

Pandémie, force majeure et droit de la concurrence ne font pas bon ménage

En cette période difficile pour les acteurs économiques, on entend beaucoup parler de la notion de «force majeure» comme le principe permettant de remettre en cause, totalement ou partiellement, des engagements contractuels devenus objectivement impossibles à exécuter, ou simplement disproportionnés en raison de circonstances imprévisibles.

Or, qu'elle soit invoquée à bon droit pour renégocier les termes d'une relation contractuelle ou de manière abusive pour tenter d'imposer un changement à un partenaire commercial, la force majeure ne permet pas en soi de s'exonérer des règles imposées par le droit de la concurrence en matière d'accords entre entreprises et d'abus de position dominante. Celles-ci restent pleinement applicables indépendamment du contexte économique.

La Commission de la concurrence (Comco), consciente du potentiel d'abus dans une situation de crise comme celle que nous vivons, l'a d'ailleurs rappelé (communiqué du 26 mars 2020). Il est donc important pour les entreprises de garder en tête les lignes rouges à ne pas franchir, respectivement les principes leur permettant de défendre leurs intérêts contre un partenaire particulièrement agressif.

Ainsi, un fournisseur qui renégocie les termes de ses contrats avec ses distributeurs ne peut notamment pas, avec ou sans le concours plus ou moins coopératif de ces derniers, leur imposer des prix de revente minimaux ou fixes, ou encore certaines res-

trictions de revente territoriales (notamment pour empêcher toutes importations parallèles). Même si ce type de clauses peut être tentant, voire avoir du sens pour faciliter la survie d'un réseau de distributeurs dans la situation de crise actuelle, il s'agit de graves restrictions à la concurrence, quasiment toujours illicites selon la loi et la jurisprudence.

Dans son arrêt «Gaba» de 2017, le Tribunal fédéral a précisé que cela valait indépendamment des effets concrets sur le marché, y compris donc en présence d'entreprises ayant des parts de marché limitées. Quant à une justification pour les motifs d'efficacité économique prévus par la loi sur les cartels (LCart), elle sera la plupart du temps illusoire au vu de leur champ assez restrictif. Ne restera alors que le «joker» d'une demande d'autorisation exceptionnelle au Conseil fédéral en application de l'article 8 LCart. Resté lettre morte depuis plus de vingt ans, cet article pourrait (re) trouver un peu de sens en ces temps de pandémie. A condition toutefois d'arriver à démontrer que l'accord en question est «nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants».

Une entreprise disposant d'une forte position sur le marché se doit par ailleurs d'être prudente avant de décider d'invoquer la force majeure pour refuser d'exécuter un contrat ou tenter d'imposer des modifications à son partenaire. Dans la mesure où elle est considérée par les autorités de la concurrence comme ayant une position dominante, si les condi-

tions légales ne sont pas remplies, par exemple parce que la modification contractuelle que l'entreprise tente d'imposer ne résulte pas directement d'un événement – la pandémie – imprévisible, exceptionnel et non lié à l'exploitation de l'entreprise, elle risque

Il est important pour les entreprises de garder en tête les lignes rouges à ne pas franchir

de commettre un abus illicite au sens de l'article 7 LCart (refus d'entretenir des relations commerciales, ou imposition de prix/conditions commerciales inéquitable par exemple). A l'inverse, la loi sur les cartels représente ici un moyen de défense utile pour les PME qui seraient victimes de ce genre de comportements.

Indépendamment de toute relation de force entre les parties, il faut aussi rappeler que les accords

entre concurrents portant sur les prix, les quantités à produire ou une répartition de marchés ou de clientèle («cartels») restent prohibés. C'est là une limite non négligeable à la possibilité de «se serrer les coudes» au sein d'une branche. Sous réserve, au vu de la situation sanitaire actuelle, d'une approche plus «souple» des autorités s'agissant de collaborations destinées à assurer un approvisionnement en produits stratégiques ou à faciliter la recherche et le développement de produits médicaux par exemple (la Commission européenne a publié une communication sur le sujet le 8 avril 2020).

En résumé, même s'il est compréhensible que le respect du droit de la concurrence ne soit pas la priorité des entreprises en ces temps troublés, on fera preuve de prudence en se rappelant qu'une dénonciation par un concurrent, un client, ou même un partenaire, représente toujours un risque bien réel. Outre une sanction pécuniaire par la Comco en cas de violation de la LCart (jusqu'à 10% du chiffre d'affaires cumulé des trois dernières années), les frais de procédure et de défense, le temps perdu, les dégâts d'image, mais aussi les risques de suites judiciaires civiles, ne sont en effet pas à négliger. ■

DOMINIQUE GUEX
LL.M., CHARGÉ DE COURS À LA HEG-ARC, BOURGEOIS AVOCATS

