenteur à répercuter les avantages de change sur la clientèle suisse, que le vent a tourné. Le message du Conseil fédéral de février 2012 sur la révision de la LCart prévoit non seulement de maintenir la prescription, mais aussi de durcir le régime des ententes réputées illicites (art. 5 LCart) et de le transformer en une interdiction partielle des cartels.

C'est donc dans ce contexte qu'il convient d'examiner l'apport du droit des cartels à l'établissement d'un niveau équitable des prix en Suisse. Pour illustrer le problème, prenons un exemple: une entreprise suisse commande un produit de marque à un fournisseur établi à l'étranger. La livraison lui est refusée sous prétexte que la commande doit passer par l'importateur général pour la Suisse; or, le prix de ce dernier dépasse de 40% celui du fournisseur étranger. On montrera que ce système n'est contraire au droit des cartels qu'à des conditions bien précises. La production de preuves posera, en outre,



Pr. Andreas Heinemann
Université de Zurich, vice-président de la Commission de la concurrence COMCO

des difficultés considérables. Il faudra en tirer les conséquences législatives. On verra, toutefois, que le rôle du droit des cartels est limité en matière de prix forts.

Ententes horizontales

Si des concurrents s'entendent sur les prix ou verrouillent le marché suisse vis-à-vis de l'étranger, il s'agit d'atteintes fondamentales à la concurrence, contre lesquelles on peut recourir sur la base de l'interdiction des cartels. À part les cas classiques sur les prix, on relèvera le cas *IFPI Suisse (2012)*, tiré de la pratique de la Commission de la concurrence (Comco). Dans le cadre d'un règlement à l'amiable, l'association faitière des producteurs suisses de phono-vidéogrammes et ses membres se sont engagés à ne plus restreindre ou exclure les importations parallèles. Si entente horizontale il y a et qu'il soit possible d'en prouver l'existence, rien ne s'oppose donc à ce que le droit des cartels soit utilisé contre les accords qui poussent les prix à la hausse.

Prix liés verticalement

Les ententes entre concurrents ne constituent qu'une fraction du problème des prix forts. Sont plutôt dans le collimateur les accords verticaux. Il s'agit, d'ailleurs, de la première infraction visée à l'art. 5, al. 4, LCart, lorsqu'un prix de vente final fixe ou minimum est imposé. Par cette définition, le législateur établit clairement que les commerçants doivent être en principe libres de fixer leur prix de vente. Dans les affaires *Sécateurs et cisailles (2009)*, *Médicaments hors liste (2009)* et *Altimum (2012)*, la Comco a infligé des amendes pour violation de cette prescription. Dans le dernier cas – il s'agissait d'un article de sport de montagne –, elle souligne même que l'entente verticale sur les prix contribue à renforcer l'îlot de cherté suisse.

Exclusivité territoriale

Dans l'exemple cité plus haut, le problème n'est pas le prix de vente final: l'entreprise suisse n'obtient tout simplement pas de livraison (avantageuse) de l'étranger. C'est ici qu'intervient la seconde hypothèse qui fonde l'art. 5, al. 4, LCart, à savoir que la concurrence efficace disparaît lorsque les clauses territoriales fixées dans les contrats de distribution vont jusqu'à exclure toute vente par d'autres distributeurs dans une zone réservée. La formulation – quelque peu tortueuse – reprend l'évolution du droit européen des cartels et implique que l'attribution exclusive de territoires à un com-

merçant peut être parfaitement légitime. La ligne rouge n'est franchie que lorsque l'exclusivité prend un tour absolu, c'est-à-dire quand les contrats interdisent à un commerçant de répondre à des commandes non sollicitées émanant de territoires protégés (ventes dites passives). Les clients doivent donc conserver la possibilité de rechercher les meilleures offres possibles et d'acheter là où elles semblent les plus favorables.

Pour cette infraction spécifique, la Comco a infligé des amendes dans les affaires *Gaba (2009)*, *Nikon (2011)* et *BMW (2012)*, qui avaient en commun d'exclure les livraisons en Suisse de produits de marque étrangers (pour la clause EEE, voir encadré 1). Ces cas montrent qu'une des fonctions importantes de l'art. 5, al. 4, LCart est de garantir la possibilité d'effectuer des importations parallèles en Suisse. Le législateur accorde une telle importance à cet objectif que lors de la révision de la loi en 2003, il l'a dotée d'une disposition spécifique (art. 3, al. 2, 2^e phrase, LCart), selon laquelle les restrictions aux importations relèvent toujours de son champ d'application, même si elles se fondent sur les droits de la propriété intellectuelle.

Le rapport avec le problème des prix forts est manifeste, puisque les importations parallèles exercent une pression baissière sur les prix. Il reste certes toujours possible de justifier des restrictions de la concurrence pour des raisons d'efficacité économique, comme l'encouragement de l'innovation ou l'introduction de nouveaux produits (sur l'évaluation économique des restrictions verticales, voir encadré 2). Il convient, cependant, de vérifier la proportionnalité des motifs de justification et de veiller à ce que l'efficacité invoquée joue aussi en Suisse. On y sera donc particulièrement attentif lorsque la différence de prix s'exerce au détriment de la clientèle de ce pays.

Problèmes d'application

Que signifient alors ces directives pour l'exemple cité plus haut? L'entreprise suisse qui s'est vu refuser une livraison de l'étranger n'a pas connaissance des accords qui se cachent derrière ce refus. Pour établir une infraction au droit des cartels, il lui faudrait, entre autres, prouver que le contrat conclu entre fabricant et distributeurs ne stipule pas seulement l'exclusivité territoriale, mais également son caractère absolu. Résoudre cette question demande en général l'intervention de l'autorité cartellaire, qui dispose des compétences régaliennes nécessaires.

Encadré 1

Clauses EEE

La Comco a engagé plusieurs procédures liées au problème de l'îlot de cherté. Le cas *Nikon (2011)* en est un bon exemple. D'après les constats de la commission, Nikon avait verrouillé le marché suisse en interdisant les exportations dans ses contrats de distribution étrangers et les importations dans ceux signés en Suisse. Les premiers contenaient des dispositions, dites clauses EEE, qui astreignaient les commerçants étrangers à ne pas vendre les produits agréés hors de cet espace. La revente en Suisse était donc exclue, même si la demande provenait de ce pays.

Le cas *BMW (2012)* est de même nature. Là aussi, les contrats avec les commerçants agréés dans l'EEE comprenaient des clauses leur interdisant de vendre des véhicules neufs des marques BMW et Mini à des clients établis hors de l'EEE. Les importations parallèles en Suisse étaient donc interdites par contrat. Dans les deux cas, la Comco a prononcé des sanctions directes de plusieurs millions de francs. Les recours devant le Tribunal administratif fédéral sont toujours pendants.

Prouver le caractère absolu de l'exclusivité territoriale ne suffit toutefois pas, car on établit seulement par là le soupçon que la concurrence efficace ait été supprimée. Or, celui-ci peut être réfuté s'il s'avère qu'une concurrence suffisante subsiste sur le marché. Si tel est le cas (et cela l'a été en général dans les affaires jugées jusqu'ici), il faut prouver une atteinte notable à la concurrence, ce qui exige une analyse d'impact complète. Si le commerçant suisse voulait défendre lui-même son droit et engager une action civile contre le refus de livrer, il échouerait probablement, dans l'état actuel du droit. Seule la Comco peut établir les faits de façon satisfaisante. Relevons, cependant, l'importance du Surveillant des prix, qui observe l'évolution des prix et intervient en cas de hausse ou de maintien abusifs.

Particularités juridiques

Les problèmes d'application pratique ne sont pas seuls; il existe aussi des réserves d'ordre juridique. Ainsi, il n'y a pas d'entente cartellaire passible de contrôle si la distribution est organisée directement, par exemple en cas de vente directe du producteur sur Internet ou si le vendeur est indépendant en droit, mais pas sur le plan économique. Les règles gouvernant les ententes cartellaires ne sont, la plupart du temps, pas non plus applicables aux rapports à l'intérieur d'un groupe d'entreprises. Pour peu qu'un fabricant ait intégré tout ou partie de sa distribution, il peut aménager les canaux de distribution et les prix de vente finaux à sa guise, hors droit des cartels.

Abus de position dominante

Étant donné les difficultés évoquées, l'attention s'est reportée sur l'interdiction de l'abus de position dominante. Selon l'art. 7, al. 2, let. a, LCart, le refus de livrer est illicite s'il est le fait d'une entreprise ayant une position dominante et qu'il ne soit pas justifiable par des motifs objectifs. Cette clause s'applique aussi si le fabricant dont une entreprise suisse souhaite obtenir les produits à l'étranger domine le marché, ce qui n'est toutefois qu'exceptionnellement le cas, même pour les articles de marque. Selon certains auteurs, la situation serait différente si la dépendance – autrement dit le pouvoir de marché relatif – suffisait pour que la loi soit invocable, mais la question reste pour le moment sans réponse. Même en interprétant très largement la notion de position dominante, les cas de dépendance devraient normalement être traités en procédure civile et non par l'application réga-

lienne du droit des cartels. En Allemagne, l'affaire *Rossignol* (1975), souvent citée dans ce contexte et dans laquelle un fabricant de skis détenant 8% du marché s'est vu imposer l'obligation de contracter, relève elle aussi de l'application du droit privé.

Motion Birrer-Heimo

C'est pour éliminer toutes les difficultés mentionnées et pour garantir aux clients suisses le droit de s'approvisionner à l'étranger aux conditions locales qu'a été lancée la motion *Birrer-Heimo*. La législation sur les cartels interdirait désormais aux entreprises qui, à l'étranger, vendent des produits de marque meilleur marché qu'en Suisse, de refuser à des clients suisses de les approvisionner depuis l'étranger aux conditions en vigueur sur place; une justification «pour raisons commerciales légitimes» resterait réservée. Il ne serait donc plus nécessaire de prouver l'existence d'une entente ni de remplir les autres conditions de l'art. 5 LCart. Cela ne dépendrait pas non plus de l'existence d'une position dominante. Les seuls critères déterminants seraient l'existence d'une différence de prix entre l'étranger et la Suisse ainsi que le refus de livrer aux prix et conditions prévalant dans le pays. La preuve serait donc facile à établir.

L'effet d'un tel règlement sur les prix forts serait évidemment maximal, du moins du point de vue statique. Les clients suisses pourraient exiger d'être approvisionnés de l'étranger aux conditions locales. Le pouvoir d'achat des consommateurs en serait accru. Les entreprises pourraient acheter meilleur marché, ce qui renforcerait leur compétitivité en matière de ventes, en particulier par rapport à leurs concurrents étrangers. D'une façon générale, on sortirait de la situation néfaste où le prix augmente dès que le client est identifié comme suisse.

Si l'on change d'optique et que l'on adopte un point de vue dynamique, les inconvénients de la motion apparaissent. Les fournisseurs se demanderaient en effet s'ils veulent s'exposer aux risques du nouveau règlement. Une solution serait de renoncer à gérer des centres de distribution en Suisse, car il n'y aurait plus alors de différenciation illicite des prix. L'approvisionnement du marché s'effectuerait entièrement à partir de l'étranger, avec tous les inconvénients que cela implique.

Si la distribution était maintenue en Suisse, on assisterait en revanche à un renversement radical. Jusqu'ici, en effet, le principe généralement reconnu était celui de la liberté de contracter, qui ne pouvait être violé qu'exceptionnellement et à des conditions

Encadré 2

Les restrictions verticales à la concurrence, vues par les économistes

L'application du droit des cartels aux restrictions à la concurrence fixées dans les contrats de distribution est souvent critiquée sous prétexte que les limitations verticales ne seraient pas dommageables, pour autant qu'il existe une concurrence efficace entre les marques. Si les consommateurs trouvent le prix d'un produit trop élevé, allègue-t-on, ils peuvent toujours en choisir un autre. Or, cet argument est trop simpliste pour les cas qui se présentent dans la pratique. Ainsi, la concurrence intermarques est souvent limitée du fait que, grâce à la fidélité du consommateur, les entreprises jouissent d'un véritable pouvoir de marché. L'argument spécifique utilisé dans les cas de prix liés verticalement, selon lequel on éviterait ainsi la «double marginalisation», devrait entraîner une fixation des prix de vente finaux à bas niveau, alors qu'en fait, la pratique montre que les entreprises cherchent régulièrement à fixer le prix de revente à un niveau relativement élevé. Quand on riposte que le but est d'éliminer les profiteurs, on s'entend répondre que le meilleur moyen d'y parvenir est d'établir un système de distribution sélectif. Il ne faut pas oublier non plus que les prix liés verticalement peuvent être un signal à la concurrence comme quoi le marché est «calme», d'où un appel implicite à la collusion.

précises. Si la nouvelle réglementation est acceptée, le rapport entre la règle et l'exception s'inversera. Étant donné que la plupart des articles de marque sont meilleur marché à l'étranger qu'en Suisse et que l'obligation de livrer dépend du critère de la différenciation des prix (et non de celui de la dépendance, comme dans le droit allemand ou français), l'obligation de contracter deviendrait la règle et la liberté de contracter l'exception. On peut se demander si le prix constitutionnel à payer pour un objectif en soi justifié n'est pas trop élevé.

les droits de recours des particuliers seraient renforcés. Les réformes mentionnées sont incontournables si l'on veut améliorer l'efficacité du droit des cartels afin de résoudre le problème des prix forts, tout en restant dans les limites du système. ■

Solutions possibles

Il serait plus conforme au système de développer le cadre légal existant. Le message de février 2012 sur la révision de la LCart propose de transformer les infractions de l'art. 5 en interdiction partielle des cartels. Cela supprimerait l'obligation de mener une analyse d'impact coûteuse en cas de contestation de l'infraction. Il suffirait de prouver le comportement effectif, tel que l'application de prix liés verticalement ou le verrouillage territorial absolu. Les entreprises incriminées auraient la possibilité d'invoquer l'efficacité économique à condition d'en fournir la preuve, comme d'ailleurs dans le droit actuel. Il serait également souhaitable de renforcer le droit des particuliers à recourir. Un droit spécifique à l'information, inscrit dans la LCart, devrait compenser l'obligation pour une victime du verrouillage territorial absolu de fournir la preuve de son grief.

Conclusion

Dans le contexte de l'îlot de cherté suisse, le droit des cartels joue un rôle important. Il peut en effet être invoqué si les prix forts résultent d'ententes entre concurrents ou de prix liés illicites au sein de la chaîne des fournisseurs. Il en va de même en cas de verrouillage du marché suisse par entente verticale, de cloisonnement territorial absolu ou d'abus de position dominante. Si les différences de prix par rapport à l'étranger sont imputables à d'autres facteurs, comme des coûts ou salaires plus élevés en Suisse, ou encore à un pouvoir d'achat supérieur du côté de la demande, le droit des cartels n'est pas applicable. La répercussion tardive des avantages de change dépend elle aussi de nombreux facteurs, dont seuls quelques-uns relèvent du droit des cartels. Pour renforcer le rôle de ce dernier, la bonne méthode est de modifier les lois. Les infractions énumérées à l'art. 5 LCart doivent être transformées en interdiction partielle des cartels, tandis que

Encadré 3

Indication bibliographique

– Zäch Roger, Weber Rolf H. et Heinemann Andreas (éd.), *Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zurich/Saint-Gall, 2012.