ATF 144 II 246 – TF, 18.05.18, 2C_101/2016*

Une déclaration unilatérale peut, si elle est contraignante, constituer un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. La prescription de prix de revente minimaux à des revendeurs viole le droit cartellaire, des restrictions dures sur les prix constituant une atteinte notable à la concurrence indépendamment de considérations quantitatives. L'accord sur les prix ne peut pas être justifié par l'amélioration du conseil à la clientèle et la lutte contre le parasitisme en tant que motifs économiques justificatifs.

Faits

La société Altimum SA (anciennement : Roger Guenat SA) importe des articles de sport de montagne et les distribue au travers d'un réseau de plus de 300 revendeurs indépendants en Suisse.

En 2012, la Commission de la concurrence (COMCO) constate que la société a prescrit à ses revendeurs des prix de revente minimaux pour des articles de sport de montagne pendant plus de quatre ans et ainsi empêché que les revendeurs ne puissent se livrer à une véritable concurrence sur les prix. Pour cette raison, la COMCO lui inflige une amende d'un montant de CHF 470'000.

Altimum SA se tourne vers le Tribunal administratif fédéral (TAF), lequel admet le recours et annule la décision de la COMCO (TAF, 17.12.15, B-5685/2012).

Le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) recourt au Tribunal fédéral. Ce dernier analyse la licéité de l'accord en cause.

Droit

Le Tribunal fédéral se penche sur l'existence d'un accord sur les prix au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, condition indispensable à l'application de l'art. 5 LCart et par conséquent à la condamnation de la société pour participation à un accord illicite. 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. Selon l'art. 4 al. 1 LCart, 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.

Le Tribunal fédéral relève qu'une déclaration unilatérale peut, si elle est contraignante, constituer un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. Lorsque l'importateur détermine le prix de revente de ses produits et que le distributeur s'expose à des sanctions en cas de refus d'appliquer celui-ci, on est en présence d'un tel accord. C'est également le cas pour un accord qui limite la libre formation du prix. Comme l'indique le texte légal, il suffit que l'accord vise une restriction à la concurrence, peu importe qu'il en entraîne une.

En l'espèce, il existait effectivement un accord sous forme de déclaration unilatérale contraignante (art. 4 al. 1 LCart) que les magasins de sport acceptaient implicitement en devenant des revendeurs de la société, cet accord sur les prix valant de manière générale pour l'ensemble des revendeurs.

Le Tribunal fédéral analyse ensuite si l'accord tombe sous le coup de la présomption de la suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. A teneur de cette disposition, les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui, notamment, imposent un prix de vente minimum ou fixe (« accords durs«) sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace. D'après la jurisprudence, cette présomption est réputée levée lorsqu'il est établi qu'une concurrence continue d'exister sur le plan intramarque ; celle-ci se référant, dans le cadre d'un accord vertical, à la concurrence entre les distributeurs du bien qui fait l'objet du contrat de distribution. *In casu*, puisque l'accord prévoyait la possibilité pour les revendeurs d'instaurer des rabais allant jusqu'à 10%, créant un système comparable à une fourchette de prix, la présomption de suppression de la concurrence efficace doit être tenue pour levée (art. 5 al. 4 LCart).

Dans ce contexte, la LCart impose d'examiner également s'il existe une atteinte notable à la concurrence (art. 5 al. 1 LCart). Le Tribunal fédéral se réfère alors à la jurisprudence Gaba (ATF 143 II 297, résumé in : LawInside.ch/457), selon laquelle les cartels durs affectent en

principe la concurrence de manière notable indépendamment de considérations quantitatives. Selon la LCart, de tels accords sont illicites à moins d'être justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 et 2 LCart).

En l'espèce, il n'y a toutefois pas de motifs économiques justificatifs. La nécessité de l'accord en cause pour atteindre les buts d'efficacité économique invoqués par Altimum SA, soit l'amélioration du service à la clientèle en lien avec la lutte contre le parasitisme (ou phénomène du passager clandestin – soit le fait de profiter des conseils d'un magasin spécialisé, puis d'acheter le produit auprès d'une prestataire meilleur marché), n'est pas démontrée. Les conditions de l'art. 5 al. 2 LCart n'étant pas remplies, il y a bien une atteinte notable à la concurrence.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral admet partiellement le recours et constate que l'accord en cause est illicite. Pour des motifs procéduraux, aucune sanction n'est prononcée à la charge d'Altimum SA.

Note

Dans son arrêt de 2015, le TAF avait considéré qu'un accord minimum sur les prix de revente n'avait été prouvé que pour 12% des revendeurs. Pour le surplus, le Tribunal avait décidé qu'il n'y avait pas d'accord sur les prix de revente. À défaut d'atteinte notable à la concurrence sur le plan quantitatif, il n'y avait pas d'accord illicite, ce qui justifiait l'annulation de la décision de la COMCO (TAF, 17.12.15, B-5685/2012). Or, le Tribunal fédéral rappelle, en application de la jurisprudence Gaba (ATF 143 II 297, résumé in : LawInside.ch/457), que les cartels durs affectent en principe la concurrence de manière notable indépendamment de considérations quantitatives.

Dans le même ordre d'idée, l'intimée critique la position consistant à ne se fonder que sur le critère qualitatif pour admettre une atteinte notable à la concurrence. Altimum SA se réfère à l'approche adoptée par la Cour suprême américaine (cause Leegin Creative Leather Products c/ PSKS Inc., 551 U.S., 28.06.07), qui tend à s'écarter de la conception seulement abstraite qui prévalait antérieurement aux États-Unis et selon laquelle un accord vertical sur les prix était *per se* illicite ; celle-ci préconisant désormais un examen en fonction des

effets de l'accord litigieux. Or, le Tribunal fédéral relève que la Suisse, en réservant l'existence de motifs d'efficacités économiques pour faire obstacle à l'illicéité d'un accord affectant de manière notable la concurrence, va dans le même sens. L'objection de la société est donc infondée.

En ce qui concerne la sanction, le DEFR se contente de conclure au renvoi de l'affaire au TAF pour fixation de la sanction. Or, le Département aurait dû conclure à la condamnation de la société à un montant chiffré à titre d'amende, ou à tout le moins demander la confirmation de la décision de la COMCO fixant la sanction. Le Tribunal fédéral constate en outre que la motivation du recours ne permet pas de suppléer le caractère insuffisant de la conclusion en renvoi concernant la sanction et la déclare donc irrecevable. Le Tribunal fédéral ne pouvant aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF), aucune sanction ne peut être prononcée. Il en résulte que, malgré la constatation que l'accord entre la société et les revendeurs est illicite, l'arrêt attaqué est confirmé en ce qu'il libère Altimum SA de toute sanction.

L'arrêt résumé a été rendu en séance publique.

Proposition de citation : Marie-Hél□ne Peter-Spiess, La fixation de prix de revente minimaux pour des articles de sport, in: https://lawinside.ch/652/