

Rapport explicatif sur le contre-projet indirect du Conseil fédéral à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) »

du 22 août 2018

Condensé

L'initiative populaire fédérale « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) », qui a été déposée le 12 décembre 2017 par l'association du même nom, souhaite garantir l'achat non discriminatoire de biens et de services à l'étranger et empêcher les restrictions à la concurrence causées par un comportement unilatéral d'entreprises puissantes sur le marché. À cette fin, l'initiative exige que l'art. 96, al. 1, de la Constitution fédérale soit complété et qu'un nouveau chiffre y soit adjoind dans les dispositions transitoires.

Une adaptation de la loi sur les cartels du 6 octobre 1995 irait de pair avec cette modification de la Constitution. En sus des entreprises occupant une position dominante sur le marché, le projet prévoit d'étendre les contrôles des abus aux entreprises « ayant un pouvoir de marché relatif ». Ainsi, les autorités en matière de concurrence et les tribunaux seraient appelés, à certaines conditions, à se pencher sur la politique de prix pratiquée entre deux entreprises suisses dans notre pays, même lorsqu'aucune des deux n'occupe une position dominante sur le marché. Le Conseil fédéral est d'avis que cette approche va trop loin et risquerait de compromettre la sécurité juridique, la liberté économique et, enfin, l'emploi.

De plus, l'initiative demande que la non-discrimination en matière d'achats soit garantie dans le commerce en ligne, en particulier grâce à un complément apporté à la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale. Les auteurs de l'initiative visent ainsi à l'interdiction de principe de ce que l'on nomme le blocage géographique (privé). Une telle interdiction unilatérale de la Suisse, qui vise, sur le fond, les fournisseurs qui proposent des biens et des services sur l'internet et exercent leur activité commerciale à l'étranger, serait très difficile à faire appliquer à l'étranger en l'absence d'accord avec d'autres pays et resterait vraisemblablement, selon le Conseil fédéral, lettre morte.

Le Conseil fédéral recommande au Parlement de rejeter l'initiative. Le présent contre-projet indirect prévoit, tout comme l'initiative, une adaptation de la loi sur les cartels intégrant la notion de « pouvoir de marché relatif » (« position dominante relative » dans le texte de l'initiative), mais en limitant son champ d'application aux cas de cloisonnement du marché suisse. Les entreprises dépendantes d'entreprises ayant un pouvoir de marché relatif doivent en principe pouvoir se procurer des biens et des services à l'étranger aux prix et aux conditions commerciales qui y sont pratiqués afin d'éviter des distorsions de concurrence. De la sorte, l'exigence principale de l'initiative est satisfaite : renforcer la liberté d'achat des entreprises suisses à l'étranger pour faciliter les importations parallèles. Dans le même temps, le contre-projet indirect du Conseil fédéral permet d'éviter les conséquences négatives inhérentes au texte de l'initiative pour les relations commerciales domestiques, qui ne sont pas concernées par les problèmes de cloisonnement. Enfin, il ne prévoit pas d'interdiction du blocage géographique privé.

Sommaire

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | Contexte | 3 |
| 1.1 | L'îlot suisse de cherté..... | 3 |
| 1.2 | Droit en vigueur..... | 4 |
| 1.3 | Initiative pour des prix équitables | 5 |
| 1.3.1 | Texte..... | 5 |
| 1.3.2 | Aboutissement et délais de traitement..... | 6 |
| 1.3.3 | Validité..... | 6 |
| 1.3.4 | Buts et contenu de l'initiative populaire fédérale..... | 7 |
| 1.3.5 | Appréciation de l'initiative populaire fédérale..... | 8 |
| 1.3.6 | Position du Conseil fédéral | 11 |
| 2 | Contre-projet indirect..... | 12 |
| 2.1 | Objectif de la révision proposée de la LCart | 12 |
| 2.2 | Commentaire des articles concernés de la LCart..... | 15 |
| 2.3 | Comparaison avec le droit étranger, notamment européen..... | 17 |
| 3 | Conséquences..... | 19 |
| 3.1 | Conséquences pour la Confédération | 19 |
| 3.2 | Conséquences pour les cantons et les communes..... | 19 |
| 3.3 | Conséquences économiques | 19 |
| 4 | Aspects juridiques | 21 |
| 4.1 | Constitutionnalité | 21 |
| 4.2 | Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse | 21 |
| 4.3 | Frein aux dépenses | 22 |

1 Contexte

1.1 L'îlot suisse de cherté

Les consommateurs et les entreprises paient en général en Suisse des prix plus élevés que les acheteurs à l'étranger. En 2017 par exemple, l'indice comparatif du niveau des prix des dépenses de consommation privée était supérieur de 43 %¹ à la moyenne des pays de l'UE-15, et les frais d'investissement des entreprises, de 29 %².

Le niveau élevé des salaires et des loyers en Suisse renchérit la production des biens et des services par rapport aux pays étrangers (de l'UE) et est une cause importante du niveau élevé des prix sur le marché suisse. Par ailleurs, les mesures d'intérêt public (p. ex. dans le domaine de l'agriculture, de l'environnement ou de la politique sociale) qui ont un effet d'entrave au commerce, de même que les droits et frais de douane, les conditions spécifiques de mise sur le marché et les frais d'importation de biens et de services étrangers contribuent également au niveau élevé des prix en Suisse. Toutefois, ces facteurs n'expliquent qu'une partie de la différence de prix par rapport à l'étranger. Les salaires élevés donnent en particulier un pouvoir d'achat comparativement élevé aux consommateurs suisses, et ces derniers, de même que les entreprises axées sur le marché intérieur, sont peut-être disposés à payer davantage pour un (même) bien. Faute de concurrence transfrontalière (parfaite), les entreprises peuvent profiter de cette propension à payer davantage en pratiquant des prix plus élevés sur le marché suisse.

Les entraves publiques au commerce jouent un rôle central en ce qui concerne cette exploitation de la disposition à payer, étant donné que les prescriptions techniques et les frais d'importation favorisent le cloisonnement du marché suisse, ce qui affaiblit en général la concurrence intérieure. Dans la mesure où les acteurs privés ne dominent pas le marché, les mesures unilatérales³ qu'ils prennent mènent en général au cloisonnement du marché uniquement à cause des entraves publiques au commerce ou de frais de transport élevés, vu que, en dehors de ces entraves, ils devraient compter avec une augmentation des importations parallèles. Par contre, il est difficile de cloisonner un marché régional et d'exploiter la différence de pouvoir d'achat en Suisse même. Non seulement il n'existe pas d'entrave publique au commerce entre les cantons, mais en plus, la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI)⁴ veille à empêcher tout cloisonnement du marché entre les régions.

En résumé, les prix élevés résultent de causes diverses. De plus, ils n'ont pas que des effets négatifs sur l'économie : la productivité moyenne élevée en Suisse se traduit par des salaires et des charges salariales élevés⁵, et contribue ainsi aussi en grande part à la prospérité de la Suisse. Par contre, l'absence de concurrence entre entreprises, corollaire à la fois d'entraves publiques au commerce et de restrictions d'ordre privé à la concurrence, renchérit les biens et services, et nuit à la prospérité.

¹ Calculs propres sur la base des données d'Eurostat relatives à l'UE-28, disponible à l'adresse internet suivante : http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Comparative_price_levels_of_consumer_goods_and_services#Overall_price_levels.

² Calculs propres sur la base des données d'Eurostat relatives à l'UE-28, disponible à l'adresse internet suivante : http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Comparative_price_levels_for_investment.

³ Par *mesure unilatérale*, on entend un état de fait par lequel une entreprise (en position dominante ou de pouvoir de marché relatif) entreprend une action seule, sans entente préalable avec une autre entreprise.

⁴ RS 943.02

⁵ Selon Balassa-Samuelson, l'amélioration de la productivité dans une économie ouverte entraîne l'élévation du niveau des prix. Cf. KRUGMAN/OBSTFELD/MELITZ, *Économie internationale*, 10^e édition, Pearson France, 2015, p. 442 ss.

1.2 Droit en vigueur

Si des entreprises en concurrence conviennent du cloisonnement du marché suisse, par exemple moyennant fixation des prix ou répartition géographique ou en fonction de partenaires commerciaux, il peut y avoir un accord de concurrence au sens de l'art. 5, al. 3, let. a et c, de la loi sur les cartels (LCart)⁶, susceptible d'être sanctionné directement en vertu de l'art. 49a LCart. En outre, l'art. 5, al. 4, LCart dispose que les accords en matière de concurrence instaurant des prix de vente minimum ou des prix de vente fixes, ainsi que les ententes sur une interdiction de vente passive⁷ entre entreprises occupant différents échelons du marché sont en principe notables et, sous réserve d'être justifiés pour des raisons d'efficacité, illicites. L'art 49a LCart prévoit des sanctions directes en cas de cloisonnement du marché suisse. Depuis des années, les autorités en matière de concurrence se focalisent sur les entraves aux importations parallèles et directes, comme en témoigne leur pratique (il n'est que de penser aux cas Gaba⁸, BMW⁹ ou encore Nikon¹⁰).

Le droit actuel interdit en outre, dans l'art. 7 LCart, l'abus d'une position dominante sur le marché. En vertu de l'art 4, al. 2, LCart, on entend par entreprise dominant le marché 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). La précision entre parenthèses a été ajoutée dans le cadre de la révision de la LCart en 2003. Le message du Conseil fédéral ajoutait en outre que, pour constater la position dominante d'une entreprise, les données concernant la structure du marché ne sont pas les seuls critères, mais qu'il faut également examiner les liens de dépendance réels sur le marché¹¹, la nouvelle formulation visant à éviter de protéger des structures qui, au regard de la concurrence, ne sont plus viables¹². Pour certains commentateurs, l'idée de puissance relative sur le marché a été introduite dans la LCart en 2003 déjà¹³, quand bien même elle n'y a pas été formulée expressément. De ce fait, cette interprétation est restée d'importance secondaire dans la pratique, et contestée dans la littérature. La COMCO n'a jamais arrêté de décision exécutoire en application de l'art. 7 LCart à des entreprises ayant un pouvoir de marché relatif¹⁴.

En vertu de l'art. 7 LCart, une position dominante d'une ou de plusieurs entreprises contraint au respect de certaines règles de conduite qui ne valent pas pour des entreprises qui n'occupent pas une telle position. La LCart n'interdit pas une position dominante en soi, mais l'abus de cette position. Or il n'est pas possible de définir de manière définitive cette notion d'abus, même si l'on distingue communément entre pratiques d'exclusion (on parle alors d'entraves abusives) et pratiques d'exploitation (exploitation abusive). En ce qui concerne les premières, les mesures prises par l'entreprise dominant le marché visent des concurrents actuels ou potentiels actifs sur ce marché ou sur un marché voisin. Dans le second cas de figure, le rapport entre la prestation et la contre-prestation est manifestement déséquilibré au détriment du partenaire commercial. L'art. 7, al. 2, LCart énumère six cas qui pourraient conduire à un abus

⁶ RS 251

⁷ Par vente passive, on entend, conformément au ch. 3 de la Communication sur les accords verticaux (CommVert) de la COMCO du 28 juin 2010, le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou distributeurs) établis sur le territoire ou faisant partie de la clientèle qui sont réservés au fournisseur ou alloués exclusivement par le fournisseur à un autre distributeur, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. La CommVert peut être consultée à l'adresse internet suivante : <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html>.

⁸ ATF 143 II 297.

⁹ TF 2C_63/2016 du 24 octobre 2017.

¹⁰ Arrêt du TAF B-581/2012 du 16 septembre 2016.

¹¹ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911 ss. (ci-après « message LCart 2001 »), p. 1933.

¹² Message LCart 2001, p. 1933.

¹³ Cf. p. ex. ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2^e éd., Berne 2005, N. 574 ss., ou encore BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 al. 2 N 23 ss.

¹⁴ P. ex. dans le cas *Coop Forte*, la question a été laissée ouverte en raison d'un accord amiable, DPC 2005/1, 146 N 163.

de position dominante. Il est en particulier interdit à une entreprise occupant une position dominante de refuser d'entretenir des relations commerciales (art. 7, al. 2, let a, LCart) ou de discriminer des partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales (art. 7, al. 2, let. b, LCart). Toutefois, l'existence d'un tel cas ne signifie pas automatiquement qu'il y a abus. Pour cela, il faut qu'en plus, le comportement de l'entreprise occupant une position dominante empêche une autre entreprise d'accéder à la concurrence ou de l'exercer, ou désavantage un partenaire commercial, et que l'attitude de l'entreprise dominante ne se justifie pas pour de justes motifs commerciaux (*legitimate business reasons*).

L'interdiction de mesures privées de blocage géographique¹⁵ est inconnue du droit suisse. La loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)¹⁶, en particulier, ne prévoit pas de règles de ce genre. Toutefois, les prescriptions de la LCart peuvent entraîner, dans certaines conditions, l'interdiction du blocage géographique. Si deux entreprises se mettent d'accord pour y recourir au détriment du marché suisse, on aura peut-être affaire à un accord en matière de concurrence illicite selon l'art. 5 LCart, pouvant même, selon les circonstances, être sanctionné directement. Par ailleurs, le recours au blocage géographique par une entreprise dominante peut être constitutif d'un abus de position dominante au sens de l'art 7 LCart. Toutefois, la question ne peut être réglée que sur la base d'un examen de cas en cas.

1.3 Initiative pour des prix équitables

1.3.1 Texte

Voici le texte de l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » :

La Constitution (Cst.)¹⁷ est modifiée comme suit :

Art. 96, al. 1

¹ La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence. Elle prend en particulier des mesures afin de garantir l'acquisition non discriminatoire de biens et de services à l'étranger, et d'empêcher toute forme de limitation de la concurrence due aux pratiques unilatérales d'entreprises puissantes sur le marché.

Art. 197 ch. 12¹⁸

12. Disposition transitoire ad art. 96, al. 1

¹ D'ici à l'entrée en vigueur des dispositions légales, le Conseil fédéral édictera, dans un délai de deux ans après l'acceptation de la modification de l'art. 96, al. 1, par le peuple et les cantons, les dispositions d'exécution nécessaires.

² Les dispositions d'exécution de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral observent les principes suivants :

¹⁵ Pour l'UE, le blocage géographique (privé) regroupe les mesures privées d'entreprises visant à restreindre l'accès à leur interface en ligne, p. ex. leur site internet mais aussi d'autres applications, aux clients d'autres États membres. Cf. Considérant 1 du Règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE, Journal officiel. LI 60/1, 2.3.2018, p. 1 ss.

¹⁶ RS 241

¹⁷ RS 101

¹⁸ Le numéro définitif de la présente disposition transitoire sera fixé par la Chancellerie fédérale après le scrutin.

- a. les pratiques réputées illicites pour les entreprises dominant le marché le sont également pour les entreprises dont d'autres entreprises sont dépendantes de telle manière qu'elles n'ont aucune possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises (entreprises ayant une position dominante relative) ;
- b. les pratiques d'entreprises dominant le marché ou ayant une position dominante relative sont réputées illicites, sous réserve d'une justification par des motifs objectifs, lorsqu'elles limitent la possibilité des acheteurs de se procurer dans l'État de leur choix, aux prix qui y sont pratiqués par les entreprises, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger ; les différences de prix restent licites, tant que les entreprises ne poursuivent pas de buts anticoncurrentiels ni ne provoquent de distorsions de concurrence ;
- c. les entreprises ont le droit de limiter à l'étranger, par des pratiques unilatérales, l'acquisition des biens qu'elles ont exportés, lorsque ceux-ci sont destinés à être réimportés dans le pays de production et à y être revendus sans traitement supplémentaire ;
- d. en cas de pratiques abusives illicites, les sanctions directes relevant du droit des cartels ne s'appliquent pas aux entreprises ayant une position dominante relative ;
- e. dans le commerce en ligne, la non-discrimination en matière d'achats doit en principe être garantie, notamment par une disposition contre la concurrence déloyale.

1.3.2 Aboutissement et délais de traitement

L'Association « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables » a déposé le 12 décembre 2017 une initiative populaire intitulée « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » à la Chancellerie fédérale. Par décision du 17 janvier 2018, la Chancellerie fédérale a constaté que l'initiative avait recueilli 107 889 signatures valables et qu'elle avait donc abouti¹⁹.

L'initiative revêt la forme d'un projet rédigé. Le Conseil fédéral a décidé de lui opposer un contre-projet indirect. En vertu de l'art. 97, al. 2, de la loi du 13 septembre 2002 sur le Parlement (LParl)²⁰, le Conseil fédéral dispose ainsi d'un délai de 18 mois, soit jusqu'au 11 juin 2019, pour soumettre à l'Assemblée fédérale un projet d'arrêté fédéral accompagné d'un message. Conformément à l'art. 100 LParl, l'Assemblée fédérale a jusqu'au 11 juin 2020 pour adopter la recommandation de vote qu'elle présentera au peuple et aux cantons.

1.3.3 Validité

L'initiative remplit les conditions de validité prévues à l'art. 139, al. 3, de la Constitution (Cst.) :

- a. elle revêt la forme d'un projet entièrement rédigé et respecte ainsi le principe de l'unité de la forme ;
- b. la connexité matérielle entre les deux parties de l'initiative est établie ; l'initiative respecte donc le principe de l'unité de la matière ;
- c. l'initiative ne contrevient pas aux règles impératives du droit international ; elle répond ainsi aux exigences de compatibilité avec le droit international.

¹⁹ FF 2018 213

²⁰ RS 171.10

1.3.4 Buts et contenu de l'initiative populaire fédérale

L'actuel art. 96, al. 1, Cst. astreint la Confédération à légiférer afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de restrictions de la concurrence. L'initiative demande de compléter cet alinéa par une phrase qui précise que la Confédération prend en particulier des mesures afin de garantir l'acquisition non discriminatoire de biens et de services à l'étranger, et d'empêcher toute forme de restriction de la concurrence due aux pratiques unilatérales d'entreprises puissantes sur le marché.

Dans cette perspective, l'initiative prévoit des dispositions transitoires (art. 197, ch. 12, al. 2, P-Cst.), qui étendent le champ d'application en matière de pratiques illicites d'entreprises occupant une position dominante aux entreprises ayant un pouvoir de marché relatif (art. 197, ch. 12, al. 2, let a, P-Cst.), c'est-à-dire des entreprises dont d'autres entreprises sont dépendantes faute de possibilité suffisante et raisonnable pour ces dernières de se tourner vers d'autres entreprises.

Outre cette extension du domaine d'application des règles de l'art. 7 LCart à des entreprises ayant un pouvoir de marché relatif, l'initiative prévoit d'enrichir le catalogue d'exemples de l'art. 7, al. 2, LCart, qui énumère pratiquement tous les cas les plus importants d'abus de position dominante sur le marché. Ainsi, l'initiative demande que les pratiques d'entreprises ayant une position dominante ou qui ont un pouvoir de marché relatif soient réputées illicites, sous réserve d'une justification par des motifs objectifs, lorsqu'elles limitent la possibilité des acheteurs de se procurer dans l'État de leur choix, aux prix qui y sont pratiqués par les entreprises, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger ; les différences de prix restent licites tant que les entreprises ne poursuivent pas de buts anticoncurrentiels ni ne provoquent de distorsions de concurrence (art. 197, ch. 12, al. 2, let. b, P-Cst.).

Les entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif doivent avoir le droit de limiter à l'étranger, par des pratiques unilatérales, l'acquisition des biens qu'elles ont exportés, lorsque ceux-ci sont destinés à être réimportés dans le pays de production et à y être revendus sans traitement supplémentaire (art. 197, ch. 12, al. 2, let. c, P-Cst.). Avec cette disposition, les entreprises indigènes continuent à avoir le droit de cloisonner le marché suisse, un droit qui serait nouvellement aussi accordé à celles qui occupent une position dominante. Le cas échéant, cette réglementation serait intégrée à l'art. 7 LCart par le biais d'un nouvel alinéa.

Par ailleurs, en cas de pratiques abusives illicites, les sanctions directes relevant du droit des cartels ne s'appliqueraient pas aux entreprises ayant un pouvoir de marché relatif (art. 197, ch. 12, al. 2, let. d, P-Cst.). Il conviendrait dès lors d'adapter en conséquence l'art. 49a, al. 1, LCart, qui préciserait en particulier que les infractions commises par des entreprises ayant une position dominante doivent être sanctionnées conformément à l'art. 7 LCart.

Enfin, les dispositions transitoires prévoient de compléter la LCD par une disposition garantissant la non-discrimination en matière d'achats dans le commerce en ligne (art. 197, ch. 12, al. 2, let. e, P-Cst.) et d'interdire le principe du blocage géographique privé²¹ par les entreprises.

Les mesures demandées par l'initiative visent à diminuer les coûts d'acquisition des entreprises ainsi que les prix d'achat pour les consommateurs. Les auteurs de l'initiative se focalisent sur les biens et les services importés, dont les prix en Suisse sont nettement plus élevés qu'à l'étranger. Sont surtout visés les comportements transfrontaliers de groupes qui échappent aux prescriptions en matière d'accords de concurrence au sens de l'art. 5 LCart et en particulier à l'interdiction de principe d'un accord sur une

²¹ Cette notion est précisée dans la note 15.

interdiction de vente passive²², avec possibilité de justification en vertu de l'art. 5, al. 4, LCart en raison du privilège dit de groupe²³. La nouvelle réglementation doit donner la possibilité aux autorités en matière de concurrence d'engager des procédures administratives et aux entreprises concernées d'intenter des actions civiles contre les discriminations de prix spécifiques en fonction du pays pratiquées par des entreprises ayant un pouvoir de marché relatif, étant entendu que les sanctions directes seraient exclues dans un tel cas. Selon le droit en vigueur, cela n'est possible que si une entreprise a une position dominante et se comporte de manière illicite ou qu'elle est partie prenante à un accord illicite en matière de concurrence.

1.3.5 Appréciation de l'initiative populaire fédérale

L'initiative entend faire baisser les prix en Suisse principalement de deux manières. Premièrement, il s'agit d'améliorer la compétitivité des entreprises en Suisse grâce à des prix d'acquisition plus bas à l'étranger et, partant, des coûts intermédiaires plus bas. Deuxièmement, afin d'accroître la concurrence, toutes les entreprises doivent être mieux protégées des fournisseurs et des acheteurs (en Suisse) ayant un pouvoir de marché relatif. Pour atteindre ces deux objectifs, l'initiative demande que la notion de pouvoir de marché relatif (« position dominante relative » dans le texte) soit inscrite explicitement dans la Constitution.

La baisse des coûts d'acquisition des entreprises suisses doit être obtenue en particulier grâce à une obligation de livraison faite aux entreprises vendeuses ayant un pouvoir de marché relatif qui soit aussi applicable à l'étranger. De ce fait, il serait interdit aux fournisseurs ayant un pouvoir de marché relatif de discriminer à l'étranger les acheteurs en Suisse et de leur imposer des prix plus élevés que pour d'autres acquéreurs dans la mesure où de telles pratiques entraînent des distorsions de la concurrence et n'ont pas de justification objective. Complétant diverses mesures prises par le Conseil fédéral en vue de réduire les entraves techniques et tarifaires au commerce²⁴, l'initiative entend s'attaquer ainsi aux éventuelles restrictions à la concurrence mises en place par des acteurs privés. Le but est de réduire encore les coûts d'acquisition et de renforcer la concurrence grâce à un accès aux marchés internationaux simplifié et moins cher pour les entreprises.

Exemple 1 : contexte transfrontalier

Dans un pays voisin, l'entreprise de transport T publie un appel d'offres pour des remorques de camions assorti d'une liste détaillée de critères de qualification et d'adjudication. Un de ces critères oblige à utiliser une pièce précise (un embrayage) du fabricant A pour que les nouvelles remorques soient compatibles avec la flotte existante.

A vend ses éléments sur le marché européen à un prix fixe en vente directe. Il n'existe pas de revendeurs indépendants. Pour les clients hors UE (dont les suisses), A exige un supplément de 30 % sans qu'aucune raison objective ne justifie cette différence de prix.

L'entreprise B, dont la production se situe en Suisse, fabrique des remorques pour camions et aimerait soumissionner. En raison des critères d'adjudication de l'appel d'offres, elle est contrainte de reprendre la pièce de A. A est par conséquent en situation de puissance relative par rapport à l'entreprise

²² Cf. la note 7.

²³ En vertu du privilège de groupe, les sociétés d'un groupe au sens économique du terme ne sont en principe pas des entreprises indépendantes les unes des autres. Dès lors, des accords entre elles ne constituent pas, sur le fond, des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4., al. 1, LCart, et ne tombent pas sous le coup de l'art. 5 LCart.

²⁴ Cf. le rapport du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) du 20 décembre 2017 « La facilitation des importations pour lutter contre l'îlot de cherté », ainsi que le communiqué de presse du Conseil fédéral du 20 décembre 2017 « Le Conseil fédéral adopte des mesures pour lutter contre l'îlot de cherté » publié à cette occasion. Le rapport peut être consulté à l'adresse internet suivante : www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Aussenwirtschafts/Freihandelsabkommen/bericht_12_2017/importerleichterungen_hochpreisinsel.html, et le communiqué de presse à l'adresse internet suivante : www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-69321.html.

B puisque cette dernière dépend d'un de ses produits pour un marché en aval (en l'occurrence l'appel d'offres de T) et qu'en raison de critères d'adjudication non négociables, elle ne dispose pas de possibilité suffisante ou raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises.

Appréciation de l'exemple 1 du point de vue de l'initiative pour des prix équitables :

Étant donné que l'entreprise B ne pourra présenter une offre compétitive que si elle obtient l'élément (relativement important) du fabricant A au prix et aux autres conditions commerciales du marché européen, que rien ne justifie une différence de traitement et que la discrimination subie engendre des distorsions de la concurrence, A serait obligé de fournir B aux conditions du marché européen.

L'initiative contient en outre une clause qui permet aux entreprises suisses et étrangères ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif de prendre des mesures en vue d'empêcher les réimportations. Ainsi, les entreprises et consommateurs suisses ne profiteraient pas, dans de nombreux cas, de prix plus avantageux pour des biens suisses étant donné que la réimportation de biens pourrait être empêchée de manière unilatérale et légale.

Exemple 2 : le privilège d'empêcher les réimportations

La droguerie D en Suisse propose plusieurs sortes de pastilles à sucer de plusieurs fabricants. Celles des leaders mondiaux du marché (A et B) sont les plus demandées et ne pourraient pas être remplacées par d'autres produits (et ne sont pas non plus substituables entre elles).

Le site de production de A se trouve en Suisse, celui de B en Allemagne. Les deux entreprises A et B imposent par le biais de leurs canaux internes de distribution des prix en Suisse 50 % plus élevés qu'à l'étranger, raison pour laquelle D envisage de se fournir en Allemagne.

Appréciation de l'exemple 2 du point de vue de l'initiative pour des prix équitables :

Comme D a besoin des pastilles à sucer de B et faute de possibilité suffisante et raisonnable de se procurer un produit équivalent ailleurs, B est en situation de puissance relative par rapport à elle. B serait donc obligé de lui livrer ses pastilles à sucer par le biais de ses canaux de distribution à l'étranger aux prix et autres conditions commerciales usuelles qui y sont pratiqués.

Quant à A, elle pourrait, en vertu du privilège prévu par l'initiative, prendre des mesures unilatérales pour interdire la livraison de ses pastilles à sucer à D par ses canaux de distribution à l'étranger, et continuer à livrer D exclusivement par le biais de sa diffusion avec siège en Suisse (à un prix plus élevé). Il y aurait donc inégalité de traitement entre A et B.

L'initiative demande, outre la simplification de l'importation de biens et de services depuis l'étranger, l'introduction de la notion de pouvoir de marché relatif – ou puissance relative sur le marché – tant pour ce qui est de l'entreprise vendeuse que de l'acheteur en Suisse. Le champ d'application de la LCart en ce qui concerne les comportements abusifs d'entreprises ayant une position dominante serait étendu aux entreprises ayant un pouvoir de marché relatif. L'idée est de mieux protéger les entreprises en Suisse et à l'étranger qui sont actives sur le marché suisse aussi bien de leurs fournisseurs que de leurs acheteurs puissants sur le marché. En principe, une entreprise occupant une position dominante est consciente de sa position, et son pouvoir sur le marché concerné est partout clairement établi ; par contre, une situation de pouvoir de marché relatif ne survient que dans le cadre d'une relation bilatérale avec une entreprise dépendante. Par conséquent, une entreprise aura sans doute beaucoup de peine à estimer si, et dans l'affirmative, par rapport à quel partenaire commercial, elle a un pouvoir de marché relatif. La COMCO et les tribunaux devraient décider dans chaque cas si l'on se trouve dans une telle situation et si, dans une relation commerciale bilatérale, par exemple le prix exigé (y compris les remises et avantages éventuels) peut être justifié par des raisons légitimes. Un examen du droit allemand met en lumière les difficultés de mise en œuvre de la notion de pouvoir de marché relatif. Bien que les dispositions pertinentes

soient appliquées depuis des décennies (avant tout par des tribunaux civils), les critères de dépendance d'une entreprise par rapport à une autre restent flous²⁵.

Avec l'introduction du concept de pouvoir de marché relatif, toutes les entreprises en Suisse seraient potentiellement concernées, et les autorités en matière de concurrence ainsi que les tribunaux seraient transformés *de facto* en « services de contrôle des prix », même lorsque la concurrence est efficace. Il s'agirait là d'une atteinte importante à la liberté économique des entreprises. En particulier lorsque les prix (élevés) résultent d'une situation de concurrence²⁶, les interventions de l'État dans le mécanisme de fixation des prix comporteraient en permanence le risque de distorsions de la concurrence et de pertes d'emploi qui y sont liées. De ce fait, la réglementation aurait des conséquences négatives pour l'économie suisse étant donné qu'elle aurait des effets également sur les relations commerciales entre entreprises qui ne sont pas touchées par un éventuel cloisonnement du marché.

Exemple 3 : contexte du marché intérieur

En Suisse, le détaillant (discounter) D souhaite prendre dans son assortiment le chocolat d'un petit producteur régional (C) étant donné que les produits de C sont très appréciés des consommateurs depuis l'introduction d'une nouvelle saveur.

Toutefois, pour des questions d'image et de marketing, C ne livre ses produits qu'à des magasins spécialisés et à des détaillants proposant des articles haut de gamme. C n'a pas de système de distribution sélectif.

Appréciation de l'exemple 3 du point de vue de l'initiative pour des prix équitables :

Étant donné que D ne dispose pas d'alternative pour les produits de C, C est une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif par rapport à D. Par conséquent, le producteur de chocolat C pourrait être contraint de livrer à un prix non discriminatoire ses produits à D également pour autant qu'un refus n'aurait pas été justifié par des motifs objectifs.

L'incertitude permanente relative à une procédure fondée sur la LCart en raison de la marge d'interprétation du concept de pouvoir de marché relatif, liée aux nombreuses notions juridiques floues et aux examens au cas par cas, risque d'entraîner un surcroît de travail administratif et des frais supplémentaires pour les entreprises. Leurs fournisseurs et leurs acheteurs étant toujours potentiellement protégés, les entreprises pourraient en cas de doute préférer continuer à s'accommoder de structures inefficaces plutôt que de prendre le risque d'engager une procédure fondée sur la LCart avec une issue incertaine.

Il y aurait par ailleurs un risque que la COMCO puisse traiter moins de cas « classiques » (c.-à-d. qui nuisent à l'économie nationale) en raison de la charge de travail supplémentaire. En ce qui concerne les procédures civiles, la disposition risque de frapper unilatéralement avant tout des entreprises suisses, étant donné que l'application du droit suisse à des entreprises ayant leur siège à l'étranger ne serait sans doute pas sans poser de grosses difficultés sur le plan pratique.

De plus, il convient également de se demander si, lors de l'application de la disposition, les prix d'achat plus avantageux obtenus dans le cas d'espèce seraient effectivement répercutés sur le prochain niveau commercial ou bénéficieraient à l'acheteur. Cela n'est *a priori* pas garanti, et tout dépend du contexte de la concurrence et de la demande sur le marché concerné. Par ailleurs, on pourrait imaginer des situa-

²⁵ Cf. à ce sujet la décision récente de la cour suprême allemande (Bundesgerichtshof) dans l'affaire Rimowa, arrêt du 12.12.2017, KZR 50/15.

²⁶ En l'absence de position dominante d'une ou de plusieurs entreprises sur un marché et d'accord de concurrence illicite, il peut être admis que la concurrence règne sur ce marché.

tions dans lesquelles l'effet sur les prix en Suisse serait inverse à celui visé. Si, en raison de la dépendance d'un fournisseur par rapport à un acheteur puissant sur le marché, ce dernier ne peut plus changer de fournisseur, cela pourrait l'empêcher de choisir une nouvelle entreprise vendeuse plus efficace, éventuellement au détriment de baisses de prix potentielles. Les expériences à l'étranger²⁷ et des études empiriques²⁸ montrent que de telles dispositions peuvent au bout du compte se révéler contre-productives et sont finalement susceptibles d'affaiblir la concurrence. En particulier la renonciation à l'octroi de rabais par peur que d'autres acheteurs s'en prévalent à leur tour et les coûts de la réglementation (en particulier en matière de conformité) peuvent conduire à des hausses de prix.

Conformément au principe de l'effet énoncé à l'art. 2, al. 2, LCart, la réglementation de la LCart est sur le fond applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger. Par conséquent, l'initiative s'applique en principe également aux entreprises à l'étranger. En vertu du droit international privé, le droit suisse pourrait être applicable sur le plan matériel en cas d'action civile à l'étranger ou en Suisse. Si une décision de droit civil entre en force, elle devient exécutoire au moins dans le champ d'application de la Convention de Lugano (UE, NOR, ISL, CH). Toutefois, il convient de se demander si des procédures civiles seraient vraiment engagées, compte tenu de l'insécurité juridique liée au concept de pouvoir de marché relatif ainsi que du risque inhérent à la procédure. Qui plus est, une procédure administrative sans l'accord des entreprises concernées à l'étranger s'avère très difficile en vertu du principe de territorialité.

En résumé, on peut affirmer que l'initiative permettrait dans des cas particuliers de faire baisser les coûts d'acquisition des entreprises suisses et de renforcer leur compétitivité internationale. Cependant, l'initiative implique une forte restriction de la liberté de commerce bilatérale entre entreprises pour la libre fixation des prix et le libre choix du partenaire commercial.

1.3.6 Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral partage sur le fond les préoccupations de l'initiative et estime aussi que des mesures doivent être prises contre le cloisonnement du marché suisse. Pour cette raison, il a adopté en décembre 2017 toute une série de mesures²⁹, parmi lesquelles la suppression unilatérale des droits de douane industriels, l'abaissement des droits de douane sur certains produits agricoles et la réduction des exceptions au principe « Cassis de Dijon »³⁰.

Toutefois, le Conseil fédéral rejette l'initiative parce que, selon lui, une introduction générale de la notion de pouvoir de marché relatif et son application principalement à des états de fait concernant strictement le marché domestique auraient des conséquences économiques négatives trop importantes. Dans

²⁷ Aux États-Unis, le Robinson-Patman Act, qui prévoit la protection des petits détaillants au moyen d'une interdiction de discrimination de prix, est en vigueur depuis plus de 80 ans. La Antitrust Modernization Commission (AMC) est parvenue à la conclusion que la réglementation a de nombreuses conséquences négatives qui affaiblissent la concurrence et entraînent des prix plus élevés pour les consommateurs. À titre d'exemple, un fabricant n'a pas la possibilité d'encourager des activités de marketing ou la qualité de l'acquéreur par des rabais de prix. Dans les marchés oligopolistiques également, des prix indifférenciés peuvent affaiblir la concurrence puisque si les prix ne varient pas d'un acquéreur à l'autre, la coordination entre les producteurs s'en trouve simplifiée, ce qui peut diminuer la concurrence sur les prix. Qui plus est, les entreprises acceptent des prix élevés dans la mesure où les produits sont par exemple différenciés pour contourner la réglementation. De même, les coûts de conformité sont cités en tant que facteurs d'augmentation des coûts. Cf. AMC, Report and Recommendations, 2007.

²⁸ BULMASH, An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 8, Issue 2, 1.6.2012, p. 361 ss.

²⁹ Cf. la note 24.

³⁰ Le principe « Cassis de Dijon » a été développé par la Cour européenne de justice (CJUE) dans le but de renforcer le marché intérieur de la communauté européenne. Il a été ensuite repris de manière autonome par la Suisse. Selon le principe inscrit dans le droit suisse, les produits qui répondent aux prescriptions techniques de l'UE ou d'un État membre de l'UE ou de l'EEE et qui sont légalement commercialisés peuvent être en principe également mis sur le marché en Suisse sans contrôles préalables, conformément à l'art. 16a de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC ; RS 946.51). Des exceptions ne sont possibles que si elles sont indispensables à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. Les denrées alimentaires font l'objet d'une réglementation spéciale dans la mesure où elles sont soumises à une procédure d'autorisation.

le marché intérieur suisse, un cloisonnement régional des marchés n'est pas possible sans autres. Par conséquent, il ne serait pas indiqué de prendre des mesures contre de potentielles discriminations de prix sur le marché domestique. Des dispositions allant dans ce sens engendreraient de l'insécurité juridique et davantage de bureaucratie. Et, au cas où le marché suisse dans son ensemble devrait subir des prix plus élevés, il conviendrait, selon le Conseil fédéral, d'adopter des réglementations ponctuelles pour ce genre de cas.

Le Conseil fédéral a connaissance du thème du blocage géographique privé développé par les auteurs de l'initiative. Toutefois, il rejette l'idée d'une approche qui ne serait pas coordonnée sur le plan international et, par conséquent, d'une interdiction unilatérale du blocage géographique privé. Comme il n'est pas certain que cette dernière puisse être imposée à des entreprises à l'étranger, le Conseil fédéral craint qu'une telle disposition frappe unilatéralement uniquement les entreprises en Suisse, ce qui pourrait entraîner des distorsions de la concurrence entre entreprises suisses et étrangères, distorsions que le contre-projet indirect du Conseil fédéral souhaite empêcher dans d'autres domaines. Il pourrait donc en résulter des désavantages pour l'économie suisse. Afin de garantir des mesures efficaces pour des achats non discriminatoires dans le commerce en ligne transfrontalier, leur application à l'étranger devrait être garantie. Une mise en œuvre efficace serait par exemple possible dans le cadre d'un éventuel accord avec l'UE, ce qui nécessiterait toutefois un examen préalable de l'intérêt et du contenu de cet accord potentiel. En outre, la suite de la procédure devrait être envisagée dans le cadre d'un examen d'ensemble des relations entre la Suisse et l'UE et devrait s'intégrer dans la stratégie européenne du Conseil fédéral. Dans l'intervalle, il sera possible d'observer la mise en œuvre au niveau des États ainsi que les effets de l'interdiction de blocage géographique privé qui entrera en vigueur le 3 décembre 2018 au sein de l'espace économique européen (EEE)³¹.

Le présent projet mis en consultation n'a pas vocation de proposer une appréciation circonstanciée de l'initiative. Le Conseil fédéral procédera à une analyse approfondie et présentera ses réflexions dans le détail au Parlement à l'occasion du message à venir.

2 Contre-projet indirect

2.1 Objectif de la révision proposée de la LCart

Le Conseil fédéral s'oppose au cloisonnement du marché suisse, et ce, qu'il soit le fait d'entraves commerciales de nature étatique ou de restrictions privées à la concurrence. Le contre-projet indirect doit permettre d'empêcher que des entreprises puissent profiter en particulier des entraves commerciales liées aux réglementations publiques pour imposer des prix surfaits sur le marché suisse par rapport aux marchés étrangers en fournissant les acheteurs uniquement par les canaux de distribution domestiques, ce qui cause des distorsions de la concurrence en aval. Le contre-projet indirect tient donc compte de l'objectif principal de l'initiative, à savoir lutter contre le cloisonnement du marché suisse. Il faut dès lors que le droit des cartels s'applique à des pratiques abusives d'entreprises clairement définies, même si ces entreprises n'occupent pas nécessairement une position dominante. C'est pour cette raison que le Conseil fédéral, tout comme les auteurs de l'initiative, propose de modifier la LCart. Il prévoit une introduction du concept de pouvoir de marché relatif limitée à certains cas afin de garantir aux entreprises actives en Suisse la liberté de s'approvisionner à l'étranger et de prévenir les distorsions de la concurrence. Les entreprises du marché suisse qui, de manière injustifiée et contrairement à leurs concurrents de Suisse ou de l'étranger, ne peuvent s'approvisionner qu'en Suisse par les canaux de distribution internes à l'entreprise, à des prix ou des conditions moins intéressants, doivent, sous certaines

³¹ Cf. note 15.

réserve, pouvoir invoquer le pouvoir de marché relatif. Cette possibilité se limitera aux entreprises n'ayant pas d'alternatives suffisantes et raisonnables, qui sont donc *de facto* dans une situation de dépendance, et pour lesquelles l'interdiction de s'approvisionner à l'étranger aux prix qui y sont pratiqués entraîne des distorsions sensibles de la concurrence. L'existence d'une distorsion de la concurrence du fait d'une discrimination induite sera par conséquent un facteur déterminant pour apprécier s'il y a abus du pouvoir de marché relatif. De ce fait, le contre-projet indirect ne touche pas à l'exploitation abusive³² incluse dans l'actuel art. 7 LCart.

On parle de discrimination uniquement lorsqu'une entreprise est dépendante d'une autre, et il y a dépendance lorsqu'une entreprise doit pouvoir se procurer un bien ou un service donné pour être compétitive. Cela implique que l'entreprise dépendante n'a pas d'alternatives suffisantes et raisonnables. Les biens et services pouvant être considérés comme des alternatives raisonnables et présents en quantité suffisante varient de cas en cas. La possibilité d'obtenir d'un autre fournisseur des biens ou des services comparables peut par exemple constituer une alternative raisonnable. Il peut également y avoir dépendance lorsque des investissements ont été réalisés en vue de la collaboration avec une entreprise spécifique et que la fin de la relation d'affaires mettrait en danger l'exercice de l'activité économique³³. Cela étant, ce type d'investissements spécifiques peut faire l'objet d'une clause contractuelle entre les partenaires d'affaires visant à garantir l'amortissement de l'investissement. Aussi ne peut-il y avoir dépendance que lorsqu'une entreprise ne s'est pas mise elle-même dans l'impasse³⁴. Les relations de dépendance inverses, dans lesquelles les fournisseurs sont dépendants d'acheteurs ayant un pouvoir de marché relatif, ne sont pas prises en considération. D'une part, ces situations ne présentent pas de lien avec la thématique du cloisonnement et, d'autre part, les acheteurs à l'étranger sont en principe protégés par la législation cartellaire en vigueur dans leur pays. Si un fournisseur suisse est actif sur un marché étranger, la réglementation cartellaire qui y est en vigueur est en principe applicable, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour les acheteurs qui s'approvisionnent sur les marchés étrangers. D'autre part, les acheteurs ayant un pouvoir de marché relatif ne sont donc pas tenus de s'approvisionner auprès de fournisseurs qui ne répondent pas à leurs attentes (étant donné que ceux-ci préfèrent s'accrocher à des structures inefficaces plutôt que de prendre le risque d'engager une procédure en matière de droit des cartels dont l'issue serait incertaine), et ne sont donc pas prisonniers de structures qui les entravent indûment dans la recherche de gains d'efficacité inhérente à la concurrence.

La nouvelle réglementation maintient en outre la possibilité, pour les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif, d'opérer une discrimination par les prix, dans la mesure où il n'y a pas de distorsions de la concurrence. L'ampleur de la discrimination par les prix tolérée dépendra donc de la situation en matière de concurrence sur le marché en question. Si le marché dépasse le territoire suisse et que les entreprises y sont en concurrence directe, la possibilité d'opérer une discrimination par les prix à l'échelle internationale sera fortement réduite. Par contre, dans les cas où le marché est exclusivement national et qu'il n'y a donc pas de concurrence étrangère, la discrimination restera autorisée du moment qu'il n'y a pas de distorsions de la concurrence entre deux entreprises proposant leurs biens et services sur le marché suisse.

³² Cf. ch. 1.2.

³³ Cf. DPC 2005/1 p. 146, N 96, *CoopForte*.

³⁴ Cf. DPC 2005/1 p. 146, N 99, *CoopForte*.

Appréciation des exemples précédents³⁵ du point de vue du contre-projet indirect :

Appréciation de l'exemple 1 du point de vue du contre-projet indirect :

L'appréciation est la même que pour l'initiative : Étant donné que l'entreprise B ne pourra présenter une offre compétitive que si elle obtient l'élément (relativement important) du fabricant A au prix et aux autres conditions commerciales du marché européen, que rien ne justifie une différence de traitement et que la discrimination subie engendre des distorsions de la concurrence, A serait obligé de fournir B aux conditions du marché européen.

Appréciation de l'exemple 2 du point de vue du contre-projet indirect :

Comme D a besoin des pastilles à sucer de A et de B et faute de possibilité suffisante et raisonnable de se procurer des produits équivalents ailleurs, A et B sont des entreprises en situation de pouvoir de marché relatif par rapport à elle.

Il y aurait obligation pour A ou B de fournir D par le biais de leurs canaux de distributions à l'étranger aux prix et aux conditions commerciales qu'elles y pratiquent si la livraison exclusivement par le biais des canaux de distribution suisse entraînait des distorsions de la concurrence. Il y aurait égalité de traitement entre A et B.

Appréciation de l'exemple 3 du point de vue du contre-projet indirect :

C ne pourrait pas être contraint de livrer D. Les états de fait limités au territoire suisse ne sont pas pris en compte par la réglementation.

Le contre-projet indirect prévoit que les autorités en matière de concurrence peuvent traiter, en plus des affaires cartellaires « classiques », les situations de cloisonnement anticoncurrentiel de la Suisse, et qu'elles ne sont pas compétentes pour l'évaluation des relations économiques bilatérales entre les entreprises dans leur globalité. Étant donné qu'aucune sanction n'est prévue et que la portée économique manque généralement dans les affaires de pouvoir de marché relatif, ces cas seront principalement réglés par la voie civile. Après l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, les autorités en matière de concurrence ne devraient pas être confrontées à un surcroît de travail important une fois passées les éventuelles décisions de principe.

Pour les entreprises concernées par le champ d'application restreint du contre-projet indirect, il sera en outre plus simple d'évaluer si elles détiennent un pouvoir de marché relatif : s'il lui est possible de mettre en place des canaux de distribution distincts et internes à l'entreprise pour la Suisse et d'imposer des prix fortement majorés, une entreprise devrait dans bien des cas avoir conscience qu'elle risque d'être considérée comme disposant d'un pouvoir de marché relatif. Cela étant, la réglementation proposée n'a pas pour objectif de remettre en cause en soi les systèmes de distribution des entreprises puissantes sur le marché. Ces dernières aussi sont fondamentalement libres de choisir leur système de distribution, à condition qu'elles n'enfreignent pas l'art. 5 LCart.

Reste à souligner que les cas de pouvoir de marché relatif doivent, comme le demande l'initiative, échapper au régime de sanctions directes prévues à l'art. 49a, al. 1, LCart. Une sanction directe serait en l'occurrence disproportionnée. En effet, il s'agit typiquement de divergences entre deux entreprises, sans réelle portée macroéconomique. Par ailleurs, il est plus difficile pour une entreprise qui n'a pas de position dominante que pour une entreprise dominante de déterminer si une autre entreprise dépend d'elle. En d'autres termes, il devrait être suffisant d'obliger l'entreprise disposant d'un pouvoir de marché relatif à livrer ses partenaires de manière non discriminatoire sans lui infliger en plus de lourdes

³⁵ Cf. ch 1.3.5, où sont présentés les exemples.

sanctions. Au demeurant, même les réglementations ne prévoyant pas de sanctions directes ont un certain effet préventif. La nouvelle disposition étant prévue dans un nouvel article (art. 7a LCart), il n'est pas nécessaire de modifier l'art. 49a LCart. À noter en outre qu'en cas de répétition de l'infraction par une entreprise disposant d'un pouvoir de marché relatif en cas de procédure devant la COMCO, l'art. 50 LCart s'appliquerait, à savoir que contrevenir à un accord amiable, à une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours est sanctionné de la même manière que les infractions prévues à l'art. 49a LCart.

2.2 Commentaire des articles concernés de la LCart

Art. 4 Abs. 2^{bis} Définitions

L'art. 4, al. 2^{bis}, P-LCart contient la définition de la notion d'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif. Son libellé s'inspire d'une clause des dispositions transitoires de l'initiative (art. 197, ch. 12, al. 2, let. a, P-Cst.), laquelle s'inspire du droit allemand au travers du § 20, al. 1, de la loi contre les restrictions à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB). Selon le contre-projet indirect, une entreprise dispose d'un pouvoir de marché relatif à partir du moment où d'autres entreprises qui achètent un bien ou un service sont dépendantes de la première du fait qu'il n'existe pas de possibilité suffisante ou raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises. Seules les entreprises visées à l'art. 2, al. 1^{bis}, LCart peuvent avoir un pouvoir de marché relatif ou être dépendantes au sens du contre-projet indirect. Les consommateurs et les institutions publiques, tant qu'elles ne sont pas considérées comme des entreprises (p. ex. les hôpitaux ou les entreprises de transport) ne sont pas couverts. Une autre condition tient à la dépendance à un certain bien ou service, de sorte que la dépendance doit être examinée dans chaque cas d'espèce pour chaque bien ou chaque service et que l'acheteur ne saurait automatiquement exiger la livraison de la totalité de l'assortiment. Cela n'exclut pas qu'une entreprise puisse dépendre de plusieurs biens ou services au sens de la prescription proposée. Le dernier élément concerne le sens de « suffisante ou raisonnable ». Selon cette disposition, les entreprises invoquant la prescription proposée doivent avoir épuisé sans succès d'autres possibilités raisonnablement supportables d'obtenir le bien ou le service donné à un prix (de référence) et des conditions comparables. En principe, il ne suffit donc pas de s'être adressé en vain au fabricant du pays de référence pour motiver une dépendance. Selon le cas d'espèce, il faudra pouvoir apporter la preuve de multiples tentatives de s'être procuré le bien ou le service à un prix et des conditions comparables. L'acheteur doit donc démontrer qu'il a tenté en vain d'obtenir le bien ou le service.

Art. 7a Pratiques illicites d'entreprises ayant un pouvoir de marché relatif

L'art. 7a du projet de LCart s'inspire d'une partie des dispositions transitoires de l'initiative (art. 197, ch. 12, al. 2, let. d, P-Cst.). Les multiples éléments devant être réunis pour que toutes les conditions soient rassemblées sont détaillés ci-après.

entreprise ayant un pouvoir de marché relatif

Les acteurs visés par cette disposition se limitent aux entreprises visées à l'art. 2, al. 1^{bis}, LCart qui proposent des biens ou des services. Selon le système de distribution choisi, il s'agit en particulier des producteurs ou de l'un ou de plusieurs de leurs distributeurs (ou grossistes). Les acheteurs ayant un pouvoir de marché relatif ne comptent donc pas parmi les acteurs visés par la norme. La disposition vise en premier lieu le volet international des affaires touchant aux grands groupes, qui importe aux auteurs de l'initiative.

entreprises dépendantes

Il s'agit ici uniquement des entreprises dépendantes visées à l'art. 4, al. 2^{bis}, P-LCart qui achètent des biens ou des services. Les entreprises qui fournissent des biens et des services ne sont pas protégées. Conformément à la systématique du concept de pouvoir de marché relatif, le champ d'application de la nouvelle disposition ne s'étend pas non plus aux consommateurs et aux institutions publiques, du moment que ces dernières ne sont pas considérées comme des entreprises (p. ex. hôpitaux, entreprises de transport).

entrave l'accès des entreprises qui sont dépendantes d'elle à la concurrence ou son exercice

Cette condition sert à garantir qu'une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif puisse, dans certains cas, limiter la possibilité de se procurer des biens et services à l'étranger aux prix et conditions qui y sont pratiqués. C'est en fait empêcher le demandeur d'accéder à la concurrence ou à son exercice qui est pertinent. La proposition s'en tient donc à la systématique de l'art. 7 LCart, selon lequel deux conditions doivent être réunies pour que la pratique d'entreprises ayant une position dominante soit illicite, à savoir les conditions qui figurent à l'art. 7, al. 1, LCart et la présence de l'un des cas de figure énumérés à l'art. 7, al. 2³⁶. Prenons l'exemple d'un fournisseur ayant un pouvoir de marché relatif qui pratique une discrimination sur les prix entre plusieurs acheteurs pour ses biens et services. Indépendamment du fait que cela soit justifié ou non, sa pratique n'est illicite que s'il en résulte des distorsions de la concurrence entre les acheteurs. Les cas d'exploitation abusive³⁷ ne sont pas visés.

abuse de sa position

L'exploitation abusive du pouvoir de marché relatif du fournisseur doit avoir un lien de cause à effet avec la potentielle distorsion de la concurrence.

se procurer un bien ou un service

Conformément à la systématique du droit cartellaire, sont concernés tous les biens et services commercialisables.

en [...] empêchant

La notion d'obstruction a une portée très large. Elle couvre toute pratique unilatérale d'une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif qui entraîne une limitation, de fait ou de droit, de la quantité ou de la qualité des biens ou services en question. À titre d'exemple, citons la non-livraison (totale ou partielle), les retards de livraison et le refus de garantie. Par contre, si un fournisseur ayant un pouvoir de marché relatif convient avec une autre entreprise de limiter les possibilités de livraison, on aura en principe affaire à un accord de concurrence voire, selon les circonstances, au cloisonnement absolu d'un territoire. Dans de tels cas, l'art. 5 LCart est en principe applicable et il n'y a pas de lacune réglementaire par rapport au droit en vigueur. Dès lors, la nouvelle disposition n'a pas à couvrir de tel cas.

à l'étranger

Par « à l'étranger », on entend tout autre pays du monde, du moment que l'on observe suffisamment d'effets sur le marché suisse selon l'art. 2, al. 2, LCart.

³⁶ Cf. Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), FF 1995 I 472, ci-après « message LCart 1994 », p. 564.

³⁷ Pour cette notion, cf. ch. 1.2.

aux prix et aux conditions commerciales qu'elle y pratique

Ne sont pertinents à titre de référence que les prix et les conditions qui sont effectivement pratiqués à l'étranger par l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif. Les prix et les conditions pratiqués par des entreprises tierces qui ne font pas partie de l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif (en tant que maison mère, filiale ou société sœur) ne sont pas visés par la disposition. Si des distributeurs (indépendants du groupe), par exemple, conviennent avec le producteur de cloisonner le marché suisse, l'art. 5 LCart s'applique et il n'y a pas de lacune réglementaire par rapport au droit en vigueur.

sans motifs fondés

Même si la justification d'une pratique pour des motifs fondés ne figure pas expressément dans le libellé de l'art. 7 LCart, elle est possible dans les (autres) conditions constitutives des faits figurant dans ce même article. La non-existence de justifications (à savoir de justes motifs commerciaux) est inhérente à l'élément de fait « abus ». Cela vaut pour l'art. 7 LCart tout comme pour le nouvel art. 7a LCart. Les motifs sont notamment fondés lorsqu'un fournisseur ayant un pouvoir de marché relatif fonde sa pratique sur des principes commerciaux³⁸. La discrimination d'acheteurs peut par exemple en principe être justifiée par des rabais de quantité linéaires ou par la nature du système de distribution (autorisée selon l'art. 5 LCart). Si un fabricant choisit de vendre ses produits via une seule entreprise (distributeur exclusif) dans plusieurs pays, il peut rejeter les demandes de clients finaux sans pour autant enfreindre les prescriptions de la LCart. Dans cet exemple, seul serait en principe illicite le fait qu'il interdise à ses distributeurs la vente passive³⁹ à des clients finaux hors du territoire. C'est la raison pour laquelle la nouvelle disposition ne touchera pas les systèmes de distribution sélectifs. Ce dernier principe, en particulier, et l'amélioration de la sécurité juridique justifient que la possibilité d'avancer des motifs fondés figure dans le libellé proposé quand bien même elle ne figure pas à l'art. 7 LCart.

2.3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Plusieurs pays européens connaissent le concept de pouvoir de marché relatif. La disposition proposée s'inspire du § 20, al. 1, de la GWB allemande. Dans le droit allemand, l'article n'est toutefois éprouvé que pour les faits nationaux et il est principalement appliqué au civil. Les décisions de droit administratif du *Bundeskartellamt* se fondant sur le pouvoir de marché relatif sont exceptionnelles. C'est la raison pour laquelle la référence à la pratique juridique allemande n'est que moyennement pertinente. Il convient en outre de noter qu'en Allemagne, même après des décennies de pratique (principalement en droit civil), il est toujours difficile d'établir avec certitude qu'une entreprise a un pouvoir de marché relatif⁴⁰.

Le concept de pouvoir de marché relatif n'est pas présent dans le droit cartellaire au niveau européen. Cependant, les États membres ont également leur propre législation sur les cartels. Les directives de l'UE à ce sujet prévoient *de facto* une harmonisation totale s'agissant du traitement des accords en matière de concurrence selon l'art. 3, al. 1, ph. 1, et al. 2, ph. 1, du règlement (CE) 1/2003. Par contre, selon l'art. 3, al. 2, ph. 2, du règlement (CE) 1/2003, le droit européen prévoit uniquement une harmonisation minimale s'agissant du traitement d'un comportement unilatéral d'une entreprise. Le considérant 8 du règlement (CE) 1/2003 cite à ce sujet expressément la possibilité, pour les États membres, d'adopter et de mettre en œuvre des dispositions interdisant ou sanctionnant des comportements abusifs à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes. Certains États membres de l'UE ont fait usage de cette possibilité et adopté des dispositions concernant le pouvoir de marché relatif. Outre l'Allemagne, il

³⁸ Message LCart 1994, p. 574.

³⁹ Cf. note 7.

⁴⁰ Cf. le récent arrêt de la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof, BGH) allemande dans l'affaire Rimowa, 12.12.2017, KZR 50/15.

s'agit, pour autant que l'on puisse en juger, de l'Autriche⁴¹, de la France⁴² et de l'Italie⁴³. Au § 20, al. 1, GWB, le droit des cartels allemand prévoit que l'interdiction d'abuser d'une position dominante pour empêcher indûment ou opérer une discrimination factuellement injustifiée au sens de l'art. 19, al. 1, en lien avec l'art. 19, al. 2, ch. 1, GWB, s'applique aussi aux entreprises et aux associations d'entreprises ayant un pouvoir de marché relatif. Cela à condition que des PME qui fournissent ou achètent un type de biens ou services déterminés soient dépendantes de ces entreprises ou associations d'entreprises du fait de l'absence de possibilité suffisante ou raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises. La restriction aux PME date de la 5^e révision de la GWB en 1989. Le législateur allemand a motivé cette restriction en faisant valoir que, compte tenu des progrès de l'intégration européenne et de l'accès amélioré aux marchés mondiaux, une obligation de livraison n'est pas (plus) nécessaire en ce qui concerne les grandes entreprises, contrairement aux PME, d'où la nécessité de maintenir cette protection⁴⁴. Cette restriction ne doit pas être reprise dans le droit suisse. En effet, si une grande entreprise dispose de canaux d'approvisionnement alternatifs, il n'y a en principe pas dépendance, et le contre-projet indirect ne s'applique pas. Qui plus est, les réglementations cartellaires valent pour toutes les entreprises indépendamment de leur taille. S'agissant de la définition de la notion de pouvoir de marché relatif, la prescription allemande a également servi de modèle aux dispositions transitoires de l'initiative (art. 197, ch. 12, al. 2, let. a, P-Cst.) et au contre-projet indirect du Conseil fédéral (art. 2, al. 2^{bis}, P-LCart). Cela étant, pour autant que l'on puisse en juger, la disposition allemande, en particulier, s'applique uniquement aux faits nationaux, quand bien même son libellé n'exclut pas une application transnationale lorsque certaines conséquences sont observées sur le marché allemand (cf. § 130, al. 2, GWB). Il faut en outre noter au sujet de la législation allemande sur les cartels que le concept du pouvoir de marché relatif trouve son application en grande majorité au civil.

En conclusion, il apparaît que les réglementations cartellaires de plusieurs États voisins comprennent le concept de pouvoir de marché relatif. Au moins en ce qui concerne l'Allemagne, il n'est en outre pas exclu qu'il puisse aussi s'appliquer à des cas transfrontaliers. Toutefois, dans aucun de ces pays, la réglementation ne prévoit d'application spécifique du concept aux questions de cloisonnement du marché.

⁴¹ Loi autrichienne sur les cartels (KartG), art. 4, al. 3 : « Est en outre réputé dominer le marché l'entrepreneur qui occupe une position éminente sur le marché par rapport à ses clients ou fournisseurs ; telle position existe en particulier lorsque ceux-ci dépendent du maintien de la relation d'affaires pour éviter de graves désavantages d'exploitation. »

⁴² Code de commerce français, art. L.420-2 :

Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6.

⁴³ Art. 9 de la loi italienne sur la sous-traitance :

Disciplina della subfornitura nelle attività produttive, legge 18 giugno 1998, n. 192 :

(1) È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

(2) L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

⁴⁴ Cf. l'exposé des motifs de la 5^e révision de la GWB de 1989, BT-Drucks. 11/4610, p. 21 ss.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Le contre-projet indirect aura pour conséquence probable que certaines entreprises pourront se procurer à moindre coût certains biens intermédiaires, ce qui pourrait faire baisser les recettes de TVA, mais aussi les faire augmenter, si le chiffre d'affaires des entreprises augmente. Par ailleurs, il est possible que certaines entreprises fassent de plus gros bénéfices, ce qui permettrait d'accroître les recettes de l'impôt sur le bénéfice. Le contre-projet indirect pourrait toutefois aussi avoir des conséquences négatives telles que des pertes fiscales et la suppression d'emplois par des entreprises affectées (cf. 3.3). Il n'est pas possible d'évaluer la portée de l'ensemble des conséquences, d'autant plus qu'elles sont parfois antagoniques. Le contre-projet indirect est sans incidence sur le personnel de la Confédération. Il n'engendre en particulier pas de dépenses ou de charges de personnel supplémentaires pour les autorités en matière de concurrence ou les tribunaux (Tribunal fédéral et Tribunal administratif fédéral). En revanche, étant donné l'augmentation du nombre des cas, il est possible que la COMCO ait moins de disponibilités pour s'attaquer aux cas « classiques » ou à ceux dont la priorité est moindre. Néanmoins, comme le champ d'application du pouvoir de marché relatif est restreint doublement par le contre-projet indirect (limitation aux faits relevant du cloisonnement du marché et aux acheteurs), les conséquences devraient être plutôt modérées par rapport à celles que produirait l'acceptation de l'initiative populaire.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Dans certains cas, la nouvelle disposition pourrait entraîner une charge supplémentaire pour les tribunaux civils cantonaux ; en effet, il est probable que les entreprises dépendantes engagent principalement des procédures civiles étant donné la difficulté de faire appliquer le droit suisse à l'étranger par les autorités et la fréquente absence de portée économique. En revanche, les entreprises qui profiteront de la nouvelle disposition seront susceptibles de générer de plus grandes recettes liées à l'impôt sur le bénéfice. Étant donné que les discriminations de prix importantes pourraient devenir toujours plus illicites dans les régions frontalières, en particulier, les effets positifs les plus importants sont à escompter dans les cantons et les communes frontaliers. Par contre, la nouvelle réglementation pourrait, comme nous l'avons mentionné dans la partie précédente, avoir des effets négatifs sur les cantons et les communes du fait d'éventuelles pertes fiscales et de suppressions d'emplois par des entreprises affectées (cf. 3.3).

3.3 Conséquences économiques

Dans certains cas, l'interdiction de discrimination par les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif pourrait se traduire par une baisse des coûts d'acquisition. Des prix d'achat plus bas pour certains biens entraînent des coûts de production plus faibles et donc une plus grande marge de manœuvre quant à la fixation des prix pour les entreprises dépendantes ; ces dernières peuvent soit augmenter leurs marges, soit vendre davantage de biens en pratiquant des prix de vente plus bas et ainsi (théoriquement) augmenter leur chiffre d'affaires pour ce bien. Cela devrait notamment améliorer la compétitivité des PME ayant peu de levier dans les négociations avec leurs fournisseurs qui ont un pouvoir de marché relatif. Toutefois, cela s'appliquerait principalement aux biens chers, à ceux qui sont vendus avec un supplément de prix nettement surfait ou à ceux ayant un volume commercial important, sans quoi les économies seraient probablement trop faibles par rapport aux frais de procédure et à la charge administrative liés à une procédure relevant du droit des cartels. Par ailleurs, l'effet demeurera sans doute limité aux produits standard, car il sera d'autant plus complexe d'apporter la preuve d'une discrimination (par les prix) illicite, par exemple pour une machine produite pour répondre aux besoins spécifiques du client. A contrario, la dépendance entre de grandes entreprises faisant un chiffre d'affaires élevé et leurs fournisseurs va toujours plus souvent dans les deux sens. À noter également que, du fait de l'interdiction de

discrimination à l'étranger, les fournisseurs domestiques seront eux aussi confrontés à une concurrence accrue puisqu'ils se trouveront en concurrence directe ou plus intense avec les importations à prix plus bas. Il faut donc partir du principe que, dans les segments concernés, la concurrence sera plus intense sur le marché national et que l'industrie suisse deviendra aussi plus compétitive internationalement. Comme la nouvelle réglementation s'appliquera aussi aux entreprises ayant un pouvoir de marché relatif actives à l'international et avec siège en Suisse, il leur sera potentiellement plus difficile d'opérer une discrimination par les prix internationale. Si elles offrent leurs biens et services moins cher à l'étranger qu'en Suisse, des demandeurs dépendants en Suisse pourront demander de se faire livrer depuis l'étranger aux conditions qui y sont pratiquées, si bien qu'ils pourront ainsi profiter de prix plus avantageux. En outre, il est possible que la pression accrue sur les coûts des canaux de distribution étrangers entraîne aussi une augmentation de la pression sur les entreprises de distribution en Suisse, voire qu'elle entraîne la disparition de certaines entreprises de distribution suisses. Cela pourrait signifier que ces systèmes de distribution suisses reposent sur des structures inefficaces et qu'ils n'ont jusque-là principalement survécu qu'en raison du manque de concurrence sur le marché.

L'agriculture aussi achète bon nombre de biens intermédiaires tels que des machines, du fourrage, etc. à l'étranger, si bien que les agriculteurs peuvent aussi être dépendants d'entreprises ayant un pouvoir de marché relatif. Les agriculteurs sont en principe des entreprises au sens de l'art. 2, al. 1^{bis}, LCart. Une des conditions d'application des dispositions du contre-projet indirect tient toutefois à l'existence d'un désavantage en matière de concurrence sur un marché en aval. Le marché agricole suisse est largement cloisonné vis-à-vis de l'étranger. Dans ce contexte, on peut se demander s'il existe des relations de concurrence transnationales dans lesquelles les paysans suisses sont désavantagés. Si cette condition n'est pas remplie, le contre-projet indirect n'est pas applicable.

Le contre-projet indirect pourrait aussi déployer ses effets sur les prestataires de services numériques. La numérisation de l'économie a entraîné l'apparition de toujours plus de marchés bifaces sur lesquels se rencontrent fournisseurs et demandeurs. Ces plateformes bifaces se caractérisent par des effets de réseau positif : les fournisseurs et les demandeurs se rencontrant sur la plateforme bénéficient de la concentration de quelques plateformes, si bien que les fournisseurs de ces plateformes peuvent détenir un pouvoir de marché (relatif). Prenons l'exemple d'une entreprise active en Suisse (un hôtel, p. ex.) qui souhaiterait acheter une prestation numérique (p. ex. le placement d'une offre pour une nuitée hôtelière) et qu'un fournisseur puissant sur le marché à l'étranger (p. ex. une plateforme de réservation) l'empêche, par un comportement unilatéral, d'accéder à cette prestation à des conditions exemptes de discrimination alors que l'entreprise (l'hôtel) est dépendante du fournisseur (plateforme de réservation) ; il peut y avoir abus de pouvoir de marché relatif au sens du contre-projet indirect. Ce dernier répondrait donc également à la demande formulée dans la motion 16.3902 déposée le 30 septembre 2016 par le conseiller aux États Pirmin Bischof (« Interdire les contrats léonins des plates-formes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais »). La motion, transmise par le Parlement⁴⁵, demande au Conseil fédéral d'interdire les clauses de parité tarifaire⁴⁶ (restreintes et larges) dans les contrats entre plateformes de réservation en ligne et hôtels ; il ressort des délibérations parlementaires que c'est le montant des commissions demandées par les plateformes de courtage (transfrontalières) qui est au cœur du débat politique. Si l'hôtellerie suisse est victime de distorsions de la concurrence du fait d'un traitement inéquitable entre les hôtels selon qu'ils sont en Suisse ou à l'étranger, en particulier par rapport aux pays limitrophes de la Suisse,

⁴⁵ Le Conseil national (second conseil) a transmis la motion lors de la session d'automne 2017, après que le Conseil des États l'eût adoptée au printemps 2017.

⁴⁶ En cas de clauses paritaires « restreintes », un hôtel s'engage vis-à-vis d'une plateforme de réservation à ne pas offrir, sur son propre site internet, de chambres à un prix inférieur à celui que l'on trouve sur la plateforme de réservation. En cas de clauses paritaires « larges », un hôtel s'engage vis-à-vis d'une plateforme de réservation à ne pas offrir, sur quelque canal de distribution que ce soit ou presque, de chambres à un prix inférieur à celui que l'on trouve sur la plateforme de réservation.

le contre-projet indirect peut, dès lors que les autres conditions constitutives des faits sont réunies, empêcher d'éventuelles distorsions de la concurrence privées sur le marché des nuitées hôtelières.

La probabilité que les éventuelles économies des entreprises soient répercutées sur les consommateurs dépend dans une large mesure de l'intensité de la concurrence et de la demande sur le marché en question. Si la concurrence est faible, le contre-projet indirect, à l'image de l'initiative populaire, ne garantit a priori pas que des prix d'achat inférieurs seront répercutés, étant entendu que les entreprises pourraient se borner à augmenter leurs marges. Par ailleurs, les prix des denrées alimentaires protégées par des tarifs douaniers ne vont pas diminuer notablement. Dans ce cadre, il faut tenir compte des nombreuses exceptions au principe « Cassis de Dijon »⁴⁷. Les dépenses de consommation finale sont en outre principalement effectuées dans des domaines qui ne seront pas touchés par la nouvelle réglementation. Le rôle des services produits localement, par exemple, est déterminant dans le niveau élevé des prix⁴⁸. Même si les prix finaux de certains biens pourraient diminuer du fait de la nouvelle réglementation, les considérations ci-dessus laissent penser qu'il ne faut pas s'attendre à un grand impact sur le niveau général des prix en Suisse.

4 Aspects juridiques

4.1 Constitutionnalité

Les bases constitutionnelles de la LCart sont, comme l'indique son préambule, les art. 27, al. 1, 96, 97, al. 2, et 122 Cst. Le contre-projet indirect du Conseil fédéral se fonde en particulier sur l'art. 96 Cst. L'art. 96, al. 1, Cst. prévoit que la Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence. La marge d'action du législateur est considérable pour réaliser cet objectif⁴⁹. En effet, le texte constitutionnel n'oblige pas le législateur à utiliser des moyens précis ou n'exige pas de lui qu'il s'abstienne d'utiliser des instruments déterminés⁵⁰. Le contre-projet indirect cherche à éviter des distorsions de la concurrence transfrontalière, qui entraînent en général une nuisance pour l'économie domestique. Pour cette raison, il qualifie de nuisible le fait que des fournisseurs ayant un pouvoir de marché relatif interdisent la livraison de biens et services à l'étranger dans des cas où ce refus entraîne des distorsions de la concurrence ; il suppose toutefois un grand pouvoir de marché dans la mesure où il pose qu'un demandeur ne peut être dépendant que s'il n'a pas d'alternative suffisante et raisonnable. Le contre-projet indirect est donc constitutionnel.

4.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La réglementation vise à promouvoir la concurrence en empêchant les discriminations abusives par les prix ainsi que le cloisonnement du marché suisse, ce qui va également dans le sens des dispositions relatives à la concurrence figurant dans les accords de libre-échange conclus par la Suisse. La plupart de ces accords de libre-échange prévoient des clauses relatives à la concurrence selon lesquelles l'abus d'une position dominante qui affecte les relations commerciales ou court-circuite l'ouverture du marché visée est incompatible avec les accords (p. ex. art. 23 de l'Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne⁵¹, ALE Suisse-UE). Bien que ces dispositions ne citent pas expressément la notion de pouvoir de marché relatif, le contre-projet indirect est compatible

⁴⁷ Cf. note 29.

⁴⁸ Rapport du Conseil fédéral du 22 juin 2016 en réponse au postulat 14.3014 « Simplifier les formalités douanières et favoriser les importations parallèles grâce à la reconnaissance d'autres documents permettant d'attester de l'origine d'un produit », entraves aux importations parallèles.

⁴⁹ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (FF 1997 I 1, p. 305)

⁵⁰ Message LCart 1994, p. 622.

⁵¹ RS 0.632.401

avec elles. En vertu de l'art. 23 de l'ALE Suisse-UE, « l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur l'ensemble des territoires des Parties contractantes ou dans une partie substantielle de celui-ci » est incompatible avec le bon fonctionnement de l'accord dans la mesure où elle est susceptible d'affecter la circulation bilatérale des biens.

Par ailleurs, l'art. III de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT 1994), l'art. XVII de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'OMC et les dispositions correspondantes des accords de libre-échange de la Suisse interdisent de traiter les biens, les services ou les prestataires de services étrangers d'une manière moins favorable que leurs équivalents domestiques ou de traiter les biens d'un fournisseur étranger de manière directement ou indirectement discriminatoire. La restriction quantitative d'importations (art. XI GATT) et les mesures ayant un effet équivalent sont en outre interdites (p. ex. art. 13, al. 1, ALE Suisse-UE).

Le contre-projet indirect ne prévoit pas que les biens ou services étrangers soient traités d'une manière moins favorable que les biens ou services domestiques. Il n'y a donc pas de discrimination directe. Il met en outre sur un pied d'égalité les prestataires de services domestiques et étrangers s'ils fournissent des prestations à l'étranger et si les autres conditions constitutives de l'abus proposées par la disposition sont réunies. Ni le siège de l'entreprise ni le lieu de production ne sont pertinents. La réglementation proposée n'entrave en outre pas la possibilité d'opérer des discriminations par les prix si ces dernières sont justifiées. Du moment que le droit est aussi applicable en pratique de la même manière aux biens, services et prestataires de services indigènes et étrangers, on peut partir du principe que le contre-projet indirect est compatible avec l'obligation de respecter la clause du traitement national prévue par les accords susmentionnés. Par contre, il n'est pas possible de porter une appréciation définitive quant à la possibilité que l'application de la notion de pouvoir de marché relatif à un cas spécifique concernant potentiellement des entreprises actives uniquement à l'international soit considéré comme une discrimination directe par le partenaire contractuel de la Suisse.

Il n'est pas exclu que le commerce transfrontière soit affecté par le contrôle des prix prévu par la loi et éventuellement exécuté par les tribunaux. Étant donné que le contre-projet indirect vise à faire baisser les prix, le commerce transfrontière devrait s'en trouver promu plutôt qu'entravé. On peut donc partir du principe que le contre-projet indirect est également compatible avec les interdictions de mettre en place des restrictions quantitatives ou des mesures d'effet équivalent prévues dans les accords susmentionnés. En bref, la réglementation proposée respecte les obligations internationales de la Suisse.

4.3 Frein aux dépenses

Le projet n'est pas soumis au frein aux dépenses prévu à l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., car il ne prévoit ni subvention, ni crédit d'engagement, ni plafond de dépenses.