

**CONSEIL D'ETAT**

Château cantonal  
1014 Lausanne

Monsieur le Conseiller fédéral  
Johann Schneider Ammann  
Chef du Département fédéral de  
l'économie, de la formation et de la  
recherche  
Palais fédéral est  
3003 Berne

Réf. : CS/15024544

Lausanne, le 21 novembre 2018

**Procédure de consultation – Contre-projet indirect à l'initiative «Pour des prix équitables»**

Monsieur le Conseiller fédéral,

Le Conseil d'Etat vaudois à l'honneur de vous adresser sa prise de position en réponse à la consultation citée en exergue.

Appréciation de l'initiative populaire fédérale

En préambule, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud partage l'avis du Conseil fédéral quant à l'initiative «*Stop à l'îlot de cherté – Pour des prix équitables*», considérant qu'il s'agit de s'y opposer, dès lors que celle-ci engendrerait des conséquences négatives sur l'économie suisse en général et les relations commerciales non touchées par un éventuel cloisonnement du marché.

L'introduction générale de la notion de pouvoir de marché relatif ainsi que le prévoit l'initiative concernerait potentiellement l'ensemble des entreprises en Suisse. Dès lors qu'une incertitude s'établirait de façon permanente pour elles, compte tenu de la marge d'interprétation de ce concept, et qu'elles devraient en outre fournir un surplus de travail administratif et supporter des frais supplémentaires, il est vraisemblable qu'elles s'abstiendraient d'engager une procédure à l'issue incertaine. En outre, le contrôle des prix dont seraient chargés les tribunaux et les autorités, y compris dans des cas où la concurrence est efficace, constitue un risque important de distorsion de la concurrence par l'action étatique.

Remarques générales à l'égard du contre-projet indirect

S'il comprend et partage –dans une certaine mesure– les préoccupations exprimées par les auteurs de l'initiative quant à la discrimination internationale par les prix dont sont fréquemment victimes les acheteurs suisses, le gouvernement vaudois considère que la lutte contre ce phénomène ne doit toutefois pas occasionner d'atteintes trop importantes à la liberté économique des entreprises.

À cet égard, il vous fait part ci-après de ses remarques au sujet du contre-projet indirect à l'initiative précitée. Malgré un certain nombre de défauts évoqués ci-après, celui-ci pourrait s'avérer acceptable à condition qu'il intègre des mesures qui permettraient de combattre efficacement la question du blocage géographique, à savoir la discrimination subie par les consommateurs et les PME suisses lorsqu'ils effectuent un achat en ligne à l'étranger.

### Commentaires détaillés du contre-projet indirect

#### **A. Concepts flous**

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud regrette que certains concepts juridiques employés dans le présent contre-projet soient indéterminés et dès lors porteurs d'une potentielle insécurité juridique.

Ainsi, la notion de «*position dominante relative*» ou «*pouvoir de marché relatif*» serait à considérer comme la situation d'une entreprise dont d'autres entreprises sont dépendantes pour la demande d'un bien ou d'un service, faute de possibilité suffisante et raisonnable pour ces dernières de se tourner vers d'autres fournisseurs. Or, bien qu'elle existe depuis plus de trente ans en droit allemand, cette notion conserve des contours flous, notamment parce qu'elle est définie au moyen de plusieurs autres concepts juridiques indéterminés. Par ailleurs, ce concept n'est pas présent dans le droit cartellaire européen et se trouve contesté sur le plan international.

La notion de «*dépendance*» demeure subjective et son application par des autorités et des tribunaux permettrait de déployer un large éventail d'interprétations, ce qui ne manquerait pas de rendre difficile pour les entreprises toute anticipation des risques liés à un comportement ou une pratique déterminée. À en croire le rapport explicatif du Conseil fédéral (p.13), la dépendance interviendrait lorsque l'entreprise dépendante «*n'a pas d'alternatives suffisantes et raisonnables*», ce qui paraît difficile à établir objectivement. Il s'agirait alors de trancher au cas par cas, et la dépendance devrait être examinée pour chaque bien ou service, ce qui empêcherait l'acheteur d'exiger automatiquement la livraison de la totalité de l'assortiment. De la même manière, une entreprise devrait apporter la preuve qu'elle a effectué de multiples tentatives pour se procurer le bien ou le service à un prix et des conditions comparables.

Enfin, la notion de «*prix et conditions commerciales [que l'entreprise en position dominante relative] pratique à l'étranger*», introduite par le nouvel art. 7a LCart, demeure tout aussi sujette à diverses interprétations. En effet, dans un grand nombre de cas concrets, il s'avère qu'un «*prix de référence à l'étranger*» –sur lequel l'autorité administrative ou le juge pourrait se baser– est impossible à déterminer. Dès lors, le gouvernement vaudois est d'avis que ces autorités administratives et ces juges ne doivent pas s'immiscer dans des relations contractuelles bilatérales pour fixer arbitrairement des conditions –notamment en termes de prix– auxquelles celles-ci doivent être conclues. S'ajoute à ces considérations le fait qu'une entreprise, dès lors qu'elle ne dispose pas d'une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart, doit

demeurer libre d'appliquer une politique de prix différenciés et d'appliquer des formes de rabais à ses clients.

### **B. Complexité de la mise en œuvre**

Dans la pratique, il est vraisemblable qu'une entreprise en position dominante n'ait pas nécessairement connaissance de la position de dépendance économique d'une autre vis-à-vis d'elle. Elle peut ne pas disposer des informations lui permettant d'identifier la situation de dépendance de l'un de ses clients, avec toutes les conséquences que cela entraîne. La notion de position dominante relative devrait donc être complétée en ce sens que ses conditions ne seraient réunies que si la position de dépendance économique est reconnaissable pour l'entreprise concernée.

Afin d'obtenir une décision favorable, une entreprise lésée engagée dans une procédure en droit des cartels doit être en mesure de prouver un ensemble d'éléments, tels que sa dépendance économique, des entraves à la concurrence ou des prix et des conditions commerciales auxquelles elle prétend avoir droit. S'ajoutent à cela des preuves du dommage, du lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage et de la faute si cette même entreprise prétend en outre à des dommages-intérêts. Il semble plausible qu'au vu des difficultés concrètes de réunir l'intégralité de ces éléments, les entreprises s'estimant lésées seront dissuadées d'intenter ce type de procès.

### **C. Effets limités**

Fréquemment, une entreprise étrangère organise la distribution de ses produits en Suisse en désignant un distributeur ou importateur exclusif, interdisant ainsi de livrer directement des clients établis sur le sol suisse. En effet, l'art. 5 LCart permet aux entreprises de justifier un refus de livraison en invoquant l'existence d'un système de distribution sélectif ou exclusif. La portée de l'art. 7a LCart serait donc singulièrement limitée par cette disposition.

En outre, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud exprime ses doutes quant aux bénéfices que pourraient retirer de l'art. 7a LCart les nombreuses entreprises suisses souffrant de distorsions de concurrence sur les marchés internationaux. En effet, si cet article prévoit de condamner les pratiques abusives d'entreprises qui en empêchent d'autres de s'approvisionner aux prix et conditions pratiqués à l'étranger, il paraît clair que l'écrasante majorité des litiges qui s'y rapportent impliqueront des entreprises à l'étranger. Or, lorsque l'entrave à la concurrence a lieu sur un marché externe à la Suisse, il ne suffit pas, pour fonder la compétence des tribunaux suisses, qu'une entreprise suisse subisse un dommage financier ; les tribunaux ne seront compétents que si l'entreprise lésée peut démontrer que l'entrave à la concurrence impacte le marché suisse, ce qui ne se produit pas dans l'intégralité des cas. De nombreuses entreprises helvètes subissent en effet des entraves qui ne déploient leurs effets qu'à l'étranger. Celles-ci ne pourront alors par faire appel aux tribunaux suisses pour faire appliquer l'art. 7a LCart.

#### **D. Exclusion de bénéficiaires potentiels**

Le gouvernement vaudois exprime son regret que le présent contre-projet ne concerne pas les acheteurs touchés par les suppléments spécifiques à la Suisse, alors qu'ils ne sont que peu ou pas du tout exposés à une concurrence directe d'entreprises à l'étranger. Ainsi, des secteurs tels que l'administration publique fédérale, cantonale et communale, les entreprises de transports publics, les milieux de la formation et de la santé, le commerce de détail, l'agriculture ou encore bon nombre de PME non exportatrices ne profiteraient pas des mesures proposées. Il semble opportun que les désavantages causés aux partenaires commerciaux soient combattus, au même titre que l'entrave à la concurrence.

#### **E. Absence de la question du blocage géographique**

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud déplore le fait que le contre-projet n'intègre pas la question du blocage géographique, soit la discrimination subie par les consommateurs et les PMES suisses lorsqu'ils souhaitent effectuer un achat en ligne à l'étranger. En effet, ceux-ci se trouvent souvent empêchés d'accéder à des produits ou des services proposés sur un site Internet établi dans l'Union européenne (UE) et se voient redirigés vers un site Internet suisse du fournisseur, où ils trouvent les mêmes biens et services, mais à des prix nettement supérieurs.

L'argument du Conseil fédéral consistant à dire que la mise en œuvre efficace de mesures limitant le blocage géographique ne peut se faire que par le biais d'un accord avec l'UE ne semble pas pertinent. D'une part, si le Conseil de l'UE a adopté en février de cette année un règlement relatif à cette thématique, qui obligera dès le 3 décembre 2018 les commerçants à rendre leurs biens et services accessibles à tous les clients de l'UE sans discrimination d'accès, de prix ou de conditions, celui-ci n'aura aucune incidence pour les acheteurs suisses, la Suisse n'étant pas membre du marché unique européen. D'autre part, et compte tenu des évolutions actuelles des relations Suisse-Europe, il paraît illusoire d'espérer conclure un accord avec l'UE sur ce point.

Si le Conseil fédéral juge qu'il est possible d'assujettir les sociétés de correspondance étrangères à la TVA, comme cela sera le cas dès le 1<sup>er</sup> janvier 2019, cela démontre que le droit suisse peut être applicable aux entreprises étrangères. Par ailleurs, la Convention de Lugano pourrait constituer un outil face aux entreprises de la plupart des pays européens.

#### Conclusion

Au regard de ce qui précède, le gouvernement vaudois considère que le contre-projet proposé comporte un certain nombre d'atteintes à la liberté économique des acteurs et présente le risque de voir ses effets limités. En particulier, il juge déraisonnable de ne pas y intégrer des éléments qui semblent gagner en importance, tels que les désavantages causés aux partenaires commerciaux non exposés à une concurrence directe de l'étranger ou la question du blocage géographique privé.

Néanmoins, et malgré les défauts qu'il comporte, le contre-projet paraît acceptable au Conseil d'Etat à condition qu'il soit complété par des mesures qui permettraient de combattre efficacement la discrimination découlant du blocage géographique subie par les consommateurs et les PME suisses lorsqu'ils effectuent un achat en ligne à l'étranger.

En vous remerciant d'avoir donné la possibilité au Conseil d'Etat vaudois de s'exprimer sur cet objet, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'expression de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE



Nuria Gorrite

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

**Copies**

- [wp-sekretariat@seco.admin.ch](mailto:wp-sekretariat@seco.admin.ch)
- OAE
- SG-DEIS