

Auteur(s)	Blaise Carron, Julien Delaye
Titre	À la frontière entre droit matériel de la concurrence et illicéité extracontractuelle...
Titre du livre	Le droit sans frontières Mélanges pour Franz Werro
Année	2022
Pages	155-171
Editeur	Eva Maria Belser, Pascal Pichonnaz, Hubert Stöckli
ISBN	978-3-7272-2299-3
Maison d'édition	Stämpfli Verlag AG

155

À la frontière entre droit matériel de la concurrence et illicéité extracontractuelle...

Les [art. 5 et 7 LCart](#) sont-ils des normes protectrices de comportement pour le consommateur ?

Blaise Carron, Professeur, Faculté de droit, Université de Neuchâtel

Julien Delaye, Greffier au Tribunal administratif fédéral, titulaire du brevet d'avocat*

156

I. Introduction

Le récipiendaire de ces mélanges sait remettre en cause les idées reçues. Spécialiste chevronné de la responsabilité civile, il n'a pas hésité à étendre son champ d'investigation scientifique à des domaines situés aux frontières de son activité, comme celui du droit de la concurrence¹. La présente contribution vise à déterminer si les [art. 5 et 7 LCart](#) sont des normes protectrices de comportement au sens de la responsabilité civile extracontractuelle. Elle rend hommage au collègue, mais aussi à l'enseignant qui a encouragé des générations de juristes à penser le droit autrement.

Nous présenterons d'abord les fondements et l'enjeu (II.), appliquerons ensuite la théorie de l'illicéité aux [art. 5 et 7 LCart](#) afin de déterminer si ces dispositions peuvent constituer des normes protectrices de comportement (III.), pour envisager enfin les conséquences de cette qualification pour le consommateur victime d'une restriction illicite à la concurrence (IV.). Une brève conclusion vient clore la réflexion (V.).

II. Les fondements et l'enjeu

A. Les dispositions de droit de la concurrence pertinentes

L'[art. 12 LCart](#) est une disposition procédurale de droit privé de la concurrence, précisant quelles actions civiles peuvent être intentées, à quelles conditions et par qui. L'[art. 12 al. 1 LCart](#) prévoit notamment que « [l]a personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci, peut demander [...] b. la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations; [...] ». L'[art. 12 al. 3 LCart](#) indique que « [l]es actions prévues à l'al. 1 peuvent aussi être

* Les auteurs tiennent à remercier Monsieur Jérôme Gomes, BLaw, pour l'aide précieuse qu'il leur a apportée lors de la vérification des références bibliographiques de ce texte.

¹ Il a p. ex. dirigé la thèse de Béatrice Hurni, consacrée à l'action civile en droit de la concurrence (cf. Hurni, thèse, *passim*).

intentées par la personne qui, en raison d'une restriction licite à la concurrence, subit une entrave plus grave que ne l'exigerait l'application de ladite restriction ».

Les [art. 5 et 7 LCart](#) sont des dispositions de droit matériel précisant à quelles conditions une restriction à la concurrence – qu'il s'agisse d'un accord en

157

matière de concurrence ([art. 5 LCart](#)) ou d'un comportement d'une entreprise en position dominante ([art. 7 LCart](#))² – est illicite.

B. L'art. 41 al. 1 CO et les conditions de la réparation

L'[art. 41 al. 1 CO](#) instaure un régime de responsabilité pour faute, qui repose sur le fait personnel de celui qui cause, par son comportement, un préjudice à autrui³. La réparation du préjudice exige la réunion de quatre conditions : un préjudice, un lien de causalité, une faute et un acte illicite.

En vertu de la théorie de la différence⁴, on peut définir le dommage comme la diminution involontaire du patrimoine de la personne lésée⁵. Le dommage correspond donc à la différence entre le montant actuel du patrimoine de la personne lésée et le patrimoine hypothétique dont celle-ci disposerait si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁶.

Le lien de causalité se définit comme le rapport entre l'acte illicite et le préjudice⁷. Il repose sur une conception à la fois naturelle⁸ et adéquate⁹ de la causalité.

La faute repose sur un comportement que le droit reproche à son auteur au point d'en engager la responsabilité¹⁰. La notion a une dimension à la fois objective¹¹ et subjective¹².

L'illicéité, qui constitue l'élément central de notre contribution, fera l'objet de développements plus détaillés ci-après (cf. *infra* III.A).

158

C. L'enjeu : la protection efficace du consommateur victime d'une restriction à la concurrence

Selon la conception dominante, les consommateurs ne peuvent pas tenter d'action de droit civil fondée sur le droit de la concurrence ([art. 12 LCart](#)), en dépit du fait qu'ils sont souvent les véritables victimes d'une restriction de concurrence. Il existerait donc, à cet égard, une lacune en matière de responsabilité¹³.

L'exemple suivant illustre les enjeux. Les membres d'un cartel vendent leurs biens à des prix surfaits à leurs partenaires commerciaux. Même si ces partenaires sont entravés dans l'exercice de la concurrence en raison des prix élevés, ils parviennent la plupart du temps à limiter leur dommage en reportant sur leurs propres clients les surcoûts dus au cartel. Ce report se poursuit tout au long de la chaîne de distribution¹⁴. Le dernier maillon est composé des consommateurs, qui subissent un dommage effectif en payant un prix

² Sur ces questions, cf. p. ex. CR Concurrence-Amstutz/Carron/Reinert, art. 5 N 1 ss ; CR Concurrence-Clerc, [art. 7 I LCart](#) N 1 ss ; CR Concurrence-Clerc/Kellezi, [Art. 7 II LCart](#) N 1 ss.

³ Fellmann/Kottmann, Haftpflichtrecht, N 15 ; Müller, RC, N 11 ; Werro, RC, N 26 ; CR [CO I-Werro](#), intro. [art. 41-61 CO](#), N 1.

⁴ [ATF 127 III 73 consid. 4a](#), [ATF 120 III 423 consid. 7a](#) et [ATF 116 II 441 consid. 3a/3aa](#).

⁵ Chappuis, [SJ 2010 II, p. 179](#) ; CR [CO I-Werro](#), [art. 41 CO](#), N 7.

⁶ Chappuis, thèse, N 69 ss ; CR [CO I-Werro](#), [art. 41 CO](#), N 7 ; Werro, Dommage, p. 3.

⁷ CR [CO I-Werro](#), [art. 41 CO](#), N 36.

⁸ Huguenin, OR, N 1918 ; Müller, RC, N 208 ; Werro, RC, N 219.

⁹ [ATF 129 II 312 consid. 3.3](#) et [ATF 123 III 110 consid. 3a](#) ; ég. CR [CO I-Werro](#), [art. 41 CO](#), N 43.

¹⁰ Honsell *et al.*, Haftpflichtrecht, § 6, N 2 ; Müller, RC, N 234 ; Rey/Wildhaber, Haftpflichtrecht, N 962 ; CR [CO I-Werro](#), [art. 41 CO](#), N 56.

¹¹ CR [CO I-Werro](#), [art. 41 CO](#), N 61.

¹² Müller, RC, N 245 ; CR [CO I-Werro](#), [art. 41 CO](#), N 63.

¹³ Mess. [LCart-2012](#), FF 2012 3631, p. 3673 ; ég. CR Conc.-Reymond, rem. [Art. 12 ss LCart](#), N 20 ; BOVET, Réforme 2012, p. 19.

¹⁴ Mess. [Lcart-2012](#), FF 2012 3631, p. 3673.

surfait. Le droit suisse de la concurrence accorde un droit d'action aux entreprises intermédiaires – qui, en pratique, n'ouvrent pas action faute de dommage – mais ne reconnaît pas la qualité pour agir aux consommateurs, qui sont les véritables victimes. Les membres du cartel s'en tirent par conséquent à bon compte, sans devoir indemniser quiconque.

Certaines voix s'insurgent contre ce qu'elles qualifient de lacune en matière de responsabilité. Elles considèrent qu'un consommateur devrait pouvoir invoquer directement l'[art. 41 al. 1 CO](#) en lien avec les [art. 5 et 7 LCart](#) en tant que normes protectrices de comportement.

III. L'illicéité extracontractuelle et son application aux [art. 5 et 7 LCart](#)

A. La théorie de l'illicéité en droit de la responsabilité civile

L'illicéité est une condition matérielle de la responsabilité civile. À défaut, tout dommage serait réparable dès lors qu'il existerait un lien de causalité naturelle et adéquate entre un acte et le préjudice¹⁵. La responsabilité civile repose sur le principe qu'un acte est illicite uniquement s'il enfreint un

159

devoir légal général¹⁶. Dans sa conception subjective, est illicite tout acte dommageable à moins qu'il ne puisse être justifié¹⁷. Dans sa conception objective, est illicite tout acte dommageable qui enfreint une norme de l'ordre juridique ou une interdiction de comportement qui protège le bien juridique concerné¹⁸.

Selon le Tribunal fédéral, le fait d'infliger un dommage est donc illicite si l'auteur viole un devoir général de comportement, soit en enfreignant un droit absolu de la victime (illicéité de résultat), soit en causant une perte purement patrimoniale par la violation d'une norme protectrice applicable (illicéité de comportement)¹⁹. La première hypothèse protège les droits absolus de la personne lésée²⁰. Il s'agit notamment des droits de la personnalité, de la propriété ou de la possession²¹. La seconde protège le patrimoine de la personne lésée contre l'attitude de l'auteur du dommage ou sa manière de se comporter à l'égard de l'ordre juridique²².

B. Le consommateur et les normes protectrices de la [LCart](#)

Une restriction à la concurrence peut porter atteinte aux droits de la personnalité économique. Ces droits garantissent à toute personne la liberté d'exercer une activité économique lui permettant de subvenir à ses besoins et à ceux de ses proches²³. Toutefois, lorsqu'une personne se contente d'acquérir des biens et services à des fins privées, elle ne peut pas se prévaloir de sa personnalité économique : le consommateur victime d'une restriction de la concurrence ne peut donc pas invoquer une violation de son droit d'exercer une activité économique²⁴. Il n'existe en particulier aucun droit absolu à la consommation qui permettrait de fonder une illicéité de résultat²⁵.

160

Faute de droit absolu permettant de justifier une illicéité par le résultat, il faut déterminer si la [LCart](#) contient des normes protectrices dont la violation entraînerait une illicéité de comportement. Nous évoquerons successivement l'[art. 12 LCart](#) et les [art. 5 et 7 LCart](#).

¹⁵ Winiger, p. 28.

¹⁶ [ATF 132 III 122 consid. 4.1](#) et [ATF 85 II 25 consid. 1](#).

¹⁷ Müller, RC, N 171; Oftinger/Stark, *Haftpflichtrecht*, vol. I, § 4, N 9; Rey/Wildhaber, *Haftpflichtrecht*, N 808 ; CR [CO I-Werro](#), [art. 41 CO](#), N 73.

¹⁸ [ATF 133 III 323 consid. 5.1](#) et [ATF 132 II 305 consid. 4.1](#) ; BK-Brehm, [art. 41 CO](#), N 33 ; CR [CO I-Werro](#), [art. 41 CO](#), N 72.

¹⁹ [ATF 115 II 15 consid. 3](#).

²⁰ Müller, RC, N 162.

²¹ Winiger, p. 49.

²² Winiger, p. 59.

²³ [ATF 131 III 97 consid. 3](#) et [ATF 82 II 292 consid. 1](#) ; CR [CC I-Jeandin](#), [art. 28 CC](#), N 49 ; Meier/de Luze, *Personnes*, N 651 ; Tercier, *Personnalité*, N 493.

²⁴ Fornage, thèse, N 24.

²⁵ [ATF 102 Ia 104 consid. 7](#).

1. L'art. 12 LCart : une norme protectrice pour les entreprises uniquement

Afin de déterminer les personnes protégées par l'[art. 12 al. 1 let. b LCart](#), il faut procéder à une interprétation de cette disposition en recourant au pluralisme méthodologique pragmatique développé par le Tribunal fédéral²⁶.

D'un point de vue littéral, l'[art. 12 al. 1 let. b LCart](#) prévoit que seule la personne *entravée* dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci peut demander la réparation du dommage. En allemand, la loi parle d'une personne « *[die] durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird* ». La version italienne a une formulation similaire. Il ressort donc de la lettre que c'est l'entrave (*Behinderung*) qui constitue l'acte illicite au sens du droit de la responsabilité civile, et non directement la restriction illicite (*Wettbewerbsbeschränkung*).

D'un point de vue systématique, l'[art. 12 al. 3 LCart](#) prévoit que les actions énumérées à l'[art. 12 al. 1 LCart](#) peuvent aussi être intentées par la personne qui, en raison d'une restriction *licite* à la concurrence, subit une entrave plus grave que ne l'exigerait l'application de ladite restriction. Certaines opinions doctrinales estiment que cette disposition instaure un régime de responsabilité pour acte licite, qu'il s'agit d'une incohérence juridique et que cette disposition devrait donc rester lettre morte²⁷. À y bien regarder toutefois, l'[art. 12 al. 3 LCart](#) prévoit que l'auteur d'une entrave plus grave que celle exigée pour la mise en œuvre d'une restriction licite à la concurrence est responsable du préjudice subi. La responsabilité est donc engagée non pas parce que l'auteur a commis une restriction (licite) à la concurrence, mais parce qu'il a *entravé* de manière disproportionnée (et donc illicite) l'accès à la concurrence

161

ou l'exercice de celle-ci²⁸. L'interprétation systématique vient donc renforcer l'interprétation selon laquelle c'est l'entrave – et non la restriction (illicite) à la concurrence – qui constitue l'illicéité prévue par l'[art. 12 LCart](#). Or, seule une entreprise, à l'exclusion d'un consommateur, peut subir une entrave dans l'accès ou l'exercice de la concurrence.

D'un point de vue téléologique, le droit de la concurrence remplit plusieurs fonctions. Selon l'[art. 96 Cst.](#), il s'agit premièrement de lutter contre les conséquences nuisibles économiques et sociales des restrictions à la concurrence et de promouvoir la concurrence²⁹. Le droit de la concurrence se concentre sur les conséquences d'un comportement, et non directement sur le comportement lui-même³⁰. Deuxièmement, le droit de la concurrence vise à promouvoir la concurrence en tant qu'institution³¹. Dans cette perspective, la [LCart](#) n'est pas directement un instrument de protection du consommateur. Un tel constat renforce l'interprétation stricte de l'[art. 12 LCart](#), selon laquelle seules les *entreprises entravées* dans l'accès à la concurrence ou dans son exercice peuvent prétendre à la réparation du dommage subi, à l'exclusion des consommateurs.

Enfin, d'un point de vue historique, le message indique que les actions de droit civil peuvent se fonder sur une *entrave* résultant soit d'une restriction illicite, soit d'une restriction licite³². Le Conseil fédéral note ainsi que la justification de la prétention en raison d'une « entrave illicite » procède non seulement de l'illicéité de la restriction ([art. 12 al. 1 LCart](#)) mais aussi de l'[art. 12 al. 3 LCart](#), en vertu duquel les entraves allant au-delà de ce qu'exige la mise en œuvre d'une restriction licite peuvent fonder une prétention de droit civil³³. Les travaux préparatoires démontrent donc également que le fondement de la prétention repose sur la notion d'*entrave*. Celle-ci est illicite, soit parce que la restriction à la concurrence à l'origine de l'entrave l'est également ([art. 12 al. 1 LCart](#)), soit parce que l'entrave est disproportionnée en présence d'une restriction licite ([art. 12 al. 3 LCart](#)).

²⁶ [ATF 143 II 202 consid. 8.5](#), [ATF 142 II 80 consid. 4.1](#), [ATF 140 II 289 consid. 3.2](#) et [ATF 139 II 49 consid. 5.3.1.](#) ; [ATF 135 II 416 consid. 2.2](#) et [ATF 134 I 184 consid. 5.1.](#)

²⁷ Lang, thèse, p. 81 ; Walter, in : Kommentar zum KG, Art. 12 KG, N 28. Cf. la présentation chez Vetter, DIKE-KG, art. 12, N 81 ss.

²⁸ C'est la conception suivie par Tercier, SIWR KG, p. 351, qui rappelle que « [c]e n'est pas parce qu'une restriction de concurrence est en soi licite, que toute entrave l'est également ».

²⁹ CR Conc.-Martenet/Tercier, [art. 1 LCart](#), N 27 ss et 40 ss ; ég. Mess. [LCart](#)-1995, FF 1994 I 472, p. 533 ; BSK KG-Lehne, [art. 1 LCart](#), N 17 ss ; CR Conc.-Martenet/Tercier, [art. 1 LCart](#), N 27.

³⁰ David/Jacobs, Wettbewerbsrecht, N 562 ; CR Conc.-Martenet/Tercier, [art. 1 LCart](#), N 34.

³¹ Martenet/Heinemann, Concurrence, p. 47 ; CR Conc.-Martenet/Tercier, [art. 1 LCart](#), N 43 ; ég. Dabbah, Competition, p. 40 s. ; Stucke, Goals, p. 568 s.

³² Mess. [LCart](#)-1995, FF 1994 I 472, p. 582.

³³ Mess. [LCart](#)-1995, FF 1994 I 472, p. 525.

À l'issue de cette analyse, force est de constater que la prétention en réparation du dommage fondée sur l'[art. 12 LCart](#) repose sur la notion d'*entrave illicite* et non sur celle de restriction illicite à la concurrence. Par conséquent, l'[art. 12 LCart](#) constitue une norme protectrice permettant à la personne subissant une entrave dans l'accès ou dans l'exercice de la concurrence de prétendre à la réparation de son dommage. La notion de personne au sens de l'[art. 12 LCart](#) est ainsi *limitée aux entreprises* qui participent au processus de concurrence au sens de l'[art. 2 al. 1 et 1bis LCart](#), à l'exclusion des consommateurs³⁴. Elles sont, en effet, les seules à pouvoir subir une entrave dans l'accès à la concurrence ou dans son exercice³⁵.

2. Les [art. 5 et 7 LCart](#) : des normes protectrices pour le consommateur ?

L'[art. 12 LCart](#) est une norme protectrice de comportement pour les entreprises, qui leur permet d'établir l'illicéité du comportement du défendeur et d'obtenir la réparation de leur dommage si les autres conditions de la responsabilité sont remplies.

Qu'en est-il des personnes ne participant pas au processus de concurrence, en particulier les consommateurs ? Certains auteurs estiment qu'elles pourraient se fonder sur les [art. 5 et 7 LCart](#), en lien avec l'[art. 41 al. 1 CO](#)³⁶. Cette conception n'est pas convaincante pour les raisons suivantes.

Premièrement, ni l'[art. 5](#) ni l'[art. 7 LCart](#) n'octroient expressément un droit à la personne lésée d'obtenir la réparation de son dommage. L'[art. 12 LCart](#) est la seule disposition de la loi qui protège directement le patrimoine d'une victime. Dans la systématique actuelle de la loi, c'est l'acte d'entrave qui est constitutif de l'acte illicite et non la restriction à la concurrence³⁷. Toute restriction à la concurrence – qu'elle soit fondée sur l'[art. 5](#) ou sur l'[art. 7 LCart](#) – ne conduit pas nécessairement à une entrave, qui doit s'apprécier pour chaque situation concrète. Faute d'entrave concrète à la concurrence, l'action du demandeur sera rejetée au fond³⁸.

Deuxièmement, si l'on faisait reposer l'acte illicite uniquement sur la violation des [art. 5 et 7 LCart](#), on créerait une action fondée sur une *restriction illicite* à la concurrence. Un tel système serait incompatible avec l'[art. 12 al. 3 LCart](#)³⁹. En effet, l'action découlant de l'[art. 12 al. 3 LCart](#) est admissible même en cas de restriction licite, à condition qu'il y ait une entrave disproportionnée.

Troisièmement, en adoptant l'[art. 12 LCart](#), le législateur a choisi de limiter les actions en réparation du dommage aux personnes subissant une *entrave* à l'accès ou l'exercice à la concurrence et non à toute personne qui subit un dommage en raison d'une restriction (licite ou illicite) à la concurrence⁴⁰. Accorder aux [art. 5 et 7 LCart](#) le statut de normes protectrices indépendantes de l'[art. 12 LCart](#) reviendrait à autoriser toute personne à agir, par le biais de l'[art. 41 al. 1 CO](#), en réparation du dommage subi à la suite d'une restriction illicite à la concurrence. Ce régime est contraire à la volonté du législateur de 1995.

De lege lata, les [art. 5 et 7 LCart](#) ne peuvent donc pas servir de normes protectrices de comportement pour fonder une action en responsabilité extracontractuelle intentée par un consommateur victime d'une restriction à la concurrence.

³⁴ Vetter, DIKE-KG, art. 12, N 8.

³⁵ BSK KG-Jacobs/Giger, [art. 12 LCart](#), N 23; Hurni, thèse, p. 285; CR Conc.-Reymond, [art. 12 LCart](#), N 7; Stöckli, thèse, N 689; Tercier, SIWR KG, p. 345.

³⁶ Brunner, PJA 1996, N 941 s.; BSK KG-Jacobs/Giger, [art. 12 LCart](#), N 129; Lang, thèse, p. 61; Vetter, DIKE-KG, art. 12, N 8 *Contra*, Tercier, [JdT 1996 I, p. 13](#).

³⁷ Dans le même sens, Tercier, SIWR KG, p. 351.

³⁸ C'est également la conception suivie par Tercier, SIWR KG, p. 351.

³⁹ Dans ce sens, Lang, thèse, p. 81; *contra*, Walter, in : Kommentar zum KG, [art. 12 LCart](#), N 28, qui considèrent que l'[art. 12 al. 3 LCart](#) est destiné à rester lettre morte.

⁴⁰ Mess. [LCart](#)-1995, FF 1994 472, p. 582.

IV. Les conséquences pour le consommateur victime d'une restriction illicite à la concurrence

A. *De lege lata* : une protection insuffisante

1. L'[art. 12 LCart](#) et l'absence de qualité pour agir du consommateur

Comme nous l'avons déjà vu (*supra* III.B.1), l'action en dommages-intérêts de l'[art. 12 LCart](#) est une action attitrée⁴¹, dans la mesure où elle limite la qualité pour agir aux entreprises qui participent au processus de concurrence⁴². Par conséquent, la qualité pour agir n'appartient pas au consommateur⁴³.

164

2. L'[art. 41 al. 1 CO](#) et l'absence de norme protectrice pour le consommateur

Les personnes ne participant pas au processus de concurrence – en particulier les consommateurs – ne peuvent pas non plus invoquer les [art. 5 et 7 LCart](#) en tant que normes protectrices dans le cadre d'une action en responsabilité civile fondée sur l'[art. 41 al. 1 CO](#) pour les raisons évoquées ci-dessus (*supra* II.B.2)⁴⁴.

3. L'[art. 41 al. 2 CO](#) : un fondement aux frontières du possible ?

L'[art. 41 al. 2 CO](#) instaure une responsabilité en cas d'acte contraire aux mœurs, lorsque le comportement en question heurte le sentiment général des convenances, le sens moral, les principes et jugements de valeur de l'ordre juridique ou les bons usages de la vie en société⁴⁵. Un tel acte peut toutefois n'engager la responsabilité de son auteur, que lorsqu'il est intentionnel⁴⁶.

La responsabilité pour acte contraire aux mœurs constitue un cas atypique de responsabilité civile, fondée sur une conception subjective de l'illicéité. L'[art. 41 al. 2 CO](#) n'a ainsi vocation à s'appliquer que dans des situations exceptionnelles⁴⁷. *De lege lata*, elle est la seule base légale envisageable pour un consommateur victime d'une restriction à la concurrence et désireux d'obtenir la réparation de son préjudice⁴⁸. Une telle démarche n'est toutefois pas dénuée de risques. Il n'existe en effet aucune jurisprudence en ce sens et il n'est pas certain que les

165

tribunaux admettent un tel fondement, dès lors que la [LCart](#) offre déjà à certains participants au processus de concurrence – à l'exclusion des consommateurs – la possibilité d'obtenir réparation de leur dommage. Enfin, d'un point de vue pratique, l'intention du défendeur ne sera pas toujours facile à établir.

⁴¹ [CPC-Bohnet](#), [art. 59 CPC](#), N 101 et intro. [art. 84-90 CPC](#), N 12. Cette notion s'oppose à l'action banale pour laquelle la qualité pour agir appartient à quiconque dispose d'un intérêt digne de protection ([CPC-Bohnet](#), intro. [art. 84-90 CPC](#), N 12).

⁴² Une partie de la doctrine rajoute une seconde condition, selon laquelle le demandeur doit subir une entrave dans l'accès ou l'exercice de la concurrence : cf. Hurni, thèse, p. 284 s.; CR Conc.-Reymond, [art. 12 LCart](#), N 23, qui fait référence, à notre avis, par erreur à Lang, thèse, p. 69 et à Stöckli, thèse, N 391. À notre avis, l'entrave constitue une condition de fond, dont le défaut entraîne le rejet de l'action (dans le même sens, Tercier, SIWR KG, p. 344 et 350).

⁴³ Message [LCart](#)-1995, FF 1994 I 472, p. 534 ; Borer, Vorgehen, N 13.20 ; BSK KG-Jacobs/Giger, art. 12 KG, N 23 ; Lang, thèse, p. 72 s.; Nordmann-Zimmermann, JKR 1996, p. 117 ; CR Conc.-Reymond, [art. 12 LCart](#), N 10 ; Stöckli, thèse, N 692 ; Stoffel, Kartell-Zivilrecht, p. 102 ; Tercier, SIWR KG, p. 345.

⁴⁴ CR Conc.-Reymond, [art. 12 LCart](#), N 10; Heinemann, Consommation et concurrence, p. 49 ; Zäch, Kartellrecht, N 881.

⁴⁵ [ATF 129 III 604 consid. 5.3](#) ; BK-Brehm, Art. 41 OR, N 240 ss ; CHK OR AT-Müller, Art. 41 OR, N 55 ; CR [CO](#) I-Werro, [art. 41 CO](#), N 98 ss.

⁴⁶ [ATF 108 II 305 consid. 2c](#) ; Bohnet, Actions civiles, § 2, N 68 ; CR [CO](#) I-Werro, [art. 41 CO](#), N 98 ss.

⁴⁷ [ATF 124 III 297 consid. 5e](#) ; Fellmann/Kottmann, Haftpflichtrecht, N 395 s.; Müller, RC, N 204 ; Schwenger/Fountoulakis, OR-AT, N 51.01 ; Werro, RC, N 447.

⁴⁸ *Contra*, BSK KG-Jacobs/Giger, Art. 12 KG, N 131.

B. De lege ferenda : la nécessité d'une modification législative

Ainsi que nous avons pu le démontrer ci-dessus (*supra* IV.A), la formulation de l'[art. 12 LCart](#) est insatisfaisante, car elle ne protège pas directement le consommateur⁴⁹, elle conduit à une lacune en matière de responsabilité et elle ne réalise pas pleinement les objectifs de la loi, à savoir empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique et social imputables aux restrictions à la concurrence⁵⁰.

Il convient donc d'envisager une modification législative visant à octroyer un droit subjectif à la réparation de son dommage à toute victime d'une restriction à la concurrence. Cette intention n'est pas nouvelle : elle a déjà conduit le Conseil fédéral à présenter la modification suivante de l'[art. 12 LCart](#) en 2012⁵¹ :

« Lorsqu'une restriction illicite à la concurrence menace les intérêts économiques d'une personne ou porte atteinte à ses intérêts économiques, cette personne peut demander : [...] la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations [...] »⁵².

Ce projet a été abandonné en raison d'autres différends au sein du Parlement fédéral. Depuis lors, de nombreuses voix ont souhaité le lancement d'un nouveau projet⁵³. En septembre 2016, le Conseiller national de Buman a déposé

166

une initiative parlementaire limitée aux points incontestés du projet de 2012, qui a été retirée le 27 octobre 2017⁵⁴.

L'octroi d'un droit subjectif au consommateur serait un moyen efficace de combler la lacune existant en matière de responsabilité dans l'[art. 12 LCart](#) et l'ordre juridique suisse. Elle permettrait aux partenaires commerciaux de conserver leur prétention en réparation du dommage contre l'auteur d'une restriction illicite à la concurrence, après déduction des éventuelles répercussions du surcoût sur leurs propres clients. Quant au consommateur, il pourrait également obtenir la réparation de son préjudice, qui correspondrait notamment à l'étendue du surcoût répercuté par les partenaires commerciaux tout au long de la chaîne de distribution⁵⁵. Un tel système offrirait à chaque victime la réparation de son dommage effectif. Il remplirait ainsi la fonction de compensation de la responsabilité civile telle qu'elle existe en droit suisse. Par ailleurs, l'auteur de la restriction illicite ne se retrouverait pas contraint de réparer un montant supérieur au préjudice causé⁵⁶. L'action civile n'aurait donc pas de caractère punitif⁵⁷.

V. Conclusion

L'octroi de la légitimation active aux consommateurs par une modification législative de l'[art. 12 LCart](#) apparaît comme la solution la plus efficace pour s'assurer que l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence répare le dommage causé. La modification législative proposée est conforme à la conception du droit de la responsabilité civile, telle qu'elle prévaut en Suisse. Cette proposition a également le mérite d'uniformiser la notion d'illicéité en droit public et privé de la concurrence.

Explorer les frontières aux confins du droit pour en extraire tous les bénéfices pour la société est une noble mission dévolue à la doctrine, à laquelle le destinataire de ces mélanges s'est adonné avec succès. Toutefois, lorsque la formulation de la loi est à ce point pathologique que les remèdes doctrinaux sont impuissants, il faut oser faire appel au législateur en l'invitant à redessiner les frontières juridiques d'une institution...

⁴⁹ Heinemann, *Consommation et concurrence*, p. 49.

⁵⁰ CR Conc. [éd. 2002]-Killias, [art. 2 LCart](#), N 45 ; ég. SHK KG-Hahn, Art. 12 KG, N 12 i.f. ; Reardon, thèse, p. 73.

⁵¹ Mess. [LCart-2012](#), FF 2012 3631, p. 3631 ss, 3654 s. et 3673 s.

⁵² Projet [LCart-2012](#), FF 2012 3713, p. 3715. Le 24 novembre 2021, alors que cet ouvrage était en cours de production, le Conseil fédéral a publié un avant-projet de modification de la [LCart](#) modifiant l'[art. 12 LCart](#) de la manière suivante: «La personne dont les intérêts économiques sont menacés ou affectés par une restriction illicite à la concurrence peut demander : [...] c. la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations [...] ».

⁵³ Büyüksagis, [RSDA 2015, p. 29 s.](#) ; Heinemann, [EuZ 2015, p. 35](#) ; Mirzai, *Tagung Kartellrecht*, N 38 ss.

⁵⁴ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160473>.

⁵⁵ Heinemann, *Consommation et concurrence*, p. 57 s.

⁵⁶ Heinemann, *Consommation et concurrence*, p. 58.

⁵⁷ Müller T., thèse, p. 253.

VI. Bibliographie

- Berti Stephen V., Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2011 (cité : Berti, Zivilprozessordnung)
- Bohnet François, Actions civiles : Responsabilité civile, Enrichissement illégitime, Contrats, Sociétés de personnes, Sociétés de capitaux, Papiersvaleurs, Registre du commerce, vol. II : [CO](#), 2^e éd., Bâle 2019 (cité : Bohnet, Actions civiles)
- Bohnet François, Commentaire ad [art. 59-60, 84-88, 90, 197-218 et 248-270 CPC](#), in : Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2018 (cité : [CPC-Bohnet](#))
- Borer Jürg, Zivil- und strafrechtliches Vorgehen, in : Geiser Thomas/Krauskopf Patrick/Münch Peter (édit.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Bâle 2005, p. 523-573 (cité : Borer, Vorgehen)
- Bovet Christian, Réforme 2012 du droit suisse de la concurrence : une introduction, in : Hochreutener Inge/Stoffel Walter/Amstutz Marc (édit.), Kartellrechtspraxis : Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision = Pratique du droit de la concurrence : Abus de position dominante, procédure, révision, Zurich 2013, p. 1-22 (cité : Bovet, Réforme 2012)
- Brehm Roland, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, Berner Kommentar, 4^e éd., Berne 2013 (cité : BK-Brehm)
- Brüggemeier Gert, Haftungsrecht : Struktur, Prinzipien, Schutzbereich Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Berlin/Heidelberg 2006 (cité : Brüggemeier, Haftungsrecht)
- Brunner Alexander, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, [PJA 1996, p. 931-942](#) (cité : Brunner, PJA 1996)
- Büyüksagis Erdem, Standing and Passing-on in the New EU Directive on Antitrust Damages Actions, [RSDA 2015, p. 18-30](#) (cité : Büyüksagis, RSDA 2015)
- Carron Blaise, Les transactions couplées en droit de la concurrence, analyse économique et juridique comparée, th. Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2004 (cité : Carron, thèse)
- Chappuis Benoît, Le moment du dommage – Analyse du rôle dans le temps dans la détermination et la réparation du dommage, th. Fribourg 2007 (cité : Chappuis, thèse)

- Chappuis Benoît, Quelques dommages dits irréparables – Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine, [SJ 2010 II, p. 165-219](#) (cité : Chappuis, SJ 2010 II)
- Dabbah Maher M., International and Comparative Competition Law, Cambridge 2010 (cité : Dabbah, Competition)
- David Lucas/Jacobs Reto, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5^e éd., Berne 2012 (cité : David/Jacobs, Wettbewerbsrecht)
- Fellmann Walter/Kottmann Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. 1, Berne 2012 (cité : Fellmann/Kottmann, Haftpflichtrecht)
- Fornage Anne-Christine, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant – étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand, th. Fribourg, Berne 2011 (cité : Fornage, thèse)
- Habscheid Walther J., Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981 (cité : Habscheid, Droit judiciaire)
- Hahn Anne-Catherine, Kommentar zu Art. 12, 13 und 17 KG, in : Baker & McKenzie (édit.), Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Berne 2007 (cité : SHK KG-Hahn)
- Heinemann Andreas, Consommation et concurrence : améliorer le statut juridique des consommateurs et leurs associations en droit des cartels, in : Paisant Gilles/Morin Ariane/Heinemann Andreas/Langer Dirk/Vigneron-Maggio-Aprile Sandra (édit.), Le droit de la consommation dans son contexte économique, [CEDIDAC 83](#), Lausanne 2009, p. 45-62 (cité : Heinemann, Consommation et concurrence)
- Heinemann Andreas, Die EU-Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadenersatz, [EuZ 2015, p. 26-35](#) (cité : Heinemann, EuZ 2015)
- Heinemann Andreas, Evaluation Kartellgesetz : die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts – Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Berne 2009 (cité : Heinemann, Evaluation Kartellgesetz)
- Heinemann Andreas, Les lacunes dans l'application de la loi sur les cartels en droit civil, La Vie économique, Revue de politique économique 2009/4, p. 29-31 (cité : Heinemann, La Vie économique 2009/4)
- Henckel von Donnersmarck Sophie, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG – die Unternehmensdefinition des Schweizer Kartellgesetzes : eine Untersuchung der legislatorischen Problemlösungsarbeit, th. Zurich 2008 (cité : Henckel von Donnersmarck, thèse)

169

- Honsell Heinrich/Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5^e éd., Zurich 2013 (cité : Honsell et al., Haftpflichtrecht)
- Huguenin Claire/Maissen Eva/Meise Barbara/Huber-Purtschert Tina, Obligationenrecht : allgemeiner und besonderer Teil, 3^e éd., Zurich 2019 (cité : Huguenin, OR)
- Hurni Béatrice, L'action civile en droit de la concurrence, Étude du droit suisse à la lumière du droit comparé et du droit de l'Union européenne, th. Fribourg 2017 (cité : Hurni, thèse)
- Jacobs Reto, Kommentar zu Art. 96 BV, in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd., Zurich 2014 (cité : SGK BV-Jacobs, Art. 96 BV)
- Jacobs Reto, Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in : Zäch Roger (édit.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2006, p. 209-228 (cité : Jacobs, Zivilrechtliche Durchsetzung)
- Jacobs Reto/Giger Gion, Kommentar zu Art. 12-17 KG, in : Amstutz Marc/Reinert Mani (édit.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Bâle 2010 (cité : BSK KG-Jacobs/Giger)
- Jeandin Nicolas, Commentaire ad [art. 28-28I CC](#), in : Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte (édit.), Commentaire romand, Code civil I, [art. 1-359 CC](#), Bâle 2010 (cité : CR [CC I](#)-Jeandin)
- Killias Pierre-Alain, Commentaire de l'[art. 2 LCart](#), in : Tercier Pierre/Bovet Christian (édit.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 1^{re} éd., Bâle 2002 (cité : CR Conc. [éd. 2002]-Killias, [art. 2 LCart](#))
- Lang Christoph G., Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, th. Berne 2000 (cité : Lang, thèse)
- Lehne Jens, Kommentar zu Art. 1–2 KG, in : Amstutz Marc/Reinert Mani (édit.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Bâle 2010 (cité : BSK KG-Lehne)
- Martenet Vincent/Heinemann Andreas, Droit de la concurrence, 2^e éd., Zurich 2021 (cité : Martenet/Heinemann, Concurrence)
- Martenet Vincent/Killias Pierre-Alain, Commentaire ad [art. 2 LCart](#), in : Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (édit.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : CR Conc.-Martenet/Killias, [art. 2 LCart](#))

170

- Meier Philippe, Droit des personnes : personnes physiques et morales, [art. 11-89a CC](#), 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle 2021 (cité : Meier, Personnes)
- Mirzai Hadi, Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts, Bericht zur Tagung der Studienvereinigung Kartellrecht, Jusletter du 23 janvier 2017 (cité : Mirzai, Tagung Kartellrecht)
- Müller Christoph, La responsabilité civile extracontractuelle, Bâle 2013 (cité : Müller, RC)
- Müller Thomas S., Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellrecht : unter besondere Berücksichtigung des amerikanischen, europäischen und deutschen Rechts, th. Berne, Zurich 2008 (cité : Müller T., thèse)
- Nordmann-Zimmermann Ursula, La nouvelle loi sur les cartels – une chance pour les organisations de consommateurs, JKR 1996, p. 105 (cité : Nordmann-Zimmermann, JKR 1996)
- Oftinger Karl/Stark Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. I, 5^e éd., Zurich 1995 (cité : Oftinger/Stark, Haftpflichtrecht, vol. I)
- Reardon James F., Consumer Collective Redress Mechanisms in Competition Law : Comparative Analysis of Swiss, American and European Union Laws & Proposals for Switzerland, th. Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2014 (cité : Reardon, thèse)
- Rey Heinz/Wildhaber Isabelle, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5^e éd., Zurich 2018 (cité : Rey/Wildhaber, Haftpflichtrecht)
- Reymond Jean-Marc, Commentaire ad [art. 6 et 12-15 LCart](#), in : Martenet Vincent/Bovet Christian/Tercier Pierre (édit.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : CR Conc.-Reymond)
- Rhinow René/Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni/Uhlmann Felix, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2^e éd., Bâle 2011 (cité : Rhinow et al., Wirtschaftsrecht)
- Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 8^e éd., Berne 2020 (cité : Schwenzer/Fountoulakis, OR-AT)
- Spitz Philippe, Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003, [RSDA 2005, p. 113-126](#) (cité : Spitz, RSDA 2005)
- Stöckli Hubert, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung – Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, th. Fribourg 1999 (cité : Stöckli, thèse)

171



- Stoffel Walter, Das neue Kartell-Zivilrecht, in : Zäch Roger (édit.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zurich 1996, p. 87-120 (cité : Stoffel, Kartell-Zivilrecht)
- Stucke Maurice E., Reconsidering Antitrust's Goals, B. C. L. Rev. vol. 53 (2011), p. 551-629 (cité : Stucke, Goals)
- Tercier Pierre, Droit privé de la concurrence, in : von Büren Roland/David Lucas (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), vol. V/2 : Kartellrecht, Bâle 2000, p. 319-415 (cité : Tercier, SIWR KG)
- Tercier Pierre, La lutte contre les contraintes cartellaires internes dans la nouvelle loi sur les cartels, [JdT 1996 I, p. 2-13](#) (cité : Tercier, JdT 1996 I)
- Tercier Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984 (cité : Tercier, Personnalité)
- Vetter Meinrad, Kommentar zu Art. 12 KG, in : Zäch Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino/Kiener Regina/Schaller Olivier/Schraner Felix/Spühler Adrian (édit.), KG-Kommentar, Zurich/Saint-Gall 2018 (cité : Vetter, DIKE-KG)
- Walter Regula, Kommentar zu Art. 12–17 KG, in : Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1996/1997 (cité : Walter, in : Kommentar zum KG)
- Werro Franz, Commentaire ad [art. 41-61 CO](#), in : Thévenoz Luc/Werro Franz (édit.), Commentaire romand, Droit des obligations I, [art. 1-529 CO](#), 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CR [CO](#) I-Werro)
- Werro Franz, La responsabilité civile, 3^e éd., Berne 2017 (cité : Werro, RC)
- Werro Franz, Le dommage : l'état d'une notion plurielle, in : Werro Franz/Pichonnaz Pascal (édit.), Le dommage dans tous ses états, Berne 2013, p. 1-31 (cité : Werro, Dommage)
- Winiger Bénédicte, L'illicéité en droit civil suisse, Bâle 2021 (cité : Winiger)
- Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2^e éd., Berne 2005 (cité : Zäch, Kartellrecht)
- Zurkinden Philipp/Trüeb Hans Rudolf, Das neue Kartellgesetz : Handkommentar, Zurich 2004 (cité : Zurkinden/Trüeb, Handkommentar)