

## Le droit de la concurrence dans le texte (3)

"Les autorités de la concurrence et la liberté économique". Un texte de base signé du nouveau président de la Comco.

La procédure ouverte contre ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), une filiale du Swatch Group, concernant la livraison d'ébauches s'est conclue par un accord amiable qui tient compte, en partie à tout le moins, des intérêts de nombreux clients qui s'étaient plaints auprès de la Commission de la concurrence (Comco) (37). Cet accord répondait à des préoccupations individuelles et cherchait à assurer, pour l'avenir, une situation concurrentielle. Il s'inscrivait ainsi dans une double optique, individuelle et institutionnelle.

La querelle sur la question de savoir si la loi sur les cartels protège l'institution de la concurrence ou la liberté d'action des particuliers sur le plan économique est, en partie à tout le moins, théorique. Ainsi, le fait que cette liberté soit de manière prédominante en jeu dans une procédure administrative ayant abouti à une décision de la Comco ne constitue pas, à lui seul, un motif de recours. Ce seul fait ne permet pas de dénier tout intérêt public à la décision de la Comco, laquelle peut remplir une fonction d'orientation qui relève à notre sens aussi de l'intérêt public – critère permettant l'ouverture d'une enquête conduisant à une décision<sup>38</sup>. Il s'agit de laisser une certaine liberté ou marge d'appréciation à la Comco et à son Secrétariat pour déterminer les cas dans lesquels une intervention de leur part se justifie<sup>39</sup>. Le Tribunal administratif fédéral et, le cas échéant, le Tribunal fédéral doivent respecter cette marge. Ni la Comco ni son Secrétariat ne sauraient évidemment en abuser, par exemple en adoptant une pratique arbitraire ou discriminatoire quant au choix de se saisir ou non d'une affaire. Au reste, les autorités de la concurrence doivent évidemment rester dans le cadre que le constituant et le législateur fédéral leur ont imparti. A titre d'illustration, la simple existence d'une dépendance d'un particulier à l'égard d'une entreprise ne suffit pas à établir une position dominante de cette dernière. La Comco et son Secrétariat restent tenus de démontrer l'existence d'une telle position<sup>40</sup>, avant d'examiner si l'entreprise en a abusé.

En fin de compte, la dimension institutionnelle et la dimension individuelle de la concurrence entretiennent divers liens<sup>41</sup> et ne sont pas, par principe, antinomiques<sup>42</sup>. Nous retiendrons que toutes deux sont prises en compte et protégées par la loi sur les cartels<sup>43</sup>, même si l'accent est certainement mis sur la première. La dimension individuelle n'est-elle qu'un effet réflexe de la dimension institutionnelle<sup>44</sup>? Une telle approche est largement empreinte de pertinence, mais peut, dans certains cas, s'avérer réductrice. Supposons que la Comco constate la position dominante d'une entreprise et que celle-ci refuse abusivement, en l'absence de toute considération commerciale légitime, d'entretenir des relations commerciales avec une autre entreprise<sup>45</sup>. Dans une telle hypothèse, la décision de la Comco revêt une double dimension institutionnelle et individuelle, sans que la seconde composante ne soit qu'un effet réflexe de la première. L'une et l'autre sont liées et forment, en définitive, un tout. Au demeurant, le Tribunal fédéral – soit l'autorité vérifiant ultimement la bonne application de la loi sur les cartels – admet parfaitement qu'une notion soit bi- ou pluridimensionnelle, ainsi

que l'atteste par exemple sa jurisprudence relative à différents droits fondamentaux<sup>46</sup>.

### B. Le maillage entre l'intérêt public et les intérêts privés

La lutte contre les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence relève de l'intérêt public. Nous utilisons le singulier, étant entendu que d'autres intérêts publics peuvent entrer en ligne de compte; ils sont toutefois examinés par le Conseil fédéral, pour autant qu'une procédure d'autorisation exceptionnelle soit ouverte selon les articles 8 ou 11 LCart. En même temps, cette lutte protège des intérêts privés. A cet égard, il est tentant de soutenir que la séparation entre la protection individuelle et la protection institutionnelle est toujours possible<sup>47</sup>, en préconisant de réserver la procédure administrative prévue par la loi sur les cartels aux causes relevant de l'intérêt public à la protection ainsi qu'à la promotion d'une concurrence efficace et la procédure civile aux causes concernant essentiellement des intérêts privés<sup>48</sup>. Si cette délimitation entre la procédure administrative et la procédure civile en fonction des intérêts en jeu est en principe pertinente<sup>49</sup>, elle s'avère délicate dans nombre de cas, en particulier lorsque l'intérêt public et les intérêts privés sont très entremêlés<sup>50</sup>. Pour prendre un exemple hors du droit de la concurrence, le fait pour les autorités de protéger la propriété de chacun<sup>51</sup> permet, en même temps, de préserver une institution – la propriété privée – considérée comme un des fondements de notre société<sup>52</sup>. Admettre qu'un ou plusieurs particuliers soient les vecteurs d'un intérêt plus général n'est pas un contresens. Pour s'en convaincre, il suffit de penser à la loi sur le marché intérieur qui est fondée très largement sur ce principe. Ainsi, en se prévalant de sa liberté d'accès au marché, en demandant qu'un appel d'offres soit organisé ou en exigeant que son certificat de capacité soit reconnu, un particulier contribue à la réalisation d'un espace économique suisse unique dont il paraît difficile de soutenir qu'il ne relève pas de l'intérêt public. En somme, l'intérêt public et les intérêts privés sont souvent entremêlés, à l'instar du rôle des autorités et de celui des particuliers. Au demeurant, l'intérêt public ne se réduit pas à la somme des intérêts privés.

(Dike Verlag. Suite lundi)

## L'APPROCHE JURIDIQUE À PLUSIEURS DIMENSIONS

Début juillet, le Neuchâtelois Vincent Martenet succèdera à Walter Stoffel à la présidence de la Commission de la concurrence (Comco). Il siège à la Comco depuis 2005; il en est vice-président depuis 2008. Il a été aussi avocat à Zurich et Genève. L'Agefi publie l'intégralité de son article «Les autorités de la concurrence et la liberté économique», petite somme sur les bases juridiques du problème, publiée en 2008 dans la revue juridique AJP/PJA. L'auteur précise qu'il s'exprime ici à titre personnel.

37 DPC 2005/1, pp. 128–145 (ETA).

38 Voir Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, thèse Fribourg, Fribourg 2002, p. 171. Pour le surplus, voir infra III.B et III.D.1.d.

39 Voir infra III.E.

40 Pour une approche similaire, assortie de critiques virulentes à l'égard de la novelle du 20 juin 2003 (en particulier à l'égard de la nouvelle formulation de l'article 4 al. 2 LCart), voir Amstutz/Reinert, Art. 4 Abs. 2 KG (n. 26), pp. 539-551; Markus Saurer, Zur schweizerischen Wettbewerbspolitik - Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber?, Diskussionpapier, Avenir Suisse 2008, pp. 5, 12-13 et 30-31; voir aussi Jacobs (n. 27), p. 228.

41 Comp. Zäch/Künzler (n. 27), pp. 292-293 et 296-298, qui mettent l'accent sur la liberté des particuliers de laquelle résulte la concurrence: «Die «Institution Wettbewerb» konstituiert sich aus der Summe der Freiheiten der einzelnen Wirtschaftssubjekte.» (citation p. 293). Cette approche fait penser à la thèse selon laquelle l'intérêt public se résume à la somme d'intérêts privés. On pourrait cependant aussi dire que l'existence d'une concurrence efficace garantit l'effectivité de la liberté d'action des particuliers. C'est un peu l'histoire de la poule et de l'oeuf! Nous retenons, pour notre part, que la loi sur les cartels comporte une double dimension, institutionnelle et individuelle.

42 Voir Zäch/Künzler (n. 27), pp. 293-295; voir aussi Zimmerli (n. 29), p. 186.

43 Voir aussi ATF 129 II 18, consid. 5.1 ainsi que 5.2.1 et les références doctrinales. Dans le même sens, voir une décision de la Comco du 17 février 2003: DPC 2003/3, pp. 504-513 (ETA/ rejet d'une requête tendant à la modification des mesures provisionnelles), 509, no 36: «Ajuste titre, la requérante souligne que la LCart protège à la fois l'institution de la concurrence et les entreprises victimes d'un comportement abusif d'une entreprise dominante...». Voir aussi Lukas Schaub, Weko oder Zivilrichter? - Gedanken zur Kompetenzverteilung, Jusletter du 10 septembre 2007, nos 3-26.

44 Voir Schluep (n. 21), 807; Saurer (n. 40), 10.

45 Art. 7 al. 2 let. a LCart.

46 Voir, par exemple, TF (25.03.2008) 1C\_440/2007, consid. 3.2, à propos de la liberté d'expression: «Bei der Meinungsäusserungsfreiheit besteht zudem die Besonderheit, dass die freie Meinungsäusserung zu einem politisch oder gesellschaftlich relevanten Thema nicht nur im privaten Interesse des jeweiligen Grundrechtsträgers liegt, sondern in der Demokratie auch einem gewichtigen öffentlichen Interesse entspricht. Dies ist bei der Abwägung der Interessen, die für und wider die Grundrechtseinschränkung sprechen, zu beachten.»

47 Comp. Schaub (n. 43), no 27.

48 Schaub (n. 43), no 48.

49 Voir ATF 130 II 149, consid. 2.4, 3.3 et 4.1, à propos des mesures provisionnelles; Commission de recours pour les questions de concurrence (06.11.1997 - Recymet SA) DPC 1997/4, pp. 602-615, 607-608, consid. 2.1; voir aussi les lignes directrices définissant les relations entre les tribunaux civils et la Comco, du 13 juin 1997, nos 18-19 (DPC 1997/4, pp. 593-597 [en allemand] et 598-601 [en français]); voir enfin, dans une perspective plus large, l'art. 5 al. 2 in initio Cst. féd., en vertu duquel l'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public. S'agissant de la doctrine, voir notamment Bilger (n. 38), p. 171; Patrick Krauskopf/Olivier Schaller/Simon Bangerter, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in Thomas Geiser/ Patrick Krauskopf/Peter Münch (édit.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Bâle/Genève/Munich 2005, pp. 471-522, 491, no 12.48; Joachim Frick in Baker & McKenzie

(édit.), Kartellgesetz - Handkommentar, Berne 2007, pp. 251-252, no 8 ad Art. 27.

50 Comp. Jacobs (n. 27), pp. 226-227.

51 Art. 26 al. 1 Cst. féd.

52 Voir aussi Schaub (n. 43), no 28.