

# NEWS

## RÉVISION DU DROIT DE LA CON- CURRENCE : PROLONGATION DE L'INTERDICTION DES PRATIQUES ABUSIVES EN DROIT DES CARTELS ET INTRODUCTION D'UNE INTERDICTION DU GÉOBLOCAGE

### CONTEXTE DE LA RÉVISION

En 2017, l'initiative «pour des prix équitables» a été déposée, dont l'objectif était de garantir la liberté des entreprises suisses de se procurer des biens et des services en Suisse et à l'étranger, et ainsi, de baisser les prix des biens et services importés. Le Parlement a opposé à l'initiative un contre-projet indirect qui reprend les principales revendications de l'initiative. Si aucun référendum n'est organisé et que les propositions parlementaires sont mises en œuvre, l'initiative devrait être retirée.

### CONCEPT DE POUVOIR DE MARCHÉ RELATIF

Jusqu'à présent, il y avait un désaccord sur la question de savoir si la notion d'entreprise dominante sur le marché en droit suisse comprend également le pouvoir de marché relatif. Cette ambiguïté devrait être éliminée avec la révision. L'art. 4, al. 2, de la loi sur les cartels («LCart») doit être complété par un paragraphe qui décrirait les entreprises relativement dominantes sur le marché comme celles dont «les autres entreprises dépendent pour l'offre ou la demande d'un bien ou d'un service de telle manière qu'il n'existe pas de possibilités suffisantes ou raisonnables de se tourner vers d'autres entreprises» (art. 4, al. 2bis, du projet LCart).

La définition s'inspire de la doctrine et de la jurisprudence en Allemagne, où le concept de pouvoir de marché relatif est connu depuis un certain temps. Alors que le concept traditionnel de pouvoir de marché fait référence au niveau horizontal et à la relation de l'entreprise potentiellement dominante avec (tous) les autres acteurs du marché, le pouvoir de marché relatif concerne la relation individuelle de l'entreprise avec un acheteur ou un fournisseur - verticalement lié - pour un bien ou un service déterminé.

**Le droit suisse de la concurrence subit de profondes modifications dans le domaine de la surveillance des abus : l'interdiction des abus pour les entreprises dominantes sur le marché est étendue aux entreprises ayant un pouvoir relatif sur le marché et devrait donc également couvrir les cas de dépendance économique. En raison de l'élargissement de la définition, un certain nombre de nouvelles entreprises seront couvertes par la législation de droit des cartels, avec pour conséquence qu'elles devront se conformer aux mêmes règles que les entreprises dominantes sur le marché eu égard au pouvoir de marché relatif. Ensuite, un nouveau comportement abusif est créé, visant à accorder aux entreprises le droit d'acheter des biens et des services aux prix et conditions applicables à l'étranger. Enfin, l'interdiction du géoblocage dit privé est ancrée dans la LCD. Cet article donne un premier aperçu du nouveau règlement prévu.**

L'évaluation est donc basée sur les circonstances individuelles de l'acheteur ou du fournisseur respectif en ce qui concerne les options alternatives éventuelles. La question de savoir s'il existe des options alternatives et si leur utilisation est raisonnable doit être clarifiée dans chaque cas individuel. Cette dépendance peut, par exemple, être liée à des biens qu'un commerçant doit avoir dans son assortiment pour pouvoir exercer ses activités commerciales (must-in-stock products) ou au fait que la fin d'une relation contractuelle s'accompagne de la perte des investissements réalisés (lock-in effects).

Une entreprise disposant d'un pouvoir de marché relatif doit appliquer à ses partenaires contractuels les mêmes règles que les entreprises disposant d'un pouvoir de marché. Ainsi, le refus ou la résiliation de relations commerciales sans raison objective peut être inadmissible ; il en va de même pour les différences de prix, de conditions ou de remises objectivement injustifiables pour les partenaires contractuels.

En outre, une infraction spécifique est ajoutée à la liste des exemples de l'art. 7 al. 2 LCart. En vertu de l'art. 7 al. 2 lit. g du projet LCart, est considéré comme un comportement abusif le fait de restreindre les demandeurs à acheter des biens ou des services aux prix et conditions applicables à l'étranger. De cette manière, les entreprises dépendantes devraient pouvoir inciter leurs partenaires contractuels à les approvisionner aux conditions (plus favorables) applicables à l'étranger.

### INTERDICTION DU GÉOBLOCAGE

La Loi sur la concurrence déloyale («LCD») a à nouveau été modifiée pour inclure une nouvelle dispo-

sition. Conformément au droit applicable dans l'UE, l'art. 3a LCD stipule qu'il est déloyal de discriminer les clients suisses dans la vente à distance sans justification objective en ce qui concerne le prix ou les conditions de paiement (lit. a), de restreindre ou de bloquer l'accès des clients à un portail en ligne (lit. b) ou de renvoyer les clients vers une version d'un portail en ligne autre que celle qu'ils ont initialement visitée sans leur consentement (lit. c). Cette mesure vise à mettre un terme à toute discrimination dans le commerce à distance.

Toutefois, la disposition prévoit un certain nombre d'exceptions, par exemple pour les services financiers ou de communications électroniques, les services de santé et certains services de jeux d'argent.

### **ENTRÉE EN VIGUEUR ET APPLICATION DES NOUVELLES RÈGLES**

La date d'entrée en vigueur de ces nouvelles règles n'est pas encore connue. On peut toutefois supposer que ce sera déjà le cas pour l'année en cours ou au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2022.

Une violation des règles antitrust révisées ne peut pas être sanctionnée directement ; une enquête de la Commission de la concurrence ne peut aboutir qu'à une interdiction du comportement en question. Toutefois, une sanction est possible en cas de récidive. Bien que des procédures administratives ou civiles soient possibles en cas de violation de la législation antitrust, la Commission de la concurrence a déjà annoncé qu'elle renverrait les plaignants à des procédures civiles après avoir rendu des décisions importantes en la matière, impliquant ainsi que les demandes de dommages et intérêts se retrouveraient au premier plan. Les in-

fractions à la LCD doivent également être portées devant les tribunaux civils.

D'une manière générale, la question se pose sur l'opposabilité des créances à l'égard des sociétés étrangères, même si, en raison du principe d'effet ancré dans la LCart et la LCD, une action au lieu de succès suisse serait en principe possible.

### **NÉCESSITÉ D'AGIR POUR LES ENTREPRISES**

L'extension du concept de pouvoir de marché signifie que même les entreprises ayant de petites parts de marché peuvent être considérées comme ayant un pouvoir de marché relatif et sont donc concernées par l'interdiction des pratiques abusives.

Les entreprises suisses ont donc tout intérêt à analyser leur position vis-à-vis de leurs partenaires contractuels pour déterminer si elles sont potentiellement dépendantes d'eux. S'il existe un pouvoir de marché relatif, il convient d'examiner si le comportement à l'égard de ces partenaires contractuels est conforme aux exigences de l'art. 7 LCart. Par exemple, toute inégalité de traitement des partenaires commerciaux ou le refus ou la résiliation de relations contractuelles doivent être justifiés de la manière la plus objective possible.

Il existe une grande incertitude juridique en ce qui concerne les nouvelles réglementations. Toutefois, la Commission de la concurrence a annoncé qu'elle publierait rapidement des décisions d'orientation pour certains secteurs et groupes de cas dès l'entrée en vigueur des dispositions.



**CHRISTOPH GASSER**  
*Avocat, Dr. iur.,*  
LL.M. University of Michigan  
Juge à temps partiel au  
Tribunal fédéral des brevets  
Associé | Zurich



**STEPHANIE VOLZ**  
*Avocate, Dr. iur.*  
Collaboratrice | Zurich



**LINDA CETKOVIC**  
*LL.M. Maastricht University*  
Avocate stagiaire | Lausanne

**BIANCHISCHWALD SÀRL**  
mail@bianchischwald.ch  
bianchischwald.ch

**GENÈVE**  
5, rue Jacques-Balmat  
Case postale 5839  
CH-1211 Genève 11  
**T** +41 58 220 36 00  
**F** +41 58 220 36 01

**ZURICH**  
St. Annagasse 9  
Case postale 1162  
CH-8021 Zurich  
**T** +41 58 220 37 00  
**F** +41 58 220 37 01

**LAUSANNE**  
12, avenue des Toises  
Case postale 5410  
CH-1002 Lausanne  
**T** +41 58 220 36 70  
**F** +41 58 220 36 71

**BERNE**  
Elfenstrasse 19  
Case postale 1208  
3000 Berne 16  
**T** +41 58 220 37 70  
**F** +41 58 220 37 71