

N

Monthly
Newsletter
March 2022

**Competition and
Antitrust**

**Schellenberg
Wittmer**



Pouvoir de marché relatif et géoblocage: des adaptations sont nécessaires

Peter Georg Picht, David Mamane, Lorenza Ferrari Hofer, Philipp Groz

Key Take-aways

- 1.** Les nouvelles règles pour les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif s'appliquent. Lorsque les autres entreprises n'ont pas de possibilités de se tourner vers des sources alternatives et sont ainsi dépendantes.
- 2.** Les entreprises relativement puissantes sur le marché ont des obligations spéciales, en ce qui concerne la vente aux clients suisses à l'étranger, la discrimination entre partenaires commerciaux, la résiliation de contrats, etc.
- 3.** Les mesures de géoblocage qui désavantagent les clients suisses lors d'achats en ligne peuvent être déloyales. Des exceptions existent pour certains services et en cas de justification objective.

1 Nouveau droit de la concurrence en Suisse

Le 1^{er} janvier 2022, d'importantes nouveautés sont entrées en vigueur dans le droit suisse des cartels et de la concurrence déloyale, à savoir, dans le droit des cartels, des règles de conduite pour les entreprises ayant ce qu'on appelle un "**pouvoir de marché relatif**" et, dans la LCD, une interdiction du **géoblocage**. Le législateur a ainsi satisfait aux exigences centrales de l'initiative "pour les prix équitables", dont les initiateurs souhaitent avant tout lutter contre les "suppléments suisses" lors de l'approvisionnement d'acheteurs nationaux. En décembre 2021, le secrétariat de la Commission de la concurrence a publié une fiche d'information avec formulaire de notification sur le pouvoir de marché relatif, les premières lignes directrices sur le géoblocage sont encore attendues. Pour les deux institutions juridiques, il est toutefois vrai qu'elles ont des modèles dans le droit étranger, dont l'application du droit devrait s'inspirer dans une certaine mesure.

Des règles de conduite étendues pour les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif.

2 Pouvoir de marché relatif

2.1 Les nouvelles règles

Les nouvelles règles de la loi sur les cartels s'appliquent aux **entreprises ayant un pouvoir de marché relatif**. On considère qu'il y a pouvoir de marché relatif notamment lorsqu'un fournisseur ou un demandeur donné n'a pas d'autres possibilités de se tourner vers des **sources alternatives** dans le cadre de son activité commerciale, de sorte qu'il est tributaire de son partenaire commercial actuel et qu'il dépend de lui (art. 4, al. 2bis LCart). Le pouvoir de marché relatif est donc un phénomène bilatéral et individuel, et non un phénomène à l'échelle du marché comme la position dominante. Pour empêcher un pouvoir de marché relatif, les possibilités d'évitement doivent constituer une alternative objectivement suffisante et subjectivement acceptable pour l'entreprise concernée, par exemple en ce qui concerne les coûts individuels d'adaptation. La **dépendance** vis-à-vis d'une entreprise peut résulter, par exemple, du fait que celle-ci fabrique un produit que les clients de l'entreprise dépendante attendent dans son assortiment (dépendance liée à l'assortiment) ou de l'existence d'une relation commerciale établie qui ne pourrait être remplacée qu'au prix de coûts élevés ou d'autres inconvénients commerciaux (dépendance liée à l'entreprise). La fiche d'information précise que les entreprises qui dénoncent une infraction doivent également expliquer à l'autorité dans quelle mesure elles ont activement recherché des possibilités de substitution.

Ensuite, les **obligations de comportement** qui existaient

déjà pour les entreprises dominantes s'appliquent également de manière générale aux entreprises relativement puissantes sur le marché (art. 7, al. 1, LCart). Le droit suisse va ainsi nettement plus loin que les systèmes juridiques voisins, qui n'étendent que certaines obligations de comportement aux entreprises relativement puissantes sur le marché. Il reste à voir dans quelle mesure la pratique juridique corrigera cette réglementation légale excessive en n'appliquant pas certaines obligations de comportement parce qu'elles ne conviennent pas aux entreprises ayant un pouvoir de marché relatif.

Il est désormais prévu - tant pour les entreprises dominantes que pour les entreprises ayant un pouvoir de marché relatif! - une interdiction de refuser aux acheteurs **la livraison à l'étranger aux prix/conditions commerciales en vigueur dans ce pays**, dans la mesure où le produit demandé n'est pas seulement proposé à l'étranger, mais aussi en Suisse (art. 7 al. 2 let. g LCart). En revanche, le demandeur ne peut pas exiger une livraison en Suisse aux conditions en vigueur à l'étranger, et l'application de prix et de conditions commerciales différents en Suisse et à l'étranger reste autorisée en tant que telle.

L'abus de pouvoir de marché relatif n'entraîne **en principe aucune sanction directe**. Toutefois, une amende peut être infligée si l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif ne respecte pas un **accord** ou une **décision** qui a déjà constaté un abus. La prudence et une analyse précise seront donc de mise si l'autorité impose des obligations de comportement - sans doute non spécifiques - à l'égard d'un groupe d'entreprises dépendantes, car le non-respect de ces obligations pourrait alors entraîner une amende immédiate.

Enfin, outre la procédure administrative, les entreprises dépendantes ont également la possibilité d'intenter une **action devant les tribunaux civils**, notamment pour mettre fin à un comportement abusif ou pour obtenir des dommages et intérêts. A moyen terme, il s'agira même du principal mécanisme d'application. En ce qui concerne les décisions administratives et civiles, il est tout aussi vrai que leur mise en œuvre à l'égard d'entreprises étrangères peut poser des difficultés pratiques - dans le cas de jugements rendus par les tribunaux civils, par exemple en vertu de la Convention de Lugano.

2.2 Groupes de cas et problèmes importants dans la pratique

La modification de la loi entraîne une multitude de questions juridiques encore non résolues et de défis difficiles pour les entreprises. Voici quelques exemples de situations et de questions importantes pour la pratique:

- **Rupture d'une relation commerciale:** dans les cas où une entreprise relativement puissante sur le marché souhaite mettre fin à une relation commerciale avec un fournisseur, par exemple, il conviendra de déterminer quels sont les motifs d'une telle mesure qui soient conformes au droit des cartels. On peut par exemple envisager des infractions contractuelles de la part de l'entreprise dépendante ou son non-respect des critères de participation à un système de distribution sélective qualitative. Même si un tel motif légitime existe, l'appréciation du droit des cartels dépend d'une mise en balance des intérêts et de l'ensemble des circonstances. A cet égard, il peut par exemple jouer un rôle important de savoir si l'entreprise dépendante se voit accorder une période de transition raisonnable et dans quelle

mesure la fin de la relation commerciale affecte finalement cette entreprise. Il doit également être tenu compte du fait qu'une entreprise a volontairement créé elle-même sa dépendance, par exemple en se concentrant sur les produits d'un fabricant particulier.

Obligation d'approvisionnement à l'étranger aux conditions locales.

- **Discrimination entre différents partenaires commerciaux:** si l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif accorde à ses partenaires commerciaux des conditions commerciales différentes (par exemple des prix ou des rabais différents), il est possible qu'un partenaire commercial dépendant reproche à l'entreprise d'être ainsi victime d'une discrimination abusive. La question de savoir si une différence de traitement peut être objectivement justifiée est alors au cœur de l'évaluation juridique. Si la réponse est trop restrictive, il existe le risque d'une égalité de traitement des entreprises, respectivement d'une favorisation d'une entreprise par rapport à une autre, les deux pouvant être nuisible à la concurrence. Les représentants des autorités ont déjà déclaré vouloir éviter un tel résultat, mais cette position doit encore faire ses preuves dans la pratique.
- **Demande de livraison à l'étranger aux conditions en vigueur à l'étranger (art. 7, al. 2, let. g, LCart):** si un demandeur national demande à faire livrer à l'étranger aux conditions locales et aux conditions usuelles dans la branche, il faut d'abord vérifier la position dominante ou le pouvoir de marché relatif du fournisseur étranger vis-à-vis du demandeur. Dans la mesure où il existe un pouvoir de marché relatif et où une obligation de livraison s'applique en principe, la forme concrète de cette obligation dépendra notamment de la manière dont les "conditions usuelles de la branche" peuvent être déterminées à l'étranger et de la charge de la preuve. En outre, il semble envisageable que le fournisseur étranger contacté puisse renvoyer l'entreprise dépendante à d'autres sources d'approvisionnement adéquates pour son produit. Une telle option permettrait aux fabricants de maintenir plus facilement des structures de distribution à plusieurs niveaux. Les entreprises devraient également garder à l'esprit l'interdiction du géoblocage dans ces constellations, car il existe un potentiel de chevauchement entre les deux réglementations.
- **D'autres pratiques commerciales couvertes:** Dans sa fiche d'information, le secrétariat de la COMCO a précisé que d'autres pratiques pourraient constituer un abus de pouvoir relatif sur le marché. Il mentionne explicitement les pratiques de couplage/regroupement ainsi que l'imposition de prestations supplémentaires (injustifiées) comme condition à une relation commerciale.

2.3 Besoin d'agir pour les entreprises

Malgré le manque de clarté actuel, les entreprises peuvent et doivent prendre des mesures pour s'adapter à la nouvelle situation juridique. Il s'agit notamment de:

- **Examen des relations et des demandes commerciales:** les entreprises devraient avoir une vue d'ensemble des partenaires commerciaux avec lesquels elles sont susceptibles d'avoir un pouvoir de marché relatif ou une situation de dépendance et s'il existe des demandes d'établissement de relations commerciales. Cela aide à évaluer les risques juridiques, mais aussi les opportunités (par exemple: droit de livraison) que le nouveau droit apporte.
- **Adaptation des contrats:** l'examen décrit ci-dessus peut entraîner la nécessité d'adapter les contrats existants, par exemple pour éviter les accusations de discrimination et pour adapter aux nouvelles conditions générales des formes de distribution jusqu'ici conformes au droit des cartels. Il faut également s'attendre à ce que les nouvelles règles soient utilisées comme argument d'attaque ou de défense dans les négociations contractuelles.
- **Structures de compétence et de réaction:** c'est précisément dans la phase initiale de la nouvelle situation juridique que des réactions irréfléchies à des demandes de clients ou de partenaires commerciaux (potentiels) peuvent poser problème. Cela vaut aussi et surtout pour les domaines de la livraison à l'étranger et du géo-blocage. C'est pourquoi il peut être judicieux de regrouper les compétences en matière de réaction auprès d'unités d'entreprise disposant des compétences juridiques et matérielles correspondantes, afin d'identifier et de résoudre les problèmes éventuels à un stade précoce.

Discrimination déloyale dans le commerce à distance sur la base de la localisation des clients.

3 L'interdiction du géoblocage

Les règles de conduite relatives au pouvoir relatif sur le marché ont été complétées par l'interdiction du **géoblocage dans le commerce en ligne**, afin de garantir que les clients suisses ne soient pas discriminés lors de l'achat de biens et de services en ligne (art. 3a al. 1 LCD). L'UE a déjà introduit en 2018 une interdiction des pratiques privées de géoblocage (règlement européen sur le géoblocage).

Selon cette nouvelle réglementation, agit de manière **déloyale** celui qui, dans le commerce à distance, discrimine de manière injustifiée un client en Suisse en raison de sa nationalité, de son domicile, du siège de son prestataire de services de paiement ou du lieu d'émission de son moyen de paiement (i) en ce qui concerne le prix ou les conditions de paiement, (ii) en lui

bloquant ou en lui limitant l'accès à un portail en ligne, ou (iii) en le redirigeant sans son consentement vers une autre version du portail en ligne que celle qu'il a initialement consultée. Cette disposition ne s'applique pas à certaines offres de services telles que les services financiers, les services de santé, les jeux de hasard et les loteries, les services de sécurité privée et les services audiovisuels (par exemple, les services de streaming).

L'application de mesures de géoblocage et de discrimination par les prix **n'est pas considérée comme déloyale** si elle est **objectivement justifiée**. Tout dépend des circonstances du cas d'espèce. Une discrimination par les prix peut être justifiée, par exemple, si la vente à un client suisse entraîne des frais d'expédition ou des droits de douane plus élevés pour le fournisseur. Le géoblocage peut également être justifié si la publication d'une œuvre en Suisse porte atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'un tiers. Ainsi, un tribunal néerlandais a récemment décidé que les mesures de géoblocage visant à empêcher une violation des droits d'auteur étaient autorisées aux Pays-Bas. Enfin, les mesures

de géoblocage peuvent également être autorisées lorsqu'une offre à des clients suisses (par ex. offres en ligne de produits pharmaceutiques) violerait le droit suisse (par ex. droit de la réglementation).

L'interdiction des mesures de géoblocage vise uniquement à empêcher la discrimination des clients suisses, mais ne devrait pas, en règle générale, imposer à un fournisseur étranger l'obligation de livrer effectivement des marchandises en Suisse ou de fournir des services en Suisse. Il est donc douteux que l'interdiction du géoblocage ait un effet favorable sur la concurrence, surtout si des entreprises étrangères tentent de discriminer les consommateurs suisses. Certes, les consommateurs suisses, les organisations de consommateurs suisses pourraient intenter des actions en justice, mais il faut s'attendre à ce qu'ils ne le fassent que dans des cas sélectionnés.

Néanmoins, les entreprises internationales qui proposent des biens et des services à des clients suisses seraient bien avisées de vérifier leur conformité avec les nouvelles règles du droit suisse.



Benjamin Borsodi
Associé Genève
benjamin.borsodi@swlegal.ch



David Mamane
Associé Zurich
david.mamane@swlegal.ch



Prof. Dr. Peter Georg Picht
Conseil Zurich
peter.picht@swlegal.ch



Dr. Lorenza Ferrari Hofer
Associée Zurich
lorenza.ferrarihofer@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genève
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg