

# Un abus de position dominante? Prouvez-le!

BLAISE CARRON\*

## Sommaire

I.	L'abus de position dominante	2
1.	La notion et les sources	3
2.	Les éléments constitutifs de l'abus	6
a)	Une entreprise	6
b)	Le marché pertinent	7
c)	La position dominante	7
d)	L'abus	9
3.	Un exemple d'abus: la transaction couplée	11
a)	La notion et la source	12
b)	L'appréciation économique actuelle	12
c)	Les éléments constitutifs de l'illicéité	13
II.	La théorie de la preuve	15
1.	La notion et les sources	15
2.	Les questions pertinentes	15
a)	L'objet de la preuve	16
b)	Le mode de preuve	17
c)	Les moyens de preuve	17
d)	La charge de la preuve	19
e)	Le degré de la preuve	20
f)	Le fardeau de la preuve	22
III.	La preuve lors d'un abus de position dominante	23
1.	Les sources	23
2.	L'objet de la preuve	23
3.	Le mode de preuve	25
4.	Les moyens de preuve	26
5.	La charge de la preuve	28
6.	Le degré de la preuve	29
7.	Le fardeau de la preuve	31
IV.	Conclusion	33

---

\* Je remercie Me Yann Férolles, avocat et assistant à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de l'aide qu'il m'a apportée dans la mise au point et la rédaction de ce texte.

Le thème de cette contribution s'est imposé tout naturellement dès lors qu'elle était destinée à célébrer Marc. Nous avons en effet toujours entretenu des contacts professionnels tombant sous le coup de la LCart. Il a commencé par occuper une position dominante à mon encontre, que ce soit comme membre de mon jury de thèse ou comme éditeur.<sup>1</sup> J'ai ensuite eu le privilège de collaborer avec Marc: tels les membres d'un cartel (proconcurrentiel), nous avons uni nos enthousiasmes et nos forces pour quelques projets scientifiques.<sup>2</sup> Aucune opération de concentration n'a encore eu lieu, mais j'ignore peut-être la prochaine OPA planifiée par Marc. En outre, le jubilaire s'est intéressé aux relations entre théorie de la preuve et droit des cartels avant l'auteur de cet article et n'a pas manqué de souligner l'importance de l'analyse économique.<sup>3</sup> Enfin, la théorie de la preuve en droit des cartels est un thème d'actualité: quelques jours avant que ne soit rendue la présente contribution, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet législatif prévoyant un renversement du fardeau de la preuve dans l'analyse des motifs d'efficacité économique d'un accord affectant notablement la concurrence ...

## I. L'abus de position dominante

Après avoir présenté la notion et les sources de l'abus de position dominante (1), nous exposerons les éléments constitutifs de la clause générale formulée à l'art. 7 al. 1 LCart<sup>4</sup> (2) et présenterons un exemple d'abus tiré de l'art. 7 al. 2 LCart, la transaction couplée (3).

---

<sup>1</sup> Cf. CARRON BLAISE, Les transactions couplées en droit de la concurrence: analyse économique et juridique comparée, thèse, Fribourg 2004; CARRON BLAISE (et al. pour certaines dispositions), Commentaire des art. 852–911 CO, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz (édit.), Commentaire romand CO II, Bâle 2008, p. 1802 ss.

<sup>2</sup> AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE, Commentaire de l'art. 7, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010; AMSTUTZ MARC/CARRON BLAISE/REINERT MANI, Commentaire de l'art. 5, in: Pierre Tercier/Christian Bovet/Vincent Martenet (édit.), Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce, Commentaire Romand, 2<sup>ème</sup> édition, à paraître.

<sup>3</sup> AMSTUTZ MARC/KELLER STEFAN/REINERT MANI, «Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, in: DC 3/2005, p. 114 ss.

<sup>4</sup> Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (RS 251; LCart).

## 1. La notion et les sources

Le contrôle du comportement des entreprises dominantes constitue l'un des trois piliers d'une législation moderne de droit de la concurrence, aux côtés de l'interdiction des accords illicites et du contrôle des concentrations. L'abus de position dominante (art. 7 LCart) se distingue des accords illicites (art. 5 LCart) dans la mesure où le premier s'applique en principe à des comportements unilatéraux,<sup>5</sup> alors que les seconds requièrent toujours la participation d'au moins deux entreprises. L'abus de position dominante diffère en outre du contrôle des concentrations (art. 9 s. LCart): ce dernier, en raison de sa fonction préventive, exige un examen *ex ante* du projet de concentration, alors que l'art. 7 LCart consiste en une analyse *a posteriori*.<sup>6</sup>

Le législateur suisse n'a pas défini la notion d'abus de position dominante.<sup>7</sup> L'art. 7 al. 1 LCart est une formule tautologique qui prévoit uniquement qu'un abus est illicite («les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux»). L'art. 7 al. 2 LCart dresse une liste exemplative d'abus, au nombre desquels figurent le refus d'entretenir des relations commerciales (let. a), la discrimination de partenaires commerciaux (let. b), l'imposition de prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (let. c), les prix prédateurs (let. d), la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique (let. e) et les transactions couplées (let. f).<sup>8</sup> Selon la doctrine et la pratique, les comportements décrits à l'art. 7 al. 2 LCart ne sont toutefois ni interdits *per se* ni même présumés illicites.<sup>9</sup>

Une célèbre jurisprudence européenne, reprise à certaines occasions par les autorités suisses, a tenté de concrétiser l'abus de position dominante en le définissant comme «les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence

---

<sup>5</sup> On fait ici abstraction de la position dominante collective. A ce sujet, cf. REINERT MANI/BLOCH BENJAMIN, Commentaire de l'art. 4 al. 2, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, Bâle 2010, N 400 ss.

<sup>6</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 12.

<sup>7</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 24.

<sup>8</sup> REINERT PETER, Commentaire de l'art. 7, in: Baker & McKenzie (édit.), *Kartellgesetz*, Berne 2007, N 8.

<sup>9</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 25. ATF 129 II 497, consid. 6.5.1; Secrétariat, DPC 2004/2, p. 357 ss, *Produktbündel «Talk & Surf»* N 55 et les références contenues.

de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence».<sup>10</sup>

Alors qu'historiquement les autorités de la concurrence ont adopté une attitude formaliste constatant un abus dès qu'un certain comportement était établi (*form-based approach*), les développements plus récents accordent, à juste titre, une importance toujours plus grande aux effets du comportement (*effects-based approach*).<sup>11</sup> Dès lors, seul un comportement portant atteinte au bien-être des consommateurs et à l'efficacité allocative peut constituer un abus de position dominante.<sup>12</sup>

L'abus de position dominante rassemble des comportements très divers n'ayant parfois en commun que leur effet anticoncurrentiel.<sup>13</sup> Face à cette diversité, le seul moyen de concrétiser la notion d'abus est de développer différents tests tenant à la fois compte des enseignements de la théorie économique et des exigences de sécurité et de prévisibilité imposées par le droit. A ce sujet, le jubilaire formule judicieusement les exigences suivantes quant aux tests en question.<sup>14</sup> Premièrement, il convient d'établir des catégories qui rassemblent les comportements présentant les mêmes dangers économiques et adaptés à un test identique. Deuxièmement, les tests retenus doivent combiner pertinence économique et respect des exigences de l'état de droit, notamment celles de sécurité juridique et de prévisibilité. Troisièmement, les tests doivent bénéficier d'un ancrage casuistique, c'est-à-dire qu'ils doivent être régulièrement mis en œuvre dans les décisions et jugements des autorités de la concurrence et convaincre la doctrine et la pratique.

D'un point de vue matériel, l'art. 7 LCart repose sur un paradoxe. Ce caractère bancal ressort déjà d'un jugement américain de 1945: «*The successful competitor*,

---

<sup>10</sup> CJCE du 13.2.1979, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461 ss, Hoffmann-La Roche/Commission, N 91. Pour une reprise en droit suisse, cf. CoRe, DPC 2002/4, p. 672 ss, Entreprises Electriques Fribourgeoises, consid. 7.2.

<sup>11</sup> Commission européenne, Communication concernant les orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO C 45 du 24 février 2009, p. 7 ss, N 1 ss. Eg. CoRe, DPC 2002/4, p. 672 ss, Entreprises Electriques Fribourgeoises, consid. 7.2.: «C'est donc l'effet anticoncurrentiel de la pratique en cause qui condamne en définitive celle-ci».

<sup>12</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 30.

<sup>13</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 41.

<sup>14</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 33 ss.

*having been urged to compete, must not be turned upon when he wins*». <sup>15</sup> Il est en effet difficile de déterminer quand le comportement d'une entreprise dominante est licite ou ne l'est pas. D'une part, la concurrence est un processus de découverte offrant des opportunités aux acteurs économiques. Ceux-ci sont poussés à s'améliorer constamment pour éviter de se voir distancer par leurs concurrents. D'autre part, le participant au marché qui a réussi peut acquérir un pouvoir de marché. Si ce dernier utilise son pouvoir de marché à mauvais escient, la concurrence est mise en danger. Par conséquent, ce qui motive la concurrence (le développement d'un pouvoir de marché) peut devenir la cause de dysfonctionnements et affaiblir la concurrence elle-même. <sup>16</sup>

D'un point de vue formel, aussi bien une procédure administrative menée par la Commission de la concurrence et son Secrétariat qu'un procès civil peuvent conduire au constat d'un abus de position dominante. <sup>17</sup> Les dispositions administratives applicables sont les art. 18 ss LCart, qui renvoient notamment à la PA <sup>18</sup> pour tous les aspects non spécifiques (art. 39 LCart). Une décision administrative condamnant une entreprise pour abus de position dominante contient notamment les éléments suivants. Elle constate d'abord que l'entreprise visée par l'enquête a commis une restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart. <sup>19</sup> L'autorité ordonne ensuite les mesures aptes et nécessaires à supprimer l'abus en question. <sup>20</sup> Enfin, elle peut infliger à l'entreprise la sanction prévue à l'art. 49a al. 1 LCart et calculée selon les dispositions de l'OS LCart; <sup>21</sup> cette sanction peut atteindre un montant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. <sup>22</sup> Même si le législateur qualifie cette amende de sanction administrative (cf. titre de la section 6 du chapitre 4 de la LCart), il s'agit de sanctions ayant un caractère pénal: les entreprises concernées doivent donc disposer des garanties

---

<sup>15</sup> U.S. v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>16</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 1.

<sup>17</sup> BORER JÜRIG, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 2011, Remarques liminaires à l'art. 12, N 6 et Art. 26 N 1.

<sup>18</sup> Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative fédérale (RS 172.021; PA).

<sup>19</sup> ZIRLICK BEAT/TAGMANN CHRISTOPH, Commentaire de l'art. 30, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010, N 58.

<sup>20</sup> ZIRLICK/TAGMANN (n. 19), N 58.

<sup>21</sup> Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart, RS 251.5, OS LCart).

<sup>22</sup> BORER (n. 17), Art. 49a N 14.

offertes par la Cst. féd.,<sup>23</sup> la CEDH<sup>24</sup> et le CP.<sup>25</sup> La procédure civile est régie quant à elle par les art. 12 ss LCart et le CPC.<sup>26</sup> Le procès se tient devant un tribunal cantonal unique (art. 5 al. 1 let. b CPC). Une entreprise victime d'un abus de position dominante peut demander la suppression ou la cessation de l'entrave, la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations ou encore la remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires (art. 12 al. 1 LCart).<sup>27</sup>

## 2. Les éléments constitutifs de l'abus

L'état de fait de l'art. 7 al. 1 LCart requiert la combinaison de quatre éléments constitutifs: premièrement, le comportement doit être le fait d'une entreprise (a); deuxièmement, cette entreprise doit être active sur un marché pertinent (b) sur lequel elle détient, troisièmement, une position dominante (c); quatrièmement, l'entreprise en question doit commettre un abus (d).

### a) Une entreprise

L'art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart prévoit que «[...] toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services [est soumise à la LCart], indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique».

Pour tomber dans le champ d'application personnel de la LCart, une entreprise doit revêtir deux caractéristiques essentielles: premièrement, elle doit participer activement au processus économique; deuxièmement, elle doit constituer une entité économique indépendante.<sup>28</sup> L'indépendance juridique n'est par contre pas nécessaire.

---

<sup>23</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101; Cst. féd).

<sup>24</sup> Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101; CEDH).

<sup>25</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0; CP). Pour plus de détails, cf. TAGMANN CHRISTOPH/ZIRLICK BEAT, Commentaire des art. 49a–53, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010, N 1 ss et 44 ss.

<sup>26</sup> Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272; CPC).

<sup>27</sup> Pour plus de détails, cf. BORER (n. 17), Art. 12 N 7 ss.

<sup>28</sup> Pour plus de détails, LEHNE JENS, Commentaire de l'art. 2, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar, Kartellgesetz, Bâle 2010, N 9 ss et 14 ss.

## **b) Le marché pertinent**

Avant de déterminer si une entreprise détient une position dominante, il faut délimiter le marché pertinent. La LCart ne définit pas cette notion. Par contre, l'art. 11 OCCE<sup>29</sup> contient une telle définition qui vaut également pour l'analyse des abus de position dominante. On distingue habituellement deux dimensions du marché pertinent:<sup>30</sup>

1° La dimension matérielle. Elle permet d'identifier le marché de produits pertinent qui comprend «tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés» (art. 11 al. 3 let. a OCCE).

2° La dimension géographique. Le marché géographique pertinent correspond au «territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits» (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

## **c) La position dominante**

Une fois le marché pertinent délimité, un abus au sens de l'art. 7 LCart n'existe que si l'entreprise concernée y détient une position dominante.

L'art. 4 al. 2 LCart définit la position dominante (individuelle) comme une situation de puissance économique permettant à «une entreprise [...], en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs)». Le degré d'indépendance d'une entreprise dépend de l'efficacité de la pression concurrentielle s'exerçant à son encontre. Pour établir l'existence d'une position dominante, il faut prouver l'existence de plusieurs indices qui, pris individuellement, ne

---

<sup>29</sup> Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4). Eg. BORER (n. 17), Art. 4 N 17.

<sup>30</sup> Pour plus de détails, REINERT/BLOCH (n. 5), N 102 ss et 218 ss.

sont pas nécessairement déterminants.<sup>31</sup> On distingue notamment les facteurs suivants:<sup>32</sup>

1° La concurrence actuelle.<sup>33</sup> Les positions sur le marché pertinent occupées par l'entreprise visée et par ses concurrents informent utilement sur la structure du marché et la concurrence actuelle, même s'il convient de relativiser ces données en considérant les aspects dynamiques, le degré de différenciation des produits et éventuellement l'évolution des parts de marché dans le temps.<sup>34</sup> Une part de marché constitue donc un élément nécessaire mais pas suffisant pour détenir une position dominante.<sup>35</sup> A ce titre, les seuils retenus par la pratique constituent une information utile:<sup>36</sup> en règle générale, une part de marché inférieure à 40% exclut l'existence d'une position dominante. Lorsqu'une entreprise détient 40 à 50%, des facteurs particuliers supplémentaires doivent être réunis pour justifier l'admission d'une telle position. Le seuil critique est situé aux alentours de 50%, sans pour autant qu'une telle part de marché signifie automatiquement que l'entreprise en question est dominante.<sup>37</sup>

2° La concurrence potentielle.<sup>38</sup> La concurrence potentielle – s'exprimant par le risque d'entrée d'un nouvel arrivant ou d'expansion d'un concurrent existant – empêche une entreprise puissante de se comporter de manière indépendante si l'entrée (ou l'expansion) est probable, peut intervenir en temps utile et être d'une ampleur suffisante.<sup>39</sup> Dans ce contexte, il s'agit principalement d'apprécier les barrières à l'entrée ou à l'expansion sur le marché, qui rassemblent tous les coûts qu'un acteur

---

<sup>31</sup> CLERC EVELYNE, Commentaire de l'art. 4 al. 2 LCart, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (édit.), *Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce*, Commentaire Romand, Bâle/Genève/Munich 2002, N 24. Dans ce sens, CoRe, DPC 2000/4, p. 716 ss, Felix Service SA/Minolta [Schweiz] AG, consid. 4. Cf. ég. Mess-LCart (Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 23 novembre 1994; FF 1995 I 472 ss), p. 547.

<sup>32</sup> Pour plus de détails, cf. REINERT/BLOCH (n. 5), N 267 ss.

<sup>33</sup> REINERT/BLOCH (n. 5), N 270 ss, en particulier N 300 ss.

<sup>34</sup> Commission européenne (n. 11), N 13.

<sup>35</sup> RUFFNER MARKUS, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: PJA numéro spécial 7/1996: La nouvelles loi sur les cartels, p. 836 s. et les renvois contenus.

<sup>36</sup> REINERT/BLOCH (n. 5), N 277 et 278 ss.

<sup>37</sup> CoRe, DPC 1999/4, p. 618 ss, Beschwerdeentscheid vom 4.11.1999 betreffend vorsorgliche Massnahmen, consid. 5.1.2; Comco, DPC 2006/2, p. 248 ss, Swisscom Fixnet AG/Cybernet AG, pt 57.

<sup>38</sup> REINERT/BLOCH (n. 5), N 311 ss.

<sup>39</sup> Pour plus de détails, cf. Commission européenne (n. 11), N 13.

économique doit supporter pour entrer sur un marché ou s'étendre sur celui-ci.<sup>40</sup> Parmi les barrières à l'entrée ou à l'expansion, on distingue habituellement trois catégories:<sup>41</sup> les barrières institutionnelles (qui proviennent de mesures législatives ou réglementaires et regroupent les obstacles tarifaires et non tarifaires dressés par l'Etat),<sup>42</sup> les barrières structurelles (qui découlent des données propres au fonctionnement du marché et réunissent des phénomènes comme les avantages de coûts absolus, les économies d'échelle, les coûts irrécupérables et la différenciation des produits)<sup>43</sup> et les barrières stratégiques (qui résultent du comportement des entreprises déjà installées et rassemblent les pratiques d'entrave auxquelles les entreprises implantées recourent ou menacent de recourir pour décourager l'accès au marché).<sup>44</sup>

3° Le pouvoir de marché des partenaires commerciaux.<sup>45</sup> Si les partenaires commerciaux disposent eux-mêmes d'un pouvoir de marché suffisant, l'entreprise ne peut pas se comporter de manière indépendante, même si la concurrence actuelle et potentielle est faible.<sup>46</sup>

4° D'autres critères. On y trouve notamment les caractéristiques de l'entreprise en position dominante, la phase (croissance, maturité, stagnation, déclin) dans laquelle se trouve le marché en question ou encore le comportement de l'entreprise en question, qui joue toutefois un rôle secondaire.<sup>47</sup>

## d) L'abus

Comme déjà indiqué ci-dessus, il n'est pas aisé de définir l'abus de position dominante, car cette notion englobe des comportements variés. Malgré cette hétérogé-

---

<sup>40</sup> Cf. CLERC (n. 31) N 131; ZÄCH ROGER, in: Roland von Büren/Eugen David (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Wettbewerbsrecht, vol. V/2, Bâle 2000, p. 174 ss.

<sup>41</sup> La première théorie des barrières à l'entrée a été développée in: BAIN J. S., *Barriers to New Competition*, Cambridge 1962. A ce sujet, cf. GYSELEN LUC/KYRIAZIS NICHOLAS, Article 86 EEC: The Monopoly Power Measurement Issue Revisited, 11 ELRev. 134 (1986).

<sup>42</sup> Cf. CLERC (n. 31), N 128 et les références citées.

<sup>43</sup> P.ex. Comco, DPC 1999/3, p. 403 ss, Bahnhofkioske, pt 74 (importants *sunk costs* comme barrière à l'entrée).

<sup>44</sup> P.ex. Comco, DPC 1999/3, p. 403 ss, Bahnhofkioske, pts 75 s. (contrat d'exclusivité comme barrière à l'entrée). Cf. ég. CLERC (n. 31), N 130 et les références citées.

<sup>45</sup> REINERT/BLOCH (n. 5), N 304 ss.

<sup>46</sup> Comco, DPC 1999/2, p. 220 ss, (Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit), p. 220, pts 92 ss. Eg. Commission européenne (n. 11), N 8.

<sup>47</sup> REINERT/BLOCH (n. 5), N 345 ss et les références mentionnées.

néité, la doctrine et la pratique s'efforcent d'établir des catégories permettant de réduire le nombre d'hypothèses à prendre en compte, sans toutefois que l'appartenance à telle ou telle catégorie ne puisse déjà entraîner des conséquences légales déterminées.<sup>48</sup> Avec d'autres auteurs, le jubilaire distingue deux catégories principales – les abus d'exploitation (*Ausbeutungsmisbräuche*) et les abus d'éviction (*Verdrängungsmisbräuche*) – tout en précisant à raison que l'art. 7 LCart n'est pas applicable aux abus structurels (*Strukturmissbräuche*).<sup>49</sup> La première catégorie rassemble les comportements portant directement atteinte au bien-être social des consommateurs en exigeant par exemple de leur part des prix excessifs ou en leur imposant des conditions commerciales inéquitables.<sup>50</sup> La seconde catégorie concerne des abus qui affaiblissent ou éliminent un ou plusieurs concurrents actuels ou empêchent l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché. L'atteinte au bien-être des consommateurs est alors indirecte dans la mesure où ceux-ci ne profitent pas des effets proconcurrentiels pouvant découler de la présence d'acteurs plus nombreux ou plus efficaces.<sup>51</sup>

Selon une pratique largement établie, l'abus de position dominante exige la combinaison de deux conditions cumulatives:<sup>52</sup>

1° Une condition positive. Par son comportement, l'entreprise dominante doit provoquer une distorsion de la concurrence. Les autorités se fondent sur la lettre de l'art. 7 al. 1 LCart et déterminent si le comportement en question entrave l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci ou s'il désavantage les partenaires commerciaux. Pour ce faire, elles adoptent le plus souvent une analyse formaliste focalisée sur le comportement en question et sur les conséquences immédiates de celui-ci sur les concurrents et les partenaires commerciaux de l'entreprise visée.<sup>53</sup> Dans d'autres décisions toutefois, l'analyse incorpore des éléments relatifs à l'efficacité allocative et au bien-être des consommateurs.<sup>54</sup> Avec le jubilaire, il faut souhaiter que les au-

---

<sup>48</sup> Cf. notamment le texte de l'art. 7 al. 1 LCart qui distingue les comportements entravant les concurrents et les comportements désavantagant les partenaires commerciaux, sans que cette distinction ne constitue un élément constitutif de la notion d'abus (AMSTUTZ/CARRON [n. 2], N 42; cf. toutefois ZÄCH [n. 40], N 527).

<sup>49</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 45.

<sup>50</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 46.

<sup>51</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 43 ss.

<sup>52</sup> P.ex. Comco, DPC 2005/1, p. 128 ss, ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, pt 132. Eg. AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 57 s.

<sup>53</sup> P.ex. Secrétariat, DPC 2006/1, p. 51 ss, Lieferung von Nivarox-Assortiments, pts 61 s. Cf. ég. AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 58 et les affaires citées.

<sup>54</sup> Secrétariat, DPC 2004/2, p. 357 ss, Produktbündel «Talk&Surf», pt 81; Comco, DPC 2004/2, p. 407 ss, Swisscom ADSL, pt 173.

torités incorporent les tests développés récemment par les économistes de la concurrence en les adaptant aux exigences propres aux règles juridiques: nous pensons notamment à l'*equally efficient competitor test*, au *profit sacrifice test* ou au *no economic sense test*.<sup>55</sup>

2° Une condition négative. Il ne doit pas y avoir de motifs justifiant le comportement de l'entreprise dominante. Même si la lettre de l'art. 7 al. 1 LCart n'autorise pas explicitement la prise en compte de motifs justificatifs, une telle exigence découle d'une interprétation historique et téléologique de cette disposition.<sup>56</sup> Les autorités semblent distinguer deux types de motifs justificatifs.<sup>57</sup> D'une part, l'entreprise dominante peut établir le caractère objectivement nécessaire et proportionné de sa pratique.<sup>58</sup> D'autre part, l'entreprise dominante peut justifier un comportement distordant la concurrence par des gains d'efficacité d'une ampleur suffisante pour que les consommateurs ne subissent pas un préjudice net.<sup>59</sup> Pour qu'un motif justificatif soit acceptable, il faut établir que le comportement est premièrement apte à produire les gains d'efficacité en question, qu'il est deuxièmement nécessaire à la réalisation de ces gains d'efficacité, que troisièmement les consommateurs profitent directement des gains d'efficacité et que ceux-ci l'emportent sur les effets anticoncurrentiels découlant du comportement visé (solde positif des motifs justificatifs sur le bien-être des consommateurs) et que, quatrièmement, la concurrence n'est pas supprimée dans une partie substantielle du marché pertinent.<sup>60</sup>

### 3. Un exemple d'abus: la transaction couplée

Après avoir présenté la notion de transaction couplée et ses sources (a), nous ferons état de l'appréciation économique à son sujet (b) et présenterons les éléments constitutifs de cet exemple d'abus de position dominante (c).

---

<sup>55</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 58.

<sup>56</sup> Pour les aspects historiques, cf. Mess-LCart (n. 31), p. 521 et 564; ég. Comco, DPC 1997/4, p. 490 ss, Recymet SA, pt 71. Pour la justification téléologique, cf. CLERC EVELYNE, Commentaire de l'art. 7 LCart, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (édit.), Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce, Commentaire Romand, Bâle/Genève/Munich 2002, N 79; AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 57.

<sup>57</sup> Commission européenne (n. 11), N 28 ss. Eg. AMSTUTZ/CARRON (n. 2), Art. 7 N 64 et les références contenues.

<sup>58</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 66 s.; DG Competition, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, s.l. 2005, N 78.

<sup>59</sup> Commission européenne (n. 11), N 30; AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 68.

<sup>60</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 548; Commission européenne (n. 11), N 30.

**a) La notion et la source**

D'un point de vue économique, on appelle transaction couplée (*Koppelungsgeschäft*, *tying* ou *bundling*) l'accord vertical par lequel une partie combine un bien (couplant) à un ou plusieurs autres biens (couplés) proposés par lui-même ou par un tiers qu'il a désigné.<sup>61</sup>

La transaction couplée – aussi appelée vente liée, vente groupée ou affaire liée – est un des comportements visés dans la liste exemplative de l'art. 7 al. 2 LCart. La lettre f de cette disposition le décrit comme «le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires». Il s'agit en première ligne d'un abus d'éviction, qui peut toutefois présenter également des effets d'exploitation.<sup>62</sup>

**b) L'appréciation économique actuelle**

L'état de la théorie économique actuelle se laisse résumer en trois propositions.<sup>63</sup> Les transactions couplées sont premièrement des comportements largement répandus permettant de réaliser des gains d'efficience importants. Deuxièmement, les circonstances dans lesquelles un tel comportement peut provoquer des effets anti-concurrentiels sont limitées et rarement réunies en pratique: les modèles théoriques permettant d'établir des distorsions de la concurrence reposent sur des hypothèses strictes et le changement d'une seule d'entre elles peut entraîner des résultats ambigus. Troisièmement, la comparaison des effets pro- et anti-concurrentiels d'une transaction couplée est un exercice complexe pour lequel il n'existe pas encore d'outil économique bien adapté.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> CARRON (n. 1), N 74. Juridiquement, on peut définir la transaction couplée comme un contrat complexe – ou tout accord ou pratique produisant des effets analogues – dans lequel une partie impose à l'autre ou provoque chez celle-ci la combinaison de deux prestations-composantes parallèles qui, faute de convention de couplage, pourraient avoir une existence indépendante (cf. CARRON [n. 1], N 27 ss). Une telle définition juridique présente toutefois un intérêt limité en droit de la concurrence.

<sup>62</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 524.

<sup>63</sup> Pour plus de détails, cf. CARRON (n. 1), N 465 ss et les références contenues; AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 513 ss.

<sup>64</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 523.

### c) Les éléments constitutifs de l'illicéité

Pour établir une transaction couplée illicite au sens de l'art. 7 al. 2 let. f LCart, il faut établir les quatre éléments constitutifs suivants, en sus de la qualité d'entreprise de l'entité visée (art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart) et de la position dominante que celle-ci détient sur le marché du bien couplant (art. 4 al. 2 LCart):<sup>65</sup>

1° La présence de deux biens distincts.<sup>66</sup> On parle du bien couplant et du bien couplé. Le critère déterminant pour déterminer si l'on a affaire à deux biens distincts est la demande des consommateurs. Par contre, on ne peut se fier à la perception subjective de l'autorité ou à celle de l'entreprise dominante ou de ses concurrents.<sup>67</sup> Par conséquent, l'examen de cette condition nécessite déjà une analyse détaillée du marché en question.

2° La combinaison des biens couplant et couplé.<sup>68</sup> L'entreprise dominante empêche son partenaire commercial de n'acquérir que le bien couplant en lui imposant le bien couplé, que celui-ci ne souhaite pas nécessairement.<sup>69</sup> Cette obligation peut être directe. Dans ce cas, elle découle soit d'une clause contractuelle (p.ex. une clause d'architecte), soit d'une intégration technique ou technologique (p.ex. un ordinateur vendu avec des logiciels intégrés), soit de motifs purement économiques (p.ex. un vol simple en avion coûte plus cher que le vol aller-retour). Cette obligation peut aussi être indirecte dans la mesure où la combinaison imposée des biens découle d'un élément ayant à l'origine une autre fonction (p.ex. le fait d'exclure la garantie pour des produits réparés au moyen de pièces détachées non autorisées).

3° La distorsion de la concurrence.<sup>70</sup> Comme pour la clause générale de l'abus (art. 7 al. 1 LCart), la transaction couplée doit porter atteinte au bien-être des consommateurs. Cette analyse se révèle difficile et délicate, car il faut tenir compte de l'ensemble des effets du comportement en question. Une transaction couplée entraîne principalement des effets d'éviction.<sup>71</sup> Ceux-ci peuvent se produire sur le marché liant, sur le marché lié, voire sur les deux marchés à la fois. Ils peuvent entraîner l'éviction de concurrents actuels ou empêcher l'entrée de concurrents potentiels.<sup>72</sup>

---

<sup>65</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 524 ss.

<sup>66</sup> CLERC (n. 56), N 273, qui discute ce point en relation avec les justifications objectives. Eg. AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 526 ss; Commission européenne (n. 11), N 51.

<sup>67</sup> CARRON (n. 1), N 70 ss et les références contenues.

<sup>68</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 532 ss.

<sup>69</sup> CLERC (n. 56), N 271.

<sup>70</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 545 ss; CARRON (n. 1), N 1643 ss.

<sup>71</sup> Commission européenne (n. 11), N 52 ss.

<sup>72</sup> Comco, DPC 1998/3, p. 377 ss, Swisscom-Centrex, pt 18.

L'intensité des effets d'éviction dépend notamment des paramètres suivants: le nombre de produits pour lesquels l'entreprise détient une position dominante, la proportion d'acheteurs désirant uniquement le bien couplé sans le bien couplant, la proportion d'acheteurs qui achèteraient de toute manière les biens couplant et couplé auprès de l'entreprise dominante, l'existence d'effets d'échelle et de réseau.<sup>73</sup> A certaines conditions strictes, identiques à celles applicables à l'art. 7 al. 2 let. c LCart, la transaction couplée peut également entraîner des effets d'exploitation.<sup>74</sup>

4° L'absence de motifs justificatifs.<sup>75</sup> Comme pour la clause générale de l'abus (art. 7 al. 1 LCart), une transaction couplée peut être justifiée par deux types de motifs justificatifs. Premièrement, l'entreprise dominante peut établir le caractère objectivement nécessaire de la transaction couplée. La pratique a ainsi admis un tel motif lorsqu'il existait un lien naturel entre les deux biens concernés et que l'on se trouvait en présence d'un usage répandu dans la branche.<sup>76</sup> Une telle justification peut aussi exister lorsqu'il en va de la sécurité des consommateurs, de la santé publique, de la protection des utilisateurs ou de la volonté d'éviter une responsabilité du fait des produits.<sup>77</sup> Par contre, de simples considérations pratiques ne suffisent pas.<sup>78</sup> Deuxièmement, même si cela n'a encore jamais été reconnu explicitement en Suisse, une transaction couplée peut être justifiée par des gains d'efficacité, notamment une réduction des frais de production, d'emballage et de distribution ainsi que des coûts de transaction.<sup>79</sup> En outre, la combinaison de deux biens peut à certaines conditions permettre la création d'un nouveau produit augmentant le bien-être des consommateurs.<sup>80</sup>

---

<sup>73</sup> Pour plus de précisions, cf. AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 539 ss; ég. Commission européenne (n. 11), N 52 ss.

<sup>74</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 543 ss; CARRON (n. 1), N 468 ss; CLERC (n. 56), N 267.

<sup>75</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 536 ss; CARRON (n. 1), N 1640 ss; Commission européenne (n. 11), N 62.

<sup>76</sup> Comco, DPC 1999/2, p. 220 ss, Spitalisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit, pt 127.

<sup>77</sup> Secrétariat, DPC 2005/1, p. 46 ss, TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera, pt 54. Eg. Mess-LCart (n. 31), p. 570.

<sup>78</sup> Secrétariat, DPC 2000/1, p. 1 ss, Lokoop AG vs. SBB, pts 40 s.

<sup>79</sup> AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 547.

<sup>80</sup> Commission européenne (n. 11), N 63.

## II. La théorie de la preuve

Nous présenterons successivement la notion et les sources (1) et les questions pertinentes relatives à la preuve (2).

### 1. La notion et les sources

Prouver un fait, c'est établir la véracité ou la fausseté de celui-ci.<sup>81</sup> La preuve permet au juge d'appliquer les règles du droit matériel à un état de fait déterminé.

En procédure civile, le titre 10 de la première partie du CPC régit les questions relatives à la preuve. Ces dispositions contiennent des principes généraux (art. 150 à 159 CPC), des règles en matière d'obligation de collaborer (art. 160 à 167 CPC) et enfin l'énumération et la description des différents moyens de preuve (art. 168 à 193 CPC).<sup>82</sup>

En procédure administrative fédérale, le chapitre II let. d de la PA régit les questions relatives à l'établissement des faits.<sup>83</sup> Ces dispositions contiennent également des principes généraux en matière d'administration de preuve (art. 12 PA), des dispositions sur l'obligation de collaborer (art. 13 PA), sur l'audition de témoins (art. 14 à 18 PA) et enfin un renvoi à certaines dispositions complémentaires de la PCF<sup>84</sup> qui s'appliquent par analogie à la procédure probatoire (art. 19 PA).

### 2. Les questions pertinentes

Exception faite des spécialistes de la procédure, les praticiens ont tendance à utiliser de manière peu rigoureuse les différents concepts autour de la preuve. On peut distinguer six questions différentes, qui sont autant de thèmes que nous allons aborder ci-après:

- Que faut-il prouver? C'est la question de l'objet de la preuve (a).
- Comment doit-on prouver? C'est la question du mode de preuve (b).

---

<sup>81</sup> HOHL FABIENNE, Procédure civile, tome 1, Introduction et théorie générale, Berne 2001, N 932.

<sup>82</sup> HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le code de procédure civile, Berne 2009, p. 79.

<sup>83</sup> Notez que chaque procédure administrative cantonale – non applicable pour les cas d'abus de position dominante – contient également des dispositions pertinentes sur les preuves.

<sup>84</sup> Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 27; PCF). Il s'agit des art. 37, 39 à 41 et 43 à 61 PCF.

- Par quels moyens peut-on prouver? C'est la question des moyens de preuve (c).
- Qui doit prouver? C'est la question de la charge de la preuve (d).
- Quel est le degré de certitude exigé pour qu'un fait allégué soit considéré comme prouvé? C'est la question du degré de la preuve (e).
- Qui perd le procès si certains faits ne peuvent pas être prouvés? C'est la question du fardeau (objectif) de la preuve (f).

### **a) L'objet de la preuve**

La preuve doit porter sur des faits pertinents, c'est-à-dire des fragments de la réalité sociale<sup>85</sup> qui font partie des prévisions de la règle légale applicable.<sup>86</sup> Conformément au principe *iura novit curia*, le droit ne se prouve pas.

En procédure civile, la maxime des débats oblige le juge à ne retenir que les faits allégués et prouvés par les parties, même si cela n'aboutit qu'à l'établissement d'une vérité formelle. Par conséquent, l'objet de la preuve ne peut concerner qu'un fait allégué, c'est-à-dire régulièrement introduit au procès quant à la forme et au temps, suffisamment motivé et contesté par la partie adverse (art. 150 al. 1 CPC).<sup>87</sup> L'art. 153 al. 2 CPC permet exceptionnellement au tribunal d'administrer des preuves d'office lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté. Par ailleurs, les parties n'ont pas besoin de prouver les faits notoires et les règles d'expérience généralement reconnues (art. 151 CPC). Outre les faits pertinents contestés, la preuve peut aussi porter sur l'usage et les usages locaux et, exceptionnellement, sur le droit étranger dans les litiges patrimoniaux (art. 150 al. 2 CPC).

En procédure administrative fédérale, l'art. 12 PA prévoit que l'autorité constate les faits d'office. En vertu de la maxime inquisitoire, il appartient à l'autorité d'établir elle-même tous les faits pertinents (y compris ceux admis par les parties) de manière correcte, complète et objective afin de déterminer la vérité matérielle.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> STEINAUER PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, in: Roland von Büren et al. (édit.), *Traité de droit privé suisse*, tome II/1, Bâle 2009, N 637.

<sup>86</sup> MOOR PIERRE/ POLTIER ETIENNE, *Droit administratif*, vol. II, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2011, p. 296; HOHL (n. 81), N 934; cf. ég. art. 150 al. 1 CPC.

<sup>87</sup> BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile*, Bâle 2011, p. 239.

<sup>88</sup> BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, Berne 2000, p. 176.

## b) Le mode de preuve

Que l'on se trouve en procédure civile ou administrative, les faits pertinents peuvent être prouvés selon deux modes distincts:<sup>89</sup>

1° La preuve directe (*direkter Beweis*). Il s'agit d'une preuve permettant d'établir directement la véracité ou la fausseté d'un élément constitutif de l'état de fait légal.<sup>90</sup> Par exemple, la volonté réciproque et concordante des parties est prouvée par la production de la convention écrite signée de leurs mains.

2° La preuve indirecte ou par indices (*indirekter ou mittelbarer Beweis* ou *Indizienbeweis*). En l'absence de preuve directe, les faits générateurs de droit peuvent résulter de moyens de preuve (indirecte) établissant un indice ou un faisceau d'indices.<sup>91</sup> Ces indices sont des faits de nature à permettre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, de conclure à l'existence des éléments constitutifs de l'état de fait légal.<sup>92</sup> On parle d'une présomption de fait. Par exemple, la preuve d'une pratique concertée entre entreprises (cf. art. 4 al. 1 LCart) peut être déduite de circonstances constituant des indices d'une telle pratique.<sup>93</sup>

## c) Les moyens de preuve

Les règles sur les moyens de preuve (*Beweismittel*) renseignent sur les moyens admissibles avec lesquels on peut prouver les faits pertinents.

En procédure civile, le droit de la preuve se caractérise par deux principes: le *numerus clausus* des preuves recevables en justice (art. 168 CPC) et leur libre appréciation par le juge (*freie Beweiswürdigung*; art. 157 CPC).<sup>94</sup> Ces deux principes sont

---

<sup>89</sup> HOHL (n. 81), N 953.

<sup>90</sup> HOHL (n. 81), N 956 s., dont est également tiré l'exemple qui suit.

<sup>91</sup> AMSTUTZ/KELLER/REINERT, (n. 3), p. 116, qui parlent de circonstances («*Umstände*») permettant de conclure à l'existence d'un fait qui doit être prouvé.

<sup>92</sup> ATF 118 II 365, consid. 1 et les références mentionnées. HOHL (n. 81), N 958 s., dont est également tiré l'exemple qui suit.

<sup>93</sup> P.ex. Comco, DPC 2007/3, p. 415 ss, Neue Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT), pts 47–50. Eg. Pour un autre ex. en droit des cartels, cf. KRAUSKOPF PATRICK L./SCHALLER OLIVIER, Commentaire de l'art. 5 LCart, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Bâle 2010, N 618.

<sup>94</sup> SCHWEIZER PHILIPPE, Commentaire de l'art. 168 CPC, in: François Bohnet et al. (édit.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, N 1.

tempérés par des exceptions qui ne trouvent toutefois pas application dans le contexte de la présente contribution.<sup>95</sup>

L'art. 168 CPC énumère exhaustivement les moyens de preuve admissibles.<sup>96</sup> Il y a premièrement le témoignage qui consiste à inviter un tiers à rapporter au tribunal des faits qu'il a directement perçus (art. 169 CPC). Les titres sont un deuxième moyen de preuve. Ce concept englobe les écrits, les dessins, les plans, les photographies, les films, les enregistrements sonores, les fichiers électroniques et les données analogues, propres à prouver des faits pertinents (art. 177 CPC). Troisièmement, le juge peut procéder à une inspection, qui lui permet de constater directement des faits ou d'acquérir une meilleure connaissance de la cause par ses propres sens (art. 181 CPC). Quatrièmement, les parties ou le tribunal peuvent requérir une expertise judiciaire lorsque la constatation de certains faits exige des connaissances spéciales ou techniques que le juge ne possède pas pour apprécier un point de fait précis (art. 183 ss CPC).<sup>97</sup> Les renseignements écrits, prévus à l'art. 190 CPC, sont un cinquième moyen de preuve admissible et permettent au juge de s'adresser à cette fin à des services officiels ou à des personnes dont la comparution à titre de témoin ne semble pas nécessaire. Sixièmement, l'interrogatoire et la déposition de partie sont aussi des moyens d'établir la véracité ou la fausseté d'un fait: le premier permet au tribunal d'auditionner une partie sur les faits de la cause (art. 191 al. 1 CPC), le second de la contraindre à faire une déposition sous menace de sanctions pénales (art. 192 CPC).

En procédure administrative fédérale, l'art. 12 PA prévoit que «l'autorité [...] procède s'il y a lieu à l'administration de preuves par les moyens ci-après: a. documents; b. renseignements des parties; c. renseignements ou témoignages de tiers; d. visite des lieux; e. expertises». A la différence de la procédure civile, il n'y pas de *numerus clausus* des moyens de preuve admissibles.<sup>98</sup> Conséquence de la maxime inquisitoire et de la recherche de la vérité matérielle, l'autorité peut utiliser tout moyen de connaissance, étant précisé qu'une base légale est nécessaire pour toute mesure imposant au justiciable un comportement ou restreignant sa sphère

---

<sup>95</sup> Cf. p. ex. les dispositions régissant le sort des enfants relevant du droit de la famille (art. 168 al. 2 CPC).

<sup>96</sup> Pour plus de détails, cf. SCHWEIZER (n. 94), N 1 ss.

<sup>97</sup> BOHNET (n. 87), p. 247.

<sup>98</sup> KRAUSKOPF PATRICK L./EMMENEGGER KATRIN, Commentaire de l'art. 12 PA, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (édit.), VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich 2009, N 73; cf. ég. AUER CHRISTOPH, Commentaire de l'art. 12 PA, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zurich/Saint-Gall 2008, N 18.

privée.<sup>99</sup> Finalement, le principe de la libre appréciation des preuves s'applique également en procédure administrative fédérale selon l'art. 19 PA qui renvoie à l'art. 40 PCF.<sup>100</sup>

#### d) La charge de la preuve

La charge de la preuve (*subjektive Beweislast* ou *Beweisführungslast*) – également appelé fardeau de l'administration des preuves<sup>101</sup> ou fardeau subjectif de la preuve<sup>102</sup> – désigne qui, du juge ou des parties, doit proposer les moyens de preuves.<sup>103</sup> Il faut distinguer ce concept de celui du fardeau (objectif) de la preuve.<sup>104</sup> Le premier est en principe régi par le droit de procédure, alors que le second découle du droit matériel.<sup>105</sup>

En procédure civile, lorsque la maxime des débats (*Verhandlungsmaxime*; art. 55 al. 1 CPC) s'applique, il appartient aux parties d'indiquer les moyens de preuve dont elles demandent l'administration.<sup>106</sup> Même si la charge de la preuve doit être conceptuellement distinguée du fardeau objectif de la preuve, ainsi qu'on vient de le voir, il faut souligner qu'en procédure civile les deux concepts sont indissociables: en effet, seule la partie qui supporte le fardeau objectif de la preuve a en principe un intérêt (subjectif) à faire administrer la preuve.<sup>107</sup>

La maxime inquisitoire consacrée à l'art. 12 PA régit la procédure administrative fédérale:<sup>108</sup> l'autorité doit alors définir les faits pertinents et ne tenir pour existants que ceux qui sont prouvés.<sup>109</sup> C'est donc elle qui supporte la charge de la preuve.

<sup>99</sup> MOOR/POLTIER (n. 86), p. 297.

<sup>100</sup> AUER (n. 98), N 17.

<sup>101</sup> HOHL (n. 81), N 760.

<sup>102</sup> STEINAUER (n. 85), N 680.

<sup>103</sup> BOHNET (n. 87), p. 236; cf. ég. PIOTET DENIS, Commentaire de l'art. 8 CC, in: Pascal Pichonaz/Bénédict Foëx (édit.), Commentaire Romand du Code civil I, Bâle 2010, N 59.

<sup>104</sup> Cf. ch. II.2 let. f ci-dessous.

<sup>105</sup> STEINAUER (n. 85), N 680.

<sup>106</sup> STEINAUER (n. 85), N 680, avec les références. Lorsque, exceptionnellement, la procédure est dominée par la maxime inquisitoire (*Untersuchungsmaxime*; art. 153 al. 1 CPC) ou la maxime inquisitoire sociale (*soziale Untersuchungsmaxime*; art. 247 al. 2 CPC), le tribunal doit ordonner lui-même l'administration des preuves nécessaires.

<sup>107</sup> BERGER-STEINER Isabelle, Das Beweissmass im Privatrecht, thèse, Berne 2008, p. 28 s. Sous l'ancien droit de procédure civile, les cantons n'étaient d'ailleurs pas autorisés à prévoir une répartition de la charge de la preuve différente de celle du fardeau objectif de la preuve (p.ex. ATF 132 III 186, consid. 5, JdT 2006 I 231).

<sup>108</sup> BOVAY (n. 88), p. 175.

<sup>109</sup> MOOR/POLTIER (n. 86), p. 293; AUER (n. 98), N 6.

L'art. 13 PA fait figure de correctif ou de corollaire à l'art. 12 PA en prévoyant l'obligation de collaborer des parties.<sup>110</sup>

### e) Le degré de la preuve

Le degré de la preuve (*Beweismass*) désigne le degré de certitude exigé pour qu'un fait constitutif de l'état de fait de la règle de droit soit considéré comme prouvé.<sup>111</sup> Le degré de la preuve est une question de droit matériel et se déduit de l'art. 8 CC.<sup>112</sup> Il peut varier pour chaque fait pertinent au sein d'une même règle de droit matériel.

En procédure civile, un fait ne doit en principe être considéré comme établi que s'il en a été donné une preuve complète ou absolue (*voller* ou *striker Beweis*), c'est-à-dire s'il est prouvé avec certitude (*Überzeugung*).<sup>113</sup> Pour que ce degré soit atteint, il n'est pas nécessaire que la certitude soit absolue, mais il faut que le tribunal n'ait pas de doutes sérieux. Il n'est, en revanche, pas suffisant que le fait soit hautement vraisemblable.<sup>114</sup>

Il existe trois exceptions à l'exigence de la preuve complète.<sup>115</sup> Premièrement, la loi se contente, dans des circonstances particulières, de la vraisemblance du fait (*Wahrscheinlichkeit*) en utilisant les termes «vraisemblable» ou «très probable».<sup>116</sup> Par exemple, la déclaration d'absence peut être prononcée lorsque le décès paraît «très probable» (art. 35 al. 1 CC).<sup>117</sup> Deuxièmement, la jurisprudence réduit aussi le degré de la preuve lorsque le fait est difficile à prouver par nature et admet la haute vraisemblance ou la vraisemblance prépondérante (*hohe* ou *überwiegende Wahrschein-*

<sup>110</sup> ATF 117 V 261, consid. 1 let. b; ég. BOVAY (n. 88), p. 178 s.

<sup>111</sup> HOHL (n. 81), N 1057; AMSTUTZ/KELLER/REINERT (n. 3), p. 116. Pour une analyse détaillée en droit administratif, cf. ég. SUTTER PETER, *Die Beweislastregeln unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Streitverfahrens*, Saint-Gall 1988. Pour une analyse détaillée en droit privé, cf. BERGER-STEINER (n. 107), *passim*.

<sup>112</sup> BERGER-STEINER (n. 107), p. 116 ss; HOHL (n. 81), N 1058, citant l'ATF 115 II 440, consid. 6, JdT 1990 I 362.

<sup>113</sup> STEINAUER (n. 85), N 666. La doctrine et la jurisprudence utilisent également les termes de «*strenger Beweis*» et de «*sicherer Beweis*» (cf. HOHL FABIENNE, *Le degré de la preuve dans les procès au fond*, in: Christoph Leuenberger [édit.], *Der Beweis im Zivilprozess – La preuve dans le procès civil*, Berne 2000, p. 130).

<sup>114</sup> STEINAUER (n. 85), N 666, avec les références; cf. ég. BERGER-STEINER (n. 107), p. 292, qui considère qu'il y a preuve complète dès que le degré de vraisemblance dépasse 90 %.

<sup>115</sup> STEINAUER (n. 85), N 668, avec les références.

<sup>116</sup> HOHL (n. 81), N 1065.

<sup>117</sup> STEINAUER (n. 85), N 670; cf. ég. HOHL (n. 113), p. 130 qui cite d'autres ex. où le législateur fédéral a utilisé indifféremment les termes de «vraisemblables» ou de «très probables» (art. 260b al. 2 CC, art. 262 al. 3 CC, art. 697b al. 2 CO).

lichkeit).<sup>118</sup> Ce degré de la preuve est atteint si «d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération».<sup>119</sup> Il ne suffit pas que le juge considère le fait uniquement comme possible, voire comme quelque peu vraisemblable.<sup>120</sup> L'exemple le plus célèbre de réduction du degré de la preuve concerne l'établissement de la causalité naturelle.<sup>121</sup> Troisièmement, pour les mesures provisionnelles, le droit de procédure (et pas le droit de fond) exige uniquement la vraisemblance (*Glaubhaftmachung*; art. 261 al. 1 CPC): un fait est vraisemblable lorsqu'il est rendu probable, sans pour autant que la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement soit exclue.<sup>122</sup> Par conséquent, cette dernière vraisemblance se contente d'un degré de certitude fortement réduit (conviction supérieure à 50 %) par rapport à la (haute) vraisemblance (*[hohe] Wahrscheinlichkeit*) exigée pour la preuve du droit de fond (conviction largement supérieure à 50 %).<sup>123</sup>

En procédure administrative fédérale, on fait généralement une distinction entre la procédure ordinaire, d'une part, et les mesures provisionnelles, d'autre part.<sup>124</sup> Dans le premier cas, les autorités administratives doivent être certaines (*Überzeugung*) de l'existence du fait en question.<sup>125</sup> Notons également que, dans certaines matières comme le droit des assurances sociales, la jurisprudence se contente de la «vraisemblance prépondérante» (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*).<sup>126</sup> En revanche, s'agissant des mesures provisionnelles, la simple vraisemblance (*Glaubhaftmachung*) est suffisante.<sup>127</sup> La distinction entre vraisemblance prépondérante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*) et simple vraisemblance (*Glaubhaftmachung*) est la même

<sup>118</sup> STEINAUER (n. 85), N 672 ss, avec les références; cf. ég. ATF 133 III 81, consid. 4.2.2, JdT 2007 I 309.

<sup>119</sup> ATF 133 III 81, consid. 4.2.2, JdT 2007 I 309; BOHNET (n. 87), p. 252. Eg. BERGER-STEINER (n. 107), p. 260 ss; HOHL (n. 113), p. 137; AMSTUTZ/KELLER/REINERT (n. 3), p. 117 note 41.

<sup>120</sup> ATF 98 II 231, consid. 5.

<sup>121</sup> HOHL (n. 81), N 1070, citant l'ATF 113 Ib 420, consid. 3, JdT 1989 I 26; pour d'autres exemples, cf. HOHL (n. 113), p. 130 ss.

<sup>122</sup> ATF 131 III 473, consid. 2.3, JdT 2005 I 305; BOHNET (n. 87), p. 259.

<sup>123</sup> HOHL (n. 81), N 1061; AMSTUTZ/KELLER/REINERT (n. 3), p. 117.

<sup>124</sup> KRAUSKOPF/EMMENEGGER (n. 98), N 213.

<sup>125</sup> KRAUSKOPF/EMMENEGGER (n. 98), N 214; cf. aussi ATF 114 II 91, consid. 3, JdT 1988 I 310, dans lequel le TF a jugé qu'était suffisant «*ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit, dass keine vernünftigen Zweifel bleiben*».

<sup>126</sup> ATF 119 V 7, consid. 3.c.bb; ATF 121 V 204, consid. 6.b; ATF 134 V 109, consid. 9.5. Eg. AMSTUTZ/KELLER/REINERT (n. 3), p. 118; KRAUSKOPF/EMMENEGGER (n. 98), N 216.

<sup>127</sup> KRAUSKOPF/EMMENEGGER (n. 98), N 215; cf. aussi ATF 126 III 257, consid. 4b, JdT 2001 I 38.

qu'en droit privé. Notons enfin qu'en droit pénal, le Tribunal fédéral exige constamment une preuve complète (*voller Beweis*).<sup>128</sup>

## f) Le fardeau de la preuve

Dans une procédure, si un fait ne peut être prouvé, une partie doit nécessairement supporter les conséquences de cette absence, avec pour conséquence la perte du procès: on dit qu'elle supporte le fardeau (objectif) de la preuve (*objektive Beweislast*).<sup>129</sup>

Selon la jurisprudence<sup>130</sup> et la doctrine dominante,<sup>131</sup> la répartition de principe du fardeau de la preuve découle de l'art. 8 CC.<sup>132</sup> Cette disposition a une portée dépassant le champ d'application du droit privé fédéral: la règle qu'il exprime peut être notamment appliquée comme principe général de droit public.<sup>133</sup> Par conséquent, l'art. 8 CC s'applique tant en procédure civile fédérale qu'en procédure administrative fédérale.

Il existe néanmoins deux types de dispositions dérogeant à l'art. 8 CC. Premièrement, il y a celles qui allègent le fardeau de la preuve (*Beweislasterleichterung*): ce sont les présomptions légales (qui permettent d'éviter les conséquences de l'absence de preuve d'un fait difficile à démontrer en autorisant la preuve d'un fait-prémisse plus facile à établir; p.ex. art. 16 al. 2 CO), les présomptions de faits ou présomption de l'homme (qui permettent au juge, en se fondant sur son expérience générale de la vie et sans être lié par une règle juridique, de retenir l'existence d'un fait non prouvé sur la base d'un autre fait prouvé) ainsi que les fictions (qui sont des présomptions légales irréfragables; p.ex. art. 156 CO).<sup>134</sup> Deuxièmement, il y a des règles renversant purement et simplement le fardeau de la preuve (*Beweislastumkehr*) en prévoyant que certains faits sont légalement considérés comme établis jusqu'à preuve du contraire: la partie devant en principe supporter le fardeau de la preuve n'a même pas à prouver de fait-prémisse (p.ex. art. 17 CO qui dispense le créancier d'établir la cause de l'obligation).<sup>135</sup>

---

<sup>128</sup> AMSTUTZ/KELLER/REINERT (n. 3), p. 118, citant l'ATF 121 V 204, consid. 6.

<sup>129</sup> HOHL (n. 81), N 1163.

<sup>130</sup> ATF 122 III 219, consid. 3c, JdT 1997 I 246.

<sup>131</sup> HOHL (n. 81), N 1166.

<sup>132</sup> PIOTET (n. 103), N 30.

<sup>133</sup> PIOTET (n. 103), N 24; KRAUSKOPF/EMMENEGGER (n. 98), N 6; cf. ég. AUER (n. 98), N 16.

<sup>134</sup> STEINAUER (n. 85), N 643.

<sup>135</sup> STEINAUER (n. 85), N 644.

### III. La preuve lors d'un abus de position dominante

#### 1. Les sources

Etant donné que les dispositions de droit matériel de la LCart peuvent s'appliquer aussi bien en procédure administrative (art. 18 ss LCart) que dans un procès civil (art. 12 ss LCart), il faut distinguer deux types de règles sur la preuve.

En procédure administrative, l'art. 39 LCart prévoit que la PA est applicable, dans la mesure où le droit des cartels ne contient pas de dispositions qui y dérogent.<sup>136</sup> Il y a donc trois possibilités: premièrement, la LCart n'aborde pas une question et c'est la PA qui s'applique; deuxièmement, la LCart traite d'une question et sa solution est la même que la PA: c'est la PA qui prévaut; troisièmement, la LCart apporte une réponse différente de la PA: c'est la LCart qui est pertinente.<sup>137</sup>

En procédure civile, les dispositions du CPC s'appliquent aux actions fondées sur l'art. 12 LCart et intentées par une entreprise victime d'un abus de position dominante.<sup>138</sup>

#### 2. L'objet de la preuve

La preuve porte sur les faits pertinents. L'art. 7 LCart et les autres dispositions pertinentes de la LCart (p.ex. art. 4 al. 2 LCart) présentent la particularité de contenir relativement peu d'éléments de fait parmi les éléments constitutifs de l'énoncé de fait légal. Ces dispositions contiennent par contre un grand nombre de notions juridiques indéterminées (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), telles que la position dominante, l'abus, la distorsion de concurrence ou les motifs justificatifs.<sup>139</sup> Il est difficile

---

<sup>136</sup> CARRON BENOÎT, Commentaire de l'art. 39 LCart, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (édit.), Commentaire Romand du droit de la concurrence, Genève/Bâle/Zurich 2002, N 9, qui précise également qu'il faut avoir une décision au sens de l'art. 5 PA pour que la PA s'applique.

<sup>137</sup> BILGER STEFAN, Remarques préliminaires aux art. 39–44, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010, N 17.

<sup>138</sup> HÄRTSCH THEODOR, Commentaire de l'art. 5 CPC, in: Baker & McKenzie (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Zurich 2010, N 10; pour un ex. ATF 130 II 521, consid. 2.9, RDAF 2005 I 707.

<sup>139</sup> TAF, DPC 2009/1, p. 97 ss, Urteil vom 12. Februar 2009 Swisscom (Schweiz) AG gegen Sunrise Communications AG, Eidg. Kommunikationskommission ComCom betr. Zugang zum schnellen Bitstrom, consid. 7.4. Eg. BILGER STEFAN, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, thèse, Fribourg 2002, p. 304.

de déterminer *a priori* et *in abstracto* quels faits pertinents permettent de démontrer que ces éléments constitutifs sont remplis.

Dans le cadre d'un abus de position dominante, les faits pertinents sont d'une part ceux établissant un élément constitutif de l'état de fait légal. Par exemple, démontrer que l'entité visée par la procédure est une société économiquement indépendante et active sur le marché permet de prouver le premier élément constitutif de l'abus, à savoir l'existence d'une entreprise au sens de l'art. 2 LCart. D'autre part, les faits pertinents sont ceux faisant partie des tests développés en vue d'établir un abus de position dominante. Par exemple, lorsqu'il s'agit de prouver le deuxième élément constitutif de l'art. 7 LCart – la position dominante de l'entreprise visée – les faits pertinents sont notamment les parts de marché détenues par celle-ci, par ses concurrents et par ses partenaires commerciaux ainsi que différents indices pris en compte dans le test servant à identifier l'état de la concurrence et la capacité de l'entreprise visée de se comporter de manière indépendante sur le marché pertinent.<sup>140</sup>

En droit administratif, la maxime inquisitoire (cf. art. 12 PA en relation avec l'art. 39 LCart) est applicable. Par conséquent, la totalité des faits pertinents constituent l'objet de la preuve.

En droit privé des cartels, la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) s'applique pleinement. Par conséquent, le juge ne va administrer la preuve que sur les faits pertinents qui sont correctement allégués, suffisamment motivés, non notoires et contestés par la partie adverse.

En relation avec l'art. 7 al. 2 LCart et contrairement à ce que certains affirment,<sup>141</sup> le demandeur doit prouver l'ensemble des faits nécessaires pour établir les éléments constitutifs de l'abus de position dominante. Il est ainsi incorrect d'admettre l'existence d'une présomption (légale ou de fait) selon laquelle la preuve d'un comportement décrit à l'art. 7 al. 2 LCart suffirait pour présumer son caractère abusif et de se contenter d'exiger du demandeur qu'il prouve les faits-prémisses de cette (prétendue) présomption. Ainsi, le demandeur désireux d'établir l'existence d'une transaction couplée illicite (art. 7 al. 2 let. f LCart) doit non seulement établir la présence de deux biens distincts et le fait de subordonner l'acquisition d'un bien à celui d'un autre bien, mais également les faits établissant la distorsion à la concurrence et, si le défendeur dominant fait valoir des motifs justificatifs, ceux qui lui

---

<sup>140</sup> Cf. ég. ch. I.2.c) ci-dessus.

<sup>141</sup> JACOBS RETO/GIGER GION, Remarques liminaires aux art. 12–17, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010, N 137.

permettent de démontrer que les effets anticoncurrentiels sont plus importants que les gains d'efficience.

### 3. Le mode de preuve

La preuve des faits pertinents d'un abus de position dominante peut être rapportée soit directement, soit indirectement au moyen d'indices.

Par exemple, la production d'un titre provenant des négociations contractuelles entre les parties et démontrant que le vendeur dominant a imposé à l'acheteur une clause prévoyant l'achat simultané des produits A et B est une preuve directe du second élément constitutif de la transaction couplée.<sup>142</sup> Au contraire, l'utilisation des pièces comptables de l'entreprise dominante (p.ex. les factures adressées par celle-ci à ces clients) en vue d'établir la combinaison forcée des produits A et B constitue une preuve indirecte de cette imposition.<sup>143</sup>

La nature des éléments constitutifs de l'art. 7 al. 1 LCart rend en principe difficile la preuve directe. Par conséquent, ceux qui sont en charge de la preuve recourent régulièrement à des indices. Par exemple, l'existence d'une position dominante ne peut s'établir selon la pratique actuelle que de cette manière: on analyse tour à tour la concurrence actuelle, la concurrence potentielle, le pouvoir de marché des partenaires commerciaux et, selon les circonstances, d'autres indices.<sup>144</sup>

Vu le nombre important d'imprécisions figurant dans la littérature et la jurisprudence de droit des cartels,<sup>145</sup> il nous semble important de souligner la différence entre le mode de preuve et le degré de la preuve. Le premier concept vise à déterminer comment on peut prouver un fait: en droit des cartels, aussi bien la preuve

---

<sup>142</sup> Cf. ch. I.3.c) ci-dessus.

<sup>143</sup> Pour un autre exemple distinguant la preuve directe et indirecte de l'existence de deux biens distincts (premier élément constitutif particulier d'une transaction couplée), cf. AMSTUTZ/CARRON (n. 2), N 529.

<sup>144</sup> P.ex. Comco, DPC 2010/1, p. 116 ss, Preispolitik Swisscom ADSL, pts 35 ss. Cf. ég. ch. I.2.c) ci-dessus.

<sup>145</sup> P.ex. KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 93), N 618 qui, dans un paragraphe consacré au degré de la preuve (*Beweismass*), opposent un degré de la preuve (la certitude, «*striker Beweis*») à la preuve par indice («*auf indirektem Wege mit Hilfe von Indizien*»). Eg. CoRe, DPC 2005/1, p. 183 ss, Betonsan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko, consid. 8.1 dont la formulation est ambiguë («*Der Indizienbeweis gilt im Zivilverfahren als erbracht, wenn die Summe der Wahrscheinlichkeitsgrade der vorgebrachten Indizien weit über 50% liegt [...]*»).

directe que la preuve indirecte (par indices) sont admissibles.<sup>146</sup> Le second concept cherche à définir le degré de certitude exigé pour qu'un fait allégué soit considéré comme prouvé. Le degré de la preuve est donc indépendant du mode de preuve utilisable: la certitude, la haute vraisemblance ou la vraisemblance peuvent être chacune rapportées soit par preuve directe, soit par preuve indirecte (indice ou faisceau d'indices).<sup>147</sup>

#### 4. Les moyens de preuve

En procédure administrative, les autorités peuvent recourir aux moyens de preuve listés de manière non exhaustive à l'art. 12 PA (par renvoi de l'art. 39 LCart), à savoir les documents, les renseignements des parties, les renseignements ou témoignages de tiers, les visites des lieux et les expertises. En pratique, les moyens de preuve auxquels les autorités de la concurrence recourent le plus régulièrement sont les renseignements obtenus de l'entreprise dominante, de ses partenaires commerciaux ou des concurrents au moyen de questionnaires (cf. art. 12 let. b et c PA).<sup>148</sup>

En sus, la LCart prévoit des moyens de preuve ou des moyens de récolter des preuves inconnus de la PA.<sup>149</sup> Premièrement, l'art. 40 LCart permet aux autorités de la concurrence d'exiger des renseignements de l'entreprise prétendument dominante ainsi que de la part de tout tiers concerné plus facilement que selon la PA.<sup>150</sup> Sur cette base, la pratique a développé les «*hearings*» consistant à convoquer les participants à la procédure pour un interrogatoire direct mené par des représentants de l'autorité de la concurrence.<sup>151</sup> Deuxièmement, en vertu de l'art. 41 LCart, les autorités de la concurrence peuvent demander une entraide administrative aux services de la Confédération et des cantons qui sont tenus de coopérer et de mettre à dispo-

---

<sup>146</sup> Cf. ch. II.2.b) ci-dessus.

<sup>147</sup> AMSTUTZ/KELLER/REINERT (n. 3), p. 116, en citant HOHL FABIENNE, Le degré de la preuve dans les procès au fond, in: Yvo Schwander/Walter A. Stoffel (édit.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht: Festschrift für Oskar Vogel, Fribourg 1991, p. 151.

<sup>148</sup> P.ex. Comco, DPC 2008/3, p. 385 ss, Publikationen von Arzneimittelinformationen, pts 19 et 29.

<sup>149</sup> Pour plus de détails, cf. BILGER (n. 139), p. 238 ss.

<sup>150</sup> Pour plus de détails sur les différences avec la PA, cf. ch. III.5 ci-dessus.

<sup>151</sup> P.ex. ReCo, DPC 1998/4, p. 655 ss, Beschwerdeentscheid der REKO/WEF in Sachen X. AG, consid. 3.3.2, qui renvoie toutefois à l'art. 12 let. c PA et pas à l'art. 40 LCart. A ce sujet, cf. BILGER STEFAN, Commentaire de l'art. 40, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010, N 11.

sition les pièces nécessaires.<sup>152</sup> Troisièmement, l'art. 42 LCart prévoit que les autorités de la concurrence peuvent contraindre une partie à faire une déposition.<sup>153</sup> Cette possibilité va au-delà des renseignements prévus à l'art. 12 let. b PA dans la mesure où la partie dépose sous la menace des sanctions pénales de l'art. 306 et 309 CP.<sup>154</sup> Quatrièmement, la même disposition autorise les autorités de la concurrence à ordonner des perquisitions et à saisir des pièces à conviction aux conditions prévues aux art. 45 à 50 DPA.<sup>155</sup> A notre connaissance, une telle mesure n'a encore jamais été mise en œuvre lorsque seul un abus de position dominante était soupçonné. Cinquièmement, sur la base de l'art. 30 al. 2 LCart, la Comco peut auditionner elle-même les participants à l'enquête avant de prendre une décision.<sup>156</sup>

Le fait que l'abus de position dominante soit un comportement punissable au sens de l'art. 49a al. 1 LCart a des conséquences sur l'admissibilité et le caractère obligatoire de certains moyens de preuve. D'une part, les moyens de preuve tirés de l'art. 40 LCart (renseignement de l'entreprise dominante) et de l'art. 42 LCart (déposition de l'entreprise dominante) sont à notre avis illicites si les autorités de la concurrence envisagent d'imposer une sanction, car ils violent le principe n'obligeant personne à s'auto-incriminer (*nemo tenetur se ipsum accusare*) tel que défini par la CEDH.<sup>157</sup> D'autre part, l'audition de l'entreprise dominante par la Comco prévue à l'art. 30 al. 2 LCart n'est plus une faculté mais devient obligatoire afin de respecter les principes d'immédiateté et d'accusation découlant eux aussi de la CEDH.<sup>158</sup>

En droit privé des cartels, les parties peuvent offrir uniquement les moyens de preuve figurant dans la liste exhaustive de l'art. 168 al. 1 CPC, à savoir le témoi-

---

<sup>152</sup> P.ex. Comco, DPC 2010/1, p. 116 ss, Preispolitik Swisscom ADSL, pt 10 (demande adressée à l'OFCOM).

<sup>153</sup> P.ex. ReCo, DPC 1998/4, p. 655 ss, Beschwerdeentscheid der REKO/WEF in Sachen X. AG, consid. 2.

<sup>154</sup> BANGERTER SIMON, Commentaire de l'art. 42, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010, N 12 s.

<sup>155</sup> Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0).

<sup>156</sup> P.ex. Comco, DPC 2007/2, p. 241 ss, Terminierung Mobilfunk, pts 22 et 26.

<sup>157</sup> Cf. art. 6 al. 2 CEDH. Dans le même sens, NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, Remarques liminaires aux art. 49a–53, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010, N 255 ss, qui mentionne aussi des opinions contraires (N 258). Cf. ég. Comco, DPC 2010/1, p. 116 ss, Preispolitik Swisscom ADSL, pts 337 ss; BANGERTER (n. 154), N 17 ss.

<sup>158</sup> Dans ce sens, ZIRLICK/TAGMANN (n. 19), N 46 s. et les références contenues.

gnage, les titres, l'inspection, l'expertise, les renseignements écrits et l'interrogatoire et la déposition de partie.<sup>159</sup>

On peut encore se demander si des extraits ou la totalité du dossier de la procédure administrative sont des moyens de preuve recevables dans une procédure civile. A notre avis, il faut répondre positivement, dans la mesure où le dossier administratif ou une partie de celui-ci constitue un titre recevable. Toutefois, il convient de souligner qu'en procédure administrative, l'accès au dossier est réservé uniquement aux entreprises possédant la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA; celle des tiers participant à l'enquête au sens de l'art. 43 LCart ne suffit pas. Or, les partenaires commerciaux et les concurrents de l'entreprise dominante visée par la procédure n'obtiennent que rarement le statut de parties:<sup>160</sup> ils doivent en effet remplir les conditions de l'art. 48 al. 1 let. a et b PA, c'est-à-dire être spécialement atteints par la décision attaquée (et pas seulement par l'abus de position dominante) et avoir un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. En outre, l'art. 25 LCart soumet la Comco au secret de fonction et l'oblige à protéger les secrets d'affaires. Enfin, si une entreprise dominante transmet des moyens de preuve lors d'une demande de bonus au sens de l'art. 49a al. 2 LCart et que ceux-ci pourraient tomber dans les mains d'un potentiel demandeur dans un procès civil, la Comco doit à notre avis refuser l'accès à ces moyens de preuve.<sup>161</sup>

## 5. La charge de la preuve

Le droit des cartels administratif a un contenu semblable au régime général de droit administratif déjà décrit: les autorités de la concurrence supportent la charge de la preuve.<sup>162</sup> Toutefois, l'art. 40 LCart prévoit une obligation de renseigner, notamment «pour les entreprises puissantes sur le marché [...] ainsi que pour les tiers concernés». Cette obligation diffère de l'obligation de collaborer prévue à l'art. 13 PA pour les raisons suivantes. Premièrement, le cercle de ses destinataires est plus large: ce ne sont pas uniquement les parties mais toute partie concernée. Deuxièmement, cette obligation existe même si aucune procédure administrative n'est ouverte ou pendante. Par conséquent, l'art. 40 LCart prévoit une obligation de renseigner ou de révéler plus étendue que celle contenue à l'art. 13 al. 1 let. c PA.

---

<sup>159</sup> Cf. ch. II.2.c) ci-dessus.

<sup>160</sup> BILGER STEFAN, Commentaire de l'art. 43, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (édit.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010, N 7 et 21 ss.

<sup>161</sup> Du même avis, JACOBS/GION (n. 141), N 28.

<sup>162</sup> Cf. ch. II.2.d) ci-dessus.

On peut rajouter deux précisions:

1° La punissabilité de l'abus de position dominante prévue à l'art. 49a al. 1 LCart remet en cause l'admissibilité de l'obligation de renseigner de l'art. 40 LCart en raison du principe *nemo tenetur se ipsum accusare*.<sup>163</sup> Par conséquent, si l'autorité envisage d'imposer une sanction à l'entreprise dominante, elle ne peut à notre avis pas lui demander de lui fournir des renseignements.

2° En vertu de la maxime inquisitoire, les autorités de la concurrence supportent en principe la charge de la preuve, même pour les motifs justificatifs.<sup>164</sup> Dans ce cas toutefois, l'entreprise dominante doit collaborer plus activement pour fournir les faits établissant de tels motifs, car cette démarche ne revient pas à s'auto-incriminer, mais au contraire à étayer la licéité du comportement en question.<sup>165</sup>

Un procès civil consacré à un abus de position dominante ne présente pas de particularités par rapport au régime général: ce sont les parties, et non le tribunal, qui supportent la charge de la preuve.

## 6. Le degré de la preuve

La procédure administrative fédérale ordinaire exige en principe le degré de la certitude (preuve complète; *voller Beweis*). Afin de ne pas mettre en péril la fonction matérielle du droit des cartels, la jurisprudence s'exprime toutefois en faveur d'un allègement pour les états de fait visés par la LCart. Le TAF souligne qu'il ne faut pas poser des exigences exagérées en raison de la complexité des états de fait économiques; il précise en outre qu'en raison des interdépendances multiples et complexes des comportements pertinents d'un point de vue économique, la certitude n'est souvent pas un degré de la preuve adapté.<sup>166</sup> Cet avis est confirmé dans un arrêt traitant explicitement de la preuve de la position dominante: «*In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist nicht ein Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen; vielmehr hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszu-*

---

<sup>163</sup> Cf. ég. ch. III.4 ci-dessus.

<sup>164</sup> Dans le même sens, pour les motifs justificatifs de l'art. 5 al. 1 et 2 LCart, KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 93), N 633.

<sup>165</sup> Dans ce sens, GRISEL CLÉMENCE, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, thèse, Fribourg 2008, N 158; KRAUSKOPF/EMMENEGGER (n. 98), N 6.

<sup>166</sup> TAF, DPC 2009/1, p. 97 ss, Urteil vom 12. Februar 2009 Swisscom (Schweiz) AG gegen Sunrise Communications AG, Eidg. Kommunikationskommission ComCom betr. Zugang zum schnellen Bitstrom, consid. 7.4, et les références doctrinales contenues.

*gehen ist, und diesen Entscheid zu begründen. An die Begründungsdichte sind hohe Anforderungen zu stellen [...]».*<sup>167</sup> Cette pratique repose sur un point de vue déjà proposé par RICHLI il y a plusieurs années.<sup>168</sup>

Dans une analyse ayant trait au degré de la preuve en relation avec l'art. 4 al. 1 LCart, le jubilaire faisait les constatations suivantes, qui n'ont rien perdu de leur pertinence et sont applicables par analogie à l'abus de position dominante.<sup>169</sup> Premièrement, on constate que les tribunaux rejettent le degré de la certitude sans toutefois définir celui qui est applicable. Deuxièmement, la réduction du degré de la preuve facilite le travail des autorités de la concurrence, qui pourront plus facilement établir que les éléments constitutifs de l'abus de position dominante sont réunis. Par conséquent, le risque d'une décision erronée de la part de l'autorité augmente (erreur dite de type I): en effet, si celle-ci admet un fait lorsqu'elle est convaincue à 80 % (au lieu de 100 %), l'entreprise visée va statistiquement supporter les coûts d'une décision erronée dans 20 % des cas. Plus les conséquences d'une décision erronée sont graves (p.ex. sous forme de perte d'efficacité ou de sanctions), plus le transfert des risques opéré par l'abaissement du degré de la preuve affecte l'entreprise en question, voire la concurrence efficace (en raison des coûts inutiles découlant de la régulation). Troisièmement, il faut fixer le degré de la preuve en fonction du caractère plus ou moins grave des conséquences d'une décision erronée. Concrètement, il convient d'exiger au minimum la haute vraisemblance et de ne pas accepter un degré de la preuve inférieur.<sup>170</sup> En outre, lorsque les autorités de la concurrence veulent sanctionner un abus de position dominante sur la base de l'art. 49a al. 1 LCart, il faut exiger la certitude (*Vollbeweis*) pour les raisons suivantes: premièrement, c'est le degré de la preuve prévu en droit pénal et les sanctions directes revêtent une telle nature; deuxièmement, cette distinction entre l'art. 49a LCart et l'art. 7 LCart tient compte des buts différents de ces dispositions, à savoir la prévention (et la punition) pour la première alors que la seconde vise la protection (voire le rétablissement) d'une concurrence efficace.

---

<sup>167</sup> TAF, DPC 2010/2, p. 329 ss, Urteil vom 27. April 2010 i.S. Publigroupe SA und Mitbeteiligte gegen Wettbewerbskommission (WEKO) betreffend Entschädigung für die Vermittlung von Inseraten in Printmedien (direkte Sanktion nach Kartellgesetz), consid. 6.1.

<sup>168</sup> RICHLI PAUL, Kartellverwaltungsverfahren, in: Roland von Büren/Lucas David (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, tome V/2: Kartellrecht, Bâle 2000, p. 454 («im Kartellverwaltungsverfahren [dürfen] an das Beweismass angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sachverhalte keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden»).

<sup>169</sup> AMSTUTZ/KELLER/REINERT (n. 3), p. 119.

<sup>170</sup> Pour une description des différents degrés de la preuve, cf. ch. II.2.e) ci-dessus.

Ces réflexions sont aussi applicables en droit privé des cartels. Par conséquent, le degré de la preuve exigé par un tribunal civil doit être celui de la haute vraisemblance. Les dommages-intérêts, le tort moral ou la remise du gain que peut être amené à payer le défendeur dominant n'ont en effet pas un caractère punitif.

## 7. Le fardeau de la preuve

On l'a vu,<sup>171</sup> les comportements relevant de l'art. 7 LCart produisent des effets concurrentiels ambigus, de telle sorte qu'il est souvent difficile d'établir tous les éléments constitutifs de l'abus de position dominante – en particulier la position dominante, la distorsion de la concurrence, l'existence de motifs justificatifs et, en cas de gains d'efficience, le fait que ces derniers soient suffisamment importants pour que les consommateurs ne subissent pas un préjudice net dans leur bien-être – en respectant le degré de la preuve exigé. Par conséquent, l'issue d'une procédure administrative ou civile dépend régulièrement de la répartition du fardeau objectif de la preuve.<sup>172</sup>

En procédure civile, le demandeur supporte le fardeau de la preuve des faits relatifs aux éléments constitutifs suivants: l'existence d'une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1<sup>bis</sup> LCart, la délimitation du marché pertinent, la détention d'une position dominante, la distorsion de la concurrence, et les éléments constitutifs particuliers des comportements décrits à l'art. 7 al. 2 LCart.<sup>173</sup>

En ce qui concerne les motifs justificatifs, la pratique actuelle consiste à faire supporter le fardeau de la preuve au défendeur.<sup>174</sup> A notre avis, il faut nuancer et distinguer les quatre éléments nécessaires pour admettre un motif justificatif, à savoir: l'aptitude à produire les gains d'efficacité, l'absence de comportements moins dommageables produisant des gains d'efficacité identiques (nécessité), le solde positif sur le bien-être des consommateurs et l'absence de suppression de la concurrence dans une partie substantielle du marché.<sup>175</sup> Pour la première catégorie (l'aptitude),

---

<sup>171</sup> Cf. ch. I.1 ci-dessus.

<sup>172</sup> Dans le même sens, pour l'art. 5 LCart, KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 93), N 622.

<sup>173</sup> Dans le même sens, mais peu précis, JACOBS/GION (n. 141), N 134.

<sup>174</sup> JACOBS RETO, *Zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts*, in: Roger Zäch (édit.), *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2006, p. 209 ss, p. 216; LANG CHRISTOPHER, *Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, thèse, Berne 2000, p. 154. Dans le même sens, pour l'art. 5 LCart, KRAUSKOPF/SCHALLER (n. 93), N 639.

<sup>175</sup> Cf. ch. I.2.d) ci-dessus.

le défendeur supporte le fardeau de la preuve. En vertu de l'art. 8 CC et du principe *negativa non sunt probanda* qui en découle, on ne peut en effet exiger du demandeur qu'il prouve l'absence de gains d'efficacité.<sup>176</sup> Pour la seconde (absence de comportements moins dommageables) et la quatrième (absence de suppression de la concurrence dans une partie substantielle du marché), c'est au demandeur de supporter le fardeau de la preuve. Toujours en vertu du même principe de l'art. 8 CC, on ne peut donc exiger du défendeur qu'il apporte ces preuves négatives. Enfin, pour la troisième condition (solde positif sur le bien-être des consommateurs), le fardeau de la preuve doit reposer à notre avis sur les épaules du demandeur. En effet, vu le paradoxe de l'abus de position dominante et la complexité à pouvoir comparer les effets pro- et anticoncurrentiels d'un comportement, il est économiquement justifié de ne pas adopter une règle de répartition du fardeau de la preuve tendant à l'interdiction du comportement. Dans le cadre des transactions couplées, cette répartition est d'ailleurs conforme aux résultats de l'analyse économique: celle-ci nous enseigne que ce comportement ne provoque des effets anticoncurrentiels que dans des hypothèses strictes et rarement réunies en pratique et qu'il permet en principe de réaliser des gains d'efficacité importants.<sup>177</sup>

En résumé, le demandeur n'a premièrement pas à prouver l'absence de motifs justificatifs. Deuxièmement, si le défendeur ne fait pas valoir l'existence de motifs justificatifs ou s'il ne parvient pas à établir l'aptitude du comportement incriminé à produire des gains d'efficacité de manière suffisamment certaine, c'est lui qui supporte l'échec de la preuve. Par contre, si le défendeur parvient à prouver cette aptitude, c'est le demandeur qui subit l'échec de la preuve du caractère non nécessaire ou de la suppression de la concurrence sur une partie substantielle du marché.

En procédure administrative, il n'y a aucun motif pertinent de se distancer du raisonnement adopté ci-dessus pour la procédure civile. Une application par analogie entraîne la répartition suivante du fardeau de la preuve. L'autorité de la concurrence supporte le fardeau de la preuve pour les faits permettant d'établir l'existence d'une entreprise, de définir le marché pertinent, de constater la position dominante et de prouver la distorsion de la concurrence. En outre, lorsqu'elle examine un des comportements de l'art. 7 al. 2 LCart, l'autorité supporte le fardeau de la preuve relatif aux éléments constitutifs de ces dispositions (p.ex. la présence de deux biens distincts et la combinaison des biens couplant et couplé pour l'art. 7 al. 2 let. f LCart). En relation avec les motifs justificatifs, l'entreprise dominante supporte le fardeau

---

<sup>176</sup> JACOBS/GION (n. 141), N 137, qui ne distinguent toutefois pas les différentes conditions en vue d'admettre les motifs justificatifs.

<sup>177</sup> Cf. ch. I.3.c) ci-dessus.

de la preuve relatif à l'aptitude à produire des gains d'efficience. L'autorité de la concurrence supporte par contre le fardeau de la preuve relatif aux autres éléments, à savoir l'existence de comportements moins dommageables, le solde positif sur le bien-être des consommateurs et la suppression de la concurrence dans une partie substantielle du marché.

#### **IV. Conclusion**

Ma conclusion se veut à nouveau personnalisée, et orientée sur la théorie de la preuve. Lorsque nous terminions la rédaction du commentaire bâlois de l'art. 7 LCart, Marc et moi avons évoqué l'absence d'analyse concernant les aspects de la preuve. Nous avons prévu de combler cette lacune dès que possible. Même si aujourd'hui je porte bien entendu l'entière responsabilité des présentes réflexions (et donc le fardeau objectif y relatif), j'espère que certaines idées emporteront (à un degré suffisant) la conviction du jubilaire et qu'il me fera l'honneur de considérer leur éventuelle intégration dans la prochaine édition du commentaire. Enfin et avant tout, cher Marc, je souhaite que cette contribution soit l'expression sincère de ma reconnaissance et de mon attachement envers le scientifique, le collègue et l'ami.

