

L'invité

# La Commission de la concurrence sonne-t-elle la fin des accords verticaux?

Philippe Jacquemoud\*



\*Avocat, Baker & McKenzie Zurich

Depuis avril 2004, certains accords de distribution dits accords verticaux sont considérés illicites du point de vue du droit de la concurrence. Les entreprises qui ont conclu ou qui continuent de conclure de tels accords s'exposent à plusieurs risques. D'une part, l'accord de distribution considéré comme illicite est également nul civilement. D'autre part, une enquête administrative à leur encontre peut être ouverte par la Commission de la concurrence (Comco). Cette procédure peut déboucher sur de sévères sanctions se montant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires suisse des trois dernières années. Les différentes conséquences d'une entrave trop intense à une saine concurrence ne laissent donc les entreprises pas indifférentes et elles se doivent de prendre les mesures organisationnelles et contractuelles nécessaires, afin d'éviter au maximum les risques exposés. Nous tenterons ici de mettre en lumière les problèmes engendrés par ces accords verticaux. A cet effet, le projet de communication de la Comco sur les accords verticaux, en cours de finalisation, sera particulièrement étudié.

## L'entreprise doit au cas par cas se poser la question de la pertinence de ses accords de distribution ainsi que de leur impact sur le droit de la concurrence

Le premier problème porte sur la définition de ces accords au sens du droit: il s'agit d'une convention orale ou écrite entre plusieurs entreprises actives à des niveaux différents du marché concernant les conditions auxquelles les entreprises peuvent acheter, vendre et revendre des biens ou des services. Les contrats de distribution, qu'ils soient exclusifs ou sélectifs, répondent à ces critères, car nous sommes en présence d'entreprises actives sur des échelons du marché différents (producteur en amont et distributeur en aval) qui s'entendent sur la vente de produits. L'accord n'a enfin pas besoin d'être obligatoire entre les parties. Une directive, sur les prix par exemple, ou une entente implicite suffisent pour être en présence d'un accord au sens du droit de la concurrence. L'accord de distribution est censé violer le droit lorsqu'il supprime une concurrence efficace. Cel-

le-ci est supprimée, si un accord impose un prix de vente minimum ou fixe au distributeur pour la revente, ou lorsque le distributeur est empêché d'honorer des ventes à des clients, hors de Suisse par exemple. La loi prévoit que ce genre de contrats est présumé illicite, c'est-à-dire que l'entreprise concernée peut encore apporter la preuve du contraire. Toutefois, en pratique, cette présomption se révèle quasiment impossible à renverser au niveau vertical. Les entreprises parties à des contrats de distribution doivent en conséquence se méfier de ne pas imposer à leurs distributeurs des conditions trop restrictives sous peine de s'exposer aux sanctions évoquées plus haut.

Dans un deuxième temps, les accords de distribution, qui ne suppriment pas une concurrence efficace, mais qui l'affectent de manière notable, sont également illicites, sauf s'ils sont justifiés par des raisons économiques. Il s'agit ici d'un degré d'entrave à la concurrence moins élevé que la suppression d'une concurrence efficace et qui peut ainsi être plus aisément justifié. Sont visés ici les accords de distribution sélective ou exclusive. D'une part, le premier empêche les distributeurs à revendre les produits à d'autres distributeurs que ceux agréés. Certains distributeurs sont exclus du marché par des artifices et la concurrence est ainsi moins féroce. D'autre part, le deuxième exclut tous les distributeurs du marché autres que celui exclusif. Ces accords peuvent néanmoins être justifiés par des raisons économiques. Par exemple, il ne fait aucun doute qu'une marque de luxe ne peut se permettre d'éparpiller sa distribution et qu'en général la mise en place de certains concepts généraux de marketing nécessite un traitement discriminatoire des distributeurs. Enfin, la distribution pose la question des critères de sélection des distributeurs et l'ouverture de l'accord de distribution à tous les concurrents remplissant ces critères. La loi, ainsi que le projet de communication sont muets à propos de l'obligation de l'entreprise de traiter tous les concurrents de manière égalitaire. Toutefois, la tendance de la Comco à se rapprocher progressivement de la jurisprudence de la Commission européenne nous fait penser qu'il ne serait pas exclu qu'une telle exigence soit requise des entreprises.

Enfin, le projet de communication sur les accords verticaux de la Comco apporte deux modifications importantes. Puisque tous les accords décrits ci-dessus, quelles que soient les parts de marché des entreprises, sont réputés affecter de manière notable la concurrence, la Commission a fixé des seuils de part de marché de

15% et de 30%, qui, lorsqu'ils ne sont pas affranchis, entraînent une présomption, que l'accord est justifié par des raisons économiques. Il serait en effet inéquitable et absurde de traiter une entreprise qui de par sa taille n'a aucune capacité d'influencer un tantinet le marché comme une grosse entreprise ayant la puissance d'imposer ses conditions et d'exclure d'autres acteurs, la conséquence étant de maintenir des prix artificiellement élevés. Pour éviter de comparer un chien avec un chat, la Comco a prévu un premier seuil de 15% de part de marché sur le marché pertinent. Le marché pertinent est défini au cas par cas par la Comco, les crèmes de beauté de luxe forment par exemple un marché de référence, tandis que les autres crèmes de Migros ou de Coop en forment un autre. Si la part de marché de l'entreprise et du distributeur sélectif ou exclusif ne dépasse pas 15% sur leur marché pertinent, alors le cas est mineur et sera en règle générale exonéré par la Comco. Le deuxième seuil est fixé à 30% de part de marché. Tant que ce palier n'est pas franchi, les accords de distribution sélective ou exclusive sont considérés par la Comco comme justifiés en général. Les entreprises en dessous de 30% n'auront donc pas besoin d'essayer au par cas que leurs accords de distribution restreignant la concurrence sont justifiés par des raisons économiques.

En conclusion, le projet de communication de la Comco apporte plus de clarté dans un domaine juridique très incertain et prend dûment en considération les intérêts légitimes des petites entreprises. En revanche, le respect des seuils prévus par le projet de communication n'entraîne qu'une présomption que les accords de distribution sélective ou exclusive sont justifiés par des raisons économiques. Cette présomption peut toujours être renversée par la Comco. L'entreprise doit donc au cas par cas se poser la question de la pertinence de ses accords de distribution ainsi que de leur impact sur le droit de la concurrence afin de ne pas s'exposer à de graves sanctions ou du moins d'intégrer ce risque dans la marche des affaires. Enfin, l'entreprise qui veut intégrer le risque lié à une potentielle violation du droit de la concurrence doit définir de manière consciencieuse le marché pertinent, sur lequel elle est active du point de vue du droit de la concurrence. Cette démarche permettra à l'entreprise de surveiller dans le futur ses parts de marché et d'ainsi intelligemment évaluer le risque concurrentiel.

Ecrite en collaboration avec Philippe Reich, Baker & McKenzie Zurich.

Périscope

### L'activisme des hedge funds accroît le rendement

Si un hedge fund activiste prend une participation dans une société, il en résulte un rendement supérieur de 5 à 7% pour l'actionnaire de l'entreprise visée dans les 20 jours, selon un working paper du FEN European Corporate Governance Institute. Les cibles ont en général un cash-flow supérieur à la moyenne et sont faiblement évaluées par rapport à leurs fonds propres. Le rendement est d'autant plus élevé que le hedge fund adopte une stratégie hostile et cherche à changer la stratégie de l'entreprise. En revanche, s'il ne vise qu'un changement de gouvernance ou de structure du capital, l'impact sera moindre. Les chiffres montrent que deux tiers des événements sont positifs pour le hedge fund.

### Changeons les juges du Tribunal fédéral!

En 2003, le Tribunal fédéral n'était même pas entré en matière sur le recours de Martin Ruch qui s'opposait à l'introduction de l'impôt dégressif à Schaffhouse parce qu'il n'était pas touché. Aujourd'hui, il change d'approche. Selon la Weltwoche, le passage de la Constitution qui parle d'imposition

### DIE WELTWOCH

selon la capacité économique n'a même pas été proposé par le Conseil fédéral, mais il est passé en coulisse, par la commission du Conseil national, et n'a pas fait l'objet d'une discussion en plénum. En pratique, auparavant, le Tribunal fédéral défendait jusqu'ici le contribuable. Il change d'approche. Les conséquences sont graves. Le Tribunal fédéral, le dernier espoir d'un parti qui échoue devant les électeurs, crée le chaos dans un petit canton. En outre, il faut dorénavant savoir que les tarifs fiscaux seront issus non plus de la démocratie directe mais de juges centraux. La politique doit se doter d'une marge de manœuvre. Il n'est pas nécessaire de changer les lois. Il suffit, aux prochaines élections, de ne plus envoyer à Lausanne des juges qui veulent créer un nouveau droit.

### Après Obwald, c'est toute l'économie qui sera visée

Après le succès socialiste au Tribunal fédéral et l'interdiction de l'impôt dégressif, c'est toute l'économie qui sera directement touchée parce que la gauche s'en prendra aussi à la réforme de l'imposition des entreprises, cela non seulement par les voies politiques, mais aussi juridiques, selon l'éditorial de la Handels-Zeitung. Le Parti socialiste s'équipe de multiples thèmes de campagne, de l'harmonisation fiscale aux salaires des managers. Il risque de sérieusement miner les avantages du site économique suisse. En outre, le PS aide l'Union européenne à réduire les attraites fiscales suisses. Non seulement l'économie, mais les partis bourgeois doivent reprendre en main le dossier fiscal.

### En soi, la première place n'intéresse pas UBS

Marcel Ospel, président du conseil d'administration de UBS, prévoit des adaptations au sein de son groupe au niveau de la technologie ou de la productivité, mais il veut rester fidèle à sa stratégie, indique-t-il dans une interview à Bilan. A la question d'une fusion avec Lehman Brothers, il répond qu'elle détruirait de la valeur et causerait des dégâts dans les deux établissements. UBS serait volontiers acquiescent d'autres banques, mais «il n'y a pas grand-chose à se mettre sous la dent». La banque rachète ses propres actions, ce qui n'est que la deuxième meilleure variante. Emmanuel Garesuss, Zurich

Analyse

# Energie: nous avons oublié la recherche!



Pierre Veya

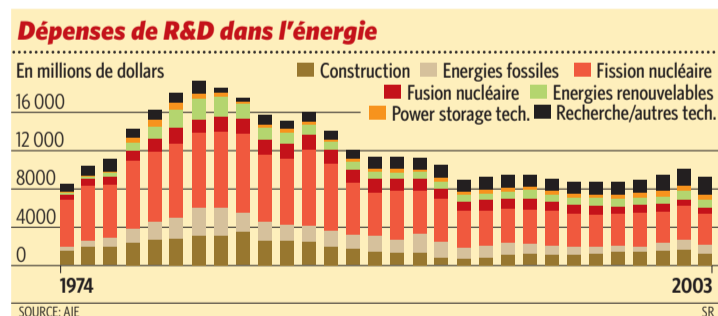
Appel pour un programme national de recherche, demande pour davantage de moyens: les initiatives en faveur de l'énergie sont de retour. Tout le monde réalise que la sauvegarde du climat, et plus généralement des écosystèmes, passera par un changement radical dans l'utilisation de l'énergie. Cette évidence est nouvelle. Car depuis la première crise pétrolière, la mobilisation sur le thème de l'énergie aura été de courte durée (voir graphique), le temps que les prix du pétrole retombent à des niveaux très bas. La Suisse, qui fut un bon élève dans les années 1980, a ralenti ses efforts sous la pression du parlement et n'a maintenu ses principaux programmes qu'avec des bouts de ficelles. S'il existait un tribunal de la bêtise, rares seraient les conseillers nationaux et aux Etats qui échapperaient à une inculpation! Dans l'industrie privée, le constat est plus dramatique encore: ABB a liquidé à vil prix ses technologies propres dans les années 90, et les rares sociétés qui se sont lancées

dans des développements l'ont fait un peu par hasard ou sans grande conviction. Quant aux électriciens, dont les trois quarts sont en mains publiques, ils avaient tout simplement cessé toute forme de recherche au début des années 2000.

En chiffres, les pays industrialisés consacrent grosso modo 8% de leurs budgets de recherche à l'énergie en général, dont 20 à 30% pour les énergies renouvelables. La Suisse dépense en R & D entre 140 et 160 millions de francs. Mais au-delà des chiffres, c'est toute la gouvernance de la recherche dans l'énergie qu'il convient d'examiner et surtout de relancer. Malgré tous les discours de cantine, l'énergie n'est toujours pas une priorité des

## Il y a peu encore, le mot «énergie» était absent des organigrammes et des communiqués des EPF

hauts écoles suisses et son poids au sein des deux Ecoles polytechniques fédérales est faible. Comme si leurs dirigeants étaient acquis à l'idée que la recherche de base ou fondamentale dans l'énergie était terminée. Il y a peu encore, le mot même d'«énergie» était absent des organigrammes et des communi-



qués des deux EPF! Dispersée dans plusieurs laboratoires, la recherche helvétique, qui est pourtant de bonne qualité et reconnue mondialement comme telle, manque de visibilité.

La société à «2000 watts» que veut promouvoir le domaine des EPF est une magnifique ambition mais demeure un slogan. Sur le papier, diviser la consommation par habitant d'un facteur trois est possible. Mais on n'y parviendra pas avec des incantations rhétoriques et des pré-études basées sur la littérature scientifique. C'est une mobilisation générale et transdisciplinaire qu'il faut lancer. Les meilleures universités américaines l'ont compris: le MIT (Massachusetts Institute of Technology), Berkeley, Stanford - pour ne prendre que ces exemples - ont regroupé leurs forces et créent des plateformes où la recherche, les étudiants et la société civile débattent des grands enjeux énergéti-

ques. Les chercheurs américains mouillent leurs chemises dans les commissions parlementaires, conseillent les gouverneurs et sénateurs. Sur les campus, on assiste à une explosion des start-up liées à l'énergie, une vague plus importante que celle qui a popularisé Internet. Les grands groupes énergétiques multiplient les financements pour trouver des biocarburants de seconde génération, valider des processus de séquestration ou valoriser le CO2 dont la planète aimerait, à raison, se débarrasser. Cette recherche scientifique et technologique se fait à la frontière des disciplines classiques que sont la physique, la chimie et la biologie. Elle ne se limite pas aux aspects techniques mais implique les économistes. Il n'est pas exagéré de dire que les lois environnementales californiennes ont été écrites par les meilleurs chercheurs américains. En Suisse, rien de tout cela.

Les universités communiquent peu, souvent mal, et surtout produisent peu de travaux utiles pour les politiciens, à qui l'on demande de mettre le cap sur la société à «2000 watts» et qui débattent de l'énergie avec les idées d'il y a vingt ans! Nous sommes très loin de la vivacité du débat américain, où chaque déclaration du président des Etats-Unis fait l'objet d'un commentaire immédiat sur les sites des laboratoires de recherche. Peut-être est-ce là le trait culturel de l'Europe: les chercheurs attendent d'être sollicités, alors qu'aux Etats-Unis ils se battent pour exister et attirer les fonds.

Un programme national de recherche sur l'énergie? Pourquoi pas. Mais à la condition qu'il ne soit pas un alibi pour saupoudrer tout le monde. A la condition aussi qu'il s'inscrive dans une revalorisation des problèmes énergétiques au sein des universités et des hautes écoles. A la condition enfin que les chercheurs soient accompagnés par des économistes spécialisés dans le développement des technologies. Cette mobilisation arrive tard mais elle n'est pas vaine. Car si nous entrons dans l'ère d'une mutation radicale de l'énergie, une autre, tout aussi importante, est déjà à la porte: l'épuisement des métaux et autres terres rares, épuisement auquel nous sommes très mal préparés.