



Article
scientifique

Commentaire

2014

Published
version

Open
Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le Tribunal administratif fédéral suisse confirme les sanctions infligées par la Commission de la concurrence au fabricant suisse des dentifrices et à son preneur de licence autrichien pour entrave illicite aux importations parallèles (Gaba et Gebro)

Xoudis, Julia Anne

How to cite

XOUDIS, Julia Anne. Le Tribunal administratif fédéral suisse confirme les sanctions infligées par la Commission de la concurrence au fabricant suisse des dentifrices et à son preneur de licence autrichien pour entrave illicite aux importations parallèles (Gaba et Gebro). In: Concurrences, 2014, n° 2, p. 215–218.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160819>



Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Chroniques | Concurrences N° 2-2014 – pp. 207-223

Florian BIEN

florian.bien@uni-wuerzburg.de

| *Professeur, Université de Würzburg, Allemagne*

Karounga DIAWARA

karounga.diawara@fd.ulaval.ca

| *Professeur, Université Laval, Québec*

Silvia PIETRINI

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

| *Maître de conférences, Université Lille 2 Droit et Santé*

Jean-Christophe RODA

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

| *Maître de conférences, Aix-Marseille Université*

Julia XOUDIS

julia.xoudis@unige.ch

| *Professeure associée, Université de Genève*

1.3. Suisse

PUBLIC ENFORCEMENT – ACCORD DE LICENCE – IMPORTATIONS PARALLÈLES : Le Tribunal administratif fédéral suisse confirme les sanctions infligées par la Commission de la concurrence au fabricant suisse des dentifrices et à son preneur de licence autrichien pour entrave illicite aux importations parallèles

(Tribunal administratif fédéral, arrêts du 19 décembre 2013, Gaba International c/ Commission de la concurrence, B-506/2010, DPC 2013/4 750 ; Gebro Pharma c/ Commission de la concurrence, B-463/2010, DPC 2013/4 808)

Le Tribunal administratif fédéral (“TAF”) a rejeté les recours de Gaba International SA (“Gaba”) et de Gebro Pharma GmbH (“Gebro”) contre la décision de la Commission de la concurrence (“Comco”) du 30 novembre 2009, leur infligeant des amendes pour avoir entravé les importations parallèles de dentifrices de la marque Elmex de l’Autriche vers la Suisse (DPC 2010/1 65).

En 2004, la loi sur les cartels (“LCart”) a été renforcée notamment par l’introduction de sanctions directes à l’encontre des accords verticaux durs (art. 5, al. 4 et art. 49a, al. 1 LCart). L’affaire *Gaba* fut l’une des premières dans lesquelles de telles sanctions ont été prononcées par la Comco et le TAF avait ainsi à examiner plusieurs questions de principe en matière d’appréciation des accords verticaux. Les solutions retenues auront un impact important sur d’autres causes qui doivent encore être tranchées par le TAF (affaire BMW, voir P. Kobel, *in Concurrences* n° 1-2013, p. 213 ; voir aussi l’affaire *Nikon* : décision de la Comco du 28 novembre 2011 publiée sur le site de la Comco).

Ces deux arrêts ne sont pas définitifs, Gaba et Gebro ayant recouru au Tribunal fédéral.

Les faits et la procédure

Gaba est une société suisse qui fabrique des produits d’hygiène dentaire, dont les dentifrices de la marque Elmex. En 1982, elle a conclu un contrat de licence avec la société Gebro pour la production et la distribution de ses dentifrices en Autriche. Jusqu’au 1^{er} septembre 2006, ce contrat prévoyait la clause suivante : “Gaba s’engage, par tous les moyens à sa disposition, à empêcher la livraison des produits contractuels [dentifrices Elmex et Aronal] en Autriche et à ne pas distribuer elle-même ces produits directement ou indirectement en Autriche. Gebro s’engage à produire et à distribuer les produits contractuels exclusivement dans le territoire concédé [Autriche] et à ne pas exporter directement ou indirectement les produits vers d’autres pays.” (traduction libre du ch. 3.2 du contrat de licence rédigé en allemand). Par contraste, la production et la distribution des dentifrices en Suisse ainsi que dans les pays limitrophes autres que l’Autriche étaient assurées par Gaba et ses filiales.

La société Denner SA est un discounter actif dans toute la Suisse au niveau du commerce de détail. Entre 2003 et 2005, elle a essayé, sans succès, d’importer depuis l’Autriche en Suisse les dentifrices “Elmex rouge” dont le prix au détail en Suisse était supérieur aux prix pratiqués dans les pays limitrophes. Le 30 novembre 2005, elle a déposé une plainte auprès du Secrétariat de la Comco. Cette dernière a ouvert une enquête et rendu une décision le 30 novembre 2009 condamnant Gaba et Gebro respectivement à des amendes de CHF 4,8 millions et de CHF 10’000. Les deux sociétés ont recouru au TAF.

Applicabilité de la loi sur les cartels

L’applicabilité de la loi sur les cartels était contestée par les recourantes qui soutenaient que le contrat de licence ne concernait que le marché autrichien et que des effets sensibles sur le marché suisse n’avaient pas été établis. Le TAF a examiné cette question à la lumière de l’article 2, al. 2 LCart, qui prévoit que “la loi sur les cartels est applicable aux états de faits qui déploient leurs effets en Suisse, même s’ils se sont produits à l’étranger”. Dans la mesure où le ch. 3.2 du contrat de licence interdisait des ventes directes ou indirectes dans d’autres pays, il a retenu que l’accord pouvait entraver les importations en Suisse. Puis, il a précisé que le champ d’application de la loi sur les cartels doit être compris comme étant large, de manière à permettre un examen des accords pouvant avoir un effet en Suisse. Contrairement à la solution en droit européen, le droit suisse n’exige pas l’établissement d’un effet sensible. L’intensité des effets sur la concurrence doit être examinée dans le cadre de l’application des règles matérielles.

Appréciation des accords verticaux en général

Les recourantes ont soulevé plusieurs griefs relevant du fond. Avant d’examiner les solutions adoptées par le TAF, il convient de rappeler le régime relatif à l’appréciation des accords verticaux au regard de l’article 5 LCart.

À la différence du droit européen, la loi sur les cartels n’est pas fondée sur une interdiction des accords restreignant la concurrence mais sur le principe de l’abus. Sont considérés

comme illicites les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur un marché et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace (art. 5, al. 1 LCart). Une telle suppression est présumée dans le cas des accords verticaux qui imposent un prix de vente minimum ou fixe de même que dans celui des accords de distribution qui confèrent une protection territoriale absolue ("contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues" ; art. 5, al. 4 LCart). On peut parler, à cet égard, d'accords verticaux durs ou, pour reprendre la terminologie européenne, de restrictions caractérisées.

L'appréciation des accords verticaux durs s'effectue ainsi en plusieurs étapes : tout d'abord il y a lieu de déterminer si l'accord tombe sous le coup de l'art. 5, al. 4 LCart. Le cas échéant, la Comco doit ensuite examiner si la présomption de suppression d'une concurrence efficace peut être renversée. Si un tel renversement est admis, la Comco ne peut retenir l'illicéité de l'accord que si elle établit qu'il affecte de manière notable la concurrence et qu'il n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5, al. 1 et 2 LCart). La Comco a précisé sa pratique en la matière successivement dans trois Communications concernant l'appréciation des accords verticaux, dont la dernière date de 2010.

Par ailleurs, il convient de relever qu'une révision de la loi sur les cartels est actuellement en cours. Celle-ci a notamment pour but de renforcer la lutte contre les cartels et les prix élevés en Suisse, en prévoyant l'adoption d'un système d'interdiction des accords, à l'instar de celui de l'article 101 TFUE, du moins s'agissant des accords horizontaux et verticaux durs. La révision bat toutefois de l'aile, le Conseil national, soit la chambre basse du Parlement suisse, ayant refusé le 6 mars 2014 d'entrer en matière sur son examen (sur le projet dans son ensemble : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20120028). Si le Conseil des États se rallie à cette décision ou si le Conseil national refuse de revoir sa position, le projet de révision sera abandonné.

Suppression d'une concurrence efficace (art. 5, al. 4 LCart)

Dans le cas d'espèce, le TAF a confirmé que le ch. 3.2 du contrat de licence tombe sous le coup de l'article 5, al. 4 LCart. Il a retenu que cette clause contractuelle interdit toute vente hors d'Autriche donc également vers la Suisse, visant ainsi non seulement les ventes actives mais également les ventes passives et consacrant par là une protection territoriale absolue. Peu importe à cet égard que les parties ne se soient pas expressément attribué des territoires. Peu importe aussi que l'accord relatif à la distribution des produits soit incorporé dans un contrat de licence, un tel accord ne bénéficiant pas de l'exception prévue à l'article 3, al. 2 LCart, relative aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle.

Le TAF a également rejeté les arguments des recourantes fondés sur le règlement (CE) N° 772/2004 concernant l'application de l'article 81, § 3 TCE à des catégories d'accords de transfert de technologie. Compte tenu du fait

que le droit suisse s'inspire du droit européen, il a indiqué qu'il pouvait se référer à ce règlement dans une perspective de droit comparé. Néanmoins, il a retenu que l'accord ne pouvait bénéficier de l'exception prévue à l'article 4, § 2, point b), sous i) du règlement, autorisant la restriction des ventes passives par le preneur de licence sur un territoire exclusif réservé au donneur de licence, faute pour les parties d'avoir expressément réservé le territoire de la Suisse à Gaba. Et même si l'accord devait être considéré comme exempté, le TAF a indiqué qu'il aurait très probablement fait l'objet d'un retrait d'exemption au sens de l'article 6, § 2 du règlement dès lors que, en combinaison avec l'organisation mise en place par Gaba dans les autres pays limitrophes, il conduisait à l'isolement du marché suisse.

Enfin, le TAF a relevé que les effets nuisibles de l'accord sur la concurrence n'ont pas à être établis afin de déterminer si un accord tombe sous le coup de l'article 5, al. 4 LCart, mais doivent plutôt être analysés afin de décider si la présomption de suppression d'une concurrence efficace peut être renversée. Sur ce dernier point, le TAF a suivi la Comco et retenu que la présomption pouvait être renversée dans le cas d'espèce en raison d'une concurrence intramarque et intermarques suffisante sur le marché pertinent, à savoir le marché du dentifrice en Suisse.

Restriction notable de la concurrence (art. 5, al. 1 LCart)

Passant à l'examen de la question de savoir s'il y avait restriction notable de la concurrence, le TAF a relevé que les avis doctrinaux divergent sur la question de savoir si l'appréciation peut se fonder exclusivement sur des critères qualitatifs ou si elle doit également tenir compte de l'impact de l'accord sous l'angle quantitatif. Tout en notant que l'appréciation du caractère notable d'une restriction de la concurrence doit en principe se fonder tant sur des critères qualitatifs que quantitatifs, le TAF a considéré que les accords tombant sous le coup de l'article 5, al. 4 LCart doivent, de par leur nature même, être considérés comme des restrictions notables de la concurrence, sans qu'un examen de leur effet quantitatif sur le marché ne soit nécessaire. Ainsi, le ch. 3.2 du contrat de licence, qui confère une protection territoriale absolue et cloisonne le marché suisse, est une restriction qualitativement grave et constitue une restriction notable de la concurrence, indépendamment d'éventuels critères quantitatifs. Pour arriver à cette conclusion, le TAF s'est appuyé sur le règlement (CE) N° 330/2010, dans le cadre duquel la limitation de ventes passives est considérée comme une restriction caractérisée, quelle que soit la position des parties sur le marché pertinent (art. 4 du règlement (CE) N° 330/2010 concernant l'application de l'art. 101, § 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées). En définitive, le TAF a retenu que les accords visés à l'article 5, al. 4 LCart, pour lesquels la présomption a été renversée, ne sont admissibles que s'ils sont justifiés par des motifs d'efficacité économique. Dans son résultat, cette solution rejoint celle proposée par le projet de révision de la loi sur les cartels.

Motifs d'efficacité économique (art. 5, al. 2 LCart)

Le TAF a par ailleurs rejeté les griefs des recourantes relatifs à une justification de la restriction de la concurrence fondée sur des motifs d'efficacité économique. Il a confirmé que l'existence d'un système de distribution sélective n'était pas établie et que, en tout état, le refus de livrer des revendeurs en Suisse ne pouvait se justifier par un tel système. Il a également rejeté les arguments fondés sur la réduction des coûts de distribution, l'organisation rationnelle de la production et la diffusion de connaissances techniques, ou encore la capacité de production limitée de Gebro.

Sanction (art. 49a, al. 1 LCart)

Enfin, le TAF a examiné la question controversée de savoir si l'article 49a, al. 1 LCart est une base légale suffisante au regard de l'article 7 CEDH pour sanctionner des accords verticaux qui relèvent de l'article 5, al. 4 LCart mais qui ne conduisent pas à la suppression d'une concurrence efficace. En d'autres termes, lorsque la présomption de l'article 5, al. 4 LCart est renversée et que l'accord affecte la concurrence de manière notable sans pouvoir être justifié par des motifs d'efficacité économique, une amende peut-elle être imposée ? Les recourantes soutenaient qu'une amende dans une telle hypothèse serait contraire au principe de la légalité, en se fondant sur la lettre de l'article 49a, al. 1 LCart, qui prévoit que "l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'article 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'article 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices". Le TAF a rejeté leur argument, retenant que l'article 5, al. 4 LCart doit être lu ensemble avec l'article 5, al. 1 LCart, cette dernière disposition prévoyant la conséquence de l'illicéité de l'accord. Il s'est par ailleurs fondé sur la volonté du législateur qui était de combattre les accords verticaux visés à l'article 5, al. 4 LCart et a indiqué que la solution retenue pouvait aussi se déduire indirectement d'une décision du Tribunal fédéral (ATF 135 II 60).

Conclusions critiques

Le TAF a ainsi confirmé les sanctions prononcées par la Comco, tout en apportant des clarifications importantes sur l'appréciation des accords verticaux. On peut formuler plusieurs critiques à cet égard.

La première concerne l'analyse retenue en matière d'accords verticaux durs qui ne conduisent pas à la suppression d'une concurrence efficace, soit dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption de l'article 5, al. 4 LCart. En décidant que les accords appréhendés par cette disposition doivent être considérés, de par leur seule nature, comme affectant la concurrence de manière notable, le TAF a fait abstraction de l'exigence ancrée à l'article 5, al. 1 LCart d'établir qu'un accord restreint effectivement de manière notable la concurrence, ce qui requiert aussi un examen de ses effets quantitatifs. Dans son résultat, le raisonnement du TAF écarte le principe sur lequel se fonde la loi, à savoir celui de l'abus, en faveur du principe de l'interdiction. Or, un tel principe ne peut être

introduit que par une modification législative, comme cela a été proposé dans la révision en cours. De plus, la solution n'est pas en harmonie avec la jurisprudence relative aux accords horizontaux durs : le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le caractère notable d'une restriction de la concurrence doit être apprécié non seulement au regard de la nature de l'accord (critère qualitatif) mais également au regard de son impact sur le marché en termes quantitatifs (ATF 129 II 18). Enfin, compte tenu de l'approche large retenue par le TAF en matière de champ d'application de la loi sur les cartels, la solution pourrait conduire à des résultats insatisfaisants notamment dans le cas d'accords organisant la distribution dans des pays éloignés de la Suisse, depuis lesquels des importations seraient potentiellement possibles mais insignifiantes sur le plan concurrentiel.

Certains arguments qui s'appuient sur le droit européen sont également peu convaincants. Il en va ainsi de l'exigence que les parties aient réservé de manière expresse un territoire exclusif au donneur de licence pour que leur accord bénéficie de l'exception de l'article 4, § 2, point b), sous i) du règlement (CE) N° 772/2004. Le règlement ne pose pas une telle exigence ; si la volonté de réserver un territoire au donneur de licence est claire on ne voit pas pourquoi l'exception ne s'appliquerait pas. Or, l'intention de réserver le territoire de la Suisse à Gaba pouvait se déduire de l'engagement de Gebro de produire et distribuer les produits uniquement en Autriche et de l'organisation mise en place par Gaba en Suisse et dans les autres pays limitrophes. Quant à un éventuel retrait d'exemption au sens de l'article 6, § 2 du règlement (CE) N° 772/2004, il ne peut intervenir que pour l'avenir ce qui exclut des sanctions pour des accords ayant déployé leurs effets dans le passé (pt. 34 des Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 TCE aux accords de transfert de technologie). En d'autres termes, il est peu probable que les parties auraient été condamnées si le droit européen avait été applicable au cas d'espèce.

La décision du TAF consacre ainsi un régime particulier pour la Suisse, ce qui n'est pas pour favoriser la sécurité des transactions internationales. C'est d'autant plus regrettable que les spécificités du droit suisse ne justifient pas un régime d'exception. En particulier, le but de l'article 5, al. 4 LCart, à savoir la lutte contre les prix élevés en Suisse, se recoupe avec celui du droit européen, qui poursuit l'intégration des marchés et, par là même, aussi l'arbitrage entre les prix pratiqués dans les différents pays membres de l'Union.

Par ailleurs, les solutions retenues ont pour effet de traiter les accords verticaux plus sévèrement que les accords horizontaux. Or, c'est perdre de vue que les accords verticaux, même durs, ont des effets positifs sur la concurrence. C'est pour cette raison que le règlement (CE) n° 772/2004 exempte la restriction des ventes passives sur un territoire exclusif réservé au donneur de licence lorsque les parties ne sont pas des concurrents : en l'absence d'un pouvoir de marché, soit lorsque les parts de marché des parties ne sont pas supérieures à 30%, de telles restrictions sont considérées comme ayant des effets proconcurrentiels qui l'emportent sur la limitation de la concurrence (pt. 100 des Lignes directrices relatives à l'application de l'art. 81 TCE aux accords de transfert de technologie).

Enfin, on doit continuer à s'interroger sur la question de savoir si l'article 49a, al. 1 LCart est une base légale suffisante pour sanctionner des accords qui relèvent de l'article 5, al. 4 LCart mais qui ne conduisent pas à la suppression d'une concurrence efficace. Compte tenu des exigences strictes posées par l'article 7 CEDH, on peut en douter.

J. X. ■