ATF 143 II 297 – TF, 28.06.2016, 2C_180/2014*

Faits

La société suisse Gaba International AG (« Gaba«) produit et commercialise des produits d'hygiène dentaire, en particulier les produits Elmex. Elle conclut avec la société autrichienne Gebro Pharma GmbH (« Gebro ») un contrat portant sur la fabrication et la distribution en Autriche de ces produits. A teneur de ce contrat, Gebro s'engage à ne déployer son activité qu'en Autriche et à n'exporter ni directement ni indirectement les produits Elmex hors d'Autriche. Gaba s'engage pour sa part à empêcher par tous les moyens à sa disposition l'exportation des produits Elmex vers l'Autriche et à n'y distribuer lesdits produits ni directement ni indirectement.

La COMCO sanctionne Gaba pour restriction illicite de la concurrence. Gaba forme recours auprès du Tribunal administratif fédéral, puis du Tribunal fédéral.

Droit

Aux termes de l'art. 5 al. 1 LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites.

La recourante fait valoir que la concurrence n'est pas affectée par le contrat litigieux, puisque celui-ci n'a eu aucun impact effectif sur la concurrence. Ceci correspond à la position d'une partie de la doctrine, selon laquelle l'art. 5 al. 1 LCart ne protège que la concurrence effective. Le Tribunal fédéral se réfère toutefois à l'art. 4 al. 1 LCart, selon lequel on entend par accords en matière de concurrence les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence. Cette définition inclut les restrictions potentielles de la concurrence. Une interprétation cohérente de la loi veut que l'art. 5 al. 1 LCart prohibe non seulement les atteintes effectives, mais aussi les atteintes potentielles à la concurrence. Cette

interprétation est au demeurant conforme au but de la loi, dès lors que la simple existence d'accords cartellaires, indépendamment de leur mise en œuvre, peut avoir des conséquences nuisibles d'ordre économique ou social (art. 96 Cst. féd. et 1 LCart). Au regard de ce qui précède, le contrat entre Gaba et Gebro affecte la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

Il faut encore de déterminer si l'atteinte à la concurrence est notable. Du point de vue téléologique, l'exigence d'une affectation notable constitue une clause bagatelle. Son but est de décharger l'administration. Cet objectif ne pourrait être atteint si l'examen du caractère notable nécessitait une analyse détaillée des effets du comportement litigieux. Ainsi, un examen quantitatif au moyen de modèles économiques n'est pas conforme au but de la loi et il convient de lui préférer une approche qualitative.

Sous l'angle systématique, le Tribunal fédéral relève que certains accords (les cartels durs) sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace (art. 5 al. 3 et 4 LCart). Le contrat litigieux, en tant qu'il opère une répartition géographique des marchés, constitue un tel cartel dur. La recourante a certes renversé avec succès la présomption de suppression de la concurrence. Les cartels durs n'en demeurent pas moins particulièrement néfastes pour la concurrence. Partant, lorsqu'ils ne conduisent pas à la suppression d'une concurrence efficace, ils affectent en principe la concurrence de manière notable.

La restriction de la concurrence reprochée à Gaba n'est pas justifiée par des motifs d'efficacité économique. C'est dès lors à juste titre que l'instance précédente a sanctionné Gaba pour restriction illicite de la concurrence (art. 49a LCart). Par ces motifs, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Note

La première partie de cet arrêt, qui traite du champ d'application territorial de la LCart, est résumée ici : https://lawinside.ch/452/.

En retenant que les cartels durs affectent en principe la concurrence de manière notable indépendamment de considérations quantitatives, le Tribunal fédéral est allé à l'encontre de

la pratique de la COMCO, qui retenait jusqu’ici que tant des critères qualitatifs que quantitatifs devaient être pris en compte (COMCO, Communication sur les accords verticaux du 28 juin 2010, ch. 12 par. 1). Suite à cette jurisprudence, la COMCO a désormais adapté sa communication sur l’appréciation des accords verticaux.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral observe que selon l’intention du législateur, la règlementation suisse en matière d’accords verticaux (art. 5 al. 4 LCart) doit avoir précisément la même rigueur que la règlementation européenne. Par conséquent, le droit européen en la matière ne constitue pas un simple élément de l’interprétation. Il faut au contraire s’assurer que la signification donnée aux règles suisses en la matière soit matériellement identique à celle du droit européen, à tout le moins tant que les règles et la pratique européennes demeurent en substance celles qui existaient au moment des travaux parlementaires.

Proposition de citation : EMILIE JACOT-GUILLARMOD, Arrêt Gaba (2/2): L’affectation notable de la concurrence, in: https://lawinside.ch/457/