

Commentaire de l'article 4 alinéa 2 LCart

Art. 4

Définitions

² Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, 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).

Begriffe

² Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Definizioni

² Per imprese che dominano il mercato si intendono una o più imprese che per il tramite dell'offerta o della domanda sono in grado di comportarsi in modo ampiamente indipendente sul mercato rispetto agli altri partecipanti (concorrenti, fornitori o compratori).

Bibliographie

I.

a) *LCart*: BORER, KG, ad Art. 4 et 7; R. VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: von Büren/Cottier, Wettbewerbsordnung, p. 11 ss (*Wettbewerbsbeschränkungen*); DROLHAMMER, Wettbewerbsrecht, p. 63 ss; E. MARBACH, Die Fusionskontrolle im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: von Büren/Cottier, Wettbewerbsordnung, p. 115 ss (*Fusionskontrolle*); C. J. MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5-8 KG, in: Zäch, Kartellgesetz; R. RHINOW in: Aubert/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler, Constitution, ad art. 31^{bis} (Art. 31^{bis} aCst); M. RUFFNER, Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellgesetzrevision, in: Zäch/Zweifel, Kartellrechtsreform, p. 145 ss (*Grundlagen*); M. RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: Ruffner, Cartels, p. 834 ss (*Verhaltensweisen*); B. SCHMIDHAUSER, Nachfragemacht, in: Ruffner, Cartels, p. 847 ss; B. SCHMIDHAUSER in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, KG, ad Art. 4/7 (Art. 4/7 KG); W. STOFFEL, Das schweizerische Kartellgesetz 1996: Neues und Altes bei der Wachtablösung nach zehn Jahren, in: Stoffel, Cartels, p. 106 ss; R. WATTER/U. LEHMANN, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, in: Ruffner, Cartels, p. 855 ss (*Kontrolle*); H. WOHLMANN, Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht, in: Stoffel, Cartels, p. 22 ss (*Bekämpfung*); R. ZÄCH, Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, in: Meier-Schatz, Kartellgesetz, p. 117 ss (*Kontrolle*); ZÄCH, Kartellrecht, p. 193 ss; R. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David, Kartellrecht, p. 137 ss (*Verhaltensweisen*); R. ZÄCH/R. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Wettbewerbsrecht, p. 29 ss (*Markt*). *Eg.* M. AMSTUTZ, Oligopole, Fusionskontrolle und evolutorische Ökonomik, in: P. Forstmoser/H. C. von der Crone/R. H. Weber/D. Zobl (édit.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999, p. 193 ss (*Oligopole*); M. AMSTUTZ/M. REINERT, Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?, sic! 2005, p. 537 ss et 631 ss (*Relative Marktmacht*); M. BALDI/J. BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1998, p. 343 ss (*Kartellgesetz*); T. VON BALLMOOS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?, PJA 1999, p. 295 ss (*Marktbeherrschende*); C. BOVET, Les marchés publics face au droit de la concurrence, in: J.-B. Zufferey/H. Stöckli (édit.), Marchés publics 2010, Fribourg/Zurich 2010, p. 377 ss (*Marchés publics*); R. VON BÜREN, 9. Kapitel: Kartellrecht, in: M. M. Pedrazzini/R. von Büren/E. Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Berne 1998; P. CANDREIA, Konzern als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2007; E. CLERC,

L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, thèse Fribourg, Fribourg 1997 ; I. CHERPILLOD, La protection des investissements du distributeur contre la résiliation abusive, RDS 2011/1, p. 55 ss (*Protection*) ; P. DUCREY, Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte, in : P. Forstmoser/H. C. von der Crone/R. H. Weber/D. Zobl (édit.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999, p. 281 ss (*Einfluss*) ; E. E. GANZ, Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, Zurich 2004 ; F. VON GUNTEN, Das Policy-Konzept von Marktmacht und Wettbewerb, Die Unternehmung 1995/4, p. 225 ss ; R. A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, thèse Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2005 ; R. A. HEIZMANN, Relative Marktmacht, Überragende Marktstellung – eine Analyse nach sechs Jahren Praxis, recht 2010, p. 172 ss ; K. HOFSTETTER/R. SCHILTKNECHT, Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, RSJ 1997, p. 121 ss (*Fusion*) ; B. HÜBSCHER/P. RIEDER, Die Bedeutung der « Essential facilities » – Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, sic ! 1997, p. 439 ss (*Facilities*) ; C. P. KELLEZI, Les mesures correctives dans les cas de concentration d'entreprises et d'abus de position dominante, thèse, Berne/Bruxelles/Paris 2010 (*Mesures correctives*) ; C. LÜSCHER, Marktbeherrschung nach der KG-Revision – Symbolakt oder auch (erweiterter) Ansatz der Effektivierung (relativen) Machtgleichgewichts zwischen Unternehmen ?, in : Jusletter du 14 février 2005 (*Marktbeherrschung*) ; C. LÜSCHER, Abhängigkeit als tatbestandliche Schranke der vertragfreiheit im Verhältniss zwischen Unternehmen ? Zur Frage des kartellrechtlichen Schutzes von « schwächeren » gegenüber « stärkeren » Unternehmen aus vertragsrechtlicher Perspektive, sic ! 2010, p. 310 ss ; A. MEIER-HAYOZ, Der Konzern im Kartellrecht, in : A. Meier-Hayoz (édit.), Der Konzern, rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht vol. 8, Halbband 6, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997, p. 359 ss (*Kartellrecht*) ; M. MEINHARDT/J. BISCHOF, Nachfragemacht nach revidiertem Kartellrecht, in : Jusletter du 17 octobre 2005 (*Nachfragemacht*) ; A. PALASTHY, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), PJA 2000, p. 298 ss (*Verweigerung*) ; K. SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht – Die « Essential Facility »-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, thèse, Berne 1998 (*Wettbewerb*) ; B. SCHMIDHAUSER, Der Begriff der « mehreren Unternehmen » im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, in : P. Forstmoser/H. C. Von der Crone/R. H. Weber/D. Zobl (édit.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zurich 1999, p. 429 ss (*Begriff*) ; F. X. STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, Kartellrechtliche Verhaltenskontrolle von urheberrechtlichen Märkten in der Schweiz, thèse, Zurich 2004 (*Urheberkartellrecht*) ; W. STOFFEL, Le droit suisse de la concurrence 1997 : les premières expériences avec la nouvelle LCart, RSDA 1997 p. 249 ss ; P. TERCIER/S. VENTURI, Les ententes illicites et l'abus de position dominante dans le nouveau droit suisse de la concurrence – Unlawful agreements, decisions and concerted practices and abuses of dominant position under the new Swiss law of competition, RDAI 1997, p. 67 ss (*Ententes*) ; S. VENTURI, L'abus de position dominante, in : Le nouveau droit suisse des cartels, séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires, 19 mars 1997, Genève 1997 (*Abus*) ; S. VENTURI/P. FAVRE, L'abus de position dominante en droit de la concurrence, FJS n° 337, 2007 (*Concurrence*) ; R. ZÄCH, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes – Rechtslage gemäss Kodak-Urteil und Revisionsvorschläge, sic ! 2000, p. 275 ss (*Kodak-Urteil*).

b) *aLCart-1962/1985* : G. HERTIG, Les accords d'exclusivité et de distribution, in : Zäch, Kartellgesetz/Grundlage, p. 47 ss ; HOMBURGER, KG, ad Art. 4 ; W. R. SCHLUEP in : Schürmann/Schluep, KG & PüG, ad Art. 4 (*Art. 4 KG*). **eg.** E. HOMBURGER, Recht und private Wirtschaftsmacht : Ein Versuch zur Erhellung wechselseitiger Bezüge, Zurich 1993 (*Wirtschaftsmacht*) ; W. R. SCHLUEP, « Wirksamer Wettbewerb », Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Berne/Stuttgart/Toronto 1987 (*Wettbewerb*) ; W. A. STOFFEL, L'application de la nouvelle LCart par la Commission fédérale des cartels : un premier bilan, RSDA 1992, p. 93 ss (*Application*).

II.

a) *Droit de l'Union européenne* : A. CAPOBIANCO, Collusion, Agreements and Concerted Practices : An Economic and Legal Perspective, in : Amato/Ehlermann/Kominos, Competition, p. 25 (*Collusion*) ; GOYDER/ALBORS-LLORENS, Competition ; JONES/SUFRIN, Competition ; KORAH, Competition-Guide ; MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, Concurrence ; MONTI, Competition ; RITTER/BRAUN, Competition ; ROTH/ROSE, Competition ; SOUTY, Concurrence ; S. STROUX, Article 82 EC – Dominance and Oligopolies, in : Amato/Ehlermann/Kominos, Competition, p. 209 ss (*Art. 82 EC*) ; VAN

BAEL & BELLIS, Competition ; WHISH, Competition ; ZÄCH, Wirtschaftsrecht. *Eg.* A. ALBERINI, Le transfert de technologies en droit communautaire de la concurrence – Mise en perspective, thèse Genève, Genève 2010 (*Transfert de technologie*) ; C. BELLAMY/G. D. CHILD, Common Market Law of Competition, 5^e éd., Londres 2001 (*Competition*) ; D. BERLIN, Contrôle des concentrations. Commentaire Mégret, IEE 2009 (*Contrôle*) ; J.-B. BLAISE/L. IDOT, Chronique – Concurrence, RTDE 1996, p. 747 ss (*Chronique*) ; BUNDESKARTELLAMT, Auslegungsgrundsätze zu Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle, Bonn 2000 (*Auslegungsgrundsätze*) ; D. CANGEMI, Contrôle des concentrations et position dominante collective, RMUE 1995/1, p. 113 ss ; P. CHEVALIER, Dominance sur un marché de produits secondaires, Competition Policy Newsletter n° 1, février 1998, p. 26 ss (*Dominance*) ; COMMISSION EUROPÉENNE, XXV^e Rapport sur la politique de concurrence – 1995, Bruxelles/Luxembourg 1996 ; COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission, du 15 octobre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE 1997 C 372, p. 5 ; C. W. FULLER, Article 86 : Economic Analysis of Dominant Position, 4 ELRev 1979, p. 423 ss (*Article 86*) ; M. GLAIS, Les concepts de « relevant market » et de « dépendance » économique au regard de l'article 86 du Traité de Rome, RMC 1987, p. 203 ss (*Dépendance*) ; B. E. HAWK, System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law, 32 CMLRev 1995, p. 973 ss (*System Failure*) ; R. Inderst/T. VALLETTI, A Tale of Two Constraints : Assessing Market Power in Wholesale Markets, 2 ECLR 2007, p. 84 ss ; J. JICKELI, Marktzutrittsschranken im EG-Kartellrecht (Teil 1), WuW 1992/2, p. 101 ss (*Teil 1*) ; J. JICKELI, Marktzutrittsschranken im EG-Kartellrecht (Teil 2), WuW 1992/3, p. 195 ss (*Teil 2*) ; E. KANTZENBACH/E. KOTTMAN/R. KRÜGER, New Industrial Economics and Experiences from European Merger Control : New Lessons about Collective Dominance ?, Etude pour la Commission européenne, DG IV – Concurrence, Luxembourg 1995 ; P. KELLEZI, Abuse Below the Threshold of Dominance ? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence, in : M.-O. Mackenrodt/B. Conde Gallego/S. Enchelmaier (édit.), Art. 82 EC : Abuse of Dominant Position : New Interpretation, New Enforcement Mechanism, Heidelberg 2008, p. 55 ss (*Economic Dependence*) ; K. KHEMANI/D. SHAPIRO, Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence, Paris, OCDE 1993 (*Glossaire*) ; J. MAITLAND-WALKER, Buyer Power, ECLR 2000, p. 170 ss (*Buyer Power*) ; F. MONTAG, Gewerbliche Schutzrechte, wesentliche Einrichtungen und Normung im Spannungsfeld zu Art. 86 EGV, EuZW 1997, p. 71 ss (*Schutzrechte*) ; P. NICOLAIDES, An Essay on Economics and the Competition Law of the European Community, LIEI 2000/27 n° 1, p. 7 ss (*Essay*) ; OCDE, Buying Power of Multiproduct Retailers, OECD Competition Policy Roundtable No 23, Paris 1999, DAFPE/CLP (99) 21 (*Buying Power*) ; OCDE, Background Note – Best Practice Roundtable on Oligopoly, Paris 1999, DAFPE/CLP (99) 25 (*Oligopoly*) ; N. PETIT, Oligopolies, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence, Bruxelles/Paris 2007 (*Oligopolies*) ; D. RIDYARD, Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance under the European Merger Regulation, ECLR 1994, p. 259 ss ; F. RITTNER, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6^e éd., Heidelberg 1999 (*Wettbewerbs- und Kartellrecht*) ; H. SCHRÖTER, Art. 86, in : C.-D. Ehlermann/R. Bieber (édit.), Handbuch des Europäischen Rechts, Baden-Baden 1999 (*Art. 86*) ; F. SOUTY, La politique de la concurrence trente ans après Chicago : principaux enseignements, in : J. Kruse/K. Stockmann/L. Vollmer (édit.), Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1997, p. 85 ss (*Chicago*) ; J. TEMPLE LANG, Some Current Problems of Applying Article 82 EC, in : C. Baudenbacher (édit.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 57 ss (*Article 82 EC*) ; P. TREACY, Essential Facilities – Is the Tide Turning, ECLR 1998, p. 501 ss (*Facilities*) ; M. VAN DER WOUDE/T. DUQUESNE, Abus de position dominante, Répertoire communautaire Dalloz, Paris 2000 (*Abus*) ; C. VELJANOVSKI, Markets without substitutes : substitution versus constraints as the key to market definition, 3 ELCL 2010, p. 122 ss ; J. VENIT, Two steps forward and no steps back : Economic analysis and oligopolistic dominance after *Kali&Salz*, CMLRev 1998, p. 1101 ss (*Oligopolistic*) ; M. WAELBROECK/A. FRIGNANI, Commentaire J. Mégret, Le droit de la CE, t. 4, Concurrence, 2^e éd., Bruxelles 1997 (*Commentaire*) ; D. WAELBROECK/P. IBÁÑEZ COLOMO, Comment on Case C-171/05, *Laurent Piau*, CMLRev 2006, p. 1743 ss (*Comment*).

b) *Droit allemand et français* : DECOCQ/DECOCQ, Concurrence ; EMMERICH, Kartellrecht ; FRISON-ROCHE/PAYET, Concurrence ; U. IMMENGA, Überragende Marktstellung und relative Marktmacht : Verhältnis zum revidierten wettbewerbsrecht der EU und Rechtsanwendungspraxis nach deutschem GWB, in : Zäch, Rev. Kartellgesetz, p. 113 ss ; U. LOEWENHEIM, Diskriminierungsverbot, Verbot unbilliger Behinderung § 20, in : Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht (*Diskriminierungsverbot*) ; K. MARKERT in : Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, ad § 20 GWB (*§ 20 GWB*). *Eg.* M. TAUBE, Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für « relativ marktstarke » Unternehmen, Berlin 2006 (*Diskriminierungs- und Behinderungsverbot*).

III.

AREEDA/TURNER/HOVENKAMP, Antitrust ; HOVENKAMP, Antitrust Enterprise ; VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, Antitrust. *Eg.* P. AREEDA, Essential Facilities : An Epithet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust L. J. 841 (1990) (*Facilities*) ; P. AREEDA/L. KAPLOW/A. EDLIN, Antitrust Analysis, New York 2004 ; R. H. BORK, The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself, Basic Books, New York, 1978 (*Antitrust*) ; R. E. CAVES/M.E. PORTER, From Entry Barriers to Mobility Barriers : Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition, 91 Quarterly Journal of Economics, p. 241 ss (*Competition*) ; E. FOX, Monopolization and Dominance in the United States and the European Community : Efficiency, Opportunity and Fairness, 61 Notre Dame L. Rev. 1986, p. 981 ss (*Monopolization*) ; D. FUDENBERG/J. TIROLE, The Fat-Cat Effect, The Puppy-Dog Ploy, and the Lean and Hungry Look, 74 Am. Econ. Rev. 361 (1984) (*Effect*) ; M. A. GLICK/D. J. CAMERON/D.G. MANGUM, Importing the Merger Guidelines market test in section 2 cases : potential benefits and limitations, 42 Antitrust Bulletin 1997, p. 121 ss (*Merger Guidelines*) ; D. A. J. GOLDFINE/K. M. VORRASI, The fall of the Kodak aftermarket doctrine : dying a slow death in the lower courts, Antitrust Law Journal, 2004 vol 72, p. 209 ss (*Aftermarket*) ; H. A. SHELANSKI/J.G. SIDA, Antitrust Divestiture in Network Industries, 68 U. Chi.L. Rev. 1 ss (*Divestiture*) ; W. G. SHEPHERD, Assessing « predatory » actions by market shares and selectivity, 31 Antitrust Bulletin 1986, p. 1 ss (*Market*) ; F. SOUTY, Entre « concurrence praticable » et contestabilité : les barrières à l'accès au marché dans les théories américaines de la politique de la concurrence, Revue de la concurrence et de la consommation, n° 80, juillet-août 1994, p. 43 ss (*Théories*).

IV.

BISHOP/WALKER, Competition ; MOTTA, Competition. *Eg.* W. J. BAUMOL/J. PANZER/R. WILLIG, Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure, New York 1988 (*Industry Structure*) ; S. BÜHLER/F. JAEGER, Einführung in die Industrieökonomik, St-Gall 2002 ; D. W. CARLTON/J. M. PERLOFF, Modern Industrial Organization, Boston 2000 (*Industrial Organization*) ; J. CHURCH/R. WARE, Industrial Organization. A Strategic Approach, Boston et al. 2000 (*Industrial Organization*) ; E. COMBE, Economie et politique de la concurrence, Paris 2005 ; P. DOBSON/M. WATERSON/A.-M. CHU, The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power, Research Paper 16. Office of Fair Trading, 1998, disponible à l'adresse Internet <http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/oft239.pdf> (*Consequences*) ; D. HILDEBRAND, The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, La Haye/Londres/Boston 2009 (*Analysis*) ; R. SHERMAN, Market Regulation, Boston et al. 2008 ; J. TIROLE, The Theory of Industrial Organization, Cambridge (Massachusetts) 1988 (*Organization*) ; M. A. UTTON, Market Dominance and Antitrust Policy, 2^eéd., Aldershot/Brookfield 2003 ; O. E. WILLIAMSON, Antitrust Economics : Mergers, Contracting, and Strategic Behavior, Oxford/New York 1987 (*Economics*).

Travaux préparatoires

Rapp-AP-LCart, p. 15 s. ; Mess-LCart, FF 1995 I 546 s. ; BO CN 1995 1057, 1062, 1068, 1073 ; BO CE 1995 845, 852 ; Mess-rév.LCart, p. 1911 s. ; BO CE 2003 328, 831, 832 ; BO CN 2003 831, 832.

Plan

	N
I. Généralités	1
A. Présentation	1
1. Contenu de la disposition	1
2. Intégration dans le système de la loi	3
B. Origine de la règle	9
1. Base constitutionnelle	9
2. aLCart-1962 et aLCart-1985	10
3. Travaux préparatoires	18
4. LCart révisée-2003	21
C. Contexte	23
1. Droit de l'Union européenne	23
2. Droit américain	30
II. Entrepise	36

	N
A. Notion d'entreprise	37
a) Organisme étatique	43
b) Organisme privé titulaire de droits spéciaux	44
B. Entreprises publiques et entreprises titulaires de droits spéciaux	45
C. Une ou plusieurs entreprises	50
1. Oligopole ou position dominante collective	53
2. Groupe	58
III. Marché pertinent	62
A. Marché de produits ou de services	65
1. Substituabilité au niveau de la demande	68
2. Substituabilité au niveau de l'offre	85
3. Cas particuliers	86
a) Groupe de produits	86
b) Sous-marché	87
c) Marché-système	88
B. Marché géographique	97
C. Dimension temporelle	107
1. Marché temporel	108
2. Perspective temporelle	109
D. Marché pertinent en cas de puissance d'achat	114
IV. Position dominante	115
A. Puissance sur le marché et position dominante	116
B. Notion	118
C. Critères	129
1. Structure du marché, concurrence actuelle et position des partenaires commerciaux	135
a) Parts de marché de l'entreprise en cause	136
b) Concurrence actuelle	154
c) Contre-pouvoir des partenaires commerciaux	160
2. Concurrence potentielle et barrières à l'entrée	165
D. Types particuliers de position dominante	179
1. Monopole	179
a) Entreprises détentrices de droits spéciaux ou exclusifs	181
b) Entreprises contrôlant une « facilité essentielle »	184
c) Entreprises titulaires de droits de propriété intellectuelle	190
2. Oligopole ou position dominante collective	192
a) Notion économique d'oligopole	195
b) Relation entre accords et position dominante collective	200
c) Relation avec le contrôle des concentrations	205
d) Position dominante collective en droit de l'Union européenne	209
e) Position dominante collective en droit suisse	224
3. Position dominante à l'achat	245
4. Dépendance économique des partenaires commerciaux	252
a) Droit comparé	252
b) Dépendance économique au sens de l'article 4 al. 2 Lcart	267

I. Généralités

A. Présentation

1. Contenu de la disposition

- 1 L'art. 4 II LCart définit « l'entreprise dominant le marché ». L'analyse de cette définition peut être décomposée en chacun des **trois** termes qui la composent. La notion d'**entreprise** renvoie à celle figurant à l'art. 2 I et I^{bis} LCart. L'art. 4 II LCart souligne expressément

ment que la dominance sur le marché peut être exercée soit par une seule entreprise, soit par plusieurs entreprises agissant collectivement comme une unité. Ensuite, une position dominante ne peut exister qu'en relation avec un **marché** déterminé. Une enquête visant à établir si une entreprise dispose d'une position dominante sur un marché est dès lors toujours divisée en deux parties : d'abord la délimitation du marché pertinent, puis l'appréciation du degré de puissance sur ledit marché. L'art. 4 II LCart qualifie la **dominance** par un test de comportement : la position dominante est caractérisée par la faculté d'un comportement indépendant de l'entreprise sur le marché. L'art. 4 II LCart rappelle enfin que la position dominante peut exister sur le marché aussi bien du côté de l'offre que de la demande.

Les règles en matière de position dominante revêtent une importance particulière en raison du taux de concentration très élevé de l'économie suisse dans un grand nombre de branches. De plus, la libéralisation en cours dans des secteurs tels que les télécommunications, l'électricité ou le rail requiert une surveillance particulière des autorités de concurrence, afin que l'accès au marché des nouveaux entrants ne soit pas barré ou illégalement freiné par l'opérateur historique encore au bénéfice d'un monopole de fait. 2

2. Intégration dans le système de la loi

Selon la systématique de la LCart, la définition de l'entreprise dominant le marché figure dans le **chapitre premier relatif aux dispositions générales**. Conformément à la volonté du législateur d'unifier les dispositions matérielles régissant le droit des cartels, la définition prévue par l'art. 4 II LCart vaut aussi bien pour les tribunaux civils que pour les autorités et juridictions administratives chargées d'appliquer la LCart. 3

La seule constatation qu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché n'entraîne en soi aucune conséquence. La **simple détention d'une position dominante** n'est **pas par elle-même illicite**. Au contraire, une économie où la concurrence fonctionne se caractérise par la possibilité d'acquérir une puissance sur le marché, voire une position dominante, et de l'exercer. La faculté de pouvoir accéder à une position dominante grâce à leur succès économique et à leur croissance interne constitue un ressort essentiel motivant les entreprises à travailler de manière efficace. La concurrence n'est en définitive qu'une lutte pour des parts de marché. Les efforts consentis pour conserver ou pour augmenter ces parts de marché ne sauraient donc être par nature illicites (Mess-LCart, p. 564). 4

Des marchés concurrentiels dynamiques sont marqués par des positions de force temporaires obtenues par quelques entreprises grâce à des prestations performantes, mais aussi grâce à des barrières naturelles, institutionnelles ou stratégiques à l'accès au marché. Souvent, des positions dominantes naissent en relation avec des produits ou services particulièrement innovants, dont l'exclusivité est basée sur des droits de propriété intellectuelle (Mess-LCart, p. 546 ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 834 s.). 5

En droit suisse, la constatation d'une position dominante n'est pas sans conséquences économiques pour les entreprises (CoRe, DPC 2006/4, p. 698, c. 3). En premier lieu, les entreprises ont l'obligation de notifier une opération de concentration même si celle-ci n'atteint pas les seuils de l'art. 9 I LCart (art. 9 IV LCart). En deuxième lieu, une telle constatation restreint la liberté comportementale des entreprises en position dominante et les rend plus vulnérables face aux accusations d'abus de position dominante et les expose à un contrôle de certains de leurs comportements unilatéraux, aux fins de vérifier un éven- 6

tuel abus. Il s'ensuit que la constatation d'une position dominante en l'absence d'abus ou lors d'accord amiable avec la Comco doit être justifié par un intérêt public prépondérant ; la Comco doit fonder sa décision sur la base de critères objectifs (CoRe, DPC 2006/4, p. 698, c. 5.2.3). En principe la Comco ne peut pas constater l'existence d'une position dominante en l'absence d'un abus (ATF 137 II 199, c. 6.5.3 ; TF, arrêt du 26.07.2006, 2A.440/2005, c. 1, DPC 2006/3, p. 581).

- 7 En application du mandat constitutionnel prévu à l'art. 96 I Cst (art. 31^{bis} III/d aCst), la LCart intervient à un **double** titre en matière de position dominante. D'une part, elle lutte *ex post* contre les **pratiques abusives** d'entreprises dominant le marché (art. 7 LCart). D'autre part, elle instaure un contrôle préventif des **concentrations** d'entreprises qui créent ou renforcent une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace (art. 9-10 LCart) (Mess-LCart, p. 546 ; HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 122). Les règles sur le contrôle des comportements abusifs et celles sur les concentrations d'entreprises se basent sur la même notion de position dominante. Toutefois, la différence entre un contrôle répressif de comportements concrets, d'une part, et un contrôle structurel prospectif et abstrait, d'autre part, peut avoir une incidence sur la façon dont une position dominante est définie (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 8). Dans le cadre de la répression des comportements abusifs (art. 4 II et 7 LCart), il suffit de démontrer l'existence d'une position dominante durant la période de référence dont les limites temporelles sont tracées par le comportement en cause. En revanche, le contrôle des concentrations doit s'exercer en tenant compte de l'évolution future des marchés concernés et peut aboutir à l'autorisation des transactions donnant lieu à des positions dominantes temporaires dont l'érosion est prévisible et probable (TPI, arrêt *Coca-Cola c/Commission*, aff. jtes T-125 et 127/97, Rec. 2000, p. II-1733, pts 81 s.). En droit suisse, le critère additionnel de la suppression de la concurrence efficace (art. 10 II/a LCart) impose un seuil d'intervention plus élevé que l'art. 7 LCart et une définition plus restrictive de la position dominante (collective), cette dernière ne devant pas laisser de place à une concurrence actuelle ou potentielle suite à la fusion (ATF 133 II 104, c. 6 : le Tribunal fédéral se réfère à « *einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung* »).
- 8 La définition des entreprises dominant le marché de l'art. 4 II LCart comporte trois éléments que nous analyserons successivement. Il faut d'abord être en présence d'une **entreprise** (*infra* II.). Le test de la position dominante sur le marché est ensuite effectué en deux étapes. Dans un premier temps, il faut définir quel est le **marché pertinent** (*infra* III.). Dans une seconde phase, il faut déterminer si la **position** que l'entreprise en cause détient sur le marché peut être qualifiée de **dominante**, c'est-à-dire si l'entreprise peut se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (*infra* IV.).

B. Origine de la règle

1. Base constitutionnelle

- 9 L'art. 31^{bis} III/d aCst donnait à la Confédération la compétence de légiférer pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique et social, des « groupements analogues » (RHINOW, Art. 31^{bis} aCst, N 182-224). En s'inspirant du titre de la LCart, l'art. 96 I Cst a remplacé le terme de « groupements analogues » par celui des « autres formes de limitation de la concurrence » (Mess-Cst, p. 305).

2. *aLCart-1962 et aLCart-1985*

La notion d'« organisations analogues » fut explicitée par l'art. 3 aLCart-1962. La définition fut reprise telle quelle, sous réserve d'une modification purement rédactionnelle, à l'art. 4 I aLCart-1985 :

« Par organisations analogues, on entend :

- a. une entreprise unique ;
- b. les entreprises qui accordent tacitement leur comportement ;
- c. les entreprises liées entre elles par des participations financières ou d'une autre manière, en tant qu'elles dominent le marché de certains biens ou services, ou l'influencent d'une manière déterminante ».

L'art. 4 I aLCart-1985 posait **deux conditions** cumulatives à l'existence d'une organisation analogue. Il fallait d'abord qu'existât soit une entreprise unique, soit des entreprises accordant tacitement leur comportement, soit des entreprises liées entre elles autrement que par un accord (Mess-aLCart-1985, p. 1282 s.). Ensuite, l'entreprise ou les entreprises en cause devaient dominer le marché de certains biens ou services ou l'influencer de manière déterminante. 11

L'organisation analogue (art. 4 I aLCart-1985) et le cartel (art. 2 aLCart-1985) avaient pour trait commun de désigner des organismes propres à influencer le marché. Les définitions se distinguaient quant aux formes juridiques prises en considération et quant à l'influence exercée sur le marché. Les cartels trouvaient leur origine dans des accords dont il suffisait qu'ils fussent propres à influencer le marché. En revanche, les organisations analogues ne reposaient généralement pas sur un accord, ou uniquement sur un accord tacite (art. 4 I/b aLCart-1985 ; un accord exprès résultait en un cartel). Les entreprises liées, selon l'art. 4 I/c aLCart-1985, visaient les sociétés holding et les groupes. Le critère était matériel. Les organisations analogues étaient caractérisées non seulement par leur aptitude à influencer le marché, mais aussi par l'influence effective et pour le moins déterminante (« *massgeblicher Markteinfluss* ») qu'elles exerçaient sur le marché (Mess-aLCart-1985, p. 1282). 12

La **dominance ou l'influence déterminante** sur le marché supposait, en premier lieu, la détermination du marché à prendre en considération. Celle-ci était effectuée en fonction du cas d'espèce, selon l'échelon (fabricant, grossiste ou détaillant) où se trouvait l'entreprise en cause, dans une branche donnée et compte tenu de l'offre et de la demande (Mess-aLCart-1985, p. 1285 ; HOMBURGER, KG, Art. 4 N 3-15). Dans une seconde étape, le degré d'influence sur le marché de l'entreprise en question (domination ou influence déterminante) était établi selon trois méthodes : les tests de la structure du marché, du comportement sur le marché et du résultat sur le marché. L'art. 4 II aLCart-1985 prescrivait de tenir compte de tous les facteurs déterminants, tant du côté de l'offre que de la demande (Mess-aLCart-1985, p. 1286 ; SCHLUEP, Wettbewerb, p. 81 ss). 13

L'art. 4 II aLCart-1985 comportait un certain nombre d'éléments relatifs au **test de la structure du marché** (nombre de concurrents et parts de marché respectives, modes d'approvisionnement et de distribution, puissance financière, liens entre entreprises, degré de dépendance des entreprises concurrentes par rapport à l'organisation analogue), sans pour autant exclure l'application des tests de comportement et de résultat sur le marché (Mess-aLCart-1985, p. 1286 s. ; SCHLUEP, Art. 4 KG, p. 265 ss). Une concurrence suffisante ne pouvait exister lorsque l'accès au marché était fermé. Selon le **test de comportement**, il n'y avait plus de concurrence résiduelle suffisante lorsqu'étaient éliminées la 14

concurrence substitutive (« *Austauschwettbewerb* » ; disponibilité de produits ou services de substitution) et la concurrence parallèle (« *Parallelwettbewerb* » ; stratégie commerciale, entraves à la concurrence, renonciation concertée à la concurrence). Selon le **test des résultats** sur le marché, il y avait élimination de la concurrence efficace lorsque la gamme des offres était devenue uniforme en l'absence de toute pression des concurrents (innovation en matière de production, niveau des bénéfices, coûts, degré d'approvisionnement du marché) (Mess-aLCart-1985, p. 1285-1287 ; SCHLUEP, Wettbewerb, p. 84 s. ; HOMBURGER, KG, Art. 4 N 24-33 ; STOFFEL, Application, p. 97).

- 15 L'ancienne Commission des cartels qualifia SGA, une société d'affichage, d'entreprise unique disposant de la faculté d'influencer pour le moins de manière déterminante le marché, en particulier dans le domaine de l'affichage (art. 3 I/a aLCart-1962). SGA disposait de 59,41 % du marché de la publicité extérieure alors que la deuxième entreprise de publicité extérieure, OFEX, avait une part de marché de 10,51 %. De par son volume d'affaires, SGA était en mesure d'influencer considérablement le marché et devait être considérée comme une organisation analogue (Publ. CC 1982, p. 297-305). De même, les deux fabricants d'appareils sanitaires en céramique disposaient d'une position dominante sur le marché suisse car les maîtres d'ouvrage et architectes préféraient les appareils suisses, de sorte qu'il était impossible de monter un commerce de gros ne comportant que des appareils étrangers (Publ. CC 1973, p. 161).
- 16 L'**art. 5 aLCart-1985** assimilait à des « organisations analogues » les **accords verticaux** concernant la vente exclusive ou l'achat exclusif de biens ou services ou leur distribution ultérieure (restrictions territoriales, en fonction des partenaires commerciaux ou autres), lorsque ces accords influençaient le marché de manière déterminante. Cette disposition, nouvellement introduite par l'aLCart-1985, ne concernait que les conventions et accords, à l'exclusion des recommandations. Contrairement à la pratique antérieure de la Commission des cartels, l'art. 5 aLCart-1985 n'exigeait pas qu'un cartel ou une organisation analogue fût partie à l'accord d'exclusivité ou de distribution, ni qu'un fournisseur obtînt une limitation massive de la concurrence en concluant un faisceau de contrats de distribution exclusive similaires (Mess-aLCart-1985, p. 1283 s.). L'influence déterminante sur le marché devait être définie selon les tests de la structure du marché, du comportement sur le marché et du résultat sur le marché, selon l'art. 4 II aLCart-1985. La question de savoir si un accord d'exclusivité ou de distribution était illicite dépendait, selon l'art. 6 aLCart-1985, de l'effet restrictif de ses clauses sur la concurrence (exclusivité, protection territoriale, quotas, affaires liées, interdiction des importations parallèles, interdiction des exportations, etc.). L'art. 44 III aLCart-1985 excluait l'application de l'art. 5 aux accords de licences de brevet ou de savoir-faire, sous réserve des cas où un cartel ou une organisation analogue était partie au contrat (Mess-aLCart-1985, p. 1284 s.).
- 17 Grâce aux accords de distribution exclusive avec les constructeurs et grâce aux normes techniques nationales, les 40 importateurs d'automobiles établis en Suisse disposaient d'un monopole de fait pour l'importation et la distribution de nouveaux véhicules et de pièces de rechange en Suisse (99 % des véhicules neufs vendus en Suisse étaient importés par l'importateur officiel de chaque marque de voiture). L'ensemble de contrats similaires de distribution exclusive liant les 40 importateurs suisses d'automobiles aux concessionnaires de chaque marque fut considéré comme tombant dans le champ de l'art. 5 aLCart-1985 (Publ. CCSPR 1994/3, p. 288-290).

3. Travaux préparatoires

L'**art. 3 III AP-LCart** abandonna la terminologie d'« organisation analogue » au profit de celle d'« entreprise en situation de puissance sur le marché », qui était définie comme « une ou plusieurs entreprises qui sont à même, par l'offre ou la demande, d'influencer de manière déterminante le marché de certains biens ou services ». La précision selon laquelle la situation de puissance pouvait être détenue par une ou plusieurs entreprises recouvrait la définition antérieure de l'art. 4 I aLCart-1985 qui visait une entreprise ou plusieurs entreprises agissant sur la base d'un accord tacite ou des entreprises liées. L'art. 3 III AP-LCart innova en ce qu'il fit dépendre la situation de puissance sur le marché de la seule capacité de l'entreprise à influencer le marché de manière déterminante. En outre, la disposition souligna, de manière nouvelle, que la situation de puissance pouvait exister aussi bien du côté de l'offre que de la demande (Rapp-AP-LCart, p. 15 s.). L'art. 3 III AP-LCart ne reprit pas le catalogue de critères de l'art. 4 II aLCart-1985 qui apportait certains éléments indiquant, à partir de la structure du marché, s'il y avait position dominante ou influence déterminante. La pratique avait en effet démontré que cette question ne pouvait pas nécessairement être résolue sur la seule base des éléments structurels. Les tests de comportement et de résultat sur le marché s'étaient aussi avérés utiles. De plus, la non-reprise du catalogue partiel de l'art. 4 II aLCart-1985 visait à éviter que les autorités appelées à appliquer la nouvelle LCart ne se limitent à une théorie concurrentielle déterminée (Rapp-AP-LCart, p. 16).

L'**art. 4 II P-LCart** modifia la définition proposée par l'art. 3 III AP-LCart, en augmentant le degré d'influence nécessaire sur le marché pour qu'une entreprise tombât dans le champ de la LCart. Alors que l'art. 3 III AP-LCart se contentait d'une situation de puissance, c'est-à-dire d'une influence déterminante sur le marché, l'art. 4 II P-LCart exigea que l'entreprise disposât d'une position dominante sur le marché. Cette modification, dont l'origine n'est pas expliquée dans le message du Conseil fédéral, fut probablement motivée par la volonté d'assurer la compatibilité de la LCart avec le droit de l'Union européenne dont l'art. 102 (ex-art. 86 TCE) repose sur la notion de position dominante (SCHMIDHAUSER, Art. 4 KG, N 65). Le projet de nouvelle loi sur les cartels était ainsi considérablement plus restrictif que le droit antérieur, qui définissait l'« organisation analogue », à l'art. 4 I aLCart-1985, soit par la faculté de dominer le marché, soit par celle de l'influencer de manière déterminante (Mess-LCart, p. 546 ; WOHLMANN, *Bekämpfung*, p. 22). Au surplus, l'art. 4 II P-LCart reprit de l'art. 3 III AP-LCart la mention que la position dominante pouvait être occupée par une ou plusieurs entreprises ainsi que la précision qu'elle pouvait exister du côté de l'offre ou de la demande. Il renonça aussi au catalogue de critères structurels destinés à mesurer l'influence sur le marché (Mess-LCart, p. 546 s. ; *supra* N 18).

Par rapport au projet, l'art. 4 II LCart n'a subi aucune modification et n'a fait l'objet d'aucune discussion aux Chambres (BO CN 1995 1073 ; BO CE 1995 845, 852).

4. LCart révisée-2003

La modification de la LCart en 2003 a ajouté à l'art. 4 II LCart-1995 un texte qui explicite les participants au marché : concurrents, fournisseurs ou acheteurs. Cette explication se trouve dans la définition adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne, mais dans une forme légèrement différente : « ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, 27/76, Rec. 1978, p. 207,

pt 65 ; aff. *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 38 [■ selon les directives, la date devrait être indiquée]). Il convient de noter ici l'utilisation de la conjonction « ou » à la place de « et », ce qui fait la différence désormais entre ces deux définitions. Si, en droit de l'Union européenne, une entreprise en position dominante doit en principe se comporter de manière indépendante à la fois vis-à-vis de ses concurrents et de ses clients, et finalement des consommateurs, en droit suisse la définition ainsi révisée exprime l'idée qu'une entreprise peut être considérée comme dominante si alternativement, elle se comporte de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, ou de ses fournisseurs, ou de ses acheteurs.

- 22 Le Conseil fédéral visait à « faciliter dans la pratique la défense des entreprises qui, pour des raisons de structure du marché, sont dépendantes, ce qui peut également s'appliquer aux petites et moyennes entreprises » (Mess-rév.LCart, p. 1911 s.). La notion de position dominante englobe désormais la détention d'« une position de force sur le marché par rapport à ses concurrentes, notamment si d'autres entreprises sont dépendantes de la première en tant qu'acheteur ou fournisseur » (Mess-rév.LCart, p. 1921). En conséquence, parallèlement au concept du comportement indépendant de l'entreprise dominant le marché, la révision de 2003 introduit la notion de la dépendance économique des autres participants au marché, en particulier des partenaires commerciaux (fournisseurs ou acheteurs). La révision a suscité une controverse importante, notamment compte tenu de la portée de dispositions similaires en droit allemand ou français, pour ne citer que les législations nationales européennes les plus influentes (v. *infra* N 267 ss).

C. Contexte

1. Droit de l'Union européenne

- 23 La définition de l'entreprise dominant le marché (art. 4 II LCart) ainsi que la réglementation de l'abus de position dominante (art. 7 LCart) sont largement inspirées du droit de l'Union européenne. L'art. 102 TFUE (ex-art. 82 TCE) et la pratique qui en découle ont joué un rôle de **modèle** pour le législateur suisse (BALDI/BORER, Kartellgesetz, p. 352).
- 24 Le TFUE ne comporte aucune **définition** de la position dominante. Celle-ci résulte de la pratique décisionnelle de la Commission européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE et Trib.) sur la base de l'art. 102 TFUE : « La position dominante est une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 65 ; arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 38 ; arrêt *Bodson c/Pompes funèbres des régions libérées*, aff. 30/87, Rec. 1988, p. 2479, pt 26). Le pouvoir de marché détenu par l'entreprise en cause doit être substantiel et durable (Orientations UE Art. 82 TCE, § 10).
- 25 Le fait que l'absence ou la limitation de la concurrence sur le marché en cause est créée ou favorisée par des **dispositions législatives ou réglementaires** n'exclut généralement pas l'application de l'art. 102 TFUE, pour autant toutefois que l'entreprise en cause conserve la possibilité d'un comportement indépendant (CJCE, arrêt *General Motors c/Commission*, aff. 26/75, Rec. 1975, p. 1367, pts 7-9 ; arrêt *INNO c/ATAB*, aff. 13/77, Rec. 1977,

p. 2115, pt 34 ; arrêt *Italie c/Commission*, aff. 41/83, Rec. 1985, p. 873, pts 18-20 ; arrêt *CBEM c/CLT et IPB*, « Télémarketing », aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261, pts 11-18 ; arrêt *France c/Commission*, « Terminaux », aff. C-202/88, Rec. 1991, p. I-1223, pt 55 ; arrêt *GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, Rec. 1991, p. I-5941, pt 20 ; *infra* N ■■■ et LCart 7 N ■■■).

Le **marché** est défini essentiellement selon les deux composantes du marché de produit et du marché géographique (GOYDER/ALBORS-LLORENS, *Compétition*, p. 302-310 ; Communication de la Commission, du 15 octobre 1997, sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE 1997 C 372, p. 5). 26

La **position dominante** sur le marché est établie par un faisceau de critères, dans lequel celui de la part de marché joue un rôle important (v. *infra* N 136 ss). Une part de marché de 40-45 % n'est pas suffisante à elle seule pour conclure au contrôle automatique du marché ; on ne peut de surcroît exclure l'existence d'une position dominante même avec des parts de marché de 20-40 % (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 108-110 ; arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, 85/76, Rec. 1979, p. 461, pts 50-68). Les barrières à l'accès au marché entrent également en compte pour établir une position dominante ; il s'agit de facteurs tels que les relations de l'entreprise dominante sur le marché avec ses proches concurrents, les relations avec les fournisseurs et clients (contrat de distribution, intégration verticale ...), la durée de la position de force sur le marché, la possession d'une technologie nouvelle ainsi que les obstacles institutionnels et naturels à l'entrée sur le marché. 27

A la différence du droit antitrust américain, le droit de la concurrence de l'Union européenne a pour fonction spécifique non seulement l'efficacité économique et le bon fonctionnement de l'économie de marché, mais encore la libre circulation à l'intérieur du marché unique européen. L'utilisation du droit de la concurrence de l'Union européenne pour combattre la fragmentation économique de l'Union européenne et pour assurer l'intégration du marché unique est consacrée dans le texte même des art. 101 ss TFUE (ex-art. 81 ss TCE), qui pose la condition de l'affectation du commerce entre les Etats membres. Elle a été concrétisée par une longue liste de décisions de la Commission européenne et d'arrêts de la Cour de justice condamnant, notamment, la prohibition des importations parallèles. L'évolution récente du droit de la concurrence de l'Union européenne, qui tend à substituer une analyse économique à l'approche jusqu'ici essentiellement juridique et trop formelle du comportement des entreprises, pourrait faire de l'intégration des marchés un « objectif supplémentaire », et non plus un objectif prioritaire de la politique européenne de concurrence (v. Communication de la Commission européenne : Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 2010 C 130/1, § 7). 28

Compte tenu du rôle du modèle du droit de l'Union européenne dans la définition de l'art. 4 II LCart, nous avons renoncé à analyser séparément ici de manière détaillée la notion fondée sur le droit de l'Union européenne de la position dominante, mais avons intégré cette analyse à celle du droit suisse dans la suite de notre présentation de l'art. 4 II LCart. 29

2. Droit américain

Aux Etats-Unis, l'abus de position dominante est visé par la **Section 2 du Sherman Act** qui prohibe la monopolisation (« *monopolization* ») ainsi que les tentatives de monopolisation (« *attempt to monopolize* »). L'application de la Section 2 du Sherman Act s'est sensiblement modifiée au cours des trente dernières années. A la fin des années 1950 et tout 30

au long des années 1960, la Cour Suprême américaine utilisait la législation antitrust pour « protéger la viabilité des petites et moyennes entreprises, préserver la liberté d'action des entrepreneurs indépendants et disperser le pouvoir économique et politique ». A partir des années 1970, essentiellement sous l'influence des travaux théoriques et empiriques de la Chicago School, l'efficacité économique est devenue un principe fondamental pour l'interprétation des affaires mettant en cause des mesures antitrust (FOX, Monopolization, p. 983). La notion d'efficacité est souvent mal interprétée : « *Efficiency is defined to mean the sum of producer and consumer surplus. This sum is maximised when the marginal social cost of an activity or good is equal to its marginal social benefit* » (NICOLAIDES, Essay, p. 9). La constatation d'une violation de la Section 2 pour « monopolisation » repose sur l'application d'un test en deux parties développé par la jurisprudence, qui porte sur la structure du marché et sur le comportement de l'entreprise. Le plaignant doit démontrer (*United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 [1966] ; 86 S. Ct. 1698) :

- 1) la possession d'un pouvoir de monopole sur le marché pertinent (« *the possession of a monopoly power in the relevant market* »), et
 - 2) l'acquisition ou le maintien volontaire de ce pouvoir, par opposition à une expansion ou un développement dû à l'existence d'un produit de qualité supérieure, à un sens aigu des affaires ou à un accident historique (« *the wilful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior conduct, business acumen, or historic accident* »).
- 31** La première condition relative au pouvoir de monopole sur le marché pertinent correspond schématiquement à la définition de l'entreprise dominante le marché selon l'art. 4 II LCart. Les tribunaux américains déterminent d'abord le **marché** en cause, puis examinent si l'entreprise concernée dispose d'un **pouvoir de monopole** sur le marché.
- 32** Le **marché** en cause comporte deux composantes : le marché de produits et le marché géographique. Les tribunaux définissent le marché sur la base d'une appréciation des réalités économiques qui affectent les relations entre l'offre et la demande. La jurisprudence relative aux cas de monopolisation ne fait généralement pas appel, pour la détermination du marché, à la méthode préconisée dans les cas de concentration par les « Horizontal Merger Guidelines » adoptées conjointement par la Federal Trade Commission et le U.S. Department of Justice (GLICK/CAMERON/MANGUM, Merger Guidelines, p. 122).
- 33** Le **marché de produits** est déterminé essentiellement par la substituabilité au niveau de la demande ou interchangeabilité fonctionnelle ; il comprend tous les produits que le consommateur considère comme raisonnablement interchangeables en fonction de l'usage auquel ils sont destinés (« *reasonably interchangeable in use* »). Le marché pertinent découle aussi de l'examen de l'élasticité croisée entre la demande pour le produit en cause et pour des produits substituables, compte tenu des effets d'une augmentation légère mais significative et non provisoire du prix du produit en cause sur les ventes d'un autre produit substituable (« *small but significant non transitory increase in price* » ou SSNIP). Les tribunaux déterminent également le marché de produits selon la substituabilité au niveau de l'offre, en examinant quelle serait la réaction des autres fournisseurs si l'entreprise disposant d'une puissance sur le marché augmentait le prix de son produit. Si, dans un tel cas, les autres fournisseurs réorientaient leur production afin de commercialiser le même produit, l'entreprise en cause fait face à une concurrence potentielle et le marché doit inclure la capacité de production de ces concurrents potentiels (*Telex Corp. v. IBM Corp.*, 510 F.2d 894 [10th Cir.], cert. dismissed, 423 U.S. 802 [1975]). Enfin, des sous-marchés peuvent exister à l'intérieur d'un marché défini largement, qui constituent eux-mêmes des

marchés de produits aux fins du droit antitrust (*Brown Shoe v. United States*, 370 U.S. 294, 325, 82 S. Ct. 1502 [1962]).

Le **marché géographique** est défini comme le territoire sur lequel s'exerce une concurrence effective, c'est-à-dire celui sur lequel l'entreprise en cause et ses concurrents actuels ou potentiels opèrent, et dans les limites duquel les acheteurs peuvent pratiquement chercher à se fournir. Les tribunaux prennent notamment en compte les habitudes des consommateurs (p. ex. l'agglomération et ses proches environs pour les services bancaires, in : *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 [1963]), les barrières douanières et les coûts de transports (*United States v. Aluminum Co. of America*, « *Alcoa* », 148 F.2 d 416, 426 [2nd Cir. 1945]).

Après avoir déterminé le marché pertinent, les tribunaux vérifient si l'entreprise dispose d'un **pouvoir de monopole** sur ce marché (« *possession of monopoly power* »). Le pouvoir de monopole est caractérisé par la faculté de contrôler les prix ou d'exclure la concurrence (« *the power to control prices or exclude competition* ») (*United States v. DuPont De Nemours*, 351 U.S. 377, 391, 76 S. Ct. 994 [1956]). Plus précisément, une entreprise est un monopoleur « *if it can profitably raise prices substantially above the competitive level* ». Un pouvoir de monopole peut être déduit du fait que l'entreprise en cause détient une part dominante du marché pertinent, marché qui est protégé par des barrières à l'entrée (*Rebel Oil Co. v. Atl. Richfield Co.*, 51 F.3 d 1421, 1434 [9th Cir. 1995]). La **part de marché** détenue par l'entreprise joue traditionnellement un rôle important et est généralement très élevée, même si elle a varié selon les cas. Selon l'échelle dégagée dans l'affaire *Alcoa*, une part de marché de 90 % est suffisante pour constituer un monopole, alors qu'il n'est pas certain que tel soit le cas avec une part de marché de 60-64 %, tandis qu'une part de marché de 33 % ne constitue manifestement pas un monopole (*United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2 d 416 [2nd Cir. 1945]). Les cas subséquents jugés sous l'empire de la Section 2 ont toujours comporté des parts de marché importantes (part de marché de 87 % dans *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 571 [1966]; de 75-85 % dans *United States v. United Shoe Mach Corp.*, 110 F. Supp. 295, 339 [D. Mass. 1953], aff'd per curiam 347 U.S. 521 [1954]; de 68-80 % dans *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 797 [1946]; de 75 % dans *United States v. DuPont De Nemours*, 351 U.S. 377, 379, 391 [1956]; de 80 % dans *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451, 481, 112 S. Ct. 2072 [1992]; de 95 % dans *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3 d 34 [D.C. Cir. 2001]). La part de marché n'est pas le seul indice déterminant le pouvoir de monopole. En particulier lorsque cette part de marché se situe dans la fourchette incertaine (entre 50 et 80 %), les tribunaux prennent en compte d'autres facteurs tels que les obstacles à l'entrée, l'existence de substituts, le nombre et la taille des concurrents, la nature du produit, les bénéfices, l'évolution de la part de marché de l'entreprise dans le temps ainsi que le contre-pouvoir éventuellement détenu par des partenaires commerciaux importants et spécialisés. De plus, lorsqu'une concurrence potentielle est envisageable, la reconnaissance d'un pouvoir de monopole requiert l'examen des **barrières à l'accès** (« *entry barriers* »), c'est-à-dire des facteurs susceptibles d'empêcher de nouveaux concurrents de réagir en temps utile à une augmentation des prix à un niveau supra-compétitif par l'entreprise dominante (*S. Pac. Communications Co. v. AT&T*, 238 U.S. App. D. C. 309, 740 F. 2d 980 [D.C. Cir. 1984]).

II. Entreprise

- 36 L'art. 4 II LCart présuppose que la position dominante soit détenue par une entreprise (A.). Celle-ci peut revêtir aussi bien une forme de droit public que de droit privé ou être titulaire d'un droit spécial conféré par l'Etat (B.). Enfin, la position dominante peut être le fait d'une seule entreprise ou de plusieurs entreprises agissant collectivement (C.).

A. Notion d'entreprise

- 37 Par entreprise (« *Unternehmen* » ; « *imprese* » ; « *enterprises* ») au sens de l'**art. 2 I et I^{bis} LCart**, on entend « toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique ». La modification apportée en 2004 de l'art. 2 I^{bis} souligne l'interprétation fonctionnelle de la notion d'entreprise, notion indépendante de la forme juridique ou du mode organisationnel de l'entreprise (Secrétariat Comco, DPC 2007/4, p. 517, *Armasuisse*, ch. 19 ss). Cette modification était nécessaire suite à la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'affaire *MétéoSuisse* qui ajoutait l'exigence de l'indépendance juridique pour pouvoir qualifier une entité de l'administration fédérale d'entreprise (ATF 127 II 32, c. 3c-d : « *massgebliche Unternehmensqualität setze wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit voraus* »).
- 38 L'entreprise en cause peut être aussi bien une entreprise publique que privée, y compris une personne physique, pourvu qu'elle agisse de manière indépendante comme opérateur économique (Mess-LCart, p. 534 s. ; cf. LCart 2 I). Ainsi, une foire spécialisée, qui offre une surface regroupant les stands d'exposition et de vente des fabricants et distributeurs de la branche, est une entreprise (Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 14, *Schweizer Spiellemsmesse St. Gallen*, ch. 9). Une association d'entreprises actives dans un secteur économique et qui a pour tâche de défendre les intérêts statutaires de ses membres est une entreprise susceptible, comme telle, de détenir une position dominante. L'association suisse des transports routiers, ASTAG, qui regroupe et défend les intérêts d'entreprises actives dans divers types de transports, est une entreprise active sur le marché des voyages pour groupes (Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 10, *SBB-Gruppenreiseverkehr*, ch. 8, 20-22). L'Association suisse de football dispose d'une position dominante du fait qu'elle est l'unique organisatrice de ce sport au niveau national (Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 567, *Homologation und Sponsoring von Fussbällen*, ch. 12, 23-25). Les Chemins de fer fédéraux (CFF), société anonyme de droit public offrant des prestations de transports publics dans le domaine de l'infrastructure ainsi que du trafic voyageurs et marchandises, sont une entreprise (Secrétariat Comco, DPC 2000/1, p. 1, *Lokoop AG vs. SBB*, ch. 9). Lorsqu'il exerce une activité répondant aux conditions de la définition précitée, même l'Etat peut être assimilé à une entreprise (ATF 127 II 32, c. 3f ; p. ex. l'activité des notaires publics, Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 317, *Luzernischer Markt für Notariatsdienstleistungen*, ch. 13 ; DPC 1997/2, p. 132, *Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève*, ch. 20-23 ; non lorsque des corps de police cantonales transmettent les annonces de pannes automobiles au Touring Club Suisse (TCS), Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 329, *Autobahn-Notrufsäulen/Notrufnummer 140*).
- 39 La définition est inspirée de la jurisprudence **européenne**, qui comprend dans la notion d'entreprise toute entité exerçant une activité économique de caractère industriel ou commercial, consistant à offrir des biens ou des services sur le marché, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (CJCE, arrêt *Commission*

c/Italie, aff. 118/85, Rec. 1987, p. 2599, pts 7 s.; arrêt *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979, pt 20; arrêt *Job Centre II*, aff. C-55/96, Rec. 1997, p. I-7119, pt 21; arrêt *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C-437/09, Rec. 2011 [non encore publié ■■■], pt 41).

Un organisme, quelle que soit sa forme juridique, n'est **pas une entreprise** lorsque ses activités ne sont pas de nature économique, mais se rattachent à l'exercice de **prérogatives de «puissance publique»** et que l'activité spécifiquement contestée dans le cas d'espèce est un **élément inséparable** de la mission de puissance publique exercée par l'organisme. Cette distinction entre activités économiques, soumises au droit de la concurrence, et activités de puissance publique, exclues du champ de la concurrence, se retrouve tant en droit suisse qu'en droit de l'Union européenne. Le critère déterminant pour la qualification de «puissance publique» est fonctionnel, selon la nature de l'activité exercée par l'organisme en cause; cette activité doit avoir pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et des autres collectivités publiques, comme la sécurité intérieure et extérieure (police et armée), l'administration de la justice, la conduite des relations extérieures (diplomatie). Peu importe la forme que revêt l'entité, qu'il s'agisse de l'Etat agissant par un organe de l'administration, d'une entreprise publique ou d'une entreprise privée délégitimée d'une tâche de puissance publique. Les activités de «puissance publique» vont au-delà de simples «tâches publiques»: il s'agit de services non économiques non couverts par les règles sur le TFUE. Les activités de puissance publique enlèvent à une entité sa qualité d'entreprise. En revanche, l'exercice d'une tâche publique ou d'un service d'intérêt économique général délégué par l'Etat peut uniquement justifier une exception à l'application de la LCart ou de l'art. 102 TFUE (ex-art. 82 TCE) dans les cas et aux conditions mentionnés à l'art. 3 I LCart, respectivement à l'art. 106 § 2 TFUE (ex-art. 86 TCE) (Rapport annuel 1997 de la Comco, p. 435; v. par exemple à propos de MétéoSuisse (ex-Schweizerische Meteorologische Anstalt): ATF 127 II 32, c. 3, ou à propos de Skyguide (ex-Swisscontrol): FF 1992 I 606-608. En droit de l'Union européenne, v. CJCE, arrêt *Poucet et Pistre*, aff. jtes C-159 et 160/91, Rec. 1993, p. I-637, pt 17; Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM (2000) 580 final, JOCE 2001 C 17, p. 4, pts 28-30; Communication de la Commission des services d'intérêt général [COM(2007) 725], p. 5-6; Communication de la Commission du 20 décembre 2011 «Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe» [COM(2011) 900 final]; cf. LCart 3 et cf. *infra* N ■■■ s. et LCart 7 N ■■■ s.). Outre la mission de puissance publique exercée, une seconde condition doit être remplie pour que l'entité en cause échappe à la qualification d'entreprise, et en conséquence à l'application des règles de la concurrence: il faut que l'activité spécifiquement contestée dans le cas d'espèce constitue un **élément inséparable** de la mission de puissance publique exercée par l'entité. Les règles du droit de la concurrence restent applicables aux activités d'une entité qui sont détachables de celles qu'elle exerce en tant qu'autorité publique (CJCE, arrêt *Poucet et Pistre*, aff. jtes C-159 et 160/91, Rec. 1993, p. I-637, pt 17; arrêt *SAT Fluggesellschaft, «Eurocontrol»*, aff. C-364/92, Rec. 1994, p. I-43, pts 28 et 30; arrêt *Diego Calì & Figli*, aff. C-343/95, Rec. 1997, p. I-1547, pts 16 s. et 19-25; TPI, arrêt *Aéroports de Paris c/ Commission*, aff. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pts 107-109, 121 s., 125; pour une casuistique en droit de l'Union européenne v. RITTER/BRAUN, *Compétition*, p. 386 s.).

La question de l'application de la LCart aux organismes chargés de tâches publiques est délicate, en particulier quant à l'achat de matériel nécessaire à l'exercice de leur mission. En droit suisse, la Comco a considéré qu'une unité administrative fédérale chargée d'acquérir du matériel militaire était une entreprise au sens de la LCart et a appliqué les

règles sur les abus de position dominante (Secrétariat Comco, DPC 2007/4, p. 517, *Armasuisse*, ch. 21 ; v. pour une discussion critique N ■■■ ad Art. 2 LCart). En droit de l'Union européenne, le TPI a jugé que le caractère économique ou non de l'activité d'achat est déterminé par l'utilisation ultérieure du produit acheté (TPI, arrêt *FENIN*, aff. T-319/99, Rec. 2003 p. II-357, pt 36, confirmé par la CJCE, réunie en grande chambre, aff. C-205/03 P, Rec. 2005 p. I-6295, pts 26-27 ; WHISH, *Competition*, p. 88 et 330). Le Tribunal a précisé que « dès lors qu'une entité achète un produit, quand bien même elle le ferait en grande quantité, non pas pour offrir des biens ou des services dans le cadre d'une activité économique, mais pour en faire usage dans le cadre d'une autre activité, par exemple une activité de nature purement sociale, elle n'agit pas en tant qu'entreprise du seul fait de sa qualité d'acheteur sur un marché. S'il est exact qu'une telle entité peut exercer un pouvoir économique très important – lequel pourrait donner lieu, le cas échéant, à une situation de monopole – il n'en reste pas moins que, dans la mesure où l'activité pour l'exercice de laquelle elle achète ces produits n'est pas de nature économique, elle n'agit pas en tant qu'entreprise au sens des règles communautaires en matière de concurrence et n'est donc pas visée par les interdictions prévues aux art. 81, paragraphe 1, CE et 82 CE » (TPI, arrêt *FENIN*, aff. T-319/99, Rec. 2003 p. II-357, pt 37). Dès lors, les règles européennes de la concurrence ne s'appliquent pas à l'activité d'achat lorsque celle-ci est liée à la mission d'intérêt public poursuivie.

- 42 L'application conjointe des règles sur les marchés publics et celles sur l'abus de position dominante soulève des questions relatives à la coexistence de deux corps de règles différentes poursuivant des objectifs similaires (v. N ■■■ ad Art. 2 LCart et N ■■■ ad Art. 3 LCart). Le TAF approuve en principe l'application de l'art. 7 LCart à l'activité d'adjudication de marchés publics (DPC 2010/2, p. 368, c. 9.2.4.1 ; BOVET, *Marchés publics*, p. 398). Les règles sur les marchés publics ouvrent la possibilité aux entreprises de participer au jeu de la concurrence selon le principe de non-discrimination. Un adjudicataire public ne peut refuser d'entretenir des relations commerciales avec un soumissionnaire ou de le traiter de manière discriminatoire. En revanche, tout en respectant le principe de l'égalité de traitement et les règles sur les marchés publics, les termes et les conditions de l'offre peuvent être inéquitables au sens de l'art. 7 II/c LCart ou encore entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence (ég. BOVET, *Marchés publics*, p. 398 avec références). L'application de l'art. 7 LCart est envisageable dans ces hypothèses pour autant que l'autorité adjudicatrice se trouve en position dominante sur le marché d'achat des biens et des services en question. Il va de soi que l'interdiction des accords restreignant la concurrence s'applique pleinement aux soumissionnaires d'un marché public (Comco, DPC 2008/1, p. 50, *Pavimentazioni stradali in Ticino* et DPC 2008/1, p. 85, *Strassenbeläge Tessin*, décision confirmée par le TAF, DPC 2010/2, p. 368 et DPC 2010/2, p. 393).

a) Organisme étatique :

- 43 – L'Institut suisse de météorologie (MétéoSuisse), en tant qu'office de l'administration centrale, même nouvellement doté d'un mandat de prestation et d'un budget global de fonctionnement, offre pour partie des prestations de base dont le contenu est déterminé par le Conseil fédéral et qui sont rémunérées par des taxes dont le montant est fixé par voie d'ordonnance. Dans cette activité, l'office ne dispose pas de l'indépendance économique et juridique caractéristique d'une entreprise selon l'art. 2 I LCart et/ou est soumis à un régime de marché ou de prix de caractère étatique selon l'art. 3 I/a LCart (question

- laissée ouverte entre l'art. 2 I ou l'art. 3 I/a LCart), et ne peut en conséquence faire l'objet d'une décision de la Comco. Celle-ci peut tout au plus lui adresser des recommandations ou avis selon les art. 45-47 LCart (ATF 127 II 32, c. 3d-e). En revanche, pour les prestations supplémentaires exploitées sur une base commerciale, offertes sur la base du droit privé et dont les prix sont fixés conformément aux règles du marché par l'office, celui-ci est une entreprise soumise à la LCart. En cas d'entrave à la concurrence par l'office dans ses activités commerciales, la Confédération peut faire l'objet d'une action civile (art. 12 ss LCart) (ATF 127 II 32, c. 3f). Pour des raisons procédurales, il est par contre difficile de concevoir que la Comco puisse adresser une décision administrative à l'office du fait de ses activités privées, car MétéoSuisse ne dispose pas de la personnalité juridique et la Confédération acquerrait alors une qualité de « double partie » dans la procédure, à la fois pour la Comco et pour l'office (ATF 127 II 32, c. 3f et 3c).
- Un notaire public, qui exerce également la fonction de secrétaire communal, exerce une activité économique et constitue une entreprise pour ce qui concerne ses fonctions notariales (Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 317, *Luzernerischer Markt für Notariatsdienstleistungen*, ch. 13).
 - Des corps de police cantonaux qui transmettent au Touring Club Suisse (TCS) les annonces de panne émanant, au travers du numéro de téléphone d'urgence 140, d'automobilistes qui n'émettent aucun souhait quant à l'entreprise de dépannage, exercent des prérogatives de puissance publique relevant de la sécurité sur les autoroutes suisses (Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 329, *Autobahn-Notrufsäulen/Notrufnummer 140*).
 - La ville de Zurich qui conclut un contrat avec l'association des médecins des districts de Zurich et Dietikon concernant la transmission des appels médicaux urgents (« *Ärztefon* »), confère à cette association l'autorisation d'exercer une tâche publique déléguée à la ville par la loi cantonale zurichoise sur la santé. La ville de Zurich exerce une fonction de puissance publique en exécution des dispositions légales et n'est pas une entreprise soumise à la LCart (Secrétariat Comco, DPC 1998/2, p. 198, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, ch. 11 ; en revanche, l'association des médecins délégués est une entreprise, *infra* N 44 ss).
 - La commune de Rothenburg est une entreprise lorsqu'elle remplit une activité de distributeur de gaz naturel. Elle est aussi soumise à la LCart dans son activité d'autorité octroyant les autorisations de construire, dans la mesure où elle est ainsi en mesure d'influencer – en la favorisant – l'activité économique de son service de distribution du gaz naturel (en assujettissant les autorisations de construire sur son territoire à la recommandation ou même à la condition que le bâtiment soit relié au réseau communal du gaz naturel ; Comco, DPC 1998/2, p. 425, *Gasversorgung Rothenburg*).
 - La Ville de Lucerne est une entreprise lorsqu'elle conclut un contrat avec un organisme privé sur l'utilisation de son espace public d'affichage. En relation avec l'indépendance économique, la Comco mentionne l'autonomie communale et la liberté octroyée par la législation communale sur la gestion de son offre de domaine public (Secrétariat Comco, DPC 2003/1, p. 75, *Plakatierung in der Stadt Luzern*, ch. 15 ss). La Ville et le Canton de Genève agissent également comme entreprises au sens de l'art. 2 LCart lorsqu'ils mettent à disposition leur domaine public en matière d'affichage (Secrétariat de la Comco, DPC 2007/2, p. 132, *Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève*, ch. 20 ss).
 - Les bureaux publics de placement de main-d'œuvre exercent une activité économique et constituent de ce fait des entreprises (CJCE, arrêt *Job Centre II*, aff. C-55/96, Rec. 1997, p. I-7119, pts 21 s.).

- Un organisme de sécurité sociale au bénéfice d'un monopole et chargé de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale n'est pas une entreprise lorsque l'activité exercée n'a pas un caractère économique, mais est fondée sur le principe de la solidarité nationale et est dépourvue de tout but lucratif et lorsque les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations (CJCE, arrêt *Poucet et Pistre*, aff. jtes C-159 et 160/91, Rec. 1993, p. I-637, pt 17).
- Une caisse chargée de la gestion d'un régime complémentaire d'assurance-vieillesse, auquel l'affiliation est facultative, qui fonctionne selon le principe de la capitalisation et dont les prestations dépendent uniquement des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par la caisse, exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance-vie. La qualification d'entreprise n'est pas infirmée par les éléments extrêmement limités de solidarité que comporte le régime, ceux-ci existant en outre aussi dans certaines assurances-vie, ni par l'absence de but lucratif de la caisse, ni par la finalité sociale poursuivie, ni par les contraintes réglementaires imposées au régime. Ces deux derniers éléments pourraient toutefois justifier, dans le cadre de l'art. 86 (ex-90) § 2 TCE, le droit exclusif de cet organisme de fournir une assurance-vieillesse dont les cotisations sont déductibles du revenu professionnel imposable (CJCE, arrêt *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*, aff. C-244/94, Rec. 1995, p. I-4013, pts 17-21).

b) Organisme privé titulaire de droits spéciaux :

- 44** – L'association des médecins des districts de Zurich et Dietikon qui exerce les services de soins d'urgence délégués par la ville de Zurich est une entreprise, que son activité ait un caractère commercial ou serve l'intérêt général (Secrétariat Comco, DPC 1998/2, p. 198, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, ch. 12, en contradiction avec le ch. 11 de la même décision qui considère que la délégation de cette activité par la ville de Zurich relève de la puissance publique).
- La corporation des pilotes du port de Gênes, investie par les pouvoirs publics du droit exclusif d'assurer les services de pilotage obligatoire dans le port de Gênes, est une entreprise (CJCE, arrêt *Corsica Ferries*, aff. C-18/93, Rec. 1994, p. I-1783, pts 39 et 42).
 - Une entité de droit privé chargée par les pouvoirs publics de la surveillance antipollution dans un port pétrolier assure une mission d'intérêt général relevant de la protection de l'environnement du domaine maritime. Elle exerce une activité qui, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique et aux fonctions essentielles de l'Etat et échappe ainsi aux règles sur la concurrence. La redevance dont doivent s'acquitter les usagers du port, contestée dans le cas d'espèce, est destinée à financer cette activité et en constitue ainsi un élément inséparable (CJCE, arrêt *Diego Calì & Figli*, aff. C-343/95, Rec. 1997, p. I-1547, pts 19-25).
 - Eurocontrol, en raison de la nature et de l'objet de son activité, relative au contrôle et à la police de l'espace aérien, et des règles régissant cette activité, exerce des prérogatives typiques de la puissance publique et qui ne présentent pas un caractère économique. La perception de redevances de route constitue un élément indissociable des activités de surveillance exercée et ne sont pas de nature à modifier la qualification juridique de cette activité (CJCE, arrêt *SAT Fluggesellschaft*, « Eurocontrol », aff. C-364/92, Rec. 1994, p. I-43, pts 28 et 30).

B. Entreprises publiques et entreprises titulaires de droits spéciaux

La définition de l'art. 4 II LCart s'applique non seulement aux **entreprises privées** « classiques », mais aussi aux **entreprises publiques** (art. 2 I LCart). Tel est le cas, notamment, de La Poste (Secrétariat Comco, DPC 1997/1, p. 138, *Post PTT – Adressaktualisierungen*, ch. 11 et DPC 1997/3, p. 301, *Markt für Postsendungen ohne Adresse*), des Chemins de fer fédéraux (CFF; Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 10, *SBB-Gruppenreiseverkehr*, ch. 8; DPC 2000/1, p. 1, *Lokoop AG vs. SBB*, ch. 9), des Hôpitaux universitaires de Genève (Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 562, *Tarifs pratiqués par les Hôpitaux universitaires de Genève [HUG] en matière de soins ambulatoires*, ch. 9) et même de l'**Etat** lorsqu'il agit comme une entreprise (Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 317, *Luzernerischer Markt für Notariatsdienstleistungen*, ch. 13; TF, DPC 2001/1, p. 210 = ATF 127 II 32, c. 3f).

L'art. 4 II LCart s'applique également aux entreprises, publiques ou privées, **titulaires de droits spéciaux ou exclusifs** octroyés par l'Etat, tels des concessions ou monopoles (Mess-LCart, p. 520; HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 129). Un monopole, quelle qu'en soit l'origine, constitue le cas le plus patent de position dominante (p. ex. l'ancien monopole de Telecom PTT, Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 311, *Schulen ans Internet*, ch. 27; *infra* N 179 ss). De même, en droit de l'Union européenne, une entreprise qui bénéficie d'un monopole légal peut être considérée comme occupant une position dominante, au sens de l'art. 102 TFUE (CJCE, arrêt *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979, pt 28; arrêt *ERT*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925, pt 31; arrêt *GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, Rec. 1991, p. I-5941, pt 17).

Le fait qu'une entité au bénéfice d'un droit spécial conféré par l'Etat exerce une **tâche publique** ou un **service d'intérêt économique général** ne lui enlève en règle générale pas sa qualification d'entreprise (v. *infra* N 40). Ainsi, les notaires exerçant leur activité sous la forme d'une profession libérale répondent à la définition d'une entreprise, même s'ils exercent une tâche publique (Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 317, *Luzernerischer Markt für Notariatsdienstleistungen*, ch. 10-12). De même, l'association des médecins des districts de Zurich et Dietikon qui exerce les services de soins d'urgence délégués par la ville de Zurich est une entreprise (Secrétariat Comco, DPC 1998/2, p. 198, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, ch. 12 et 18-20). Seuls peuvent être exclus de la définition de l'art. 2 I LCart, et en conséquence de celle de l'art. 4 II LCart, les organismes exerçant des prérogatives de puissance publique.

Le **comportement** abusif d'une entreprise titulaire d'un droit spécial ou agissant dans un secteur réglementé, tout comme une entente illicite ou une opération de concentration à laquelle cette entreprise serait partie, peuvent, en principe, faire l'objet d'un examen au regard des règles de la concurrence. La même règle vaut en droit de l'Union européenne. Ainsi, le fait que les bureaux publics de placement de main-d'œuvre soient chargés par la réglementation nationale de la gestion d'un service d'intérêt économique général ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 102 TFUE (CJCE, arrêt *Job Centre II*, aff. C-55/96, Rec. 1997, p. I-7119, pts 21-27). Cette règle est toutefois assortie d'une **nuance** et de **deux exceptions**, lorsque la restriction à la concurrence est, à un titre ou à un autre, le fait d'une **mesure étatique**. En premier lieu, lorsqu'un droit spécial, tel une concession ou un monopole, ne laisse à l'entreprise dominante à laquelle il n'est conféré aucune possibilité de **comportement indépendant** et implique nécessairement que l'entreprise agisse de manière abusive, l'abus est attribuable à l'Etat lui-même. L'octroi même du droit spécial, ou ses modalités, constitue une restriction de droit public à la concurrence (sur la

notion d'**abus automatique**, v. notamment CJCE, arrêt *Commission et France c/Ladbroke Racing*, aff. jtes C-359 et 379/95 P, Rec. 1997, p. I-6265, pts 33 s.). En deuxième lieu, l'art. 3 I/a LCart prévoit une exception à l'application de la LCart lorsque l'entreprise concernée est soumise, pour son activité, à un **régime de marché ou de prix de caractère étatique** (p. ex. Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 138, *Post PTT – Adressaktualisierungen*, ch. 13 ; Handelsgericht AG, DPC 1997/2, p. 265, c. 5 ; Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 562, *Tarifs pratiqués par les Hôpitaux universitaires de Genève [HUG] en matière de soins ambulatoires*, ch. 12-21 ; arrêt du Conseil fédéral du 03.02.1999, DPC 1999/1, p. 184, ch. 6 ; Secrétariat Comco, DPC 2000/1, p. 1, *Lokoop AG vs. SBB*, ch. 10-14 ; DPC 2000/2, p. 153, *Watt/Migros – EEF*, ch. 26 ; cf. LCart 3 I/a et LCart 7 N ■■■-■■■). Enfin, selon l'art. 3 I/b LCart, l'application de la LCart au comportement d'une entreprise en position dominante peut être exclue si cette application ferait **obstacle à l'accomplissement en droit ou en fait de la tâche d'intérêt général** qui a été impartie à l'entreprise par l'attribution d'un monopole ou d'un autre droit spécial ou exclusif (Mess-LCart, p. 540 ; Secrétariat Comco, DPC 1998/2, p. 198, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, ch. 18-20 ; DPC 2000/2, p. 153, *Watt/Migros – EEF*, ch. 22-25 ; cf. LCart 3 I/b et LCart 7 N ■■■ s.).

- 49 Le fait que la restriction à la concurrence relève d'une mesure étatique, pour l'une des trois raisons susmentionnées, a uniquement pour conséquence de soustraire le comportement de l'entreprise aux règles matérielles de la LCart, en particulier à l'art. 7 LCart, et n'affecte en rien la qualification initiale de l'entité en cause comme « entreprise dominant le marché » au sens de l'art. 4 II LCart. En pratique toutefois, et par économie de moyens, les autorités en matière de concurrence aux niveaux suisse et européen examinent le plus souvent dans la première étape de l'analyse d'un cas d'espèce si celui-ci relève d'une mesure étatique excluant tout comportement indépendant de l'entreprise ou d'une des deux exceptions de l'art. 3 I LCart, respectivement de l'art. 106 TFUE (ex-art. 86 TCE).

C. Une ou plusieurs entreprises

- 50 Sous l'angle de l'aLCart-1962 et de l'aLCart-1985, un cartel ne pouvait constituer simultanément une « organisation analogue », *i. e.* une entreprise en position dominante (SCHMIDHAUSER, Begriff, p. 430-433 et la doctrine citée).
- 51 Selon l'art. 4 II LCart, la position dominante peut être détenue par « une ou plusieurs entreprises ». La définition de l'entreprise suppose un acteur qui participe de manière indépendante au processus économique (cf. *supra* N 37 s.). Dès lors, l'hypothèse de plusieurs entreprises détenant une position dominante recouvre, sous l'angle du droit de la concurrence, soit le cas d'une entente (cf. LCart 4 I), soit celui d'une position dominante collective (cf. *infra* N 192 ss). En revanche, un groupe de sociétés à l'intérieur duquel les filiales ne disposent d'aucune autonomie réelle constitue une seule entreprise, éventuellement susceptible, comme telle, de détenir une position dominante (*infra* N 58) (VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 26 ; SCHMIDHAUSER, Art. 4 KG, N 52-55 ; SCHMIDHAUSER, Begriff, p. 435-437 ; en droit de l'Union européenne, dans les années 1970 la position dominante collective a été appliquée aux entreprises d'une même entité économique ; v. CJCE, arrêt *Commercial Solvents*, aff. jtes 6 et 7/73, Rec. 1974 223).
- 52 Lorsque deux ou **plusieurs entreprises** qui sont **économiquement indépendantes** l'une de l'autre procèdent ensemble, par leur concertation, à la fixation des prix ou à d'autres restrictions de la concurrence sur le marché concerné, les circonstances du cas d'espèce

peuvent conduire à l'application soit du seul art. 5 LCart (respectivement art. 81 TCE), soit **simultanément des art. 5 et 7 LCart** (respectivement art. 101 et 102 TFUE) (en droit suisse, v. p.ex Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 545, *Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen*; DPC 1998/4, p. 549, *Versandapotheke MediService AG*; DPC 1999/3, p. 400, *Bahnhofskioske*; cf. LCart 7 N ■■■). En droit de l'Union européenne, v. CJCE, arrêt *Bodson c/Pompes funèbres des régions libérées*, aff. 30/87, Rec. 1988, p. 2479, pt 19; arrêt *Ahmed Saeed Flugreisen e.a. c/Zentrale zur Bekämpfung unlauterer Wettbewerbs*, aff. 66/86, Rec. 1989, p. 803, pts 35-37; TPI, arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/Commission*, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, pts 148-154; arrêt *Laurent Piau*, aff. T-193/02, Rec. 2005 p. II-209).

1. Oligopole ou position dominante collective

Le fait qu'une position dominante puisse être détenue par « plusieurs entreprises » implique, par définition, que plusieurs entités économiquement et juridiquement indépendantes l'une de l'autre peuvent occuper une position dominante collective, à condition que, du point de vue économique, elles se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective (CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/Commission*, aff. C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pt 36). 53

La Comco a expressément admis que l'art. 4 II LCart vise aussi les positions dominantes collectives (dans le cadre du contrôle des concentrations : Comco, DPC 1998/2, p. 214, *Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand*, ch. 130-134; DPC 1998/3, p. 392, *Bell AG/SEG-Poulets AG*, ch. 37-62; DPC 1998/2, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 144-161; DPC 2006/2, p. 261, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*; DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*; DPC 2008/3, p. 422, *Heineken/Eichhof*; DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA Sunrise Communications AG*; en cas d'abus de position dominante : Secrétariat Comco, DPC 2000/4, p. 571, *Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt*, ch. 41; Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*). 54

La constatation d'un abus de position dominante collective requiert l'examen séparé de trois éléments (CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/Commission*, aff. jtes C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pts 39 s.), à savoir : 55

- 1) sur le plan de la concurrence interne (« *Binnenwettbewerb* »), il faut que les entreprises concernées constituent ensemble une **entité collective** à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs ;
- 2) sur le plan de la concurrence externe (« *Aussenwettbewerb* »), il faut que cette entité collective détienne une **position dominante** sur le marché pertinent ; et
- 3) l'entité collective dominante doit se **comporter de manière abusive**.

Notre analyse dans le cadre de l'art. 4 II LCart se limite à la position dominante collective, *i. e.* à la vérification des deux premières conditions. L'examen détaillé en est fait ci-après, comme un des types particuliers de position dominante (*infra* N 192 ss). La troisième condition, relative au comportement abusif, concerne l'analyse des comportements illicites selon l'art. 7 LCart (v. LCart 7). 56

Selon la définition généralement admise, il y a **position dominante collective** lorsqu'il existe entre plusieurs entreprises économiquement indépendantes des liens ou facteurs de corrélation économique tels qu'ils conduisent ces entreprises à adopter une même ligne d'action sur le marché et à agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs (CJCE, arrêt *Compagnie* 57

maritime belge transports SA e.a. c/Commission, aff. jtes C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pts 39-44 ; arrêt *France e.a. c/Commission « Kali & Salz »*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998, p. I-1375, pt 221 ; pour une analyse détaillée, cf. *infra* N 192 ss).

2. Groupe

- 58** La définition de l'entreprise suppose un acteur qui participe **de manière indépendante** au processus économique (Mess-LCart, p. 534 s.). Il est admis que le critère de l'indépendance économique est une condition constitutive de l'art. 2 I^{bis} LCart, même si ce dernier ne le mentionne pas explicitement (TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 4.1). Lorsqu'une action concertée a pour but d'établir une répartition interne des tâches entre des entreprises appartenant à un même groupe en tant que société mère et filiales et que ces entreprises forment une unité économique à l'intérieur de laquelle les filiales ne jouissent d'**aucune autonomie réelle** dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché, mais appliquent les instructions qui leur sont imparties par la société mère qui les contrôle, le comportement d'une telle unité sur le marché ne tombe pas sous le coup des art. 5-6 LCart, mais seulement, éventuellement, sous celui de l'art. 7 LCart. Le groupe forme une unité et est considéré comme **une seule entreprise** dont il convient ensuite d'analyser si elle dispose, comme telle, d'une position dominante. Ainsi, la fourniture des changements d'adresse par La Poste à sa filiale à 100 %, DCL, a été examinée au titre d'un abus éventuel de position dominante à l'égard des concurrents de DCL (Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 138, *Post PTT – Adressaktualisierungen*, ch. 15-18). Le groupe Publigroupe et ses filiales ont été considérés comme une seule entreprise au regard de la LCart (TAF, DPC 2010/2, p. 335, c. 4). Du point de vue procédural, il s'ensuit que seul le groupe est partie à la procédure et a de ce fait qualité pour recourir (TAF, DPC 2010/2, p. 335, c. 4.5). Les hôpitaux publics du Canton de Lucerne ont été considérés également comme un groupe couvert par la notion d'entreprise (Comco, DPC 2006/3, p. 513, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 100).
- 59** Le droit suisse de la concurrence suit la position adoptée par le droit de l'Union européenne en ce qui concerne le comportement de filiales membres d'un même groupe et en ce qui concerne les accords intra-groupe. En droit de l'Union européenne, le système de distribution mis en place à l'intérieur d'un groupe et consistant pour la société mère à mettre en œuvre une répartition et un cloisonnement géographiques des marchés, en interdisant à ses filiales de livrer des produits du groupe à des clients établis sur le territoire contractuel d'une autre filiale du groupe, constitue un comportement unilatéral du groupe qui est susceptible d'affecter la position concurrentielle de tiers et pourrait relever de l'art. 102 TFUE (CJCE, arrêt *Viho c/Commission*, « *Parker* », aff. C-73/95 P, Rec. 1996, p. I-5457, pts 12-18 ; arrêt *Commercial Solvents c/Commission*, aff. jtes 6-7/73, Rec. 1974, p. 223, pts 40 s. ; TPI, arrêt *Micro Leader c/Commission*, aff. T-198/98, Rec. 1999, p. II-3989, pt 38 ; arrêt *Bayer c/Commission*, aff. T-41/96, Rec. 2000, p. II-3383, pts 174-176 ; sur la notion de contrôle au sein d'un groupe, v. Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du Règlement 139/2004/CE du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO 2009/C 43/10).
- 60** La **position dominante** d'un groupe est déduite de l'ensemble des entreprises membres du groupe, considéré comme une seule unité économique, et non d'une ou de quelques entreprises du groupe prises individuellement (Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 301, *Markt für Postsendungen ohne Adresse*, ch. 31 ; MEIER-HAYOZ, *Kartellrecht*, p. 362 ; VON

BÜREN, N 1076 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 183 ; en droit de l'Union européenne, v. p. ex. Commission européenne, décision *Continental Can*, 72/21/CEE, IV/26811, JOCE 1972 L 7, p. 25, pts 2-21, p. 35-37).

L'attribution du comportement d'une entité membre d'un groupe au groupe comme tel a également des conséquences en ce qui concerne la qualification de **subventions croisées** comme un comportement abusif. Lorsqu'une entreprise dominante offre à ses partenaires commerciaux, sans raison commerciale légitime, des conditions commerciales moins avantageuses que celles offertes pour la même prestation à une entreprise dans laquelle elle dispose d'une participation importante, sans toutefois en contrôler le comportement, elle pratique des conditions commerciales discriminatoires (cf. LCart 7 II/b N ■■■-■■■). En revanche, lorsque l'entreprise dominante détermine la ligne d'action de sa filiale, les prix qu'elle pratique à l'égard de cette dernière constituent une pratique intra-groupe. Dans ce dernier cas, une subvention croisée par laquelle l'entreprise facture une prestation à sa filiale à des conditions commerciales particulièrement avantageuses par rapport à celles pratiquées pour la même prestation envers ses autres partenaires commerciaux, sans raison commerciale légitime, relève des conditions commerciales inéquitables (cf. LCart 7 II/c N ■■■).

61

III. Marché pertinent

L'établissement de la position dominante d'une entreprise sur le marché nécessite la définition préalable du marché en cause, appelé marché pertinent ou marché concerné (« *relevanter Markt* » ; « *relevant market* »). Cette délimitation est une condition de fond de la détermination d'une position dominante, et, en conséquence, une **condition préalable indispensable** à l'application des règles sur l'abus de position dominante (art. 7 LCart ; TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 9.2.3) ou à un examen au titre du contrôle des concentrations (art. 10 LCart). La définition du marché pertinent n'est pas une fin en soi, mais constitue la base de l'appréciation d'une position dominante (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 9.2.3). Une détermination insuffisante du marché en cause invalide une décision d'abus de position dominante (CoRe, DPC 2005/4, p. 672, c. 5.2.2 ; CJCE, arrêt *Continental Can c/Commission*, 6/72, Rec. 1973, p. 215, pt 32 ; arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 57 ; arrêt *SIV e.a. c/Commission*, « *Verre plat* », aff. jtes T-68, T-77 et 78/89, Rec. 1992, p. II-1403, pt 159 ; arrêt *Sydhavnens Sten & Grus c/Københavns Kommune*, aff. C-209/98, Rec. 2000, p. I-3743, pt 57). Dans certaines enquêtes préalables, le Secrétariat de la Comco se contente d'une détermination provisoire du marché pertinent afin d'examiner s'il y a suffisamment d'indices d'un comportement abusif. Si tel est le cas, le marché doit être déterminé de manière plus exacte (p. ex. Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 1, *APERTO-Geschäfte*, ch. 11-17 ; DPC 1998/1, p. 14, *Schweizer Spielmesse St. Gallen*, ch. 23-28). S'il s'avère en revanche qu'il n'y a pas de comportement abusif, le Secrétariat renonce à une détermination exacte du marché pertinent (Secrétariat Comco, DPC 2005/4, p. 597, *Ausbildung « Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes »*, ch. 34 ; DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mitleitungen*, ch. 32 ; DPC 1998/4, p. 545, *Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen*, ch. 5).

62

La définition du marché concerné est pour l'essentiel identique, que les dispositions matérielles appliquées soient celles sur l'abus de position dominante ou celles sur le contrôle des concentrations. Le marché concerné est délimité selon deux critères principaux : le **marché de produits** et le **marché géographique** (RUFFNER, Grundlagen, p. 225 ; TER-

63

CIER/VENTURI, Ententes, p. 76 s.). Dans sa pratique, la Comco se réfère aux définitions figurant à l'art. 11 III/a (marché de produits) et à l'art. 11 III/b OCCE (marché géographique) qui s'appliquent par analogie (Secrétariat Comco, DPC 2010/3, p. 435, *SAP Wartungspreiserhöhung*, ch. 27 s. ; DPC 2007/3, p. 364, *Konsumkredit*, ch. 6 ; DPC 1997/1, p. 32, *Porzellanfabrik Langenthal AG*, ch. 9 s. ; Comco, DPC 1997/2, p. 179, *Publicitas – Gasser – Tschudi Druck*, ch. 39-50). Compte tenu de la proximité du droit suisse avec le droit de l'Union européenne, la Communication de la Commission, du 15 octobre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence constitue un moyen d'interprétation important (JOCE 1997 C 372, p. 5). Il faut en outre ajouter le critère secondaire du **marché temporel** (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 836).

- 64 Le marché en cause n'a souvent pas de limite claire et sa définition s'avère en conséquence difficile. Elle a toutefois un impact considérable sur la reconnaissance d'une position dominante. Ainsi, la substituabilité des produits ou services considérés peut ne pas être parfaite. Une définition étroite du marché de produits peut entraîner une surestimation du pouvoir de l'entreprise fournissant le produit en cause, alors qu'une définition large du marché peut au contraire aboutir à une sous-estimation de ce pouvoir. Des produits de substitution proches de celui fourni par l'entreprise restreignent fortement et à court terme le pouvoir de cette entreprise, alors que des substituts plus éloignés ne peuvent influencer le comportement de l'entreprise qu'à plus long terme, après que les consommateurs se sont habitués à ces nouveaux produits (KORAH, *Competition-Guide*, p. 107 ; sur l'importance du marché temporel, *infra* N 107 ss).

A. Marché de produits ou de services

- 65 Le marché de produits ou services est défini sur la base de critères objectifs, en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier, des spécificités du secteur et des produits et/ou services concernés ainsi que de leur nature, de même que de l'ensemble du contexte économique, de manière à pouvoir ensuite apprécier la puissance économique effective de l'entreprise en cause (CoRe, DPC 2000/4, p. 716, c. 5 ; MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, *Concurrence*, p. 234). Selon la CoRe, la notion de marché en cause est aussi indirectement subordonnée à l'abus reproché (CoRe, DPC 2000/4, p. 716, c. 5). La délimitation matérielle du marché pertinent comporte une marge d'indétermination (Office of Fair Trading, *Market Definition*, 2004, pt 2.6, disponible à l'adresse Internet <http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_guidelines/oft403.pdf>). De fait, la délimitation du marché est une question d'appréciation qui fait appel à des connaissances techniques et, à certains égards, à des considérations qui relèvent d'une politique publique (v. par exemple la retenue de la Comco à constater une position dominante de Swisscom sur certains marchés de « lignes louées », lorsque cette constatation pourrait entraîner une obligation de contracter ou de « *unbundling* » : Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, ch. 63 ; Comco, DPC 2000/1, p. 70, *Interkonnectionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom*, ch. 31). Selon la jurisprudence et la doctrine suisses, le juge doit en pareil cas restreindre son pouvoir d'examen et laisser à l'autorité de décision une certaine latitude de jugement (CoRe, DPC 2000/4, p. 716, c. 5, et les références citées).
- 66 La définition du marché se fonde essentiellement sur la **substituabilité suffisante du côté de la demande** (cf. *infra* N 68). Elle se réfère toutefois aussi à la substituabilité au niveau de l'**offre** (cf. *infra* N 85), ainsi qu'à la **concurrence potentielle** (Communication de la

Commission sur la définition du marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pts 13 s.). Ces trois facteurs peuvent exercer, en ordre décroissant, une pression disciplinaire sur l'entreprise concernée (CoRe, DPC 2005/4, p. 672, c. 5.2.2). Les concurrents actuels (du côté de l'offre) ou les nouveaux entrants (du côté de la concurrence potentielle) exercent un effet disciplinaire moins immédiat, car ils ont besoin d'un certain temps pour réorienter leur offre vers les produits ou l'espace géographique en cause (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 35). Selon une jurisprudence européenne constante, le marché est défini par les produits qui, même sans être nécessairement substituables, sont en tout cas suffisamment interchangeables avec les produits proposés par l'entreprise en cause, en fonction non seulement de leurs caractéristiques propres, mais également des conditions de concurrence et de la structure de la demande et de l'offre sur le marché (CJCE, arrêt *Tetra Pak II c/Commission*, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pt 10).

Seuls les concurrents actuels ou susceptibles d'entrer sur le marché à bref délai et sans coût substantiel sont pris en compte dans le cadre de la détermination du marché de produits (substituabilité du côté de la demande et de l'offre, respectivement). En revanche, les concurrents potentiels sont susceptibles d'entrer sur le marché dans un délai prévisible, mais non bref (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 163). En raison de cette absence d'immédiateté, la **concurrence potentielle** (« *potentieller Wettbewerb* ») n'est pas prise en compte au stade de la délimitation du marché, mais lors de la détermination de l'existence d'une position dominante sur ce marché, dans le cadre de l'appréciation de l'existence de barrières à l'entrée sur le marché (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pt 24). 67

1. Substituabilité au niveau de la demande

La substituabilité au niveau de la demande (« *demand substitutability* », « *Substituierbarkeit der Nachfrage* ») est le critère principal de détermination du marché pertinent car elle constitue la force régulatrice qui agit le plus immédiatement et le plus efficacement sur les fournisseurs d'un produit ou d'un service donné (CoRe, DPC 2005/4, p. 672, c. 5.2.2). Il s'agit de se demander si la victime du comportement prétendument abusif (cocontractant ou consommateur) peut se soustraire aisément aux conséquences de celui-ci en se tournant vers des fournisseurs de biens ou de services équivalents (WÄELBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 252). La substituabilité au niveau de la demande est vérifiée en relation avec les **produits alternatifs existants** (alors que la substituabilité de l'offre concerne des produits interchangeables nouvellement offerts à bref délai (*infra* N 85 ; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 162)). 68

La Comco détermine le marché de produits ou services en se fondant sur la définition de l'**art. 11 III/a OCCE** aussi bien pour l'application de l'art. 7 LCart (v. p. ex. Comco, DPC 2010/1 p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 42 ; DPC 1997/1, p. 32, *Porzellanfabrik Langenthal AG*, ch. 9 ; Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 322, *Swiss Online AG*, ch. 15 s. ; é.g. *Handelsgericht ZH*, DPC 1997/2, p. 257, c. V) que dans les cas de contrôle des concentrations des art. 9-10 LCart (v. p. ex. Comco, DPC 1997/2, p. 179, *Publicitas – Gasser – Tschudi Druck*, ch. 39-46). Aux termes de l'art. 11 III/a OCCE, « le marché de produits 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 ». 69

Bien que la définition de l'art. 11 III/a OCCE soit assez large pour permettre une différenciation dans la détermination du marché de produits dans le contrôle des concentrations et 70

pour l'application de l'art. 7 LCart, la définition du marché pertinent ne se fait pas de manière uniforme, elle dépend également du type de pratique examinée. Dans le contrôle des concentrations, la définition du marché pertinent vise à détecter une augmentation du pouvoir de marché de la nouvelle entité par rapport à la situation prévalant avant la concentration, tandis que dans le cas d'une position dominante, l'analyse vise à déterminer si l'entreprise puissante sur le marché détient le pouvoir d'augmenter les prix ou de se comporter de manière indépendante par rapport à une situation concurrentielle (hypothétique).

- 71 Déjà sous l'aLCart-1985, l'ancienne Commission des cartels avait rejeté un critère de substituabilité purement fonctionnel au profit d'une substituabilité subjective, fondée sur la perception des consommateurs, ou au moins sur la perception du consommateur moyen face au produit ou service en cause (Publ. CC 1984, p. 498 ; SCHLUEP, Art. 4 KG, p. 256 ; SCHMIDHAUSER, Art. 4 KG, N 58 s.).
- 72 Les possibilités de concurrence sont appréciées dans le cadre du marché regroupant l'ensemble des produits ou services qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des **besoins constants** et sont **peu interchangeables** avec d'autres produits ou services (CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 37).
- 73 Le marché déterminant comprend tous les produits ou services qui ont pour objet de satisfaire une demande déterminée, c'est-à-dire non seulement ceux vendus par l'entreprise elle-même, mais aussi tous ceux que les partenaires commerciaux et/ou les consommateurs considèrent comme **suffisamment substituables ou interchangeables** en raison de leurs **caractéristiques objectives**, de leur **prix**, de l'**usage** auquel ils sont destinés et des **préférences** des consommateurs (ATF 129 II 18, c. 7.3 ; TAF, DPC 2010/2, p. 337, c. 5.1.1 ; DPC 1997/1, p. 32, *Porzellanfabrik Langenthal AG* ch. 9 ; Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 322, *Swiss Online AG*, ch. 16 ; CJCE, arrêt *L'Oréal c/De Nieuwe AMCK*, aff. 31/80, Rec. 1980, p. 3775, pt 25 ; TPI, arrêt *Kish Glass c/Commission*, aff. T-65/96, Rec. 2000, p. II-1885, pt 62 ; Commission européenne, décision *Coca-Cola/Amalgamated Beverages*, 97/540/CE, IV/M.794, JOCE 1997 L 218, p. 15, pts 23-94 ; décision *Kimberly-Clark/Scott*, 96/435/CE, IV/M.623, JOCE 1996 L 183, p. 1, pts 8-58 ; GOYDER/ALBORS-LLORENS, *Competition*, p. 304-305 ; VAN BAELE & BELLIS, *Competition*, p. 121 ss ; HILDEBRAND, *Analysis*, p. 324-332 ; WAELBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 252 et 254 ; Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pts 13-19 et 39). Le critère donc n'est pas celui d'une substituabilité parfaite, mais celui d'une **interchangeabilité suffisante** (TPI, arrêt *Tetra Pak II c/Commission*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pts 66-68).
- 74 Ainsi, les données météorologiques récoltées dans toute la Suisse par SMA (MétéoSuisse) ne sont pas suffisamment substituables avec celles collectées par vingt cantons suisses sur leur territoire respectif, en raison des coûts administratifs et techniques de collationnement plus élevés que devraient supporter les acheteurs dans cette seconde hypothèse (Comco, DPC 1999/3, p. 422, *Schweizerische Meteorologische Anstalt*, ch. 64). Le degré de substituabilité est apprécié en fonction de caractéristiques non seulement **objectives** (propriétés, usage et prix du produit), mais aussi **subjectives** (préférences des consommateurs). Sous ce dernier aspect, il faut tenir compte de la manière dont le consommateur ou le partenaire commercial perçoit effectivement et subjectivement le produit ou service en cause, et non de la manière dont ce produit devrait objectivement être perçu par le « consommateur rai-

sonnable ». Cette distinction est décisive lorsqu'il s'agit, par exemple, de déterminer le marché pertinent pour un produit de marque. Des produits techniquement et économiquement substituables peuvent ne pas être considérés comme tels par les consommateurs (par ex. Coca-Cola et Pepsi-Cola). Tel est en particulier le cas pour certains produits de marques auxquels le consommateur reste fidèle indépendamment de l'existence de produits objectivement substituables, de sorte que les intermédiaires et détaillants doivent impérativement en disposer dans leurs assortiments, par exemple certaines marques de parfums ou de bières (marques « *must-in-stock* » ; Secrétariat Comco, DPC 1999, p. 57/1, *Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren*, ch. 16 ; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 148-150). Bien que la publicité sur Internet soit devenue un moyen important pour les annonceurs, elle n'est pas encore considérée comme suffisamment substituable avec la publicité sur les médias audiovisuels ou écrits, ce qui exclut son inclusion dans le marché de la publicité (TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 5.1.11).

La Commission européenne apprécie l'interchangeabilité entre deux produits en prenant en compte, notamment, la stabilité de la demande ou, au contraire, l'existence de substitutions effectives dans un passé récent, les résultats d'estimations économétriques, le point de vue des principaux clients et des concurrents, les préférences des consommateurs établies notamment par des études de marché, les barrières et coûts associés à un transfert de la demande vers des produits de substitution potentiels (surcoût pour l'adaptation à un service ou produit techniquement différent, contrat de longue durée conclu par le fournisseur) ainsi que la possibilité d'isoler une catégorie de clients déterminée (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pts 37-43 ; CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pts 35-52 ; arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pt 51 ; TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pts 64-78, confirmé par CJCE, aff. C-53/92 P, Rec. 1994, p. I-667 ; RUFFNER, *Grundlagen*, p. 224 s. ; WOHLMANN, *Bekämpfung*, p. 23 ; TERCIER/VENTURI, *Ententes*, p. 76 s.). Pour la fourniture de médicaments sur ordonnance, les services fournis par les pharmacies classiques, les médecins dispensant eux-mêmes des médicaments et les pharmacies pratiquant la vente par correspondance sont interchangeables (Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 549, *Versandapotheke MediService AG*, ch. 14). Sur le marché des transports pour les voyages de groupe en Suisse et en Europe, l'avion, le train, le car et la voiture sont substituables (Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 10, *SBB-Gruppenreiseverkehr*, ch. 16). Le marché des installations téléphoniques comprend celui de la location-entretien et celui de la vente de ces équipements, car les usagers ont le choix entre ces deux modalités contractuelles (CJCE, arrêt *Alsatel c/Novasam*, aff. 247/86, Rec. 1988, p. 5987, pt 17). Le marché des machines de conditionnement aseptique est distinct de celui des machines non aseptiques, car il répond à des besoins et préférences spécifiques des consommateurs, en ce qui concerne la durée et la qualité de conservation, ainsi que le goût des produits traités. De plus le passage du conditionnement du lait UHT à celui du lait frais nécessite la mise en place d'un système de distribution garantissant le maintien en permanence dans un milieu réfrigéré (TPI, arrêt *Tetra Pak II c/Commission*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pt 69).

Divers tests économiques sont pratiqués pour mesurer les possibilités de substitution du point de vue de la demande. Le test SSNIP (*small but significant and nontransitory increase in price* ou *SSNIP*), connu aussi sous le nom de test du monopoleur hypothétique (*hypothetical monopolist test*), est utilisé dans le contrôle des concentrations aux Etats-Unis (U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, août 2010, section 4.1) et en droit de l'Union européenne, et il est également

75

76

utilisé par la Comco pour définir le marché des produits dans le cadre de l'art. 7 LCart (pratique approuvée par le TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 5.1.10).

- 77 Implicitement, le test repose sur l'évaluation des élasticités-prix croisées des produits. L'**élasticité-prix** de la demande du produit X permet ainsi de mesurer la sensibilité de la demande pour le produit X en cas de changement du prix de celui-ci. Selon le test de l'**élasticité croisée**, on vérifie l'effet d'une augmentation faible, mais durable du prix du produit X (5-10 %), afin de rechercher un éventuel glissement de la demande prévisible des partenaires commerciaux ou des utilisateurs finals vers un autre produit Y qui assurerait en définitive leur satisfaction objective (p. ex. TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 9.5.3). Si la substitution suffit, en raison du recul des ventes de X qui en découlerait, à ôter tout intérêt à une augmentation du prix de X, le produit de substitution Y est intégré dans le marché en cause. Le test est alors répété avec un produit supplémentaire, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'une augmentation du prix relatif à l'intérieur du marché de produits définis ne conduise pas les consommateurs à opter pour des substituts directement disponibles.
- 78 Le prix retenu est en règle générale le prix couramment pratiqué sur le marché en cause. Toutefois, dans les cas d'enquête sur un éventuel abus de position dominante, l'hypothèse que le prix courant pourrait déjà avoir été substantiellement augmenté doit être prise en compte. En effet, les utilisateurs d'un certain produit sont plus enclins à se tourner vers des produits de substitution lorsque l'entreprise mise en cause a déjà sensiblement augmenté ses prix. Cette difficulté est connue sous le nom de *cellophane fallacy* (en référence à l'affaire *United States v. Du Pont de Nemours*, 351 U.S. 377, 395, 400, 76 S. Ct. 994 [1956] ; pour un exemple de la reconnaissance de cette difficulté en droit suisse, v. Secrétariat Comco, DPC 2005/3, p. 458, *Bio-Suisse*, ch. 56 ; Comco, DPC 2006/2, p. 261, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*, ch. 59). La Cour Suprême américaine a ainsi considéré, dans une plainte pour monopolisation portée contre le seul producteur de cellophane, que le marché pertinent consistait en l'ensemble des matériaux d'emballages flexibles, y compris le papier ordinaire, le papier ciré et les feuilles d'aluminium. Si le producteur de cellophane augmentait légèrement le prix de vente de son produit, les consommateurs se tourneraient vers les autres produits substituables. Dans un marché aussi vaste, le producteur de cellophane ne disposait pas d'un pouvoir de monopole et ne pouvait dès lors avoir violé la Section 2 du Sherman Act.
- 79 Il faut en conséquence mesurer l'élasticité croisée avant que le comportement incriminé n'ait pu produire ses effets (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pts 17-19 et 39 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 41-43). De même, en droit antitrust américain, deux produits appartiennent au même marché si une augmentation légère mais significative et non provisoire du prix d'un produit (*small but significant and nontransitory increase in price* ou *SSNIP*) – soit en règle générale une hausse de 5 % applicable pour un futur prévisible –, entraîne une baisse des ventes suffisamment importante pour rendre l'augmentation non profitable du point de vue économique. Le test est ensuite répété avec le prochain meilleur produit de substitution. Ce processus est répliqué jusqu'à ce que soit identifié le groupe de produits sur lequel l'entreprise en cause peut imposer avec profit une augmentation faible mais significative et non transitoire du prix.
- 80 Il est difficile de déterminer le **degré** exact d'interchangeabilité nécessaire pour que deux produits fassent partie du même marché. Toutefois, une substituabilité partielle qu'on pourrait remarquer dans des circonstances spécifiques n'est pas suffisante (TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 5.1.10, se référant à la substitution entre les pommes de terre et le pain).

La définition du marché pose comme condition préalable la détermination des partenaires potentiels de l'échange (CoRe, DPC 2005/4, p. 672, c. 5.2.1). Les partenaires potentiels de l'échange (en allemand « *Marktgegenseite* » et en italien « *la controparte sul mercato* ») comprennent les cocontractants ou les consommateurs finaux des produits soumis à l'examen. Ceux-ci constituent la demande du marché. Lorsque ce dernier est constitué de plusieurs niveaux, le marché des produits prend en compte la demande des cocontractants immédiats, qui est influencée à son tour par la demande des consommateurs finaux. Lorsque la demande des intermédiaires se différencie de manière substantielle de celle des consommateurs finaux par ses caractéristiques ou le but de l'utilisation, la substituabilité des produits ou services est analysée du point de vue des intermédiaires, ce qui peut justifier la définition d'un marché séparé de vente en gros (Comco, DPC 2010/1 p. 116, ch. 71) ou dans un autre niveau intermédiaire. Une telle approche a été confirmée par la CoRe (CoRe, DPC 2005/3, p. 505, c. 5.2).

81

Une définition séparée peut conduire à un marché de vente en gros plus restreint ou plus large que celui de la vente au détail. Dans le cas *Preispolitik Swisscom ADSL*, le câble ne constituait pas une alternative à la connexion ADSL pour les fournisseurs de services Internet (ISP) : le marché de gros relatif à la connexion au réseau DSL (de Swisscom) constitue dès lors un marché à part (Comco, DPC 2010/1 p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 70 s.), même si pour les consommateurs finaux le câble constitue un substitut suffisant à la connexion ADSL. Dans ce cas, le degré de concurrence existant au niveau de détail a été examiné sous l'angle de la concurrence actuelle.

82

L'intégration verticale constitue également une contrainte qui peut être prise en compte lors de la définition du marché pertinent ou lors de l'analyse de la concurrence actuelle, en fonction de l'étendue et de la force de la contrainte exercée par l'entreprise intégrée verticalement. Lorsque l'intégration verticale (ou la possibilité de s'intégrer verticalement) exerce un effet de discipline sur l'autre partie du marché, les produits des entreprises intégrées verticalement peuvent être inclus dans le marché pertinent. La Comco a ainsi considéré que les ventes directes des régies publicitaires et les services d'intermédiation de Publigroupe constituaient un marché pertinent en raison de l'effet de discipline qu'exerçait les premières sur Publigroupe, bien que ses modes d'organisation interne ne soient pas dans un lien de substitution parfaite (Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des VSW, Publigroupe*, ch. 97). La demande des consommateurs finaux doit toutefois être prise en compte lors de l'analyse de la position dominante, notamment lors de l'appréciation de la concurrence actuelle. Lorsque la demande des consommateurs finaux est reflétée directement dans celle des intermédiaires, il n'y a pas lieu en principe de déterminer des marchés séparés selon le niveau du marché.

83

La prise en compte de l'influence des autres produits ou marchés n'est pas incompatible avec les principes reconnus en matière de définition du marché pertinent. En effet, l'interchangeabilité ou la substituabilité ne s'apprécie pas au seul regard des caractéristiques objectives des produits et des services en cause, mais également en prenant en considération les conditions de la concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché (Trib., arrêt *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs* [CEAHR] c. *Commission*, aff. T-427/08, Rec. 2010, pts 67 et 104 [non encore publié ■■■]; TPI, arrêt *British Airways* c. *Commission*, aff. T-219/99, Rec. p. II-5917, pt 91; CJCE, arrêt *Michelin* c/ *Commission*, aff. 322/81, Rec. p. 3461, pt 37).

84

2. Substituabilité au niveau de l'offre

- 85 En plus de la substituabilité au niveau de la demande, la substituabilité au niveau de l'offre (« *supply-side substitutability* », « *Substituierbarkeit des Angebots* ») peut être utilisée comme critère supplémentaire de définition du marché en cause, pour autant qu'elle produise des effets de discipline équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'**immédiateté** et d'**efficacité**. Tel est le cas lorsque les fournisseurs concurrents peuvent réorienter leur production afin d'offrir sur le marché un nouveau produit ou service substituable qui peut être commercialisé à court terme, sans encourir de coût ou risque supplémentaire substantiel, en réaction à une variation légère, mais durable, du prix relatif du produit ou service en cause (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pts 20-22 ; Commission européenne, décision *Kimberly-Clark/Scott*, 96/435/CE, IV/M.623, JOCE 1996 L 183, p. 1, pts 34-44 ; décision *Coca-Cola/Amalgamated Beverages*, 97/540/CE, IV/M.794, JOCE 1997 L 218, p. 15, pt 93 ; TPI, arrêt *Tetra Pak c/Commission*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pt 69 ; WAELBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 255). Contrairement à la substituabilité au niveau de la demande, qui concerne les produits substituables existants (*supra* N 68), la substituabilité au niveau de l'offre se rapporte à de **nouveaux produits ou services**, susceptibles d'être produits à bref délai et sans coût supplémentaire substantiel. La substituabilité au niveau de l'offre est grande pour les biens de consommation, tels que les produits alimentaires et le tabac, les produits cosmétiques, d'hygiène ou de nettoyage, les appareils domestiques et l'électronique de divertissement, la papeterie et les fournitures de bureau, l'habillement, les chaussures, les meubles et tissus d'intérieur, les articles de sport et les jouets, les livres ou revues (ZÄCH, Kartellrecht, N 567). La possibilité de mise sur le marché de produits ou services concurrents exerce sur l'entreprise en cause la même pression concurrentielle que des produits de substitution déjà existants (ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 162 s.). Outre les coûts d'adaptation de la production ou de la commercialisation, il faut aussi vérifier si le fournisseur concurrent a des capacités disponibles à brève échéance ou si celles-ci sont entièrement affectées à des contrats de fourniture de longue durée. Il faut enfin tenir compte des éventuelles barrières à l'accès au marché. Le délai pour apprécier les réactions probables des autres fournisseurs en cas d'augmentation des prix relatifs dépend des caractéristiques du marché de produit en cause. Si les conditions de **faible coût et d'immédiateté** ne sont pas remplies, les possibilités de substitution du côté de l'offre ne sont pas prises en compte dans l'analyse du marché de référence, mais elles entreront en ligne de compte, comme facteur de concurrence potentielle, dans le cadre de la détermination de la puissance de l'entreprise concernée sur le marché déjà défini (CoRe, DPC 2005/4, p. 672, c. 5.2.2 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 45 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 568 ; *infra* N 165 ss). La substitution du côté de l'offre sert à déterminer non seulement le marché en cause, mais aussi le nombre de participants au marché.

3. Cas particuliers

a) Groupe de produits

- 86 Plusieurs produits répondant à des usages différents et non interchangeables entre eux peuvent néanmoins constituer un seul marché de référence (marché de groupe de produits) lorsqu'ils sont vendus ensemble ou que les acheteurs souhaitent se procurer la gamme complète de produits apparentés (p. ex. les pneus de tailles et de types différents : CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 44 ; WAELBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 256). L'argument selon lequel plusieurs produits appartiennent

au même marché peut aussi constituer une défense contre une accusation de pratique illicite de jumelage (cf. LCart 7 II/f, N ■■■ s. et ■■■-■■■).

b) Sous-marché

Même de très **petits** marchés de produits ou de services peuvent faire l'objet d'une position dominante (p. ex. le marché de l'accès à Internet pour les écoles, Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 311, *Schulen ans Internet*, pt 24 ; en droit de l'Union européenne, v. CJCE, arrêt *Hugin c/Commission*, aff. 22/78, Rec. 1979, p. 1869, pts 3-8 : marché des pièces détachées pour les caisses enregistreuses de la marque Hugin). Le marché concerné peut aussi constituer un **sous-marché** d'un marché plus large, lorsqu'il existe, pour le produit en cause, une demande spécifique des partenaires commerciaux et des consommateurs. Ainsi les grilles de programmes TV hebdomadaires et les magazines de télévision constituent des sous-marchés spécifiques du marché de l'information sur les programmes télévisés en général (TPI, arrêt *RTE c/Commission*, aff. T-69/89, Rec. 1991, p. II-485, pts 61 s. ; pour les monospaces, Commission européenne, décision *Ford-Volkswagen*, 93/49/CEE, IV/33.814, JOCE 1993 L 20, p. 14, pts 9-15). Le domaine de l'emballage des produits alimentaires liquides est divisé en quatre marchés distincts : les marchés des machines de conditionnements aseptique et non aseptique et les marchés correspondants des cartons (TPI, arrêt *Tetra Pak c/Commission*, aff. T-83/92, Rec. 1994, p. 755, pts 60-78, confirmé par la CJCE, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pts 10-20 ; de même en droit antitrust américain, *Brown Shoe v. United States*, 370 U.S. 294, 325, 82 S. Ct. 1502 [1962]).

87

c) Marché-système

Une entreprise peut disposer d'une position dominante très forte, voire d'un monopole sur un **marché secondaire par rapport à son activité principale**, c'est-à-dire un marché de produits ou services (p. ex. des pièces de rechange ou des services d'entretien) dont l'achat fait suite à l'acquisition des produits primaires et qui sont utilisés en liaison avec ces derniers produits, et pour lesquels il n'existe guère de substituts outre les pièces ou services fournis par le fournisseur du produit primaire, en particulier pour des raisons de compatibilité technique entre les produits secondaire et primaire ou pour des raisons liées à des aspects de propriété intellectuelle. Tel est notamment le cas des cartouches de toner ou d'encre pour les imprimantes, des pièces détachées pour véhicules automobiles ou encore des services de maintenance pour logiciels et systèmes informatiques. La question se pose de savoir si l'entreprise non dominante sur le marché primaire peut être considérée comme dominante sur un marché de produits ou services secondaires assez réduit. La réponse dépend de la définition du marché pertinent, qui peut soit consister en un « **marché-système** » portant sur un produit composé (par ex., le marché de la vente initiale du produit primaire et celui du service après-vente), soit être **limité au seul marché du produit ou service dérivé** (par ex., le service après-vente). Une position dominante serait niée dans la première hypothèse alors qu'elle serait reconnue dans le second cas (CJCE, arrêt *Hugin c/Commission*, aff. 22/78, Rec. 1979, p. 1869, pts 5-10). Les comportements abusifs allégués en relation avec de possibles marchés-systèmes sont le plus souvent des refus abusifs d'entretenir des relations commerciales (LCart 7 II/a N ■■■) ou des affaires liées (*tying*, LCart 7 II/f N ■■■).

88

La Cour de justice de l'UE, en approuvant la décision de la Commission, a admis en 1979 l'existence d'une position dominante sur le marché secondaire des pièces détachées pour

89

les caisses enregistreuses de la marque Hugin (CJCE, arrêt *Hugin c/Commission*, aff. 22/78, Rec. 1979, p. 1869, pts 3-8). Elle considère en revanche aujourd'hui que la position de l'entreprise sur le marché secondaire doit s'analyser en tenant compte des **effets possibles émanant du marché des produits primaires** et que la réponse dépend en définitive d'une analyse au cas par cas. A cet égard, il faut prendre en compte le prix et la durée de vie du produit primaire, la transparence des prix des produits secondaires, le prix des produits secondaires en proportion de la valeur du produit primaire, les coûts d'information et les coûts de substitution du produit primaire vers un autre produit. Les fabricants de produits primaires font valoir qu'il ne peut y avoir de dominance pour les produits secondaires s'il n'y a pas de dominance sur le marché des produits primaires, car les acheteurs potentiels peuvent cesser d'acheter le produit primaire et acheter un autre produit substituable pour se soustraire à un prix trop élevé du produit ou service secondaire. La réalité économique est plus nuancée. Selon le « principe de l'extrapolation », les acheteurs potentiels du produit primaire fondent leur choix en extrapolant le traitement qu'ils subiront de la part de l'entreprise sur le marché secondaire, ce qui incite l'entreprise à traiter ses clients présents de manière équitable sur ce second marché. Cette théorie implique une réaction en temps opportun de la part des acheteurs du produit primaire, condition qui n'est pas nécessairement remplie lorsque le produit principal a une longue durée de vie et/ou un coût élevé par rapport aux produits secondaires. Il faut de plus que les prix pratiqués pour les produits principal et secondaire soient transparents, de manière à ce que l'acheteur puisse calculer le coût total du produit primaire comprenant tous les produits secondaires pour sa durée de vie totale. Enfin, cette théorie présuppose que la discrimination des prix n'est pas possible entre les nouveaux clients potentiels et les anciens clients captifs ou que les coûts de substitution encourus par ces derniers sont faibles. Lorsque ces conditions sont remplies, le marché primaire (achats) exerce un effet disciplinaire préventif sur les marchés secondaires situés en aval (pièces de rechange, services d'entretien et réparation), de sorte que les deux marchés sont considérés comme un seul marché-système (XXV^e Rapport sur la politique de concurrence – 1995, N 86 ; CHEVALIER, *Dominance*, p. 26-31 ; CJCE, arrêt *Hugin c/Commission*, aff. 22/78, Rec. 1979, p. 1869, pts 5-10). La Commission européenne a ainsi considéré que le marché des imprimantes et celui des cartouches de toner constituait un seul marché-système. Le fabricant Kyocera ne disposait pas d'une position dominante pour plusieurs raisons : le remplacement d'une imprimante ne pose pas de problème de formation ou de compatibilité technique, le coût total d'une imprimante est un critère privilégié des acheteurs potentiels, les prix d'achat des cartouches de toner des différentes marques sont publics, le prix des cartouches de toner représente une part très élevée du coût total d'une imprimante sur toute sa durée de vie – puisque le « coût total par page » est un critère couramment utilisé par les clients choisissant une imprimante et qui fait l'objet de comparaison dans la presse spécialisée et dans la publicité des fabricants –, et, enfin, car il n'y avait aucune possibilité de discrimination entre les clients anciens/captifs et les nouveaux clients. Par conséquent, une hausse du prix des cartouches d'une marque donnerait fortement les clients à acheter une autre marque d'imprimantes (*Pelikan/Kyocera*, in : XXV^e Rapport sur la politique de concurrence – 1995, N 87).

- 90 Le Tribunal de la Cour de justice s'est exprimé dans l'affaire CEAHR en confirmant la méthodologie utilisée par la Commission, mais en désapprouvant l'application dans le cas concret d'un marché-système (Trib., arrêt *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs [CEAHR] c. Commission*, aff. T-427/08, Rec. 2010, pts 67 et 104 [non encore publié ■■]). Le Tribunal a été saisi par l'association européenne

d'horlogers-réparateurs qui avait vu sa plainte contre certains fabricants de montres suisses rejetée. La Commission avait notamment considéré que les montres de luxe et les marchés d'après-vente (pièces de rechange et service de réparation) constituaient un marché-système, et non des marchés distincts, de sorte qu'aucune position dominante n'existait dans le marché primaire ou secondaire. Le Tribunal confirme le bien-fondé de la constatation générale selon laquelle « le marché des pièces de rechange pour les produits primaires d'une certaine enseigne peut ne pas constituer un marché pertinent séparé dans deux hypothèses : premièrement, dans le cas où le consommateur peut se tourner vers les pièces de rechange fabriquées par un autre producteur ; deuxièmement, dans le cas où le consommateur peut se tourner vers un autre produit primaire afin d'éviter une augmentation de prix sur le marché des pièces de rechange » (*idem*, pts 79 et 80). Dans la première hypothèse, il doit y exister un degré suffisant de substituabilité des pièces de rechange fabriquées par les différents producteurs (*idem*, pt 84). Concernant la deuxième hypothèse relative à l'existence d'un marché-système, le Tribunal précise que pour que le marché primaire et le marché secondaire puissent être traités comme un seul marché, il doit être démontré « qu'un nombre suffisant de consommateurs se tournerait vers les autres produits primaires dans le cas d'une augmentation modérée des prix des produits ou services appartenant aux marchés de l'après-vente pour rendre une telle augmentation non rentable (références omises) ». Le Tribunal ajoute que « la seule possibilité pour le consommateur de choisir parmi de nombreuses marques existantes du produit primaire n'est pas suffisante pour traiter le marché primaire et les marchés de l'après-vente comme un seul marché, s'il n'est pas établi que ce choix est exercé notamment en fonction des conditions de la concurrence sur le marché secondaire ». Le Tribunal constate une contradiction dans le cas concret entre le coût mineur des pièces de rechange comparé au coût initial des montres de luxe et l'argument de la Commission selon lequel une augmentation modérée du prix des pièces de rechange causerait un déplacement de la demande vers des montres des autres producteurs (*idem*, pt 107). En effet, lorsque le coût des pièces de rechange est faible par rapport au prix du produit primaire, une augmentation même significative n'a en principe aucun effet sur la demande pour le produit primaire. Le Tribunal considère que cette analyse est corroborée par la constatation des autorités suisses de la concurrence dans l'affaire *ETA SA* (Comco, DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*) quant à l'existence d'une multitude de marchés pertinents de composantes de montres.

Selon une systématisation de l'OFT, trois options existent quant à la définition du marché pertinent en présence de produits secondaires (Office of Fair Trading, Market Definition, 2004, pt 6, disponible à l'adresse Internet <http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_guidelines/oft403.pdf>; v. aussi BISHOP/WALKER, Competition, p. 150 ss) :

- un **marché-système** : un marché unique comprenant le produit primaire et le produit secondaire (p. ex. le marché de tous les rasoirs et les lames de rechange). Une telle définition est justifiée lorsque les consommateurs prennent en compte le coût total dans la durée du produit ou lorsque l'imposition d'un prix excessif pour le produit secondaire aurait un impact sur la rentabilité du marché primaire (v. *supra* N 90 l'examen de la deuxième hypothèse dans l'affaire *CEAHR*).
- de **multiples marchés** : un marché pour le produit primaire (p. ex. un marché comprenant tous les rasoirs) et des marchés séparés pour chaque produit secondaire rattaché à un produit primaire (p. ex. marché séparé pour chaque type de lames de rechange). Une telle définition est appropriée lorsque le choix des consommateurs de choisir des produits secondaires sont restreints (*lock-in effect*).

91

- un **marché dual** : un marché comprenant tous les produits primaires substituables et un autre marché comprenant tous les produits secondaires substituables. Une telle délimitation du marché est appropriée lorsque les produits secondaires sont compatibles avec tous les produits primaires, et que par conséquent les consommateurs peuvent choisir entre ces produits secondaires indépendamment du produit primaire utilisé. Il s'agit de la première hypothèse examinée par la Commission et le Tribunal dans l'affaire *CEAHR* (*supra* N 90).

92 Les **facteurs** à prendre en considération dans l'évaluation de l'impact du marché primaire sur le marché secondaire peuvent être systématisés comme suit (CHEVALIER, Dominance, p. 27 s., reproduit en substance ici) :

1° impact sur les utilisateurs existants :

caractéristiques du produit primaire et de ses conditions d'utilisation, notamment :

- durée de vie du produit primaire (plus la durée de vie est courte, plus l'utilisateur aura de possibilité de changer)
- facilité de remplacement (éventuelles formation et adaptation technique nécessaires en cas de changement, qui pourraient impliquer qu'un changement n'est possible que sur une longue période)

nature de la clientèle et de ses comportements d'achat, notamment :

- critères guidant le choix du produit primaire (selon que le critère du coût global est privilégié ou non)
- clientèle composée de clients individuels ou de clients professionnels (ces derniers étant considérés comme moins captifs car mieux informés et plus enclins à remplacer un produit si cela est économiquement justifié)

bénéfice attendu du remplacement, compte tenu du coût global généré par le remplacement et du gain prévu sur l'achat de produits secondaires à moindre coût, vu en particulier :

- la proportion entre le coût total de remplacement et le prix des produits secondaires (plus la proportion est grande, plus le remplacement est justifié)
- le prix d'achat de l'équipement primaire et l'existence d'un marché de l'occasion dynamique
- les coûts connexes induits par le remplacement (formation, remplacement d'équipements périphériques)

2° impact sur les nouveaux clients :

nature de la clientèle et de ses comportements d'achat (v. ci-dessus) :

- impact de la proportion entre le coût total d'acquisition et le prix des produits secondaires (plus la proportion est grande, plus l'acheteur potentiel a intérêt à prendre en compte le prix des produits secondaires dans la décision d'achat du produit primaire)
- la transparence des conditions sur le marché secondaire et les facilités d'accès à l'information

la facilité pour l'entreprise en cause d'offrir des conditions différentes aux acheteurs potentiels et aux ■■■ l'exploitation « abusive » sur les critères de choix, selon :

- clients existants (clientèle captive)

93 La pratique antitrust **américaine** a considéré comme un *tying* abusif le refus par Kodak de vendre des pièces de rechange en l'absence d'un contrat de maintenance, alors même que

Kodak ne disposait pas d'une position dominante sur les machines elles-mêmes. La position dominante semble avoir été admise en raison du fait que Kodak avait institué sa pratique d'affaires liées après que des machines avaient été vendues, donc sur des « clients captifs » (*locked-in customers*) (*Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 [1992] ; pour une revue de la littérature v. L. COPPI, *Aftermarket monopolization : the emerging consensus in economics*, *Antitrust Bull.*, 2007/I, Vol. 52, p. 53-71 ; J. P. BAUER, *Antitrust implications of aftermarkets*, *Antitrust Bull.*, 2007/I, Vol. 52, p. 31-51).

En Suisse, la Comco, approuvée ensuite par la CoRe, a reconnu l'existence d'un marché-système regroupant la vente des appareils de photo Minolta et la réparation ultérieure de ces appareils (par le fabricant ou par des réparateurs indépendants). La durée de vie des appareils photo de Minolta s'élève en moyenne à dix-quinze ans, de sorte que chaque année environ 10 % des clients de Minolta deviennent des acheteurs potentiels informés des conditions existantes en matière de service après-vente. La fréquence des réparations est de 50 % sur toute la durée de vie des appareils photo. Le coût des réparations est relativement important, ce qui peut inciter certains consommateurs à remplacer plus vite leur appareil. Le marché est transparent car les détaillants renseignent les nouveaux clients sur le prix des services après-vente des différentes marques et décourageraient un client d'acheter un appareil photographique d'une marque qui offre un service de réparation anormalement cher. Directement confrontés aux consommateurs, qui s'adressent généralement directement à leur distributeur plutôt qu'au fabricant pour faire réparer leur appareil photographique, les distributeurs ont un intérêt propre à accroître la transparence du marché en conseillant au mieux leur clientèle pour la fidéliser. Le consommateur est ainsi informé sans supporter lui-même de coûts d'information importants. Enfin, les concurrents les plus importants de Minolta disposaient aussi de leur propre service de réparation. Dans un marché où la concurrence inter-marques est vive, la qualité, la rapidité et les coûts des services après-vente sont pris en considération par les acheteurs potentiels du produit primaire, ce d'autant que ces acheteurs sont de plus en plus sensibilisés à ces questions par la presse spécialisée. En conséquence, le comportement de Minolta sur le marché en aval (réparation) était préventivement discipliné, Minolta renonçant logiquement à pratiquer pour ses réparations des prix excessifs supérieurs à ceux des autres marques, afin d'éviter que les consommateurs ne diminuent leurs achats d'appareils photo Minolta au profit de marques concurrentes. Minolta ne disposant que d'une part de 24 % du marché de la vente des appareils photo en Suisse et faisant face à un nombre important de concurrents, elle ne disposait pas d'une position dominante sur le marché-système. *A fortiori*, son refus de livrer à l'avenir des pièces de rechange aux réparateurs indépendants ne pouvait constituer un abus de position dominante (Comco, DPC 1999/2, p. 247, *Minolta*, ch. 27-40 ; confirmé par CoRe, DPC 2000/4, p. 716, c. 5.1 à 5.3. Critique : ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 148 s., qui considère que la situation concurrentielle doit être appréciée directement sur le marché entre l'entreprise en cause et ses partenaires économiques sur le marché, plutôt qu'à partir d'une généralisation basée sur un autre marché entre l'entreprise en cause et les consommateurs. La CoRe a toutefois approuvé en l'espèce une notion large du marché englobant non seulement les concurrents, soit les réparateurs indépendants et les fabricants, mais également les distributeurs de toute taille et les consommateurs ; CoRe, DPC 2000/4, p. 716, c. 5.2. Dans son arrêt, la CoRe a en outre souligné qu'une utilisation excessive de la théorie des deux marchés séparés comportait le risque de « protéger les concurrents à la place de la concurrence [qualité, prix, quantité] » ; CoRe, DPC 2000/4, p. 716, c. 5.2).

94

- 95 La Comco a reconnu l'existence d'un marché-système regroupant le logiciel spécialisé SAP et le marché de service après-vente (Secrétariat Comco, DPC 2010/3, p. 435, *SAP Wartungspreiserhöhung*, ch. 28 s.). La distinction entre le marché-système et la reconnaissance de deux marchés séparés dépend du degré de complémentarité des deux biens du point de vue des utilisateurs finaux et de l'effet de discipline qu'exerce la pression concurrentielle provenant d'autres biens substituables avec un des biens sous examen sur l'autre bien complémentaire sous examen. L'examen portant sur l'existence de pratiques abusives sur les services après-vente de la société SAP, l'analyse doit porter sur l'effet de discipline qu'exerce la concurrence au niveau du logiciel (produit ou marché primaire) sur le comportement de l'entreprise sur le marché secondaire (les services après-vente). Lorsque l'effet de ladite pression concurrentielle est tel que l'entreprise risque de perdre des ventes de logiciels si elle augmente les prix des services après-vente, il y a lieu de retenir l'existence d'un effet de discipline et, partant, d'un marché système. En revanche, lorsque les deux biens sont liés par des liens de complémentarité faibles, il y aurait lieu de considérer l'existence de deux marchés séparés.
- 96 Malgré le fait que le marché primaire n'exerçait pas d'effet disciplinant sur les services d'après-vente, la Comco a retenu l'existence d'un marché système, car l'analyse des produits a relevé que les services d'après-vente étaient offerts avec le logiciel, et que très peu de clients avaient opté pour la version sans maintenance. Les tiers réparateurs n'existaient tout simplement pas (Secrétariat Comco, DPC 2010/3, p. 435, *SAP Wartungspreiserhöhung*, ch. 30 s.). Dans ce cas, la distinction entre l'existence d'un marché-système ou d'un marché séparé était atténuée par la forte position que détenait SAP dans le marché primaire des logiciels relatifs à la planification des ressources d'entreprises. Avec une part de marché d'environ 50 à 60 % et le concurrent le plus proche ne dépassant pas les 10 % du marché, la Comco a considéré que SAP détenait une position dominante sur le marché primaire des logiciels et pouvait donc intervenir également sur les services d'entretien. La définition d'un marché séparé et d'une position dominante sur les services d'entretien n'était en principe pas nécessaire pour intervenir.

B. Marché géographique

- 97 Le marché géographique permet de délimiter l'aire à l'intérieur de laquelle la victime d'une entreprise qui abuserait de sa position dominante peut se tourner vers d'autres fournisseurs ou cocontractants (Waelbroeck/Frignani, Commentaire, N 257).
- 98 La Comco détermine le marché géographique en se fondant sur la définition de l'**art. 11 III/b OCCE**, aussi bien dans les cas d'abus de position dominante de l'**art. 7 LCart** (DPC 1997/1, p. 32, *Porzellanfabrik Langenthal AG*, ch. 10), que dans ceux de contrôle des concentrations des **art. 9-10 LCart** (Comco, DPC 1997/2, p. 179, *Publicitas – Gasser – Tschudi Druck*, ch. 39-46). La définition est similaire à celle retenue en droit de l'Union européenne, de sorte qu'il est possible de se référer aux indications fournies par la casuistique européenne. Le marché géographique comprend « le 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 III/b OCCE**). Est déterminant le territoire sur lequel l'offre ou la demande pour le produit en cause a effectivement lieu, et non celui où elle pourrait avoir lieu (Comco, DPC 1997/4, p. 540, *Siemens/ Elektrowatt*, ch. 29).

La pratique européenne se réfère à la zone géographique dans laquelle le produit en cause est commercialisé et où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes, *i. e.* similaires pour tous les opérateurs économiques, de manière à pouvoir y apprécier le jeu de la puissance économique de l'entreprise en cause. Du fait de son caractère homogène, le marché géographique en cause se distingue des zones géographiques voisines dans lesquelles, en particulier, les conditions de concurrence sont hétérogènes, *i. e.* différent de manière appréciable (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 11 et 44 ; arrêt *Alsattel c/Novasam*, 247/86, Rec. 1988, p. 5987, pt 15 ; TPI, arrêt *Deutsche Bahn c/Commission*, aff. T-229/94, Rec. 1997, p. II-1689, pt 92). Selon WAELBROECK, le critère de l'**homogénéité** n'exclut pas toute différence dans les conditions de concurrence à l'intérieur du marché géographique défini ; il se réfère uniquement aux différences qui constitueraient des barrières aux échanges, susceptibles d'entraver l'accès à certaines parties de ce marché par les firmes opérant dans d'autres parties du marché en cause (WAELBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 257). Dans sa Communication sur le marché en cause, la Commission indique qu'elle se base d'abord sur une hypothèse de travail fondée sur une vue d'ensemble de la répartition des parts de marché détenues par les parties et par leurs concurrents, ainsi que sur une **analyse préliminaire des interactions des niveaux de prix** (fixation des prix et écarts de prix) dans les territoires comparés. L'identité des niveaux de prix et de leurs variations dans les zones géographiques examinées est un indice de l'appartenance de ces zones à un seul marché. En revanche, la persistance d'importantes différences de prix entre deux territoires ne suffit pas à conclure à l'existence de deux marchés distincts. Cette première image du marché géographique est ensuite **vérifiée** selon les tests – déjà exposés – de la **substituabilité** du côté de la demande (*supra* N 68) et de l'offre (*supra* N 85) en cas d'augmentation des prix relatifs (test d'**élasticité croisée**). On procède d'abord à une analyse des caractéristiques socioculturelles de la **demande** (importance des préférences nationales ou locales, habitudes d'achat des clients sur le plan géographique, obstacle linguistique). Le critère retenu est la substitution vers une source d'approvisionnement de remplacement, *i. e.* la question de savoir si une variation légère mais permanente du prix du produit en cause amènerait les clients de l'entreprise à transférer leurs commandes vers des sociétés implantées ailleurs, à court terme et à moindre coût. Le report de la demande sur une source de substitution ne doit pas nécessairement concerner tous les clients de l'entreprise, mais un nombre suffisant pour rendre l'augmentation du prix du produit en cause non rentable. Sous l'angle de l'**offre** ensuite, il faut examiner si les entreprises établies ailleurs exporteraient ou réorienteraient leur production vers un territoire avoisinant, ou s'y implanteraient, en cas d'augmentation marginale du prix du produit en cause. Il s'agit ainsi de savoir si le comportement de l'entreprise analysée subit un effet de discipline de la part des opérateurs situés dans d'autres zones géographiques. La réponse dépend des **obstacles et barrières** protégeant ou isolant l'entreprise implantée dans une zone donnée de la pression concurrentielle des entreprises situées en dehors de cette zone. Les facteurs liés à l'offre portent notamment sur l'accès aux réseaux de distribution existants ou le coût d'implantation d'un nouveau réseau, les tarifs douaniers ou quota limitant les échanges ou la production, les barrières non tarifaires au commerce, comme les normes techniques nationales, les normes relatives à la qualité/composition/sécurité/santé, les réglementations sur les emballages, les conditions d'obtention des autorisations administratives, les réglementations liées aux marchés publics ou à la réglementation des prix, les monopoles nationaux et les restrictions à la liberté d'établissement, ainsi que le volume et le poids du produit, de même que les coûts de transport de celui-ci (sur les barrières à l'accès, v. *infra* N 170 ss). Cette analyse permet de déterminer le degré précis d'interpénétration des marchés au ni-

veau national, européen ou global (Communication de la Commission sur le marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pts 8, 18 et 28-32 ; CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 36-57 ; arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pts 23-28 ; arrêt *Alsatel c/Novasam*, aff. 247/86, Rec. 1988, p. 5987, pts 14 s. ; TPI, arrêt *Tetra Pak c/Commission*, aff. T-83/91, Rec. 1994 p. II-755, pt 91 ; GOYDER/ALBORS-LLORENS, *Compétition*, p. 303-304 ; JONES/SUFRIN, *Compétition*, p. 316-319 ; MONTI, *Compétition*, p. 139-141 ; VAN BAELE & BELLIS, *Compétition*, p. 126 ss ; HILDEBRAND, *Analysis*, p. 332-336 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 47-50 ; TERCIER/VENTURI, *Ententes*, p. 77).

- 100 Selon KORAH, la concurrence provenant de zones géographiques où les conditions de concurrence ne sont **pas homogènes** peut, dans un cas d'espèce, influencer le comportement d'une entreprise qui, autrement, jouirait d'une position dominante. La concurrence provenant de forces extérieures au marché géographique défini de manière homogène doit être prise en compte. Il importe en définitive peu que cet élément soit considéré au niveau de la définition du marché en cause ou, à l'instar de la concurrence potentielle, au stade ultérieur de la détermination de l'existence d'une **position dominante** (KORAH, *Compétition-Guide*, p. 112-113 ; *infra* N 85 ; de même en ce qui concerne le rôle de la concurrence potentielle dans la détermination du marché de produits, *supra* N ■■■).
- 101 Le processus actuel de libéralisation du commerce mondial et le développement technologique conduisent de plus en plus souvent à la définition d'un **marché international**. Les accords internationaux portant ouverture des marchés, l'établissement de normes techniques internationales ainsi que les efforts d'harmonisation des réglementations nationales entraînent un abaissement, voire une suppression des barrières institutionnelles à l'accès au marché. L'innovation et le développement des technologies de l'information et de la communication (avec en particulier l'essor du commerce électronique) contribuent également à l'ouverture des marchés (DPC 1997/1, p. 32, *Porzellanfabrik Langenthal AG* ; ch. 10 ; Comco, DPC 1997/4, p. 540, *Siemens/Elektrowatt*, pts 31-37 ; Commission européenne, décision *Atlas*, 96/546/CE, IV/35.337, JOCE 1996 L 239, p. 23, pts 12-15 ; décision *Phoenix/Global One*, 96/547/CE, IV/35.617, JOCE 1996 L 239, p. 57, pts 12-16). Ainsi, les activités bancaires liées aux marchés financiers constituent un marché international (Commission européenne, décision *BNP/Dresdner Bank*, 96/454/CE, IV/34.607, JOCE 1996 L 188, p. 37, pt 13).
- 102 A l'inverse, le maintien de **marchés nationaux** peut résulter de contraintes réglementaires, telles les conditions de licence et les droits spéciaux ou exclusifs dont jouissent certains opérateurs (Commission européenne, décision *Second opérateur de radiotéléphonie GSM en Espagne*, 97/181/CE, JOCE 1997 L 76, p. 19, pt 17 ; décision *Eurotunnel*, 94/894/CEE, IV/32.490, JOCE 1994 L 354, p. 66). Les habitudes de l'utilisateur final ou les liens de proximité sont aussi des critères pour une délimitation nationale du marché (p. ex. concernant les services d'après-vente, le lieu de mise à disposition des services et l'importance de la connaissance des besoins des clients, Secrétariat Comco, DPC 2010/3, p. 435, *SAP Wartungspreiserhöhung*, ch. 46 ; les liens de proximité géographique étroits entre le parieur et l'agence hippique, TPI, *Tiercé Ladbroke IV c/Commission*, aff. T-504/93, Rec. 1997, p. II-923, pts 102-108 ; marchés nationaux en matière bancaire pour les services financiers offerts aux particuliers et même aux entreprises, Commission européenne, décision *BNP/Dresdner Bank*, 96/454/CE, IV/34.607, JOCE 1996 L 188, p. 37, pt 13), ou encore des caractéristiques du produit ou service en cause (p. ex. marché national des données nécessaires au calcul des tarifs et devis dans le secteur de la construction, Secrétariat

Comco, DPC 1998/3, p. 369, *Devisierungs-, [Vor-] Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB*, ch. 27 ; marché national des médicaments délivrés sur ordonnance, Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 549, *Versandapotheke MediService AG*, ch. 17).

Le coût et la durée du transport du matériel biologique à examiner étaient les critères principaux pour limiter le marché géographique des tests ESB sur les animaux à la Suisse (Comco, DPC 2003/4, p. 753, *Veterinärmedizinische Tests/Migros*, ch. 43). 103

Enfin, certains marchés peuvent être définis de manière **régionale** (p. ex. la réglementation légale relative à l'assurance-maladie obligatoire et privée a pour conséquence que les conventions entre les assureurs et les hôpitaux sont conclues au plan cantonal, Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, ch. 54-56 ; l'offre et la demande pour le traitement électronique ainsi que la transmission de données des médecins aux caisses maladies sont confinés à un canton déterminé, Secrétariat Comco, DPC 2007/2, p. 174, *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*, ch. 47 s.). Lorsque l'information est une composante importante du produit en cause, le plurilinguisme helvétique implique souvent une limitation régionale du marché à une seule aire linguistique (p. ex. marché germanophone européen ou limité à la seule Suisse alémanique pour une foire de jouets où la langue des indications figurant sur les jeux joue un rôle important, Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 14, *Schweizer Spielemesse St. Gallen*, ch. 24-27 ; marché de la Suisse alémanique pour la distribution de produits de presse : Comco, DPC 1999/3, p. 403, *Bahnhofskioske*, ch. 68-70 ; marché suisse alémanique pour la transmission par câble des programmes d'une chaîne privée de films en langue allemande : Comco, DPC 1999/2, p. 204, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*, ch. 23, confirmé sur ce point par CoRe, DPC 1999/4, p. 618, c. 5.1.1 ; marché alémanique pour les informations destinées aux consommateurs quant aux tests sur des produits : Secrétariat Comco, DPC 2000/1, p. 8, *Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo* ch. 9 ; marché alémanique, principalement les villes de Zurich et Berne, pour la distribution des films à gros succès doublés ou sous-titrés : Secrétariat Comco, DPC 2000/4, p. 571, *Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt*, ch. 36-38). Dans la délimitation du marché géographique, l'autorité de concurrence doit prendre en compte le fait que la concurrence pour certains produits ou services (comme dans le secteur des télécommunications) peut s'avérer plus intense dans les grandes agglomérations urbaines qu'à l'échelle du pays entier (CoRe, DPC 1998/4, p. 655, c. 4.2). 104

Par rapport à la LCart, l'**art. 102 TFUE** pose la condition supplémentaire que l'abus de position dominante doit se produire **sur le marché commun** ou dans une **partie substantielle** de celui-ci. Des positions dominantes sur un marché local ou régional sont ainsi écartées du champ d'application de l'art. 102 TFUE (CJCE, arrêt *Alsatal c/Novasam*, aff. 247/86, Rec. 1988, p. 5987, pt 23). Le territoire d'un **Etat membre** constitue nécessairement une part substantielle du marché commun (CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 28). Lorsque la Commission et la Cour examinent si une entreprise dispose d'une position dominante du fait d'un contrôle sur une **installation ou infrastructure essentielle** (*essential facilities*) (cf. *infra* N 187), elles retiennent une définition particulièrement étroite du marché géographique. Ainsi, la CJCE a même admis que le port de Gênes est une partie substantielle du marché commun, compte tenu du volume du trafic dans ce port et de l'importance que revêt ce dernier au regard de l'ensemble des activités d'importation et d'exportation maritimes en Italie (CJCE, arrêt *Corsica Ferries*, aff. C-18/93, Rec. 1994, p. I-1783, pt 41 ; KORA, *Competition-Guide*, p. 84). De 105

même, des aéroports importants comme Francfort (Commission européenne, décision *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*, 98/190/CE, IV/34.801, JOCE 1998 L 72, p. 30, pts 57 s.), ou Orly et Paris-CDG (Commission européenne, décision *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, 98/513/CE, IV/35.613, JOCE 1998 L 230, p. 10, pts 77-82) constituent une partie substantielle du marché commun.

- 106** Il faut noter enfin que le **marché** en cause pour l'évaluation d'une **position dominante** ne coïncide pas nécessairement avec celui où l'**abus** se produit (cf. LCart 7 N ■■■).

C. Dimension temporelle

- 107** Seuls certains produits sont dotés, parmi leurs caractéristiques, d'une composante temporelle (*infra* N 108). Le marché temporel n'est pris en compte que de manière exceptionnelle (TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 5.3). Il faut distinguer la définition du **marché temporel** d'avec la **perspective temporelle** dans laquelle doit s'apprécier l'existence d'une position dominante (WÆLBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 263). En revanche, toute position dominante doit être évaluée dans une perspective temporelle (*infra* N 109).

1. Marché temporel

- 108** Une dimension temporelle du marché est appropriée lorsque les consommateurs ne peuvent pas utiliser de manière interchangeable les produits disponibles en différentes périodes de temps et/ou lorsque les offreurs ne peuvent pas offrir leurs produits de manière continue (Office of Fair Trading, Market Definition, 2004, pt 5.2, disponible à l'adresse Internet <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_guidelines/offt403.pdf>). Pour certains produits, la composante temporelle joue un rôle essentiel dans la définition du marché. Ainsi, le caractère substituable de deux produits présuppose que ceux-ci soient disponibles sur le marché en même temps. Il serait difficilement concevable qu'un fruit saisonnier, comme la fraise, soit suffisamment interchangeable avec la banane, disponible durant toute l'année (CJCE, arrêt *United Brands*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 23-34 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 160). De même, les grilles de programme TV hebdomadaires constituent un marché distinct de celui des programmes TV quotidiens, car il existe une demande spécifique portant sur une information fournie plus longtemps à l'avance (TPI, arrêt *RTE c/Commission*, aff. T-69/89, Rec. 1991, p. II-485, pt 62 ; approuvé par la CJCE, arrêt *RTE et ITP*, aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pt 52). Bien qu'une foire de jouets ne se tienne qu'une fois par an, le besoin d'information des acheteurs potentiels existe de manière constante tout au long de l'année. En conséquence, le Secrétariat de la Comco a renoncé à limiter temporellement le marché pertinent à chaque foire annuelle (Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 14, *Schweizer Spielmess St. Gallen*, ch. 20-22).

2. Perspective temporelle

- 109** Par définition, la dominance sur le marché est un pouvoir économique exercé sur la **durée**, et non une position de force temporaire (FULLER, Article 86, p. 424). La possession d'une part de marché élevée ne met pas l'entreprise qui la détient en position de force si elle n'a pas un caractère durable (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, « Vitamines », 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 41). La période de référence choisie pour déterminer le marché pertinent et, ensuite, l'existence d'une position dominante sur ce marché revêt une importance cruciale. Cette question est particulièrement discutée pour les produits de haute

technologie dans les secteurs où l'innovation est intense. Selon une partie de la doctrine, le fonctionnement des marchés technologiquement dynamiques serait différent de ceux de « l'ancienne économie » : les conséquences économiques des effets de réseau (marché tendant à la dominance, du fait que l'utilité que chaque consommateur tire du produit en cause augmente avec le nombre d'autres consommateurs qui l'utilisent) pourraient être compensées par le dynamisme technologique. La concurrence par l'innovation entre entreprises résulterait en des positions dominantes temporaires dont le détenteur pourrait être délogé par la prochaine vague d'innovation (SHELANSKI/SIDAK, *Divestiture*, p. 6 s., 11 s. ; *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3 d 34, 49, 55 [D.C. Cir. 2001]). Par ailleurs, dans un secteur comme l'informatique, les produits et le marché peuvent avoir complètement changé entre le moment où le comportement abusif a eu lieu et celui où une autorité de concurrence constaterait cet abus. Si la constatation de l'abus reste importante, notamment sous l'angle de la prévention et de la sécurité juridique, tout remède de type comportemental que l'autorité pourrait ordonner serait vain, car l'innovation aura déjà rendu largement obsolète la conduite illicite. La menace d'actions privées en dommages-intérêts, suite à la constatation du comportement illicite, constitue alors le seul remède efficace (hormis les remèdes structurels ; v. à ce sujet, *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3 d 34, 49-50 [D.C. Cir. 2001]).

Le marché temporel joue un rôle différent selon que la position dominante est appréciée dans le cadre du contrôle des comportements abusifs de l'art. 7 LCart ou dans le cadre du contrôle des concentrations des art. 9-10 LCart. 110

Dans le cadre de l'**exploitation abusive d'une position dominante (art. 7 LCart)**, la pratique considère que l'état de la concurrence déterminant est celui existant au moment de l'appréciation. L'analyse visant à définir le marché se situe en principe sur une **courte période**. Sur une longue période, les structures se modifient et les frontières des marchés se déplacent sous l'influence des progrès technologiques et de la modification des habitudes de consommation (CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 41, où la CJCE a considéré que l'établissement d'un concurrent de Michelin sur le marché néerlandais pouvait être ignoré en raison du temps nécessaire pour adapter une usine à la production d'un nouveau type de pneus). La courte période est le temps économiquement opératoire dans lequel s'exerce le pouvoir de marché d'une entreprise déterminée et où il faut se placer pour l'apprécier (Commission européenne, décision *Tetra Pak II*, 92/163/CEE, IV/31043, JOCE 1992 L 72, p. 1, pt 94). Certains auteurs critiquent cette « conception subjective » selon laquelle la durée du comportement incriminé détermine la période de référence durant laquelle une substitution de produits doit pouvoir avoir lieu pour que deux produits soient inclus dans le même marché (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 43). 111

De manière générale, l'élasticité de l'offre et de la demande croît avec le temps, jusqu'à un certain point. Des produits nouveaux, mais relativement éloignés de celui fourni par l'entreprise en cause peuvent, après un temps d'adaptation, être considérés comme substituables par les utilisateurs et consommateurs et influencer ainsi le comportement de l'entreprise (KORAH, *Competition-Guide*, p. 107). A long terme, la substituabilité de l'offre, définie comme la faculté d'autres entreprises de réorienter leur capacité de production vers la production du produit en cause ou d'un produit substituable, augmente aussi. En revanche, lorsque la durée prise en compte pour la définition du marché est brève, les barrières à l'entrée au marché jouent un rôle important (HILDEBRAND, *Analysis*, p. 338-339). Au niveau de l'Union européenne, il résulte aussi bien de la Communication de la 112

Commission sur la définition du marché en cause que de la pratique décisionnelle de la Commission et de la Cour de justice que le marché de produit en cause est défini sur une courte période, en fonction de la concurrence actuelle. En revanche, l'existence d'une concurrence potentielle, la substituabilité à plus long terme au niveau de l'offre et les barrières à l'entrée sont prises en compte au stade de l'appréciation de l'existence d'une position dominante (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pt 24). Dans l'affaire *Tetra Pak II*, par exemple, l'existence d'une substituabilité au niveau de l'offre a été examinée non seulement à court terme, mais aussi à moyen et long terme (nécessité d'une technologie complexe pour produire des machines de conditionnement aseptiques, coûts supplémentaires pour la mise en place d'un système de distribution différent pour les aliments liquides aseptiques et non aseptiques, actions promotionnelles et publicitaires longues et coûteuses pour influencer les habitudes des consommateurs vers un autre mode de conditionnement; CJCE, arrêt *Tetra Pak c/ Commission*, aff. C-333/94 P, Rec. 1996 p. I-5951, pt 19). Tel est aussi le cas en Suisse. La Comco a ainsi considéré que Swisscom disposait, en 1999, d'une position dominante sur le marché des lignes louées (réseaux local et longue distance) dès lors que la concurrence potentielle représentée par le câble, le réseau électrique ou le *wireless-local-loop* ne serait en mesure d'offrir des services suffisamment substituables qu'à moyen terme (*i. e.* dans un délai de un à trois ans) (Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, ch. 48-51). De manière similaire, l'influence des contraintes provenant d'autres marchés en aval est prise en compte au stade de l'examen de la position dominante. Ainsi, les contraintes provenant du marché final de la téléphonie mobile ont été considérées comme insuffisantes pour nier la position dominante de Swisscom sur le marché de la terminaison d'appels. Cependant, le pouvoir important de Swisscom sur les deux marchés et la dépendance de Sunrise et d'Orange (les deux autres opérateurs de téléphonie mobile) vis-à-vis de Swisscom a contribué à rejeter la position dominante de Sunrise et Orange (Comco, DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk*, ch. 144 ss, décision approuvée par le TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.4.4; v. cependant l'avis de la Comco à la ComCom, DPC 2006/4, p. 739, *Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung*, dans lequel celle-ci conclut à la position dominante de Sunrise et Orange).

- 113** En revanche, l'examen d'une **concentration** ou d'une entreprise commune exige une perspective dynamique. Il faut prendre en compte non seulement l'état de la concurrence au moment de l'appréciation, mais aussi les perspectives du marché pour les années à venir, et en particulier un abaissement ou une suppression des barrières institutionnelles ou réglementaires suite à des accords internationaux, tels ceux conclus dans le cadre de l'OMC, qui résulterait dans une ouverture plus grande du marché (Mess-LCart, p. 577; Comco, DPC 1997/4, p. 540, *Siemens/Elektrowatt*, ch. 31; de même en droit de l'Union européenne, CJCE, arrêt *Commission c/France*, « *Kali & Salz* », aff. jtes C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998, p. I-1375, pt 221; Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pt 32). L'art. 10 IV LCart prescrit à la Commission de la concurrence de tenir compte de l'évolution du marché, alors que l'art. 11 I/f OCCE exige la mention dans la notification des entreprises susceptibles d'entrer sur le marché dans les trois années suivant la concentration.

D. Marché pertinent en cas de puissance d'achat

- 114** L'analyse du marché pertinent est effectuée de la même manière en cas de puissance d'achat (« *Nachfragemacht* », « *buyingpower* »). Il faut alors se placer du point de vue de

l'offreur (producteur ou prestataire de service) afin d'identifier quels sont les acheteurs actuels et potentiels du produit ou service offert. Le test de la substituabilité vise à déterminer si le producteur dispose ou pourrait trouver d'autres « demandeurs » pour acquérir son produit ou service que l'entreprise disposant d'une éventuelle puissance d'achat. Il s'agit de circonscrire quels **autres circuits de distribution** ou quels autres points de vente le fournisseur peut utiliser pour écouler ses produits. On ne saurait en revanche exiger que le fournisseur produise et écoule de nouveaux biens ou services (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pt 17 ; Comco, DPC 2008/4, p. 593, *Coop/Carrefour*, ch. 80 ss ; DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 205 ss ; DPC 2006/1, p. 131, *Denner/Pick Pay*, ch. 29 ss ; DPC 1997/3, p. 364, *Migros/Globus*, ch. 86-89 ; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 164 ; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 570).

IV. Position dominante

Une fois le marché délimité, il faut déterminer la place de l'entreprise en cause sur le marché considéré. La définition de l'art. 4 II LCart ne s'applique qu'à l'entreprise occupant une position dominante sur le marché. 115

A. Puissance sur le marché et position dominante

Selon l'art. 2 I LCart, l'entreprise susceptible d'être qualifiée de dominante sur le marché au sens de l'art. 4 II LCart doit d'abord disposer d'une **puissance sur le marché** (« *Marktmacht* » ; « *dominano il mercato* » ; « *marketpower* ») ou participer à une concentration d'entreprises. Le concept de puissance sur le marché n'est pas défini par la loi ; il trouve son origine dans l'avant-projet (art. 2 I, art. 3 III et art. 22 I AP-LCart). En vue d'assurer une meilleure compatibilité avec le droit de l'Union européenne, la notion d'« entreprises en situation de puissance sur le marché » a été abandonnée dans les art. 4 II et 7 I LCart au profit de celle d'« entreprises ayant une position dominante ». La mention d'une entreprise en situation de puissance sur le marché a été maintenue à l'art. 2 I LCart ainsi que dans les dispositions de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr, du 20. 12. 1985, RS 942.20) qui ont été modifiées lors de l'adoption de la nouvelle LCart (v. art. 2, 6, 14 I, 15 II, 16 et 17 LSPr). La situation de puissance sur le marché était définie à l'art. 3 III AP-LCart comme la capacité de l'entreprise ou des entreprises en cause à « influencer de manière déterminante » le marché de certains biens ou services (cf. *supra* N 18). L'**influence déterminante sur le marché** est un concept repris de l'art. 4 I *i.f.* aLCart-1985. Elle constitue un moyen terme entre l'influence simple dont dispose toute entreprise sur le marché où elle agit et la position dominante sur le marché. La notion signifie que l'entreprise dispose d'une influence accrue sur le marché, dont ses concurrents et ses partenaires commerciaux doivent tenir compte dans leurs décisions commerciales, mais insuffisante pour lui permettre un comportement indépendant (HOMBURGER, *Wirtschaftsmacht* ; Mess-LCart, p. 535 ; SCHMIDHAUSER, Art. 4 KG, N 19, 50 et 64 ; VON BÜREN, N 1066 ; BORER, KG, Art. 4 N 15 ; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 251 ; Comco, DPC 2001/2, p. 255, *Watt/Migros – EEF*, ch. 78). Puissance sur le marché signifie influence déterminante, mais non position dominante. 116

La constatation qu'une entreprise dispose d'une situation de puissance sur le marché entraîne pour seule conséquence son assujettissement à la LCart. Les règles sur l'abus de position dominante (art. 7 I LCart) et sur les concentrations d'entreprises (art. 10 LCart) fixent un seuil d'influence plus élevé en exigeant que l'entreprise dispose d'une position dominante sur le marché. En ce qui concerne la constatation d'une position dominante, la 117

seule utilité de la constatation d'une puissance sur le marché au sens de l'art. 2 I LCart est négative. Lorsque « l'influence déterminante sur le marché » n'atteint pas le seuil de la position dominante, l'application de l'art. 7 et des art. 9-10 LCart est exclue.

B. Notion

- 118** Pour être qualifiée de **position dominante** (« *Marktbeherrschung* » ; « *impresa che domina il mercato* » ; « *dominant position* »), il faut que la puissance sur le marché au sens de l'art. 2 I LCart soit qualifiée. Une simple influence déterminante, telle que résultant de l'art. 2 I LCart et comme prévue sous l'empire du droit antérieur par l'art. 4 aLCart-1985 ne suffit pas (Comco, DPC 2001/2, p. 255, *Watt/Migros – EEF*, ch. 78 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 251 et 575 ; Mess-LCart, p. 546 ; Handelsgericht ZH, DPC 1997/2, p. 257, c. VIII ; *supra* N 18 et 116).
- 119** Il y a position dominante, selon l'art. 4 II LCart, lorsque l'entreprise concernée est « à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché ». La position dominante se caractérise ainsi par la **liberté d'action** de l'entreprise en cause (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, « *Vitamines* », aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 41). Au-delà de la structure du marché, le test ultime de la position dominante est celui du comportement. L'entreprise peut disposer d'une position dominante, qu'elle se situe du côté de l'**offre** ou de la **demande** (puissance d'achat) (Mess-LCart, p. 546 ; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 836). Les **participants au marché** concernent aussi bien les concurrents que les fournisseurs (en amont) et les clients (en aval) (TERCIER/VENTURI, *Ententes*, p. 76).
- 120** La définition de l'art. 4 II LCart fait appel à des notions **économiques**. Le droit de la concurrence se réfère nécessairement aux théories économiques pour apprécier quelles structures de marché et quels comportements sont nuisibles ou favorables à l'économie de marché (BORK, *Antitrust*, p. 7). Selon HAWK, « *competition law is economic law, and economists must play a predominant (if not exclusive) role* » (HAWK, *System Failure*, p. 986). L'évolution des divers courants de pensée économique influence ainsi l'interprétation donnée, à un moment et dans un pays donnés, au droit de la concurrence. Plusieurs théories ont été développées et s'affrontent encore aujourd'hui en matière de concurrence, et singulièrement en matière de position dominante. Sans qu'il soit possible d'en faire un exposé dans ce commentaire, on mentionnera en particulier la concurrence praticable (*workable competition*, Harvard School), la théorie de la contestabilité des marchés (*theory of contestable markets*, Chicago School), l'ordolibéralisme allemand (école de Freiburg) ou la théorie moderne de l'organisation industrielle (*industrial organization*) (pour une présentation de ces doctrines, v. notamment HILDEBRAND, *Analysis*, p. 95-174 et les références citées ; SOUTY, Chicago, p. 85-96). Compte tenu de l'absence de la « concurrence parfaite », l'Ecole de Harvard considère qu'il appartient aux autorités de concurrence de veiller à ce que les conditions d'une **concurrence praticable** soient créées et maintenues sur une structure de marché déterminée et compte tenu du degré de sophistication de l'organisation industrielle de ce marché. Trois catégories de critères cumulatifs doivent être prises en compte pour s'assurer du degré de praticabilité de la concurrence sur une structure de marché donnée ; c'est le paradigme structure-comportement-performance. « Selon les adeptes de la concurrence praticable, c'est la liberté d'entrée sur le marché qui représente le facteur essentiel de fluidité dans l'allocation optimalement efficiente des ressources. C'est plus particulièrement l'absence de barrières à l'accès au mar-

ché qui constitue le garant de l'élimination des profits supra-compétitifs » (SOUTY, Théories, p. 50 s.). Selon la théorie de la **contestabilité** parfaite développée par l'Ecole de Chicago, les firmes en place – même dans un marché oligopolistique ou en présence d'un monopole – maintiennent leurs prix proches du niveau concurrentiel en raison de la menace que font peser les entrants potentiels. Pour que le marché soit parfaitement contestable, cette théorie présuppose (1) qu'il n'y ait pas de barrières à l'entrée ou à la sortie, (2) que toutes les firmes, en place ou entrants potentiels, aient accès à la même technologie, (3) qu'il existe une information parfaite sur les prix et (4) que les entrants puissent entrer et sortir du marché avant que les entreprises en place ne puissent ajuster leurs prix. La condition de l'absence de coûts de transaction et d'information, contraire à la réalité, peut être allégée lorsque les nouveaux entrants peuvent engager des relations contractuelles de moyenne à longue durée avec les clients (Comco, DPC 1997/4, p. 540, *Siemens/Elektrowatt*, ch. 35). Dans un marché parfaitement contestable, « si les firmes en place relèvent leurs prix, les entreprises postulantes feront leur entrée sur le marché (en l'absence de barrières à l'entrée) et elles pourront opérer de manière aussi efficace que les firmes en place (ayant accès à la même technologie). Si les entrées sur le marché entraînent une baisse des prix, le nouvel entrant pourra sortir du marché rapidement et sans coût (absence de barrière à la sortie). C'est cette crainte des entrées-sorties éclairs ou raids (« *hit and run* ») qui fait que même une entreprise en situation de monopole pratique des prix proches du coût moyen » (KHEMANI/SHAPIRO, Glossaire, p. 28). Les **barrières à l'accès**, qui jouent un rôle très important dans la définition de la position dominante, sont définies de manière très différente dans les deux grandes conceptions de la concurrence que sont la concurrence praticable et la contestabilité. Selon la conception de la concurrence praticable, les barrières à l'accès jouent un rôle essentiel pour définir le marché, apprécier les comportements des entreprises et mesurer le degré de praticabilité de la concurrence sur ce marché, c.-à-d. la contestabilité relative de celui-ci. Selon le concept de la contestabilité parfaite, il faut seulement juger des effets du processus concurrentiel sur une longue période de temps. Tant les praticabilistes que les contestabilistes reconnaissent la nocivité des barrières réglementaires, démontrée de longue date. En revanche, ils s'opposent quant aux autres types de barrières. Alors que la théorie de la contestabilité parfaite se limite aux barrières à la sortie et aux barrières stratégiques, celle de la concurrence praticable prend en compte les barrières à l'accès structurelles (y compris les barrières à la sortie) et stratégiques (SOUTY, Théories, p. 43-57 et les références citées).

Le droit européen de la concurrence, sous l'influence de l'ordolibéralisme allemand, se caractérise par la place éminente donnée au consommateur, dans des raisonnements basés sur l'**efficacité distributive** (efficacité économique considérée du point de vue du consommateur). C'est ce qui distingue le plus les autorités de la concurrence de l'Union européenne des autorités antitrust américaines qui, sous l'influence de l'Ecole de Harvard dans les années 1990, limitent généralement les objectifs de la politique antitrust à la seule **efficacité allocative** (efficacité économique considérée essentiellement du point de vue de l'offre), la diversité de l'offre à des prix concurrentiels servant à garantir le bien-être du consommateur (*consumer welfare*) (SOUTY, Concurrence, p. 25 s.). Ainsi, en droit européen, une pratique abusive d'une entreprise dominante est sanctionnée soit si elle porte atteinte à une structure de concurrence effective et lèse ainsi indirectement les consommateurs, soit si elle cause un préjudice immédiat aux intérêts des consommateurs malgré l'absence de tout effet sur la structure de la concurrence (CJCE, arrêt *Continental Can*, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215, pt 26 ; Commission européenne, décision *Coupe du monde de football 1998*, 2000/12/CE, IV/36.888, JOCE 2000 L 5, p. 55, pt 100).

121

- 122** Les conceptions américaine et européenne sur la position dominante et sur les comportements abusifs sont aujourd'hui très proches. Toutefois, des différences profondes quant à l'appréciation de certains comportements allégués comme abusifs traduisent des divergences résiduelles importantes quant au rôle du droit de la concurrence dans la protection des concurrents. Les solutions opposées adoptées par les autorités de concurrence des deux côtés de l'Atlantique dans une affaire comme le projet de fusion General Electric/Honeywell sont souvent interprétées par les auteurs américains comme le signe d'une protection accrue accordée par le droit de l'Union européenne aux concurrents plutôt qu'à la concurrence. Selon un principe de base du droit antitrust américain, les règles de concurrence ont pour but « *to protect competition, not competitors* » (*Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 [1962]). En Suisse, la CoRe a clairement déclaré que « le but de la loi sur les cartels est d'abord de promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1^{er} LCart) ». Dans une affaire où elle devait trancher entre l'existence d'une position dominante sur un marché de produit secondaire ou l'absence d'une telle position sur un marché-système englobant les produits primaire et secondaire, la CoRe a considéré qu'une « utilisation excessive de la théorie de deux marchés séparés risquerait de protéger les concurrents à la place de la concurrence (qualité, prix, quantité) » (CoRe, DPC 2000, p. 716, c. 5.2). La concurrence doit être protégée comme une institution en soi, qui vise l'efficacité économique, ce qui a pour effet de protéger automatiquement le consommateur. La protection de la concurrence protège aussi les concurrents, mais seulement ceux qui répondent avec efficacité aux besoins des consommateurs (OCDE, *Buying Power*, p. 105 s. ; v. aussi le débat en matière de conditions commerciales inéquitable, LCart 7 II/c N ■■ s.).
- 123** La **définition** de la position dominante figurant à l'art. 4 II LCart correspond à celle dégagée, en **droit de l'Union européenne**, par la Cour de justice (SCHMIDHAUSER, Art. 4 KG N 65 ; BALDI/BORER, Kartellgesetz, p. 352 ; CoRe, DPC 2000/4, p. 716, c. 4). Dans une jurisprudence bien établie, la CJCE définit la position dominante visée à l'art. 102 TFUE (ex-art. 82 TCE) comme « une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (CJCE, arrêt *United Brands*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 65 ; arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 38 ; arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 30).
- 124** La faculté d'un comportement indépendant des concurrents, qui caractérise la position dominante, ne coïncide pas nécessairement avec le concept économique d'un **pouvoir de fixer les prix** (*power over prices*). La « puissance économique [...] qui permet de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective » fait référence à la faculté stratégique de l'entreprise dominante de se comporter de manière à exclure ou écarter les autres entreprises du marché. Une telle puissance n'implique pas toujours un pouvoir de fixer les prix. La CJCE a ainsi admis que *United Brands* détenait une position dominante bien que l'entreprise eût enregistré des pertes durant quatre des cinq dernières années en raison d'une féroce guerre des prix menée par ses concurrents, car elle avait par ailleurs maintenu ses parts de marché (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 108-129).
- 125** La **raison** pour laquelle l'entreprise jouit d'une position dominante – qu'il s'agisse de concentrations, de pratiques d'entraves ou d'exploitation, de dispositions législatives ou

réglementaires ayant pour effet de limiter ou supprimer la concurrence sur le marché en cause, ou d'une concurrence basée sur les prestations – ne joue en principe aucun rôle dans le cadre de l'art. 4 II LCart. Il suffit que l'entreprise soit en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants aux marchés (notamment Commission européenne, décision *FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG*, 98/190/CE, IV/34.801, JOCE 1998 L 72, p. 30, pt 59). En revanche, l'application des règles matérielles de la LCart, et en particulier de l'art. 7 LCart prohibant les pratiques abusives, suppose que le comportement contesté soit attribuable à l'entreprise. Lorsque des dispositions législatives ou réglementaires sont à la source de l'absence ou de la limitation de la concurrence sur le marché, et qu'elles ne laissent à l'entreprise aucune possibilité de comportement indépendant, ce sont les règles relatives aux mesures étatiques anticoncurrentielles qui s'appliquent (cf. LCart 7, N ■■■ et ■■■). L'application de l'art. 7 LCart est également exclue lorsque la mesure étatique à l'origine de la position dominante relève d'une des deux exceptions de l'art. 3 I LCart (régime de marché ou de prix selon l'art. 3 I/a LCart ; droits spéciaux octroyés en vue de l'exécution d'une tâche publique selon l'art. 3 I/b LCart ; *supra* N ■■■ LCart 3 ; LCart 7 N 100-104).

L'existence d'une position dominante n'est pas incompatible avec celle d'une **concurrence résiduelle**. Même en présence d'une certaine concurrence, une entreprise peut jouir d'une position dominante si elle conserve la faculté d'un **comportement indépendant** des actes et réactions de ses concurrents. L'entreprise qui agit de manière indépendante est en mesure, sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles la concurrence se développe et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pts 39 et 70 ; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 172). Le facteur décisif est l'absence de pression concurrentielle, qui a pour conséquence que la concurrence ne joue pas son rôle de régulateur du marché (WÄELBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 237).

Comprise dans le chapitre premier relatif aux dispositions générales, la définition de l'art. 4 II LCart s'applique aussi bien à l'**art. 7 LCart**, qui traite des « entreprises ayant une position dominante », qu'à l'**art. 10 LCart** qui vise « la position dominante » (Comco, DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 75 ; Comco, DPC 1997/2, p. 179, ch. 61, *Publicitas – Gasser – Tschudi Druck*, ch. 61 ; BORER, KG, Art. 10 N 6). Toutefois, les buts différents poursuivis par les deux dispositions peuvent conduire, dans le cadre d'une interprétation téléologique, à pondérer différemment les critères de la position dominante. Le comportement de l'entreprise est au centre du diagnostic de l'abus de position dominante, alors que la structure du marché joue un rôle plus grand dans le cadre du contrôle des concentrations en raison, dans ce dernier cas, de la nécessité de poser un diagnostic également pour l'avenir (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 836 ; JICKELI Teil 1, p. 110 s. ; VON BÜREN, *Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 26, *supra* N 7). En matière de contrôle des concentrations, l'appréciation de la position dominante s'exerce de manière dynamique, *i. e.* prospective, car le contrôle vise à déterminer si une fusion est propre, immédiatement ou dans un futur prévisible, à créer ou renforcer une position dominante (WATTER/LEHMANN, *Kontrolle*, p. 869 ; LCart 10 II/a). En revanche, dans le cadre d'une action contre un comportement abusif, la position dominante est vérifiée dans les limites temporelles passée et présente dans lesquelles le comportement en cause s'est exercé (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 182 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*,

N 8). Alors que les partenaires contractuels et les concurrents pourraient être lésés à l'avenir par une concentration projetée, ils le sont déjà en cas de comportement abusif (ZÄCH, Kontrolle, p. 123).

- 128 Tandis que les règles sur le **contrôle des concentrations** de l'art. 10 II/a LCart font référence à une position dominante « **capable de supprimer une concurrence efficace** », cette dernière précision ne figure pas à l'art. 7 LCart relatif au comportement abusif d'une entreprise en position dominante. Suivant le message du Conseil fédéral, une large frange de la doctrine considère que cette condition supplémentaire implique que le contrôle des fusions est opéré en deux étapes au cours desquelles sont vérifiées d'abord si la concentration crée ou renforce une position dominante, puis si cette position est capable de supprimer la concurrence efficace. D'un point de vue statique, le fait de dominer le marché, c'est-à-dire de pouvoir s'y comporter de manière indépendante des concurrents, implique *ipso facto* l'absence de concurrence efficace. Il en découle que la phase de l'analyse de la suppression de la concurrence efficace est opérée d'un point de vue **dynamique**, selon les perspectives du marché pour les années suivant la décision (Mess-LCart, p. 577 ; MARBACH, Fusionskontrolle, p. 128 ; HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 122 ; VON BALLMOOS, Marktbeherrschende, p. 295-297). La portée de cette condition supplémentaire a été précisée par le Tribunal fédéral (ATF 133 II 104, c. 6.3). [renvoi texte art. 9/10 ■■■]

C. Critères

- 129 L'art. 4 II aLCart-1985 basait la constatation de la position dominante sur un catalogue d'éléments relatifs à la structure du marché et dont la pratique a démontré qu'ils n'étaient souvent pas adaptés au cas d'espèce ou, à tout le moins, insuffisants. L'ancienne Commission des cartels fondait ses décisions sur trois tests relatifs à la structure du marché, au comportement et au résultat sur le marché (Mess-aLCart-1985, p. 1285-1287 ; SCHLUEP, Wettbewerb, p. 63 s., 84 s.). Plusieurs représentants de la doctrine soutiennent que les trois tests appliqués par l'ancienne Commission des cartels, ainsi que les critères y relatifs, peuvent continuer à être appliqués sous l'empire de la nouvelle loi, mais de manière non exhaustive et lorsqu'ils se révèlent appropriés au cas d'espèce (CoRe, DPC 1998/4, p. 655, c. 4.1 ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 838 ; HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 122, 126 ; Rapp-AP-LCart, p. 16 ; sur la pratique antérieure de la CCart, *supra* N 13-16). En effet, abandonnant la priorité donnée au test de la structure du marché, le texte de l'art. 4 II LCart met l'accent sur le test du **comportement**. Est décisive la possibilité pour l'entreprise de se comporter de manière indépendante sur le marché (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.1). L'entreprise dominante peut **fixer les paramètres déterminants de la concurrence** (comme le prix, la quantité ou le type et la qualité des produits) sur le marché déterminant, sans égard à ses concurrents et à ses partenaires commerciaux. Par exemple, le prix du produit peut être fixé à un niveau qui diffère de celui qui résulterait d'une concurrence efficace. Au surplus, l'art. 4 II LCart pose une définition ouverte de la position dominante, qui prend **aussi** en compte les éléments relatifs à la **structure de l'entreprise** et surtout à la **structure du marché**, comme le démontrent les informations exigées par l'art. 11 I/d-f OCCE en cas de concentration d'entreprises (Mess-LCart, p. 547 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 172 ; P. DUCREY in : von Büren/Marbach/Ducrey, Wettbewerbsrecht, p. 326-328, N. 1483-1491).
- 130 L'art. 4 II LCart est rédigé de manière ouverte et indéterminée, le législateur ayant **renoncé à établir un catalogue de critères** comme c'était le cas dans l'ancienne loi sur les

cartels (*supra* N 18). Comme le souligne le Conseil fédéral, de tels critères sont des indices, mais ils ne permettent pas de conclure directement à l'existence d'une position dominante, celle-ci devant être appréciée à la lumière de l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce (Mess-LCart, p. 547 ; Comco, DPC 2000/4, p. 716, *Felix Service SA/Minolta [Schweiz] AG*, ch. 4). Le TAF pose des exigences élevées quant à la motivation de l'existence d'une position dominante (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.1).

L'existence d'une position dominante résulte de la combinaison de **plusieurs facteurs** 131 qui, considérés séparément, pourraient ne pas être nécessairement concluants, mais qui, associés à d'autres, entraînent cette position (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 66). On peut regrouper (arbitrairement) ces facteurs en quatre types d'approches (RITTER/BRAUN, *Competition*, p. 389 ; pour une approche partiellement différente, v. notamment ZÄCH, *Kartellrecht*, N 582-593) :

- l'analyse de la **structure du marché** : la part de marché de l'entreprise, la présence et la puissance des concurrents actuels ainsi que leurs parts de marché, le contre-pouvoir éventuel des partenaires commerciaux ou, à l'inverse, l'éventuelle situation de dépendance dans laquelle se trouve la victime de l'abus allégué à l'égard de l'entreprise en cause ; l'état de croissance ou de stagnation du marché, le niveau de la concurrence potentielle ;
- les facteurs liés à la **structure de l'entreprise** : p. ex. : l'appartenance à un groupe multinational d'entreprises actives depuis de nombreuses années et dans de nombreux pays, le degré d'intégration verticale et le contrôle exercé sur le système de distribution ;
- les critères de **comportement** et d'**efficacité** : les dépenses publicitaires, l'avance technologique, la gamme de produits étendue, la longue expérience et le savoir-faire de l'entreprise, la détention de brevets et autres droits de propriété intellectuelle, l'effet de marque ou de notoriété, l'aptitude à maintenir des prix élevés par rapport à ceux pratiqués par les concurrents ;
- les **barrières à l'accès** au marché : barrières réglementaires, barrières structurelles et barrières stratégiques ou comportementales.

Il découle de ces nombreux facteurs que la constatation d'une position dominante n'est possible qu'à la lumière des **circonstances du cas d'espèce** (Mess-LCart, p. 547). 132

En règle générale, les **critères structurels** sont retenus en ordre **principal** dans la définition de la position dominante (parts de marché relatives, contre-pouvoir des partenaires contractuels et concurrence potentielle). Les **facteurs directement tirés du comportement** de l'entreprise ont une importance **secondaire** par rapport aux critères structurels ; ils sont pris en considération pour confirmer les conclusions découlant de l'analyse structurelle et pour les compléter lorsque les critères structurels ne permettent pas d'aboutir à des conclusions suffisamment sûres. Selon les facteurs tirés du comportement, la position dominante est déduite du comportement adopté par l'entreprise sur le marché (pour un exemple de la prise en compte du comportement de l'entreprise, v. Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*, ch. 81). ZÄCH suggère en revanche de donner un poids prépondérant aux critères de la structure de l'entreprise, du comportement et des coûts de transaction pour déterminer l'existence d'une position dominante dans le cadre de l'art. 7 LCart, alors que le critère de la structure du marché jouerait un rôle moindre (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 177 s. ; citant RITTNER, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, p. 287-290, qui se fonde sur le concept de droit allemand de la position dominante relative). L'opposition entre les deux méthodes nous semble plus apparente que 133

réelle, compte tenu des interférences étroites entre comportement et structure. D'une part, les critères structurels sont des paramètres préalables à la définition de la ligne d'action de l'entreprise en cause, dont ils conditionnent le comportement. D'autre part, un comportement indépendant ne se conçoit que si celui qui l'adopte possède une position importante sur le marché (Waelbroeck/Frignani, Commentaire, N 242 ; Van der Woude/Duquesne, Abus, N 69-74). Par ailleurs, les **barrières à l'accès** au marché jouent un rôle grandissant dans la détermination de la position dominante. Une étude des décisions des autorités de concurrence et de la littérature qui les commente montre que les obstacles structurels et stratégiques à l'entrée se recoupent largement avec, d'une part, les critères structurels déterminant la concurrence potentielle et, d'autre part, les facteurs tirés du comportement de l'entreprise.

- 134** Nous analysons la position dominante d'abord sur la base de la **structure du marché** (parts de marché relatives de l'entreprise en cause et de ses concurrents actuels, contre-pouvoir des partenaires commerciaux ; *infra* N 135-164), puis sur celle de la concurrence potentielle et des **barrières à l'accès** (réglementaires, structurelles et stratégiques ; *infra* N 165-177).

1. Structure du marché, concurrence actuelle et position des partenaires commerciaux

- 135** La structure du marché constitue le premier facteur sur lequel se base toute analyse d'une éventuelle position dominante. La part de marché détenue par l'entreprise en cause joue un rôle très important, mais elle n'est pas suffisante à elle seule pour caractériser la position dominante. La position des concurrents et leurs relations constituent des données indispensables. En outre, l'analyse de la structure du marché prend en compte, selon les particularités du marché en cause, les phases de développement du marché, les possibilités de choix des fournisseurs ou acheteurs, le pouvoir financier, le degré de diversification et les possibilités de développement des entreprises et de leurs concurrents (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.1 ; Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 94 s.).

a) Parts de marché de l'entreprise en cause

- 136** La **part de marché** joue un rôle important dans l'appréciation de l'existence d'une position dominante (v. notamment Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 183 ss ; DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 148 ; DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*, ch. 90 ss ; DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk*, ch. 140 ss ; Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 301, *Markt für Postsendungen ohne Adresse*, ch. 28-32 ; DPC 1997/3, p. 322, *Swiss Online AG*, ch. 18-21). Toutefois, la taille ou la part de marché détenue par l'entreprise ou les entreprises en cause ne suffit pas à elle seule à établir une position dominante (ATF 130 II 449, c. 5.7.2). Un comportement indépendant n'est possible que si la large part de marché détenue par l'entreprise prédominante est liée à d'autres **barrières à l'accès** au marché (p. ex. position dominante niée en raison des faibles barrières à l'entrée sur le marché du trafic électronique des paiements, Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 322, *Swiss Online AG*, ch. 24 s. ; position dominante approuvée en raison des hautes barrières à l'entrée sur le marché du recyclage des piles usagées, notamment procédure d'autorisation, investissement initial important et mauvaises perspectives d'avenir, Comco, DPC 1997/4, p. 490, *Recymet SA*, ch. 61 ; position dominante collective approuvée en raison des

hautes barrières à l'entrée sur le marché de la téléphonie mobile, Comco, DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications Ag*, ch. 373 ss; v. ég. Mess-LCart, p. 511 s. et 547; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 837; RUFFNER, *Grundlagen*, p. 227 s.; HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, *Fusion*, p. 126; WOHLMANN, *Bekämpfung*, p. 22; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 173).

Il n'existe aucune valeur absolue qui permettrait de conclure directement à l'existence d'une position dominante. Un pourcentage très élevé ou très bas constitue néanmoins un indice important. Si une part de marché très faible permet d'exclure l'existence d'une position dominante, des parts de marché importantes ne sont constitutives d'une position dominante qu'en présence de barrières importantes à l'entrée et, partant, d'une faible concurrence potentielle. 137

Une **large part de marché** constitue un indice très fort qui tend à faire présumer la possibilité d'un comportement indépendant sur le marché, et donc une position dominante (ATF 130 II 449, c. 7.5.2; p. ex. part de marché de 60 % du Touring Club Suisse sur le marché des services de dépannage automobile, Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 329-331, *Autobahn-Notrufsäulen/Notrufnummer 140*; part de marché de 88 % de Batrec sur le marché du recyclage des piles usagées, Comco, DPC 1997/4, p. 490, *Recymet SA*, ch. 60-70; part de marché de 95 % de ETA sur le marché des ébauches, Comco, DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. 82 ss; part de marché de 100 % de Swisscom dans le marché de l'accès à l'Internet à haut débit, Comco, DPC 2004/2, p. 407, *Swisscom ADSL*, ch. 106 ss, ainsi que dans le marché de terminaison d'appel, Comco, DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk*, ch. 141 ss et TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.5.1; Secrétariat Comco, DPC 2003/2, p. 240, *Johnson & Johnson*, ch. 29). Cependant, une entreprise peut jouir d'une position dominante malgré une part de marché plus faible (TERCIER/VENTURI, *Ententes*, p. 91 N 58; p. ex. les hôpitaux publics étaient considérés comme dominant avec une part de marché ne dépassant pas 45 %, Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 155 ss; une part de marché de 50 % en présence d'une faible concurrence potentielle et hautes barrières à l'entrée a été considérée comme suffisant pour la constatation d'une position dominante, Secrétariat Comco, DPC 2003/1, p. 75, *Plakatierung in der Stadt Luzern*, ch. 48 ss). 138

A l'inverse, une part de marché de 75 à 95 % peut ne pas fonder une position dominante lorsqu'il existe une concurrence actuelle ou potentielle (Secrétariat Comco, DPC 2003/2, p. 240, *Johnson & Johnson*, ch. 26 ss: une part de marché de 50 % à 70 % était considérée comme insuffisante en raison de la concurrence exercée par les deux concurrents actuels. En outre, un test de marché avait montré que Johnson & Johnson n'était pas en mesure d'augmenter les prix unilatéralement; Comco, DPC 2002/1, p. 97, *Mobilfunkmarkt (Swisscom)*, ch. 116 ss: la part de marché de Swisscom était passée de 98 % à 69 % en trois-quatre ans; Comco, DPC 1997/4, p. 540, *Siemens-Elektrowatt*, ch. 41-62 et 64-82: les fortes parts de marché de Siemens/Elektrowatt résultaient de la politique d'achat des pouvoirs publics et des entreprises publiques d'électricité – principaux partenaires contractuels –, qui ne prenaient pas en compte les entreprises concurrentes de Siemens/Elektrowatt. Cette situation concurrentielle était appelée à évoluer du fait des nouvelles réglementations sur les marchés publics et de la libéralisation du marché de l'électricité). Ainsi, la Comco effectue un examen complet même en présence de parts de marchés de 100 % (p. ex. Secrétariat Comco, DPC 2008/2, p. 242, *Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account*, ch. 39 ss). 139

- 140 Les pourcentages retenus dans les décisions fondées sur le droit de l'Union européenne en matière de concurrence constituent un indice pour l'application de l'art. 4 II LCart (Handelsgericht ZH, DPC 1997/2, p. 257, c. VIII).
- 141 En **droit de l'Union européenne**, la détention de parts de marché d'une grande ampleur pendant longtemps constitue un indice sérieux de l'existence d'une position dominante (Orientations UE Art. 82 TCE, § 15). La possession, sur une longue durée, d'une part de marché extrêmement importante, par le volume de production et d'offre qu'elle représente, sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande, met l'entreprise qui la détient dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 41 ; BELLAMY/CHILD, *Competition*, p. 923 ss).
- 142 Une part de marché de 40-45 % n'est généralement pas suffisante à elle seule pour conclure au contrôle automatique du marché ; il convient de l'apprécier au regard de la force et du nombre des concurrents (CJCE, arrêt *United Brands*, aff. 22/76, Rec. 1978, p. 207, pts 108-110 ; VAN BAEL & BELLIS, *Competition*, p. 110 ss). En revanche, selon la jurisprudence, une part de marché supérieure à 50 % fait présumer, sauf circonstances exceptionnelles, une position dominante (dans des circonstances normales, une part de marché de 50 % constitue par elle-même la preuve de l'existence d'une position dominante : CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pt 60 ; *idem* pour une part de marché comprise entre 70 et 80 % : TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pts 91 s., confirmé par la CJCE, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. C-53/92 P, Rec. 1994, p. I-667 ; part de marché supérieure à 55 % et pouvoir d'achat : Commission européenne, décision *Kesko/Tuko*, 97/277/CE, IV/M.784, JOCE 1997 L 110, p. 53, pts 98 et 106).
- 143 Ce critère est utilisé implicitement par la Comco. Lorsqu'il est difficile d'évaluer les parts de marché, la Comco procède à une évaluation globale de la part de marché de l'entreprise pour constater si elle dépasse le seuil de 50 %. Dans l'affaire relative à l'affichage dans le Canton de Lucerne, la Comco ne pouvait pas évaluer la part de marché de la Ville de Lucerne en comparaison avec l'offre d'espace d'affichage des privés. La Comco constate simplement, sans se baser sur des données chiffrées, que la part de marché de la Ville de Zurich était de plus de 50 %, eu égard également à la structure atomique de l'offre des privés (Secrétariat Comco, DPC 2003/1, p. 75, *Plakatierung in der Stadt Luzern*, pts 48 ss). L'enquête ayant été conclue suite au changement de comportement de la Ville de Zurich, la position de la Ville de Zurich sur le marché n'a pas fait objet d'un examen approfondi (v. sur les références au droit européen, Comco, DPC 2011/1, p. 96 *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 184 et 188).
- 144 Toutefois, si le fait qu'une entreprise détienne une part de marché d'une grande ampleur peut être un indice significatif de l'existence d'une position dominante, cette circonstance, prise isolément, n'en est pas nécessairement un facteur déterminant, mais doit être prise en considération avec un ensemble d'autres facteurs résultant d'une **analyse économique complète** (ATF 130 II 449, c. 5.7.2 ; en droit de l'Union européenne, CJCE, arrêt *Alsattel c/Novasam*, aff. 247/86, Rec. 1988, p. 5987, pt 19 ; Commission européenne, décision *Mercedes-Benz/Kässbohrer*, 95/354/CE, IV/M.477, JOCE 1995 L 211, p. 1, pt 65 ; HILDEBRAND, *Analysis*, p. 344-349 ; Orientations UE Art. 82 TCE, § 15). Les autres facteurs pris en compte incluent d'autres d'éléments structurels ainsi que les **barrières à l'entrée** et di-

vers facteurs de performance. Ainsi, l'entrée de concurrents potentiels sur un marché de service peut, selon la nature du service en cause, s'avérer plus facile que sur un marché de produit (ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 181).

La taille du marché et les parts de marché sont mesurées en règle générale par le **chiffre d'affaires** de chaque entreprise active sur le marché. En présence de produits différenciés, comme les produits de marque, on considère souvent que le chiffre d'affaires donne une meilleure indication de la position et de la puissance relatives de chaque entreprise. Cependant, le **volume des ventes** peut aussi s'avérer utile, en particulier pour les produits de base (Communication de la Commission sur le marché en cause, JOCE 1997 C 372, p. 5, pts 53-55). 145

Aux **Etats-Unis**, les exigences quant aux parts de marchés sont plus élevées. Les tribunaux considèrent que des parts de marché de 90 % et plus, sont suffisantes pour conclure que l'entreprise incriminée est un monopoleur, mais que des parts situées entre 50 et 80 % ne sont pas suffisantes à elles seules pour arriver à une telle conclusion. Beaucoup de tribunaux sont réticents à admettre qu'il y a un pouvoir de monopole lorsque la part de marché est inférieure à 70 % (*United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 [2nd Cir. 1945] ; v. au surplus *supra* N 35). 146

Selon une partie de la doctrine, l'importance de la part de marché nécessaire pour constituer un indice de position dominante pourrait différer selon que l'entreprise en cause se situe du côté de l'**offre** ou de la **demande** (WOHLMANN, Bekämpfung, p. 24 ; au sujet de la puissance d'achat, v. *infra* N 245 ss). 147

La valeur probante de la part de marché détenue par l'entreprise en cause dépend de la manière dont elle a évolué dans le temps. La part de marché ne peut être révélatrice d'une position dominante que si elle est **suffisamment stable dans le temps** pour constituer un gage d'impunité, c'est à dire pour mettre son détenteur à l'abri des représailles de ses concurrents et partenaires commerciaux (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 63 ; v. l'analyse de la Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 183 et 188). Une **haute part de marché qui reste inchangée** pendant une longue durée ne permet toutefois pas à elle seule de conclure à l'existence d'une position dominante. Le fait qu'une entreprise ait réussi à maintenir ses parts de marché peut aussi bien être la conséquence d'une attitude concurrentielle efficace que d'une position assurant à l'entreprise en cause une possibilité de comportement indépendant de la concurrence. Le maintien de hautes parts de marché constitue néanmoins un indice révélateur (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 44), en particulier si l'entreprise dominante a repoussé avec succès toutes les attaques menées par des concurrents plus petits contre sa position (CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pt 56). A tout le moins, le maintien d'une part de marché peut être une indication qu'il existe des barrières à l'entrée, qui constituent un facteur à prendre en considération (WÄELBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 240). Inversement, l'**érosion d'une part de marché** dans le temps peut signifier qu'une entreprise fait face à une concurrence efficace capable de limiter sa liberté d'action ; tel n'est toutefois pas le cas lorsque, en dépit de leur érosion progressive, les parts de marché restent élevées (TPI, arrêt *Compagnie maritime belge transports*, aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pt 77 ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 837). Par ailleurs, de fortes **variations** de la part de marché d'une année à l'autre ne reflètent pas nécessairement des modifications de la puissance économique de l'entreprise, mais peuvent être propres au type d'activité de celle-ci, par exemple pour 148

un distributeur de films dont les revenus dépendent plutôt de la chance d'avoir eu, au cours d'une année, des films attirant plus de spectateurs (Commission européenne, décision *UIP*, 89/467/CEE, IV/30.566, JOCE 1989 L 226, p. 25, pt 57). Un monopole sur un **marché neuf et dynamique** qui se caractérise par des **évolutions technologiques**, n'est pas constitutif d'une position dominante si le monopole n'est que **temporaire** et que le marché reste ouvert à la concurrence future. Tel n'est pas le cas, en revanche, si l'entreprise en cause cloisonne le marché dès la phase de développement, de manière à occuper une position de « *gatekeeper* » et à s'assurer un monopole durable (Commission européenne, décision *MSG Media Service*, 94/922/CE, aff. IV/M.469, JOCE 1994 L 364, p. 1, pt 55).

- 149** Une **part de marché très basse**, inférieure à un seuil critique, devrait permettre d'exclure la possibilité d'une position dominante (« *safe harbor* »). En **droit de l'Union européenne**, une part inférieure à 10 % exclut en règle générale la possibilité d'une position dominante lorsque l'entreprise se situe du côté de l'offre, sauf circonstances exceptionnelles (CJCE, arrêt *Metro*, aff. 75/84, Rec. 1986, p. 3021, pts 85 s. ; CJCE, arrêt *Demo-Studio Schmidt c/Commission*, aff. 210/81, Rec. 1983, p. 3045, pt 21). En matière de concentration, un seuil de 25 % de part de marché paraît admis (considérant 32 du préambule au Règlement 139/2004 sur le contrôle des concentrations ; Commission européenne, décision *CLT/Disney/Super RTL*, IV/M.566, du 17. 5. 1995, pt 23, non-opposition publiée in : JOCE 1995 C 144, p. 23).
- 150** Selon la pratique de la Commission européenne, une position dominante n'est généralement pas à craindre pour une entreprise dont la part de marché ne dépasse pas 40 % (CJCE, *United Brands*, aff. 22/76, Rec. 1978, p. 207, pts 108-110 ; Orientations UE Art. 82 TCE, § 14) en l'absence de circonstances particulières (v. *infra* N 263).
- 151** En **droit suisse**, la doctrine suggère que le seuil critique faisant présumer une position dominante devrait être de 50 %, alors qu'une part de marché de moins de 20 % devrait généralement constituer un *safe harbor*, sauf structure particulière du marché (ZÄCH, Kontrolle, p. 122, suggère même une part de 30 %). Une part de marché entre 20 et 40 % ne permettrait pas non plus de conclure sans autre à une position dominante, mais nécessiterait des barrières supplémentaires à l'accès (WOHLMANN, Bekämpfung, p. 23 ; BORER, KG, Art. 4 N 19). Dans sa pratique, la Comco a considéré jusqu'ici que des parts de marché de 2 %, respectivement de moins de 1 %, ne sont pas suffisantes pour conférer à l'entreprise concernée une position dominante (DPC 1997/1, p. 32, *Porzellanfabrik Langenthal AG*, ch 11 s. ; DPC 1997/3, p. 322, *Swiss Online AG*, ch 18 s.). De même, la part de marché conjuguée de MediService (pharmacie vendant par correspondance et nouvel entrant sur le marché) et des médecins dispensant eux-mêmes des médicaments (30,2 % de part de marché) ne leur conférerait pas une position dominante sur le marché suisse des médicaments sous ordonnance, dont les pharmacies classiques détiennent 69,8 % (Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 549, *Versandapotheke MediService AG*, ch. 18-23). En matière de concentration, l'examen ne porte, en règle générale, que sur les marchés de produits et les marchés géographiques affectés par la concentration et sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 % ou plus (art. 11 I/d OCCE). Le seuil est plus élevé que celui initialement prévu par l'art. 6 I/d Projet OCCE qui prenait en compte les marchés sur lesquels l'une ou l'ensemble des entreprises participantes détenaient une part de 15 % ou plus.

Dans le cas d'un **groupe** (*supra* N 60), les éléments pris en compte pour la définition du marché concerné diffèrent de ceux permettant d'établir la dominance. Alors que le marché géographique peut être limité à celui d'une seule filiale du groupe, l'appréciation de l'existence d'une position dominante se base sur des facteurs tenant à la situation de l'ensemble des entreprises membres du groupe, considéré comme une unité économique (DPC 1997/3, p. 301, *Markt für Postsendungen ohne Adresse*, pt 301 ; MEIER-HAYOZ, *Kartellrecht*, p. 362 ; VON BÜREN, N 1076 ; en droit de l'Union européenne, v. p. ex. Commission européenne, décision *Continental Can*, 72/21/CEE, aff. IV/26811, JOCE 1972 L 7, p. 25, pts 2-21, p. 35-37 : limitation du marché concerné au marché allemand occupé par une filiale, mais prise en compte de la taille, de la puissance financière et de l'avance technologique de l'ensemble du groupe pour la détermination de la position dominante ; de même CJCE, arrêt *Deutsche Gramophon c/Metro*, aff. 78/70, Rec. 1971, p. 487, pt 17 ; CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pts 23-28 ; CJCE, arrêt *Alsatel c/Novasam*, aff. 247/86, Rec. 1988, p. 5987, pt 20).

En l'**absence de données fiables** quant aux parts de marché, la Comco peut, selon les circonstances du cas d'espèce, se fonder sur d'autres indicateurs déterminant la puissance de l'entreprise en cause sur le marché. Pour évaluer la position de Swisscom sur le marché des « lignes louées » au sens large, la Comco s'est ainsi fondée, faute de données chiffrées sur les parts de marché : sur la capacité des points de terminaison locaux, la faculté de Swisscom d'influencer le marché, son expérience sur le marché, son chiffre d'affaires total ainsi que sur l'accès aux ressources (Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, ch. 42-44 ; Comco, DPC 2000/1, p. 70, *Interkonnectionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG*, ch. 45).

b) Concurrence actuelle

La position de l'entreprise sur le marché en cause résulte non seulement de sa structure interne, mais aussi de la situation concurrentielle à laquelle elle fait face sur le marché en cause, qui comprend les concurrents actuels et les barrières à l'expansion de ceux-ci (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 185 et 195 ss ; CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 67).

En général, on tient compte aussi bien des **concurrents actuels** que **potentiels** (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 180 ss ; DPC 1997/3, p. 322, *Swiss Online AG* ch. 22 s. et 25 ; Mess-LCart, p. 547 ; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 837). Toutefois, la concurrence potentielle dépendant étroitement des barrières à l'accès au marché, elle est analysée avec ces dernières (*infra* N 165-177). Seule la concurrence actuelle est analysée dans cette section. Le **nombre, la qualité et la situation des concurrents** sont pris en compte. La différence entre la part de marché de l'entreprise concernée et celle détenue par les concurrents qui la suivent immédiatement (**parts de marché relatives**) constitue un indice important (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 185 ; Secrétariat Comco, DPC 2010/3, p. 435, *SAP Wartungspreiserhöhung*, ch. 53 s., où le concurrent le plus proche de SAP, avec une part de 50-60 %, détenait seulement 10 % du marché ; Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Publigroupe*, ch 129 s. : Publigroupe avait une part de marché stable de 63 à 65 % sur le marché de la vente et de l'intermédiation des espaces publicitaires dans le domaine de la presse écrite. Les concurrents représentaient entre 30 et 40 entreprises, avec des parts de marché sensiblement moins importantes. La Comco a pris en compte le

réseau de Publigroupe en Suisse avec plus de 100 agences et filiales [*idem*, ch 145 s.], ses participations dans des maisons d'édition, l'absence d'effet de discipline de la publicité sur Internet [*idem*, ch 151 s.] et l'absence de contre-pouvoir de la part des éditeurs [*idem*, ch. 157 s.]).

- 156** La situation de la concurrence sur le marché en cause diffère selon que l'entreprise concernée est confrontée à un ou quelques concurrents importants ou à une multitude de petites entreprises (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 225 ss : Multipay servait des groupes hétérogènes de commerçants ; Comco, 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 165 : l'entité nouvelle [avec une part de marché d'environ 40 %] serait confrontée à un concurrent ayant une part de marché plus grande [Swisscom avec une part de marché de 60 % sur le marché final de téléphonie mobile] ; Secrétariat Comco, DPC 2003/1, p. 75, *Plakatierung in der Stadt Luzern*, ch. 48 ss : l'Etat de Luzerne était confronté à une multitude de petits concurrents ; Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 301, *Markt für Postsendungen ohne Adresse*, ch. 32 ; SHEPHERD, Market, p. 22 ss ; WOHLMANN, Bekämpfung, p. 23 ; WATTER/LEHMANN, Kontrolle, p. 870 s.). Lorsque deux entreprises concurrentes disposent de parts de marché presque équivalentes et que chacune fixe ses prix en étant obligée de tenir compte de ceux pratiqués par l'autre, aucune de ces deux entreprises ne dispose de la faculté d'agir indépendamment sur le marché (Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 10, *SBB-Gruppenreiseverkehr*, ch. 22).
- 157** En droit de l'Union européenne, si la différence entre la part de marché de l'entreprise dominante et les parts de marché de ses concurrents les plus proches est élevée, on peut présumer l'existence d'une position dominante (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 48 ; CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 33).
- 158** Dans un secteur récemment libéralisé et où l'évolution technique est rapide, comme les télécommunications, **l'état de la concurrence, actuelle comme potentielle, peut évoluer très rapidement** (p. ex. Comco, DPC 2002/1, p. 97, *Mobilfunkmarkt [Swisscom]*, ch. 116 ss). Dans son rapport du 31 août 1999 clôturant une enquête préalable, la Comco a considéré que Swisscom disposait d'une position dominante sur le marché des « lignes louées » pris dans une acception large, tant dans la boucle locale (*local loop*) que sur le réseau longue distance. Une certaine concurrence actuelle n'était présente que dans les grandes villes et dans les liaisons entre ces grandes villes, mais les réseaux de tous les nouveaux fournisseurs concurrents de Swisscom présentaient des lacunes qu'ils ne pouvaient combler qu'en ayant recours à l'offre « *wholesale* » de Swisscom pour les lignes louées. Swisscom restait le seul fournisseur disposant d'une infrastructure couvrant l'ensemble du territoire suisse, et en particulier le « *last mile* ». Les concurrents potentiels (câble TV, réseau électrique, satellites et wireless-local-loop WLL) ne seraient susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur Swisscom qu'à moyen terme, car de nombreux investissements étaient encore nécessaires pour, notamment, donner au réseau câblé une capacité bi-directionnelle ou pour construire l'infrastructure du réseau WLL. Enfin, des barrières à l'accès insurmontables, en raison du coût, s'opposaient à la construction d'un réseau fixe couvrant l'ensemble du territoire et concurrent à celui de Swisscom. En l'absence de concurrence actuelle ou potentielle suffisante dans la boucle locale pour les « lignes louées », Swisscom y disposait d'une position dominante. La Comco a considéré que cette position dominante pouvait se reporter sur le réseau longue distance, en dépit de l'existence d'une certaine concurrence actuelle dans ce sous-marché, car la demande pour

les lignes louées porte en règle générale aussi bien sur les lignes situées dans la boucle locale que dans le réseau longue distance (Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, ch. 31 s., 38-53). En revanche, six mois plus tard (avis du 7 février 2000), la Comco a considéré que Swisscom disposait, sur le marché suisse des « lignes louées » dans une acception large, d'une position dominante sur la boucle locale, mais non plus sur le réseau longue distance. Au stade de la détermination du marché de produit, la Comco a distingué entre les « lignes louées » dans la boucle locale et dans le réseau longue distance car les deux services ne sont pas substituables, mais complémentaires. Cette définition plus étroite du marché se justifiait aussi par la nécessité de limiter le champ de l'obligation d'interconnexion, statué *ex ante* par la réglementation sectorielle, aux seuls marchés sur lesquels un opérateur détient une position dominante. Sur le réseau longue distance, les opérateurs concurrents ont en grande partie recours à leur propre infrastructure ou à celle d'autres concurrents plutôt qu'aux lignes de Swisscom et ils considéraient eux-mêmes que la concurrence règne. Par ailleurs, de nombreux concurrents potentiels sont attendus sur ce marché qui ne présente pas de barrière insurmontable à l'accès et qui tend plutôt à devenir une simple fourniture de base (« commodity »). Pour les lignes louées dans la boucle locale, en revanche, Swisscom disposait toujours de la capacité de se comporter indépendamment de ses concurrents (Comco, DPC 2000/1, p. 70, *Interkonktionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG*, ch. 23, 28, 31, 55-88).

Dans le cadre des opérations de **concentration**, l'art. 11 I/e OCCE exige la notification des parts de marché des entreprises participantes et, si elles sont connues, celles des trois principaux concurrents. Des concurrents puissants peuvent exercer un contre-pouvoir à l'entreprise dominante résultant de la concentration (Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 301, *Markt für Postsendungen ohne Adresse*, ch. 32 ; CJCE, arrêt *France e.a. c/ Commission « Kali & Salz »*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998, p. I-1375, pts 247 s.). Toutefois, un marché dont la structure est réduite à quelques grands concurrents présente des risques de **dominance oligopolistique** (*infra* N 192 ss). Lors d'une concentration, on ne peut suspecter la nouvelle entité de pouvoir se comporter sur le marché d'une manière relativement indépendante par rapport à la concurrence que si elle acquiert une position de premier, et non simplement de second. Toutefois, une position de leader ne permet pas de déduire automatiquement une position dominante ; la part de marché des concurrents, en particulier les plus proches, est importante (Commission européenne, décision *Dalgety/The Quacker Oats Company*, IV/M.554, du 13. 3. 1995, pt 20, JOCE 1995 C 82 ; *Svenska Cellulosa/PWA*, IV/M.549, du 20. 2. 1995, pt 35, JOCE 1995 C 57 ; décision *Union Carbide/Enichem*, IV/M.550, du 13. 3. 1995, pts 57 et 59, JOCE 1995 C 123, p. 3 ; décision *Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox*, 96/222/CE, IV/M.603, JOCE 1996 L 75, p. 38, pt 59).

159

c) Contre-pouvoir des partenaires commerciaux

Le **contre-pouvoir** (« *Gegenmacht* » ; « *countervailing power* ») qui peut être exercé par les **partenaires commerciaux** de l'entité puissante sur le marché peut empêcher cette dernière d'agir de manière indépendante, et en conséquence de détenir une position dominante (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 225). L'existence d'une demande atomisée est de nature à permettre plus facilement à l'entreprise disposant d'une importante part de marché du côté de l'offre de tenter d'imposer sa puissance (Comco, DPC 2001/1, p. 95, *Intensiv SA*, ch. 41 ss). Des partenaires commerciaux importants dans leur propre marché ne sont pas forcément en mesure

160

d'exercer un contre-pouvoir suffisant lorsque il existe un déséquilibre significatif entre la position de l'entité puissante et celle desdits partenaires (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.7 : bien que Sunrise et Orange détinssent respectivement une part de marché d'environ 20 % dans le marché final de téléphonie mobile, celles-ci ne pouvaient pas exercer une pression suffisante envers Swisscom dans le marché de terminaison en amont en raison d'un trafic asymétrique ; si Sunrise et Orange généraient 10 % du trafic de terminaison d'appel sur le réseau de Swisscom, ce dernier générerait environ 70 % du trafic de terminaison sur les réseaux de Sunrise et Orange) ou lorsque ces derniers constituent un groupe limité comparé à l'ensemble des partenaires commerciaux (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 227 : le contre-pouvoir des deux plus grands commerçants qui représentaient entre 40 à 60 % des transactions par cartes de débit et crédit a été considéré comme insuffisant compte tenu du grand nombre du reste des commerçants d'environ 70 000 à 80 000). Inversement, si le leader a en face de lui des acheteurs puissants, son pouvoir de négociation est contrebalancé (CoRe, DPC 2005/4, p. 672, c. 5.3.7. ; Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, ch. 92-96 ; Commission européenne, décision *UIP*, 89/467/CEE, IV/30.566, JOCE 1989 L 226, p. 25, pt 58 ; en droit de l'Union européenne, v. Commission européenne, décision *Gencor/Lonrho*, 97/26/CE, IV/M.619, JOCE 1997 L 11, p. 30, pt 150 ; décision *Nestlé/Perrier*, 92/553/CEE, IV/M.190, JOCE 1992 L 356, p. 1, pts 77-89 ; décision *Alcatel/Telettra*, 91/251/CEE, IV/M.42, JOCE 1991 L 122, p. 48, pts 38 s. ; CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 35).

- 161** La situation d'équilibre entre la puissance sur le marché de l'offre et celle sur le marché de la demande garantit, en règle générale, une concurrence efficace. La formation d'un cartel de défense (*Abwehrkartell*) a été admise, sous l'empire de l'aLCart-1962, pour autant que les mesures prises s'avèrent nécessaires et aptes à bloquer les effets nuisibles du comportement d'une entreprise en position dominante et qu'elles entravent le moins possible la libre concurrence. Un cartel de défense est en revanche illicite s'il supprime toute concurrence efficace (Les conditions de la concurrence sur le marché des boissons « petit-déjeuner », Publ. CC 1983, p. 365). Toutefois, la création d'une contre-puissance comporte le risque d'une spirale de la puissance. Les mouvements de concentration peuvent aboutir à des positions dominantes tant du côté de l'offre que de la demande (Les effets de la fusion Schindler-FFA sur le marché des voitures de chemin de fer, Publ. CCSPR 1992/2, p. 91). En outre, la diminution du nombre d'acteurs sur le marché de l'offre et de la demande entraîne un risque accru d'accords illicites entre entreprises pour réguler le marché (SCHMIDHAUSER, Art. 7 KG N ■■■-■■■).
- 162** A côté du contre-pouvoir exercé par les partenaires directs, le pouvoir de marché sur un marché en amont peut être restreint par l'existence de pressions concurrentielles provenant d'un autre marché en aval, notamment des clients et des consommateurs finaux des partenaires commerciaux de l'entité puissante sur le marché. Cette contrainte est connue sous le nom de contrainte indirecte (*indirect constraint ; Indirekte Einflüsse*). Dans ce cas, la concurrence existant sur le marché en aval rend non profitable une augmentation du prix permanente dans le marché en amont.
- 163** Plus le marché en aval est concurrentiel, plus la demande du marché en amont devient élastique, ce qui montre l'existence d'une pression concurrentielle sur ce marché. Dans l'affaire Swisscom ADSL, la Comco a examiné la contrainte indirecte qu'exerce la concurrence par câble dans le marché de détail sur le marché de gros relatif à la conne-

xion DSL (Internet) (Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 147 s.). La Comco a considéré ces contraintes indirectes comme non suffisantes après avoir examiné les circonstances suivantes : les parts de marché de l'opérateur historique, des ISP et des câblo-opérateurs, le transfert des augmentations des prix effectuées dans le marché de gros, l'élasticité de la demande du marché de détail, les modifications des parts de marché dans le marché de détail ainsi que les modifications des prix dans le marché de gros. De plus, en faisant une lecture restrictive de la jurisprudence et de sa pratique décisionnelle, la Comco conclut que ces contraintes ne doivent être prises en compte que partiellement et ne doivent pas être surestimées (Comco, DPC 2010/1 p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 151 et 157). Cependant, la généralisation d'une approche restrictive n'est pas justifiée compte tenu du nombre restreint des décisions concernées. Les contraintes indirectes doivent être examinées de cas en cas et être prises en compte dans l'analyse de la concurrence actuelle, en particulier lorsque le marché en amont a été défini étroitement.

La considération des effets indirects était un point litigieux central dans l'affaire relative aux tarifs de terminaison mobile (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.7). Swisscom prétendait que la concurrence existante dans le marché de détail de la téléphonie mobile exerçait une contrainte indirecte sur sa position dans le marché de la terminaison mobile et que par conséquent sa part de marché de 100 % dans ce dernier marché ne reflétait pas sa réelle position concurrentielle. L'analyse de la Comco, approuvée par le TAF (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.6.4), a consisté à démontrer que Swisscom détenait une position très forte sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Celle-ci avait en effet une part de marché d'environ 60 % ainsi que des avantages en termes d'effets de réseau, ce qui lui octroyait une position confortable dans un marché caractérisé par des barrières importantes à l'entrée. Une analyse de l'évolution des prix et des marges des opérateurs a permis de corroborer la constatation d'un faible degré de concurrence sur le marché en aval. Le degré de concurrence du marché en aval ne permettait donc pas d'exercer une influence telle sur le marché en amont qui pouvait justifier le rejet de la position dominante sur ce dernier. Le TAF a précisé que le fait qu'une entreprise ne détienne pas de position dominante dans le marché en aval n'est pas suffisant pour admettre l'existence de contraintes indirectes aptes à réfuter une position dominante en amont.

164

2. Concurrence potentielle et barrières à l'entrée

La part de marché détenue par l'entreprise n'étant pas déterminante à elle seule, il faut tenir compte des avantages structurels dont dispose cette entreprise afin de déterminer si elle a la faculté de se comporter de manière indépendante sur le marché (CJCE, arrêt *United Brands*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 69-96). Ces avantages résultent du nombre et de l'importance des **barrières à l'entrée, à la mobilité et à la sortie sur le marché**. Plus les barrières sont élevées, plus il est difficile à de nouveaux entrants d'entrer en temps utile sur le marché en réaction à un comportement abusif de l'entreprise dominante, et plus l'entreprise peut agir sans tenir compte d'une **concurrence potentielle**. Une haute part de marché n'a qu'une importance relative lorsqu'il n'y a pas ou peu de barrières structurelles à l'accès au marché (coût des investissements, sensibilité des clients aux prix, innovations fréquentes) ou lorsque le marché national auparavant protégé est ouvert à la concurrence internationale (abaissement des barrières réglementaires). La globalisation et l'ouverture des marchés sont des « antidotes naturels » à l'abus de position dominante. L'entreprise puissante sur le marché qui aurait un comportement abusif, comme la pratique de prix

165

trop élevés, verrait immédiatement de nouveaux concurrents entrer sur le marché en proposant des prix plus bas. Inversement, des obstacles de peu d'importance sont susceptibles de renforcer la discipline d'entreprises concurrentes déjà installées (Mess-LCart, p. 547 ; HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 126 ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 837 ; sur les barrières à l'entrée et à la sortie, v. BAUMOL/PANZER/WILLIG, Industry Structure ; sur les barrières à la mobilité, v. CAVES/PORTER, Competition, p. 241 ss ; en droit de l'Union européenne, v. JICKELI, Teil 2, p. 195-209). Ainsi, l'art. 11 I/f OCCE exige que la notification d'une concentration comporte des informations sur les entreprises entrées sur le marché au cours des cinq dernières années (*newcomers*) et sur celles qui seraient susceptibles de le faire dans les trois ans qui suivent (concurrents potentiels). En outre, les coûts d'une entrée sur le marché doivent, si possible, être indiqués.

- 166** Les barrières à l'accès déterminent l'étendue de la **concurrence potentielle** à laquelle l'entreprise en cause pourrait devoir faire face, en particulier de la part d'entreprises offrant des produits ou services non immédiatement substituables ou situées sur des marchés géographiques non homogènes ou d'entreprises non encore créées. La question de savoir si le produit ou service d'une entreprise tierce est pris en compte dans le cadre de la substituabilité au niveau de l'offre (*supra* N 85) ou (seulement) dans celui de la concurrence potentielle dépend essentiellement du délai et des coûts d'une entrée sur le marché. Lorsqu'une entrée implique un **coût relativement élevé ou un délai relativement long**, l'entreprise tierce n'est pas incluse dans le marché de référence (substitution au niveau de l'offre), mais est considérée comme un facteur de concurrence potentielle, dans le cadre de la détermination de la puissance de l'entreprise concernée sur le marché déjà défini (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 45 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 568).
- 167** Pour que la concurrence potentielle exerce une pression disciplinaire sur l'entreprise en cause, il faut toutefois que l'extension du champ d'activité matériel ou géographique des concurrents potentiels ne soit pas qu'une simple possibilité théorique, mais que l'entrée sur le marché de ces concurrents paraisse au contraire comme proche, d'un point de vue économique objectif. Trois facteurs sont déterminants pour évaluer cet effet : la *probabilité* d'entrée, le laps de *temps* nécessaire à l'entrant pour devenir un concurrent efficace, et l'*étendue* de l'entrée sur le marché (Secrétariat Comco, DPC 2010/3, p. 435, *SAP Wartungspreiserhöhung*, ch. 60 s. ; Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien SW [Publigroupe]*, ch. 169). L'analyse comprend les entrées effectives dans un passé récent, par exemple les cinq dernières années, ainsi que la probabilité d'entrée dans un futur proche, en général dans un laps de temps de deux à trois ans (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 217 ; DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 181 s. ; DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk*, ch. 144 ss, approuvée par l'arrêt du TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.4.4).
- 168** Dans l'affaire *Publigroupe*, la Comco a examiné la probabilité de l'entrée des éditeurs dans le marché de l'intermédiation des espaces publicitaires. L'entrée et l'intégration verticale de ceux-ci étaient toutefois peu probables eu égard à l'importance des investissements nécessaires dus aux coûts fixes importants de l'activité de l'intermédiation et les difficultés économiques auxquelles les éditeurs faisaient face pendant la période sous examen. En outre, Publigroupe détenait des participations minoritaires auprès de nombreux éditeurs suisses, ce qui aurait une influence négative dans la décision des éditeurs d'intégrer un marché qui serait contraire aux intérêts d'un de ses actionnaires (Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien VSW [Publigroupe]*, ch. 167 s.).

Cette faculté d'entrer dans le marché dépend en outre d'éléments tels que le degré de maturité du marché, les capacités techniques et financières du concurrent ou le coût et le temps nécessaires à pénétrer le marché (SCHRÖTER, Art. 86, N 86-88). Selon certains auteurs, les concurrents potentiels devraient être en mesure d'entrer sur le marché dans un délai de deux ou trois ans en cas de concentration d'entreprises, voire même dans un temps beaucoup plus bref dans les hypothèses d'abus de position dominante (ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 173). 169

Les obstacles à l'entrée, à la sortie ou à la mobilité sur le marché sont aussi nombreux que divers. La Commission a suivi longtemps une démarche assez empirique dans l'analyse des positions dominantes et, en particulier, dans l'examen de la pression exercée par la concurrence potentielle. Il en est résulté une conception très large de ce qui peut constituer une barrière à l'entrée au marché. Bien qu'il n'existe pas de définition, le terme de **barrière** semble recouvrir **tout ce qui rend l'entrée d'une nouvelle entreprise sur le marché en cause plus difficile** (VAN BAEL & BELLIS, Competition, p. 697 ss). 170

La typologie des barrières à l'accès, de même que la classification des barrières individuelles dans l'un ou l'autre type, varient selon les auteurs et les Ecoles. Certains distinguent les obstacles législatifs ou réglementaires, les obstacles propres au marché concerné et les obstacles résultant du comportement des entreprises (WAELEBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 239). D'autres comprennent les obstacles réglementaires, physiques, techniques et financiers qui entravent l'accès au marché de référence, ainsi que le comportement de l'entreprise en cause (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 65-74). Selon SOUTY, les barrières à l'accès peuvent être **réglementaires, structurelles** ou **stratégiques** (SOUTY, Théories, p. 46 s.). Le classement d'un obstacle à l'accès au marché dans l'un ou l'autre type de barrières n'a qu'une portée pratique limitée. 171

Les **barrières réglementaires** (ou institutionnelles) à l'accès au marché relèvent des **obstacles tarifaires et non tarifaires dressés par les Etats** à l'accès de concurrents potentiels. Tel est notamment le cas des tarifs douaniers ou quota limitant les importations, des spécifications techniques nationales différentes des normes internationales, des normes relatives à la qualité, la composition ou la sécurité des produits ou services, des réglementations sur les emballages, des conditions et procédures restrictives d'autorisations administratives, des restrictions à la liberté d'établissement, des limitations à l'accès aux marchés publics, des réglementations de prix, des monopoles légaux, des aides étatiques en faveur de l'industrie nationale ou des droits antidumping (Comco, DPC 2008/4, p. 593, *Coop/Carrefour*, ch. 154 ss ; DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 391 ss ; Commission européenne, décision *Solvay*, 91/299/CEE, IV/33.133-C, JOCE 1991 L 152, p. 21, pt 45, viii). Pour une petite économie comme celle de la Suisse, les barrières non tarifaires à l'accès de concurrents étrangers au marché revêtent une importance particulière (Comco, DPC 1997/4, p. 540, *Siemens/Elektrowatt*, ch. 31 ; DPC, 1999/1, p. 75, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*, ch. 36-38 et 61). Ainsi, un fabricant de machines à affranchir le courrier ne peut vendre son produit que si celui-ci remplit les conditions d'homologation de La Poste, ce qui constitue une barrière à l'entrée (Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 545, *Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen*, ch. 13). La nécessité d'obtenir des autorisations administratives et la difficulté effective de trouver des espaces libres de construction constituent également des barrières à l'entrée (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 288 ss). 172

Constituent des **barrières structurelles** la différenciation des produits, les avantages de coûts absolus des entreprises en place, les économies d'échelles et les coûts irrécupéra- 173

bles. La **différenciation des produits ou services**, *i. e.* leur degré de substituabilité, dépend des différences réelles ou perçues par les acheteurs, en termes d'apparence, de qualité, de durabilité, d'étendue de gamme, de garantie, de service après-vente, d'information et de localisation géographique. Il peut aussi s'agir de l'image résultant d'un effet de marque ou de notoriété. Les dépenses publicitaires ou de marketing, les ventes promotionnelles et les autres dépenses nécessaires à l'établissement d'une image de marque créent, selon les partisans de la concurrence praticable, des barrières à l'entrée pour les entrants potentiels qui doivent investir dans des dépenses encore plus grandes pour concurrencer l'image du produit en cause. En revanche, les contestabilistes considèrent que les dépenses publicitaires s'intègrent dans les coûts du nouvel entrant, et qu'elles sont égales aux dépenses supportées par la firme déjà établie pour maintenir ses parts de marché. La différenciation des produits conduit à la mise en place d'autres barrières proches des barrières comportementales, comme les restrictions verticales incluses dans les accords de distribution. En deuxième lieu, les entreprises en place peuvent bénéficier d'**avantages de coûts absolus**, par exemple du fait de la détention d'une technologie supérieure, de sorte que les nouveaux entrants n'accèderaient au marché qu'avec des coûts unitaires supérieurs. Troisièmement, les **économies d'échelle**, selon lesquelles le coût moyen par produit diminue en fonction de la quantité produite, limitent par nature le nombre d'entreprises susceptibles de se concurrencer sur un marché d'une dimension donnée. Elles jouent un rôle important dans le fonctionnement d'oligopoles restreints, dans la justification de concentrations, ou dans la création de filiales communes par des accords de coopération lorsqu'une technique particulière de fabrication engendre un coût unitaire élevé. Les contestabilistes ne considèrent en revanche pas les économies d'échelle comme une barrière à l'entrée, mais comme une manifestation de l'efficacité. Enfin, les **coûts irrécupérables** (« *irreversiblen Kosten* » ; « *sunk costs* ») représentent les investissements liés à l'entrée sur le marché et que le concurrent potentiel perdrait s'il devait quitter ce marché (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 837 ; CoRe, DPC 2005/4, p. 672, c. 5.3.7). La réflexion sur les coûts irrécupérables, comme barrière à la sortie, et par conséquent à l'accès au marché, constitue un apport important de la théorie de la contestabilité. Ces *sunk costs* sont reconnus comme une barrière structurelle par les tenants de la concurrence praticable. Parmi les coûts irrécupérables, on peut notamment citer les investissements dans des équipements qui ne permettent de fabriquer qu'un produit extrêmement spécifique, les investissements de recherche et développement ou de publicité, ou les taxes versées pour l'obtention d'une autorisation non transférable (SOUTY, *Théories*, p. 52-56).

- 174** Les coûts de changement (*switching costs* ; *Umstellungskosten*) constituent des barrières importantes à l'entrée de nouveaux concurrents ou au développement de concurrents existants. Ceux-ci représentent les coûts que doivent supporter les clients actuels pour changer de fournisseur ou d'acheteur d'un produit ou services. Plus lesdits coûts sont importants, moins une entreprise aura un intérêt à changer de fournisseur ou d'acheter (Secrétariat Comco, DPC 2010/3, p. 435, *SAP Wartungspreiserhöhung*, ch. 55 s. ; Comco, DPC 2002/2, p. 356, *Ernst & Young/Arthur Andersen*, ch. 35).
- 175** Les **barrières stratégiques ou comportementales** sont les pratiques d'entraves que l'entreprise ou les entreprises déjà installées ont mis en place ou menacent de mettre en place afin de rendre l'accès au marché plus difficile (Comco, DPC 1997/4, p. 540, *Siemens/Elektrowatt*, ch. 34 ; par exemple, une baisse des prix : Comco, DPC 1999/3, p. 403, *Bahnhofskioske*, ch. 75, ou acquisition de terrains de construction : Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 399). Ces comportements peuvent consister à augmenter ou alourdir les barrières structurelles ou à menacer de répliquer contre les entrants potentiels

s'ils effectuent réellement leur entrée, voire à répliquer sur un marché connexe où les entrants potentiels sont actifs, comme :

- les ententes avec les rivaux présents sur le marché ;
- la stratégie du « molosse » (*top-dog trick*) par laquelle une entreprise « sur- acquiert » des actifs stratégiques afin d'apparaître plus importante et de dissuader une entrée ;
- la stratégie du « bébé-chiot » (*puppy-dog ploy*) où l'entreprise en place sous- investit délibérément en faisant connaître son désir de collusion aux entrants potentiels ;
- la stratégie du « grand méchant loup » (*lean and hungry dog*) où l'entreprise en place sous-investit en actifs corporels pour faire planer une menace de guerre des prix en cas d'entrée d'un concurrent potentiel ;
- la stratégie du « gros chat » (*fat-cat effect*) où l'entreprise dispose d'un capital de réputation considérable après avoir surinvesti en actifs publicitaires, ce qui lui garantit de conserver une part de marché suffisante, sans devoir déclencher une guerre des prix en cas d'entrée ;
- les comportements facilitant des actions prédatrices fondées sur les prix ou sur d'autres facteurs (pression sur les administrations, corruption des pouvoirs adjudicateurs, actions en justice destinées à gêner un concurrent, création de produits-leurres, influence sur le processus de normalisation ou sur les réglementations d'origine professionnelle (SOUTY, Théories, p. 56 s. ; FUDENBERG/TIROLE, Effect).

Le comportement de l'entreprise en cause est pris en compte comme tel au titre des barrières à l'entrée, quel que soit son caractère restrictif. En revanche, la question de savoir si le comportement est abusif est déterminée ultérieurement, au stade de l'examen au titre de l'art. 7 LCart. Dans l'affaire *Microsoft*, le juge a considéré que certains comportements de Microsoft ne pouvaient s'expliquer rationnellement, à moins que Microsoft ne dispose grâce à Windows d'un pouvoir de monopole sur le marché des systèmes d'exploitation. Ainsi, le fait que Microsoft a fixé le prix de Windows sans prendre en considération les prix pratiqués par les concurrents est un comportement qu'une firme sans position dominante n'aurait pas pu adopter (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3 d 34, 58 [D.C. Cir. 2001]). Certains auteurs recommandent de ne prendre en compte les indices liés au comportement de l'entreprise qu'avec circonspection au stade de la vérification de l'existence d'une position dominante : l'utilisation des critères comportementaux risquerait d'aboutir à des raisonnements circulaires selon lesquels le comportement abusif est avancé comme preuve de la position dominante sous le prétexte que seule une entreprise dominante pourrait se permettre un tel comportement (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 69-74, qui citent comme exemple TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pt 93 ; v. aussi *supra* N 105). Selon d'autres auteurs, la position dominante est par nature un concept relationnel, qui doit être apprécié par rapport aux autres participants au marché et sur la durée. La faculté de maintenir un comportement (prétendument abusif) sur une longue période à l'égard des concurrents et des partenaires commerciaux, peut faire présumer une position dominante de l'entreprise en cause (ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 176 s.).

176

Une partie de la doctrine considère que les coûts qui sont supportés par tous les participants au marché peuvent constituer des barrières à l'entrée, alors que d'autres auteurs estiment qu'un obstacle structurel devrait grever les firmes extérieures au marché sans grever les firmes déjà présentes (p. ex., AREEDA/HOVENKAMP, § 420 c, at 61, acceptent qu'il s'agit de barrières à l'entrée). Les autorités de concurrence européenne et suisse ont tendance à inclure dans la notion de barrières à l'accès tout coût devant être supporté par les opérateurs d'une industrie donnée, même si ce coût doit (ou a dû) aussi être supporté par

177

les entreprises déjà présentes sur le marché (Waelbroeck/Frignani, Commentaire, N 239 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 174-176). Ainsi, une « facilité essentielle », installation ou équipement essentiel qui ne peut être reproduit à un coût raisonnable, peut aussi constituer une barrière structurelle à l'accès au marché. Dans l'analyse des barrières à l'accès, les circonstances du cas d'espèce, l'observation empirique des faits et des intentions jouent en définitive un grand rôle. Selon les affaires, les éléments suivants ont été retenus au titre des barrières à l'accès au marché :

- le **réseau commercial** extrêmement perfectionné dont dispose l'entreprise, ou qui lui permet un contrôle à tous les stades de la **distribution** (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 48 ; arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pt 56 ; arrêt *United Brands*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 71, 85 s. ; Commission européenne, décision *Van den Bergh Foods Limited*, 98/531/CE, IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436, JOCE 1998 L 246, p. 1, pt 260). La notification d'une concentration doit indiquer la structure de la distribution et de la demande (art. 11 I/d, 2 OCCE) (Ruffner, Verhaltensweisen, p. 837) ;
- un **contrat d'exclusivité** conclu par l'entreprise en cause avec un partenaire commercial important (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 203 ; DPC 1999/3, p. 403, *Bahnhofskioske*, ch. 76 ; TPI, arrêt *Compagnie maritime belge transports*, aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pt 78) ou contrat de longue durée (Secrétariat Comco, DPC 1999/1, p. 57, *Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren*, ch. 19-25) ; en revanche, des contrats d'exclusivité de courte durée ne constituent pas des barrières à l'entrée (CoRe, DPC 2005/4, p. 672, c. 5.3.7) ;
- le degré très poussé d'**intégration verticale** de l'entreprise (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 209 ss ; CJCE, arrêt *United Brands*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 70-81) ; existence d'un système de production intégré permettant d'assurer la totalité des stades de fabrication du sucre, de la fourniture de semences de betteraves aux agriculteurs à la vente du produit fini (Commission européenne, décision *Napier Brown*, 88/518/CEE, IV/30.178, JOCE 1988 L 284, p. 41, pt 56) ; maîtrise de la fabrication des matières premières (Commission européenne, décision *Solvay*, 91/299/CEE, IV/33.133-C, JOCE 1991 L 152, p. 21, pt 45, i-iii). Toutefois, la seule intégration en amont ou en aval n'accroît pas en soi la puissance d'une entreprise sur le marché ; ce n'est que si cette intégration réduit la possibilité pour les tiers de s'approvisionner à d'autres sources d'approvisionnement suffisantes et compétitives, ou de distribuer leurs produits ou services ou d'accéder de quelque manière aux activités en cause qu'elle produit un effet d'exclusion sur ceux-ci (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 549 ss ; Waelbroeck/Frignani, Commentaire, N 239 ; cf. Commission européenne, décision *Mannesmann/Hoesch*, 93/247/CEE, IV/M.222, JOCE 1993 L 114, p. 34, pts 99-101 où l'intégration verticale des entreprises, bien que totale, n'entraînait pas un avantage significatif) ;
- la puissance d'achat de l'entreprise, qui peut avoir pour effet de **couper** ses concurrents de leurs **sources d'approvisionnement** (« *foreclosure effects* » : Commission européenne, décision *Behringwerke AG/Armour Pharma*, IV/M.495, du 3.4.1995, pt 45, JOCE 1995 C 134, p. 4) ou lui permettre d'exercer une pression sur les prix pratiqués par ses fournisseurs et d'offrir finalement à sa clientèle des prix que ses concurrents ne peuvent contrer (Commission européenne, décision *Kesko/Tuko*, 97/277/CE, IV/M.784, JOCE 1997 L 110, p. 53, pts 133-135) ;
- l'existence d'importantes **économies d'échelles** dans un marché où la demande est peu sensible aux variations des prix (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dyna-*

mic Currency Conversion [DCC], ch. 198 ; DPC 2006/4, p. 739, *Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung*, ch. 70 ; Comco, DPC 2008/4, p. 593, *Coop/Carrefour*, ch. 232 ss) ;

- la nécessité de disposer d'une technologie complexe, l'**avance technologique** dont dispose l'entreprise en cause par rapport à ses concurrents (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 48 ; Commission européenne, décision *Tetra Pak I*, 88/501/CEE, IV/31.043, JOCE 1988 L 272, p. 27, pt 44), maîtrise des connaissances techniques (CJCE, arrêt *United Brands*, 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 82-84 ; CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pt 56). Lors de la notification d'une concentration, l'art. 11 I/d, 2 OCCE exige l'indication de l'importance de la **recherche et du développement** (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 837). Toutefois, une haute part de marché peut aussi être relativisée par une **mutation technologique rapide** intervenant sur le marché ;
- le simple fait d'être titulaire d'un **droit de propriété intellectuelle** ne saurait conférer une position dominante à l'entreprise (pour les droits de marque, CJCE, arrêt *EMI Records c/CBS*, aff. 51/75, Rec. 1976, p. 811, pt 36 ; pour les droits de brevet, CJCE, arrêt *Renault*, aff. 53/87, Rec. 1988, p. 6039, pts 14-18 ; pour les droits d'auteur, CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pt 46). Toutefois, les brevets, droits d'auteurs, marques et autres formes de propriété intellectuelle constituent des barrières à l'entrée qui peuvent maintenir ou renforcer une importante part de marché détenue par une entreprise et contribuer ainsi à la détention d'une position dominante (TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pt 93). Tel est le cas si le droit de propriété intellectuelle permet à son titulaire de verrouiller l'accès à une certaine technologie ou source d'approvisionnement et si les technologies ou sources alternatives sont rares et/ou brevetées par d'autres (TPI, arrêt *Tetra Pak II c/Commission*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pts 110 et 242). Les effets protecteurs d'un droit de propriété intellectuelle peuvent se poursuivre même après l'expiration de la durée de protection légale, lorsque la technologie protégée a permis à son titulaire de créer un monopole de fait (Commission européenne, décision *Decca Navigator System*, 89/113/CEE, IV/30.979 et 31.394, JOCE 1989 L 43, p. 27, pt 95) ;
- le fait que l'entreprise est puissante sur un marché de produit caractérisé par des **effets de réseau** (« *network effects* »), *i. e.* un marché où un produit ou un standard technique tend – une fois largement accepté – à la dominance, du fait que l'utilité et le bénéfice que chaque consommateur tire du produit en cause augmentent avec le nombre d'autres consommateurs qui l'utilisent (par exemple, un réseau de télécommunication). Sur un tel marché, la concurrence fonctionne sur le modèle « *winner takes all* ». En d'autres termes, la concurrence a alors lieu « *for the field* » plutôt que « *within the field* ». Ainsi, dans l'affaire *Microsoft*, le marché des systèmes d'exploitation pour ordinateur présentait une « barrière d'applications à l'entrée » (« *applications barrier to entry* ») en raison de deux caractéristiques : (i) la plupart des consommateurs préfèrent acquérir un système d'exploitation pour lequel il existe déjà de nombreux programmes d'applications et (ii) la plupart des programmeurs préfèrent développer de nouveaux programmes d'application pour des systèmes d'exploitation qui ont déjà une large clientèle. Cette situation du type de « la poule et l'œuf » garantissait que la plupart des programmes d'application étaient écrits pour fonctionner sur Windows, ce qui assurait que les consommateurs continueraient à préférer Windows plutôt qu'un autre système d'exploitation (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3 d 34, 49, 55 [D.C. Cir. 2001]). Toutefois, l'appréciation des effets de réseau dans des **marchés dynamiques caractérisés par une mutation technologique rapide** est très controversée. Une partie de la

doctrine suggère que les conséquences économiques des effets de réseau pourraient être compensées par le dynamisme technologique. Le fonctionnement des marchés technologiquement dynamiques serait différent de ceux de « l'ancienne économie », car la concurrence par l'innovation entre entreprises résulterait en des positions dominantes temporaires dont le détenteur pourrait être délogé par la prochaine vague d'innovation (SHELANSKI/SIDAK, *Divestiture*, p. 6 s., 11 s.).

- les avantages que l'entreprise en cause tire de son **appartenance à un groupe** d'entreprises, notamment l'étendue géographique (européenne, mondiale) de l'activité du groupe, l'avance du groupe lui-même en matière d'investissement et de recherche, l'étendue particulière de sa gamme de produits ou les ressources financières du groupe (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 210 ; CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 55 ; arrêt *Bodson c/Pompes funèbres des régions libérées*, aff. 30/87, Rec. 1988, p. 2479, pt 27 ; Commission européenne, décision *Van den Bergh Foods Limited*, 98/531/CE, IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436, JOCE 1998 L 246, p. 1, pt 260) ;
- la **large capacité de production permettant de satisfaire toutes les demandes** qui sont présentées à l'entreprise (CJCE, arrêt *United Brands*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 77 ; Commission européenne, décision *Solvay*, 91/299/CEE, IV/33.133-C, JOCE 1991 L 152, p. 21, pt 45, ii et vii). L'existence de surcapacité a pour effet de freiner l'entrée de nouveaux concurrents ; en revanche, l'existence d'importantes capacités de production inemployées auprès de plusieurs producteurs déjà établis crée, entre eux, une situation de concurrence potentielle (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 48) ;
- l'**étendue particulière de la gamme de produits** de l'entreprise, lorsque la gamme complète fait partie du seul et même marché de produit (CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 55 ; CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pt 56 ; Commission européenne, décision *Van den Bergh Foods Limited*, 98/531/CE, IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436, JOCE 1998 L 246, p. 1, pt 260). En revanche, lorsque chaque produit de la gamme fait partie d'un marché différent, le fait que l'entreprise en cause dispose d'une gamme de produits plus étendue que celle des concurrents n'est pas un indice pertinent lorsqu'elle ne permet pas d'économies en matière de coûts de production et de distribution et que les concurrents n'éprouvent pas de difficulté à mettre sur le marché, à côté des produits qu'ils fabriquent, d'autres produits qu'ils achètent à leurs producteurs respectifs (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 46) ;
- la **fidélité des acheteurs** à un produit dont la **marque** jouit d'une grande notoriété (*brand loyalty*), résultant d'une politique de promotion axée sur cette marque (CJCE, arrêt *United Brands*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 87, 93 s. ; Commission européenne, décision *Nestlé/Perrier*, 92/553/CEE, IV/M.190, JOCE 1992 L 356, p. 1, pt 96). Ainsi, un distributeur doit impérativement disposer de certains produits de marques (« *must-in-stock* ») dans son assortiment (p. ex. les bières *Feldschlösschen*, *Cardinal*, *Warteck*, *Hürlimann*, *Gurten* et *Valaisanne* sur le marché suisse, Secrétariat Comco, DPC 1999/1, p. 57, *Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren*, ch. 16) ;
- la **faible propension des acheteurs à changer de fournisseurs**, qui peut être due à des facteurs psychologiques, comme la fidélité à la marque (cf. point susmentionné), à des facteurs techniques, comme la nécessité de procéder à de longs essais avant d'approuver un nouveau fournisseur (CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 56), aux coûts de transaction nouveaux ou additionnels induits

- par un changement de produit ou de fournisseur (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 177), ou à des pratiques restrictives des fournisseurs déjà établis, par exemple des rabais de quantité, de gamme et de progression (Commission européenne, décision *Nestlé/Perrier*, 92/553/CEE, IV/M.190, JOCE 1992 L 356, p. 1, pt 95) (sur ce point, v. Waelbroeck/Frignani, Commentaire, N 239, p. 239) ou des relations de dépendance (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 205) ;
- la **puissance financière** (« *deep pocket* ») de l'entreprise concernée et de ses concurrents n'a, selon les théories économiques récentes, qu'une importance très marginale (Ruffner, *Verhaltensweisen*, p. 837 ; Williamson, *Economics*, p. 121). Dans sa pratique, la Comco considère que la puissance financière des entreprises, leur donne une certaine liberté de comportement, notamment en relation avec les prix ou la publicité (Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 94 et 111 s.). La puissance d'une entreprise sur le marché ne se mesure pas à partir de sa rentabilité ; une marge bénéficiaire réduite ou même des pertes temporaires ne sont pas incompatibles avec une position dominante, tout comme des bénéfices élevés peuvent être compatibles avec une situation de concurrence effective. La circonstance selon laquelle, quelles que soient les pertes éventuelles de l'entreprise concernée, les clients continuent à lui acheter plus de marchandises bien qu'elle soit le vendeur le plus cher constitue un fait caractéristique de la position dominante (CJCE, arrêt *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 126-128). Ce n'est pas la puissance financière en soi, mais les conséquences de celle-ci qui peuvent contribuer à renforcer les barrières stratégiques à l'entrée, par exemple en permettant à l'entreprise d'affecter des sommes importantes à une guerre des prix, à la publicité ou au développement de nouveaux produits (Waelbroeck/Frignani, Commentaire, N 239) ;
 - un **marché des capitaux inefficace ou un coût des capitaux élevé** pour les petites et moyennes entreprises constitue une barrière à l'accès ;
 - une concurrence potentielle absente ou faible en raison de l'**importance des moyens financiers ou techniques** que devraient engager des concurrents ou de nouveaux entrants pour accéder au marché et/ou du caractère irrécupérable des dépenses engagées en cas de sortie du marché (« *sunk costs* ») (Comco, DPC 1999/3, p. 403, *Bahnhofskioske*, ch. 74 ; Venturi, *Abus*, p. 2). Les autorités de concurrence ont notamment pris en compte les investissements exceptionnellement lourds exigés par la création et l'exploitation de l'infrastructure de production (bananeraies) et par la nécessité de multiplier les sources d'approvisionnement (CJCE, arrêt *United Brands c/ Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 122) ou les frais élevés nécessaires pour acquérir une technologie indispensable (Commission européenne, décision *Union Carbide/Enichem*, IV/M.550, du 13. 3. 1995, pt 60, JOCE 1995 C 123, p. 3 ; décision *Emerson/Caterpillar*, IV/M.700, du 31. 3. 1996, pt 23), ou les importantes dépenses publicitaires nécessaires pour acquérir une part de marché significative et le caractère irrécupérable de ces dépenses en cas de sortie du marché (Commission européenne, décision *Kimberly-Clark/Scott*, 96/435/CE, IV/M.623, JOCE 1996 L 183, p. 1, pts 211 s.), ou les réseaux de distribution des entreprises de marketing direct qui leur permettraient d'entrer sur le marché du portage à domicile des journaux avec un investissement initial réduit (Comco, DPC 1998/2, p. 355, *Schweizerische Post – BEVO*, ch. 18-21), ou les difficultés liées à la disponibilité de terrains de constructions pour les super- et hypermarchés (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 515) ;
 - **rôle déterminant joué par l'entreprise dans la fixation des prix** : la capacité de fixer unilatéralement le prix à ses clients montre que l'entreprise en question se comporte de manière indépendante sur le marché (Comco, DPC 2003/4, p. 753, *Veterinärmedizin*).

sche Tests/Migros, ch. 64). La contrainte pour une entreprise de baisser ses prix, sous la pression de baisses dont ses concurrents prennent l'initiative, est en général incompatible avec l'indépendance de comportement caractéristique d'une position dominante. Toutefois, il ne saurait être question d'une telle contrainte si les baisses constatées résultent plutôt d'une politique de prix délibérément et librement choisie, si l'entreprise concernée est, de par sa position, en mesure d'adopter une telle politique précisément en vue de prévenir l'arrivée de concurrents et si, dans lesdites baisses, elle a joué souvent, à tout le moins, le rôle de *price leader* (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pts 71-79 ; Commission européenne, décision *Solvay*, 91/299/CEE, IV/33.133-C, JOCE 1991 L 152, p. 21, pt 45, ix).

- 178 D'autres éléments ne sont pas pris en considération pour la détermination d'une position dominante :
- Les pertes enregistrées par une entreprise dominante ne constituent pas, en elles-mêmes, un facteur plus pertinent que les bénéfices engrangés par une entreprise jouant parfaitement le jeu de la concurrence sur un marché ouvert. Une rentabilité temporairement nulle et même des pertes ne sont pas incompatibles avec une position dominante. L'entreprise qui allègue des pertes financières comme moyen de défense devrait encore démontrer que lesdites pertes résultent de l'existence d'une concurrence particulière sur le marché en cause ou d'un effondrement de sa position concurrentielle sur ce marché (CJCE, arrêt *Michelin*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 59 ; TPI, arrêt *Irish Sugar c/Commission*, aff. T-228/97, Rec. 1999, p. II-2969, pts 102 s.).

D. Types particuliers de position dominante

1. Monopole

- 179 Il y a en principe position dominante en l'absence de toute concurrence, lorsqu'existe un monopole (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 10.5.1). Il peut s'agir d'un **monopole de fait** (CJCE, arrêt *Ministère public c/Tournier*, aff. 395/87, Rec. 1989, p. 2521, pts 34-46) ou d'un **monopole de droit** (CJCE, arrêt *Deutsche Post AG contre Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH GZS et Citicorp Kartenservice GmbH*, aff. jtes C-147/97 et C-148/97, Rec. 2000 p. I-825, pt 38). Il n'est toutefois pas nécessaire qu'une entreprise ait éliminé toute possibilité de concurrence pour être en situation de position dominante ; une concurrence résiduelle peut subsister. Il y a position dominante lorsque l'entreprise concernée fait face à une concurrence tout en conservant néanmoins la faculté de se comporter de manière essentiellement indépendante de ses concurrents (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 113 ; CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 70). En d'autres termes, l'existence d'un monopole implique en pratique celle d'une position dominante, mais non l'inverse. Théoriquement, une entreprise monopolistique peut ne pas détenir une position dominante si l'accès de tiers au marché est entièrement libre (absence de barrières à l'entrée et à la sortie, marché parfaitement contestable ; cf. *supra* N 120), mais cette hypothèse devrait s'avérer rarissime en pratique (Waelbroeck/Frignani, Commentaire, N 244). Ainsi, l'exclusivité dont bénéficie Kiosk AG en Suisse alémanique pour la livraison des journaux et revues (activité de grossiste) est le mode de distribution le moins coûteux et qui est de surcroît protégé par d'importantes barrières à l'entrée, assurant à Kiosk AG un monopole naturel et, de ce fait, une position dominante (Comco, DPC 1999/3, p. 403, *Bahnhof-kioske*, ch. 71-83). L'Association suisse de football dispose d'une position dominante sur

le marché des ballons de football officiels, car elle est l'unique organisatrice de matchs de football officiels au niveau national (Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 567, *Homologation und Sponsoring von Fussbällen*, ch. 12, 23-25).

Nombre de cas récemment traités par les autorités de concurrence concernant des rapports entre un opérateur économique opérant en amont ou en aval du marché ayant besoin du produit ou service contrôlé par l'entreprise dominante. L'opérateur « dépendant » est obligé de nouer des rapports commerciaux avec l'entreprise qui détient souvent un monopole et qui apparaît comme le « **partenaire obligatoire** ». Ce lien de dépendance peut résulter de diverses circonstances : monopole légal du fait de droits spéciaux ou exclusifs, pénurie, contrôle sur une facilité essentielle, droits de propriété intellectuelle ou contrôle par une entreprise d'un marché secondaire par rapport à son activité principale (tel que le marché des pièces de rechange). Les monopoles engendrant une dépendance économique verticale aboutissent souvent à constater l'existence d'une position dominante sur des marchés très étroits, tels qu'un port ou un aéroport, ou les pièces détachées pour les caisses enregistreuses de marque Hugin, ou les certificats de conformité pour voitures GM importées par voie parallèle (GLAIS, Dépendance, p. 203-206 ; WAELEBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 243 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 23-30). A notre avis, le problème principal en relation avec les situations de dépendance économique verticale ne concerne pas tant la constatation de la position dominante – que les autorités de concurrence admettent facilement dans de tels cas – mais l'existence d'un comportement abusif selon l'art. 7 LCart (ou art. 82 CE). Celui-ci consiste typiquement en un **refus prétendument abusif de contracter** avec le partenaire dépendant, de sorte que cette problématique est examinée de manière détaillée en relation avec l'art. 7 II/a LCart (cf. LCart 7 II/a, N 111-161).

180

a) Entreprises détentrices de droits spéciaux ou exclusifs

Un monopole peut en particulier résulter de droits spéciaux ou exclusifs conférés par l'Etat, comme une concession (HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 129 ; en droit de l'Union européenne, v. CJCE, arrêt *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979 ; CJCE, arrêt *ERT*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925, pt 31 ; CJCE, arrêt *Merci Convenzionali Porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec. 1991, p. I-5889, pt 14 ; CJCE, arrêt *Corsica Ferries*, aff. C-18/93, Rec. 1994, p. I-1783, pt 40 ; Commission européenne, décision *FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG*, 98/190/CE, IV/34.801, JOCE 1998 L 72, p. 30, pt 60). Les entreprises de distribution d'électricité bénéficient, en Suisse, de monopoles naturels qui jouissent souvent d'une assise légale ; elles détiennent de ce fait une position dominante (DPC 1997/1, p. 30, *Action Promopac/pompes à chaleur*, ch. 13 s. ; Comco, DPC 2001/2, p. 255, *Watt/Migros – EEF*, ch. 115-135 ; décision confirmée par la CoRe, DPC 2003/4, p. 925 c. 6.3). Avant le 1. 1. 1998, Telecom PTT disposait en Suisse d'un monopole légal lui assurant une position dominante (Comco, DPC 1997/3, p. 311, *Schulen ans Internet*, ch. 27 s.). La *Zentralstelle für Baurationalisierung* dispose d'un monopole sur le marché des données pour les appels d'offres standardisés dans la construction (Secrétariat Comco, DPC 1998/3, p. 369, *Devisierungs- (Vor-)Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB*, ch. 4 et 28). De tels droits peuvent conférer à leur titulaire une position de monopole, qui exclut automatiquement toute possibilité de choix pour l'utilisateur (p. ex., monopole légal confié au constructeur automobile ou à son mandataire pour délivrer dans un pays les certificats de conformité relatifs aux véhicules de sa marque : CJCE, arrêt *General Motors c/Commission*, aff. 26/75, Rec. 1975, p. 1367,

181

pts 7-10 ; CJCE, arrêt *British Leiland c/Commission*, aff. 226/84, Rec. 1986, p. 3263, pts 8-10).

182 Le **comportement abusif** d'une entreprise publique ou titulaire d'un droit spécial ou exclusif est **en principe soumis à l'art. 7 LCart** (en droit de l'Union européenne, à l'art. 102 TFUE). Il faut cependant que le comportement incriminé soit imputable à l'entreprise, c'est-à-dire que la concession ou le monopole laisse à cette entreprise la faculté d'un comportement indépendant. Si tel n'est pas le cas, l'abus est attribuable à l'Etat, l'octroi du droit spécial constituant alors une restriction de droit public à la concurrence (CJCE, arrêt *Commission et France c/Ladbroke Racing*, aff. jtes C-359 et 379/95 P, Rec. 1997, p. I-6265, pt 33 s. ; cf. *supra* N 42 ; cf. LCart 7 N 99). En droit suisse, les art. 3 I/a et b LCart prévoient une exception à l'application de l'art. 7 LCart lorsque l'entreprise est soumise, pour son activité, à un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou lorsque l'application de la LCart ferait obstacle à l'accomplissement en droit ou en fait de la tâche d'intérêt général qui a été impartie à l'entreprise par l'attribution du droit exclusif (TF, DPC 2003/4, p. 925, c. 5.4.9 ; Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 138, *Post PTT – Adressaktualisierungen*, ch. 13 ; Secrétariat Comco, DPC 1998/2, p. 288, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, ch. 18-20 ; cf. LCart 3 I et LCart 7 N 100-104 ; pour comparer, art. 106 TFUE [ex-art. 90 TCE]).

183 En Suisse comme dans l'UE, les règles sur l'abus de position dominante ont un rôle important à jouer dans le cadre de la **libéralisation des monopoles publics et des grandes régies fédérales**, en particulier dans les secteurs des télécommunications, de la poste, de l'eau, de l'énergie et des chemins de fer. En effet, la suppression des droits exclusifs conférés à ces entreprises n'engendre pas immédiatement une situation concurrentielle, mais résulte plutôt en une phase plus ou moins longue de monopole de fait ou, à tout le moins, de position largement dominante de l'ancien monopoleur. Celui-ci ne doit pas user de pratiques abusives en vue de conserver son monopole de fait ou sa position dominante, en empêchant, en retardant ou en rendant plus difficile l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché (STOFFEL, *Kartellrecht* 1996, p. 114 ; ZÄCH, *Privatisierung*, p. 947-952). Ainsi, la Comco a recommandé, avant même la libéralisation des télécommunications au 1. 1. 1998, que Telecom PTT se sépare de sa participation dans Cablecom Holding SA afin de permettre l'entrée effective de concurrents, en particulier sur le marché de la téléphonie locale (DPC 1997/1, p. 57, *Beteiligung der Telecom PTT an der Cablecom Holding AG* ; recommandation non suivie par le Conseil fédéral, v. Rapport annuel 1997 de la Comco, p. 429 s.). L'entreprise disposant d'un monopole d'exploitation de l'aéroport de Francfort abusait de sa position dominante en concluant des contrats de longue durée d'assistance en escale avec les compagnies aériennes, en verrouillant ainsi le marché avant la date à laquelle elle allait être obligée par voie réglementaire de mettre fin à son monopole (communiqué de presse de la Commission du 8. 9. 1998, IP/98/794).

b) Entreprises contrôlant une « facilité essentielle »

184 Il y a position dominante lorsqu'une entreprise jouit d'un monopole de droit public ou est titulaire de droits spéciaux ou exclusifs (concession) sur une « **facilité essentielle** » (« *wesentliche Einrichtungen* » ; « *essential facilities* ») ou lorsqu'elle est la seule à en disposer (Mess-LCart, p. 565 s. ; VON BÜREN, *Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 29 ; TERCIER/VENTURI, *Ententes*, p. 78 ; HÜBSCHER/RIEDER, *Facilities*, p. 439-447 ; SCHINDLER, *Wettbewerb* ; DUCREY, *Einfluss*, p. 286 s. ; PALASTHY, *Verweigerung*, p. 301-303 ; Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 308, *Telecom PTT/Flexnet*, ch. 23). L'expression « facilités essen-

tielles » désigne une installation, une infrastructure ou un équipement indispensable à la production de certains biens ou à la fourniture de certains services, et qu'il est techniquement ou économiquement impossible pour le concurrent de reproduire afin de fournir le produit ou le service.

La doctrine des facilités essentielles a été développée par le **droit antitrust américain**, 185 puis reprise et étendue en droit de l'Union européenne de la concurrence sous l'angle de l'art. 102 TFUE (cf. LCart 7 II/a N 147-156). Le droit américain fonde cette doctrine sur la *Section 2* du *Sherman Act* et l'assujettit à cinq conditions, d'interprétation stricte : (i) le contrôle d'une installation par une entreprise en position de monopole ; (ii) l'impossibilité pratique ou économique pour un concurrent de reproduire l'installation ; (iii) le refus de l'entreprise au bénéfice du monopole de permettre l'utilisation de l'installation par un concurrent ; (iv) le fait que l'entreprise qui contrôle l'installation est en mesure d'en assurer l'accès et (v) l'absence de raison commerciale légitimant un refus d'accès (aff. *United States v. Terminal Railroad*, 224 US 383 [1912] ; *Otter Tail Co. v. United States*, 410 U.S. 366 [1973] ; *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*, 708 F.2 d 1081 [7th Cir. 1983], cert. denied 464 U.S. 891 [1983] ; *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 738 F.2 d 1509, affirmed 105 S. Ct. 2847 [1985] ; AREEDA, *Facilities*, p. 841 ss ; SCHINDLER, *Wettbewerb*, p. 9-33). Ainsi, en refusant de connecter les installations de MCI à ses réseaux locaux, AT&T avait monopolisé le marché des télécommunications longue distance, en empêchant MCI d'offrir des services longue distance concurrents (*MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*, 708 F.2 d 1081 [7th Cir. 1983], cert. denied 464 U.S. 891 [1983]). L'Aspen Skiing Company, qui possédait trois des quatre sommets de la station de ski d'Aspen et refusait de continuer à coopérer en vendant un droit d'accès au propriétaire du quatrième sommet, a été contrainte de poursuivre sa coopération et d'offrir le droit d'accès à ses installations (*Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 738 F.2 d 1509, affirmed 105 S. Ct. 2847 [1985]).

La notion de facilités essentielles joue un rôle important dans le cadre de la libéralisation des **télécommunications**, de sorte qu'elle a été incluse par les négociateurs de l'accord OMC sur les télécommunications de base dans le *Reference paper on regulatory principles* comme l'un des principes centraux régissant la concurrence dans ce domaine (<http://www.wto.org/english/news_e/pres97_e/repap-e.htm>). Cette définition, reprise par les Membres de l'accord dans leurs Listes d'engagements respectives, prévoit que « l'expression « installations essentielles » désigne les installations d'un réseau ou d'un service public de télécommunications : 186

- a) qui sont fournies exclusivement ou essentiellement par un seul fournisseur ou un nombre limité de fournisseurs, et
- b) qu'il n'est pas possible, d'un point de vue économique ou technique, de remplacer pour fournir un service ».

En **droit de l'Union européenne**, une installation ou une infrastructure est essentielle ou indispensable s'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel pour pénétrer le marché de produit ou service pertinent ou continuer à opérer sur celui-ci. Il faut d'abord que l'infrastructure ne soit pas interchangeable avec d'autres moyens permettant aux entreprises actives sur un marché d'exercer leur activité lucrative et d'entrer en liaison avec leurs partenaires commerciaux. Ensuite, l'infrastructure ou l'installation doit avoir des caractéristiques telles qu'il serait impossible de les reproduire par des moyens raisonnables, notamment compte tenu du coût prohibitif et/ou du temps trop long requis à cette fin (p. ex. port, aéroport, réseaux électrique et téléphonique). En l'absence d'alternative 187

viable, le refus par l'entreprise dominante de donner accès à la facilité essentielle a pour conséquence d'exclure les entreprises requérantes du marché auquel la facilité donne accès (Commission européenne, décision *Port de Rodby*, 94/119/CE, JOCE 1994 L 55, p. 52, pts 12-16 ; Commission européenne, décision *Sea Containers c/Stena Sealink*, 94/19/CE, IV/34.689, JOCE 1994 L 15, p. 8, pts 66 s. ; TPI, arrêt *European Night Services Ltd [ENS] e.a. c/Commission*, aff. jtes T-374, 375, 384 et 388/94, Rec. 1998, p. II-3141, pts 208 s. ; SCHINDLER, Wettbewerb, p. 34-58 et 62-69 ; RITTER/BRAUN, Competition, p. 477 ss). La Commission européenne, mais surtout la doctrine en matière de droit de l'Union européenne de la concurrence, tendent à appliquer extensivement la théorie des *essential facilities* à tous les cas de refus abusif d'entretenir des relations commerciales par une entreprise dominante. Dans cette acception très diluée, la notion de facilité essentielle recouvre non seulement, *stricto sensu*, une installation, infrastructure ou équipement, mais aussi, plus largement tout produit ou service fourni par l'entreprise dominante, dont l'utilisation est une condition indispensable pour avoir accès à un marché voisin du marché dominé et pour lequel il n'existe aucun substitut réel ou potentiel (MONTAG, Schutzrechte, p. 71-78 ; TREACY, Facilities, p. 501-505 ; v. p. ex. le refus de licence sur un bien protégé par un droit de propriété intellectuelle : CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pts 53-56 ; arrêt *IMS Health GmbH & Co. OHG contre NDC Health GmbH & Co. KG.*, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039 ; TPI, arrêt *Microsoft Corp c Commission*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601). V. aussi le refus d'accès à l'unique système de portage de quotidiens à domicile existant à l'échelle nationale en Autriche ; les autres modes de distribution de quotidiens tels que la vente dans les magasins et kiosques ou la livraison par voie postale n'étant pas suffisamment interchangeables, l'exploitant du système de portage se trouvait en situation de monopole de fait (CJCE, arrêt *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff. C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791, pts 34 s.). Dans sa jurisprudence en matière de refus abusif de contracter, la CJCE n'a en revanche encore jamais repris expressément la théorie des *essential facilities*, ni dans son acception étroite issue du droit antitrust américain ni, de surcroît, dans l'extension que lui a parfois donnée la doctrine. Elle a toutefois développé au cours des années une casuistique et des conditions auxquelles un refus d'entretenir des relations commerciales ou une rupture de celles-ci par une entreprise en position dominante est abusif (cf. LCart 7 II/a N 154 ; CJCE, arrêt *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff. C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791, pts 23-47 ; é.g. SCHINDLER, Wettbewerb, p. 101-119).

- 188** La question de savoir si le **droit suisse** reprend expressément la doctrine américaine ou européenne des *essential facilities* a – pour l'instant – été laissée ouverte (Comco, DPC 2000/1, p. 29, *BKW/FMB Energie AG*, ch. 25). La Comco se réfère explicitement au refus d'accès aux installations essentielles, notamment à l'accès aux spécifications techniques, pour rejeter une application étendue de ses conditions d'application à tous les cas de refus de contracter (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 348 ss). Selon le message du Conseil fédéral, il y a notamment position dominante « lorsqu'une entreprise jouit d'un monopole de droit public ou lorsqu'elle seule dispose d'équipements ou d'installations indispensables à la production de certains biens ou services » (Mess-LCart, p. 566). Sur cette base, le Secrétariat de la Comco a considéré de manière pragmatique qu'il y a « comportement illicite au sens de l'art. 7 LCart lorsqu'une entreprise en position dominante refuse de donner accès contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une autre entreprise, dès lors que, sans cet accès, celle-ci ne serait pas en mesure, pour des motifs de fait ou de droit, d'exercer une activité sur le marché situé en aval et que ce marché n'est pas exposé à une

concurrence efficace » (Comco, DPC 2000/1, p. 29, *BKW/FMB Energie AG*, ch. 25 ; Secrétariat Comco, DPC 2000/2, p. 153, *Watt/Migros – EEF*, ch. 42). La Comco a suivi, dans sa décision, la position du Secrétariat et a considéré que le refus des EEF de laisser transiter l'électricité de son concurrent Watt sur son réseau électrique constituait un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart, tout en laissant ouverte la question de savoir si ce comportement tombait sous le coup de l'art. 7 II/a LCart ou uniquement de l'art. 7 I LCart (Comco, DPC 2001/2, p. 255, *Watt/Migros – EEF*, ch. 206 s.).

L'entreprise dominante du fait du contrôle exercé sur une installation essentielle peut être obligée d'y donner accès, *i.e.* être obligée de contracter avec les entreprises qui demandent accès à l'installation, en échange d'une rémunération équitable. La doctrine des *essential facilities* est appliquée, *stricto sensu*, dans les cas où une entreprise qui **contrôle une installation essentielle**, et qui dispose de ce fait d'une position dominante, **en refuse abusivement l'accès** (cf. LCart 7 II/a N ■■■-■■■). L'application très large faite par la doctrine communautaire de cette notion à des états de fait qui ne répondent pas aux deux conditions précitées (*supra* N 186) a engendré de vains débats doctrinaux. Il convient, à notre avis, de s'en tenir à une acception stricte de la doctrine des *essential facilities*, basée sur les deux conditions cumulatives du contrôle sur une installation essentielle et d'un refus abusif d'accès. Il en découle, d'une part, qu'une entreprise dont la position dominante est fondée sur d'autres éléments qu'une installation essentielle et qui commet un refus d'accès abusif est sanctionnée par l'art. 7 II/a LCart, sans pour autant que la doctrine des *essential facilities* s'y étende (v. en particulier, le refus de licence par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle : CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission « Magill »*, aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pts 53 s. ; TPI, arrêt *Tiercé Ladbroke SA c/Commission*, aff. T-504/93, Rec. 1997, p. II-923, pt 131 ; *infra* N 189). D'autre part, du fait de sa maîtrise sur une installation essentielle l'entreprise dominante peut avoir d'autres pratiques abusives que le refus d'accès, comme la discrimination de certains partenaires commerciaux (cf. art. 7 II/b LCart), l'application de conditions commerciales inéquitables (p. ex. coût d'interconnexion trop élevé, cf. art. 7 II/c LCart), la restriction de ses propres débouchés ou de ceux de ses concurrents, la restriction du développement technique de ses concurrents (cf. art. 7 II/e LCart), ou l'imposition d'affaires liées (cf. art. 7 II/f LCart).

189

c) Entreprises titulaires de droits de propriété intellectuelle

En dépit de son caractère exclusif, le « monopole de droit » conféré par la titularité d'un droit de propriété intellectuelle (comme un brevet, une marque ou un droit de propriété littéraire ou artistique) ne confère en règle générale pas une position dominante. En effet, la position dominante est une notion économique qui s'apprécie en fonction du marché et de la substituabilité des produits ou services en cause. Le fait qu'un produit déterminé soit protégé par un droit de propriété intellectuelle ne signifie pas qu'il n'existe pas d'autres produits suffisamment interchangeables avec celui-ci. Ainsi, des médicaments différents protégés par des brevets peuvent produire des effets suffisamment similaires pour être interchangeables. De même, la plupart des appareils domestiques et des appareils de divertissement (appareils photographiques, téléviseurs, lecteur DVD ...), bien que protégés par des brevets, sont soumis à la concurrence d'autres produits sur le marché. Lorsque le produit couvert par un droit de propriété intellectuelle se trouve en concurrence avec d'autres, le titulaire du droit peut ne pas être en mesure d'influencer de façon notable le comportement de ses concurrents (CJCE, arrêt *Sirena c/Eda*, aff. 40/70, Rec. 1971, p. 69, pt 16 ; arrêt *Deutsche Grammophon c/Metro*, aff. 78/70, Rec. 1971, p. 487, pt 17 ; en droit améri-

190

cain, v. l'affaire *Illinois Tool Works Inc. V. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006) : la Cour suprême a jugé qu'un brevet n'octroie pas nécessairement un pouvoir de marché à son détenteur. V. en outre ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 160 s. ; STIRNIMANN, *Urheberkartellrecht*, p. 133 ss ; ALBERINI, *Transfert de technologie*, p. 81 ss ; KËLLEZI, *Mesures correctives*, p. 312 s.). Par exemple, l'entreprise détentrice d'un droit de propriété intellectuelle et qui cloisonne artificiellement le marché en érigeant des barrières à l'accès sous la forme d'une interdiction des importations parallèles, est protégée de la concurrence (actuelle et potentielle) *intra-brand*, mais elle reste soumise à la concurrence *inter-brand* lorsque celle-ci existe. Dans des cas exceptionnels, toutefois, une position dominante peut résulter non du monopole légal résultant du droit de propriété intellectuelle, mais du monopole de fait sur l'objet protégé par ce droit. Tel est notamment le cas lorsqu'un droit de propriété intellectuelle protège un objet qui s'identifie à un marché, au sens du droit de la concurrence, parce qu'il n'existe pas de produits ou services substituables. Dans l'arrêt *Magill*, la CJCE a déduit une position dominante non pas de l'existence même d'un droit d'auteur, mais du monopole de fait que ce droit conférerait aux stations de télévision sur le contenu de leurs grilles de programmes, alors même que ces grilles de programmes constituaient un marché de produits distincts pour l'élaboration des guides de télévision (CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission « Magill »*, aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pts 50-58 ; arrêt *Volvo c/Veng*, aff. 238/87, Rec. 1988, p. 6211, pts 8 s. ; arrêt *CBEM c/CLT et IPB, « Télémarketing »*, aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261, pts 11-18 ; TPI, arrêt *Micro Leader c/Commission*, aff. T-198/98, Rec. 1999, p. II-3989, pt 56 ; MONTAG, *Schutzrechte*, p. 73 ; BLAISE/IDOT, *Chronique*, N 187 ; WÆLBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 246 ; Rapp-AP-LCart, p. 24 ; pour les rapports entre droit de propriété intellectuelle et droit de la concurrence, v. art. 3 II LCart). Outre l'hypothèse de l'absence de produit substituable, une position dominante en relation avec la détention d'un droit de propriété intellectuelle peut aussi exister dans l'hypothèse où l'ensemble des fabricants de produits substituables détiendraient une position dominante collective (ZÄCH, *Kodak-Urteil*, p. 279). Par ailleurs, un droit de propriété intellectuelle constitue une barrière à l'accès au marché qui peut maintenir ou renforcer une importante part de marché et contribuer ainsi à la détention d'une position dominante (*supra* N 177). La question de savoir dans quels cas l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle peut constituer un abus de position dominante est examinée en relation avec l'art. 7 LCart (cf. LCart 7 II/a N 157-161, 7 II/b et c N 179, 7 II/e N 258-264).

- 191** En Suisse, le Tribunal fédéral a jugé que l'entreprise titulaire d'un brevet détient une position dominante lorsqu'elle s'arroge le monopole de l'importation du produit sous brevet en isolant artificiellement le marché suisse des marchés étrangers présentant des conditions économiques et juridiques similaires et alors que les biens en cause ont été mis en circulation sur les marchés étrangers avec l'accord de la détentrice suisse du brevet. En l'espèce, le cloisonnement du marché suisse était réalisé par l'érection de barrières à l'accès sous la forme d'une interdiction des importations parallèles, ce qui empêchait toute concurrence actuelle ou potentielle. L'entreprise qui cloisonne le marché suisse aux fins notamment d'y pratiquer des prix inéquitables ou discriminatoires, viole l'art. 7 II/c LCart (ATF 126 III 129, c. 9 [arrêt *Kodak*]). A notre avis, l'arrêt *Kodak* n'implique pas que toute interdiction d'importations parallèles confère *ipso facto* au titulaire d'un brevet une position dominante. A ce titre, l'affirmation fréquente dans la doctrine en matière de propriété intellectuelle selon laquelle un brevet confère un « monopole » à son titulaire est source de confusion. Si le brevet confère bien à son titulaire un droit exclusif, il n'engendre en règle générale pas, en tant que tel, une présomption de position dominante au sens de la loi sur

les cartels. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, où l'objet protégé par le droit de propriété intellectuelle constitue lui-même un marché, parce qu'il n'existe pas de produit ou service substituable, que le titulaire du droit occupe une position dominante. Outre l'hypothèse de l'absence de produit substituable, une position dominante en relation avec un brevet peut aussi exister dans l'hypothèse où les fabricants de produits substituables détiendraient ensemble une position dominante collective (ZÄCH, Kodak-Urteil, p. 279 ; sur la position dominante collective, cf. *infra* N 192).

2. Oligopole ou position dominante collective

L'art. 4 II LCart vise aussi les positions dominantes collectives, que ce soit dans le cadre du contrôle des concentrations (Comco, DPC 1998/2, p. 304, *Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand*, ch 130-134 ; DPC 1998/3, p. 392, *Bell AG/SEG-Poulets AG*, ch. 37-62 ; DPC 1998/2, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 144-161 ; DPC 2006/2, p. 261, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM* ; DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner* ; DPC 2008/3, p. 422, *Heineken/Eichhof* ; DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA Sunrise Communications AG*) ou en cas d'abus de position dominante (Secrétariat Comco, DPC 2000/4, p. 571, *Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt*, ch. 41 ; Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*).

192

En principe, la constatation d'un abus de position dominante collective requiert l'examen séparé de trois éléments, à savoir :

193

- 1) sur le plan de la concurrence interne (« *Binnenwettbewerb* »), il faut que les entreprises concernées constituent ensemble une **entité collective** à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs ;
- 2) sur le plan de la concurrence externe (« *Aussenwettbewerb* »), il faut que cette entité collective détienne une **position dominante** sur le marché pertinent. La vérification d'une **position dominante** obéit aux mêmes conditions, que cette position soit détenue par une entreprise individuelle ou par plusieurs entreprises formant une entité collective. Une entité collective détient une position dominante lorsque les entreprises ayant adopté une même ligne d'action sur le marché (du fait des liens ou facteurs de corrélation économique existant entre elles) **agissent** dans une mesure appréciable **indépendamment** des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs. Cette exigence concerne les rapports de concurrence externe (*Aussenwettbewerb*) de l'oligopole (alors que la condition de l'existence d'une entité collective se rapporte aux rapports de concurrence interne entre les membres de l'oligopole). On se reportera, au surplus, aux développements relatifs à la vérification de la position dominante ; et
- 3) l'entité collective dominante doit se **comporter de manière abusive**.

Notre analyse dans le cadre de l'art. 4 II LCart se limite à la position dominante collective, *i. e.* à la vérification des deux premières conditions. La troisième condition, relative au comportement abusif, concerne l'examen des comportements illicites selon l'art. 7 LCart (v. LCart 7).

194

a) Notion économique d'oligopole

Les conditions de la constatation d'une position dominante collective ont évolué considérablement en droit de l'Union européenne et en droit suisse. La théorie économique a joué à cet égard un rôle important, en particulier les travaux concernant les oligopoles coopératifs ou non coopératifs. La prudence est toutefois de mise dans l'utilisation des théories

195

économiques, celles-ci reposant sur des hypothèses de départ bien précises qui dévient considérablement du fonctionnement des marchés. Ainsi, si lesdites théories peuvent guider l'analyse, elles ne peuvent servir de base pour démontrer l'existence d'un état de position dominante collective ; les hypothèses théoriques doivent être testées en relation étroite avec les caractéristiques du marché en cause et des circonstances concrètes du cas d'espèce. En outre, des précautions doivent être prises dans l'utilisation par la littérature économique de notions telles que « collusion », « collusion expresse », « collusion explicite » ou « collusion tacite », les premières se limitant en principe aux accords et pratiques concertées et la notion de « collusion tacite » faisant référence aux oligopoles non coopératifs. L'emploi d'autres termes comme « comportement collusif » (*Kollusivem Verhalten*) ou encore « résultat collusif » (*collusive outcome*) n'aident pas à la clarté. Il convient d'examiner de près le sens entendu par l'auteur et de ne pas déduire de conclusions hâtives.

- 196** La définition type de l'oligopole est « une structure de marché comportant un petit nombre de vendeurs – suffisamment petit pour que chacun des vendeurs soit obligé de tenir compte des actions de ses rivaux et de leurs réactions futures probables à ses propres actions » (VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, *Antitrust*, p. 97). Au sein d'un marché oligopolistique, aucune entreprise individuelle ne bénéficie d'une position lui permettant d'agir unilatéralement ; les comportements des entreprises s'influencent réciproquement. Le comportement des membres de l'oligopole peut être coopératif ou non coopératif. Dans le premier cas, une collusion entre les entreprises est observée. La collusion est entendue par les économistes dans le sens d'un cartel (un accord). Les théories économiques ont développé des facteurs qui facilitent la collusion ou la collusion tacite et d'autres qui rendent impossible leur création ou minent leur stabilité (TIROLE, *Organization*, 240 ss ; CARLTON/PERLOFF, *Industrial Organization*, p. 124 ss) : les entreprises doivent être capables d'augmenter les prix pendant une longue période, et ceci est possible lorsque ces entreprises détiennent une large part du marché dans un marché sans barrières à l'entrée. La collusion échoue à cause de la tricherie de ces membres ou à cause de la concurrence des autres entreprises non-membres. Une collusion est durable uniquement si les tricheries peuvent être détectées et punies. Toutefois, la constatation de ces facteurs dans une industrie n'équivaut pas à démontrer l'existence d'un accord ou d'une pratique concertée au sens de l'art. 5 LCart ou 101 TFUE (v. p. ex. CAPOBIANCO, *Collusion*, p. 47, lequel précise que la collusion tacite n'équivaut pas à une pratique concertée ; BISHOP/WALKER, p. 184 sur la valeur probante des théories économiques, les auteurs considèrent que les théories économiques ne peuvent pas aussi loin que [■■] ? pas clair] de prouver l'existence d'un cartel : « [cannot] show, even in absence of a <smoking gun>, that collusion has taken place »). Nous allons discuter ci-dessous de l'emploi de tels facteurs lors de l'examen de la position dominante collective (*infra* N 209 ss et N 224 ss).

- 197** L'oligopole non coopératif est caractérisé par une structure et des conditions qui favorisent l'interdépendance entre les membres. La distinction peut être mise en évidence en caractérisant le comportement des entreprises. Les membres de l'oligopole non coopératif se comportent de manière indépendante ou unilatérale ; ils suivent leur propre intérêt (maximisation de leur propre profit). En revanche, la coordination des comportements des membres de l'oligopole coopératif (collusion) va plus loin qu'une simple interdépendance et une prise en compte des comportements des autres ; l'influence de ces comportements est telle qu'on ne peut pas parler de décisions individuelles. Cette dernière situation correspond à l'accord ou à la pratique concertée.

Les modèles les plus connus d'oligopoles non coopératifs sont ceux de Cournot, de Bertrand et de Stackelberg (CARLTON/PERLOFF, *Industrial Organization*, p. 156 ss ; CHURCH/WARE, *Industrial Organization*, p. 231 ss). Dans le cadre de l'équilibre de Cournot, chaque entreprise cherche à maximiser son profit en décidant de la quantité qu'elle va produire et en tenant compte de la réaction de l'autre entreprise à sa propre décision. Au contraire, dans l'équilibre de Bertrand, les entreprises fixent les prix. Le modèle de Stackelberg, quant à lui, suppose que chaque entreprise fixe le niveau de production, mais non de manière simultanée, ce qui permet à la deuxième de prendre en compte la décision de la première. En se basant sur la théorie des jeux, les modèles économiques cherchent à trouver une situation d'équilibre dans laquelle aucune des entreprises ne veut changer de stratégie (équilibre de Nash). Ces modèles visent à expliquer le fonctionnement des marchés oligopolistiques, ainsi qu'à tirer des conclusions sur les conséquences en termes de prix et de quantité, et finalement sur le bien-être de la collectivité. Toutefois, les hypothèses théoriques de comportement ne démontrent pas l'existence d'un certain comportement d'interdépendance ni d'une position dominante collective dans un cas concret.

198

En termes de bien-être de la société, ces modèles montrent que la quantité produite en cas d'oligopole non coopératif est supérieure à la quantité produite par un monopoliste ou un oligopole coopératif, mais bien en-dessous de la quantité produite en situation de concurrence parfaite. L'activité d'innovation est également plus importante en oligopole qu'en situation de monopole. Le prix se situe entre celui de monopole et celui de concurrence parfaite. Ces modèles sont construits sur des hypothèses strictes de départ (v. CARLTON/PERLOFF, *Industrial Organization*, p. 154 ; CHURCH/WARE, *Industrial Organization*, p. 233 et 256), et ne peuvent donc pas servir pour tirer des conclusions sur la situation concurrentielle ou le comportement des entreprises dans une industrie particulière. En effet, dans nombre d'industries oligopolistiques, les entreprises se comportent de manière extrêmement concurrentielle (WHISH, *Competition*, p. 549). Ainsi, il est difficile de distinguer entre comportement interdépendant, voire coopératif, et comportement concurrentiel à partir des résultats de la performance du marché. En toute hypothèse, un niveau élevé ou l'existence d'une interdépendance en matière de décision concernant les prix ne sont pas suffisants pour conclure à une situation de position dominante collective, encore moins à l'existence d'un accord ou d'une pratique concertée : les entreprises peuvent se livrer à une concurrence accrue par le biais de baisses secrètes de prix, ou encore par la qualité ou l'innovation (WHISH, *Competition*, p. 549). La reconnaissance de l'**interdépendance interne** est la marque de l'oligopole (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 39). En conséquence, l'oligopole est la structure de marché où la concurrence peut être la plus efficace, mais aussi, paradoxalement, celle où le risque de pratiques parallèles est le plus grand (WOHLMANN, *Bekämpfung*, p. 24). Du fait de la structure concentrée du marché oligopolistique, chaque entreprise détermine son comportement en prenant plus attentivement en compte les réactions stratégiques de ses concurrentes que ce n'est le cas sur un marché atomisé. Il peut en résulter une unité de comportement propre à fausser la concurrence (AMSTUTZ, *Oligopole*, p. 193-195). Si, en l'absence d'une collusion explicite, le parallélisme conscient de comportement des entreprises n'est le plus souvent pas condamné, c'est parce qu'il est pratiquement impossible d'imaginer un remède applicable aux comportements « interdépendants ». Dès lors que les entreprises ont conscience de leur interdépendance, il paraît rationnel, voire inévitable, qu'elles en tiennent compte dans leur comportement concurrentiel et on ne peut les contraindre aisément à ne pas en tenir compte (OCDE, *Oligopoly*, p. 54 s.).

199

b) Relation entre accords et position dominante collective

- 200** L'application simultanée des règles sur les accords et celles sur l'abus de position dominante doit être distinguée du niveau de preuve et des critères requis pour démontrer l'existence d'un accord ou d'une position dominante collective.
- 201** Les **membres d'une entente** selon les art. 5 ou 6 LCart, respectivement selon l'art. 101 TFUE, peuvent, dans certaines circonstances, détenir une position dominante collective. Une application simultanée des art. 5 et 7 LCart (respectivement art. 101 et 102 TFUE) est alors possible (Comco, DPC 1998/1, p. 32, *SWICA*, ch. 13-15 ; Commission européenne, décision *Decca Navigator System*, 89/113/CEE, IV/30.979 et 31.394, JOCE 1989 L 43, p. 27, pts 81, 83-99 et 117-121 ; cf. LCart 7 N 6). En effet, en présence d'une position dominante collective, la seule suppression de l'entente ne suffirait pas à ramener la concurrence efficace sur le marché en cause (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 185).
- 202** Selon la jurisprudence européenne, lorsque les parties à un accord ou à une pratique concertée selon l'art. 101 TFUE détiennent ensemble une part de marché importante, il ne résulte pas de ce seul fait qu'elles détiennent une position dominante collective et que leur comportement constitue l'abus de celle-ci. Il ne suffit pas de « recycler » les faits constitutifs d'une infraction à l'art. 81 TCE (101 TFUE) pour établir une infraction à l'art. 82 TCE (102 TFUE ; TPI, arrêt *Società Italiana Vetro*, aff. jtes T-77/89 et T-78/89, Rec. 1992 II-1403, pt 360). Au-delà des accords conclus entre les parties, il doit exister entre elles des liens tels que celles-ci ont adopté une ligne d'action uniforme sur le marché à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs. L'existence d'une position dominante collective peut donc résulter de la **nature et des termes d'un accord**, de la manière de sa **mise en œuvre** et, partant, des liens ou **facteurs de corrélation** entre entreprises qui en résultent (les conférences maritimes constituent un cas exemplaire où les entreprises parties sont liées contractuellement ; v. CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge de transports e.a. c/Commission*, aff. jtes C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pts 35-48 ; ainsi que l'arrêt du TPI dans la même affaire : aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pt 67 ; WAELBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 236). En pratique, des accords étaient présents dans presque tous les cas dans lesquels une position dominante collective a été constatée (STROUX, Art. 82 EC, p. 135).
- 203** Pour un exemple de droit suisse, les clubs d'assurance membres d'un groupement et liés économiquement entre eux par un accord de partage des sinistres, qui souscrivent des contrats de réassurance en commun, adoptent une ligne d'action uniforme sur le marché en appliquant des conditions d'assurance communes et en offrant un niveau de couverture unique, détiennent une position dominante collective (Commission européenne, décision *Clubs de protection et d'indemnisation*, 1999/329/CE, IV/D-1/37.143, JOCE 1999 L 125, p. 12, pts 121 s.).
- 204** En revanche, la détention d'une position dominante collective au sens de l'art. 7 LCart (respectivement 102 TFUE) ne suffit pas pour démontrer l'existence d'un accord ou d'une pratique concertée. En effet, l'examen de la position dominante collective n'inclut pas celui des éléments constitutifs d'un accord, soit la volonté commune et consciente des parties d'adopter un comportement déterminé ou une ligne commune sur le marché qui vise ou a pour effet de restreindre la concurrence (art. 4 I LCart). Dans l'examen du marché des porcs destinés à l'abattage, la communication anticipée des prix envisagés, l'organisation de conférences téléphoniques régulières attestant une volonté d'influencer le prix minimum (ou les autres paramètres de concurrence) étaient des éléments néces-

saïres pour constater l'existence d'une pratique concertée (Comco, DPC 2004/3, p. 726, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*, ch. 34 ss). Les caractéristiques structurelles du marché comme le nombre d'entreprises, l'homogénéité des produits, la transparence du marché ou les mécanismes de repréaïilles, sont pris en compte lors de l'examen des effets de l'accord sur le marché ou lors du renversement de la présomption au sens de l'art. 5 III LCart. Dans le cadre de l'art. 7 LCart, les comportements des entreprises et leurs effets sur le marché sont examinés dans la phase de l'abus de la position dominante collective. Une telle approche est conforme au droit de l'Union européenne selon lequel la collusion tacite ou une simple interdépendance et/ou parallélisme de comportement ne sont pas constitutifs d'un accord ou d'une pratique concertée au sens de l'art. 101 TFUE (CJCE, arrêt *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres c. Commission*, aff. jtes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. 1993 p. I-1307, pt 71 ; CAPO-BIANCO, Collusion, p. 47).

c) Relation avec le contrôle des concentrations

La Comco a constaté pour la première fois l'existence d'une position dominante collective dans un cas de concentration d'entreprises (Comco, DPC 1998/2, p. 304, *Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand*, ch. 130-134). Le concept de position dominante collective au sens de l'art. 4 II LCart s'applique aux art. 7 et 10 II/a LCart. L'examen diffère toutefois selon qu'il est effectué *ex post* ou *ex ante*, même si en principe les mêmes critères de structure du marché sont pris en compte. **205**

Premièrement, le standard de preuve pour conclure à l'existence d'une position dominante collective est différent en fonction de la période prise en compte pour l'examen : dans le cadre de l'art. 7 LCart, l'examen devrait porter sur l'existence effective d'une ligne d'action commune dans le marché, l'autorité disposant des éléments pour examiner postérieurement si les entreprises ont dans le passé effectivement adopté une ligne d'action commune. En revanche, l'analyse dans le cadre du contrôle des concentrations est prospective et vise à établir si la concentration augmente la probabilité de comportements coordonnés. **206**

Deuxièmement, il y a lieu de relever une différence importante entre les critères matériels d'appréciation du contrôle des concentrations en Suisse et en droit de l'Union européenne. Le contrôle des concentrations étant un contrôle préalable de la structure du marché, il intervient dans des seuils moins élevés de pouvoir de marché que celui du contrôle *ex post* au sens de l'art. 102 TFUE. Tel n'est pas le cas en droit suisse. Bien que l'objectif soit le même (la sauvegarde de la structure du marché), le critère additionnel de la suppression de la concurrence efficace (art. 10 II/a LCart) impose un seuil d'intervention plus élevé que l'art. 7 LCart et une définition plus restrictive de la position dominante (collective), une position qui ne laisse pas de place à une concurrence actuelle ou potentielle suite à la fusion (ATF 133 II 104, c. 6 : le Tribunal fédéral se réfère à « *einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung* »). **207**

Troisièmement, une position dominante collective au sens de l'art. 7 LCart ou 102 TFUE peut être constatée en dehors d'une structure de marché oligopolistique. Dans des circonstances particulières, les liens structurels entre les concurrents dans un marché ou l'existence d'un accord leur permettent d'adopter la même ligne d'action sur le marché qui est caractéristique de la position dominante collective. En revanche, une position dominante collective dans le cadre du contrôle des concentrations ne peut intervenir que **208**

dans des marchés oligopolistiques hautement concentrés. En effet, les effets coordonnés ne sont possibles que dans de telles structures de marché.

d) Position dominante collective en droit de l'Union européenne

- 209** En droit de l'Union européenne, le concept de position dominante collective a été développé parallèlement au sens de l'art. 102 TFUE et dans le cadre du contrôle des concentrations d'entreprises. Le critère déterminant est l'existence ou la formation d'une « entité collective » capable de se comporter de manière indépendante à l'encontre des autres participants du marché. Si le contrôle des concentrations encadre les oligopoles, l'intervention dans le cadre de l'art. 102 TFUE est plus large et vise également des situations sans lien avec une structure de marché déterminée. Tel était le cas par exemple dans les affaires *Almelo* (CJCE, arrêt *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, Rec. 1994, p. I-1477) ou *Irish Sugar* (TPI, arrêt *Irish Sugar plc c/Commission*, aff. T-228/97, Rec. 1999, p. II-2969). Les critères d'examen sont passés de l'exigence de liens structurels à celle d'existence de liens économiques (TPI, arrêt *Gencor c/Commission*, aff. T-102/96, Rec. 1999, p. II-753, pt 276 ; CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge de transports e.a. c/Commission*, aff. jtes C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pt 45). La nature et l'étendue de ces derniers ont été précisées au fil du temps, pour couvrir l'interdépendance oligopolistique. Les dernières affaires *Airtours* (TPI, arrêt *Airtours c. Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002 p. II-2585) et *Impala* (CJCE, arrêt *Bertelsmann AG et Sony Corporation of America c. Independent Music Publishers and Labels Association [Impala]*, aff. C-413/06 P, Rec. 2008 p. I-4951) dans le cadre du contrôle des concentrations ont donné un cadre précis, qui comporte trois conditions relatives à l'existence d'une coordination tacite entre les entreprises concernées. L'affaire *Piau* a adopté les mêmes conditions dans le cadre de l'art. 102 TFUE (TPI, arrêt *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. 2005 p. II-209).
- 210** Plusieurs entreprises économiques indépendantes peuvent former une **entité collective** lorsqu'il existe entre elles des liens ou **facteurs de corrélation économique** tels qu'ils conduisent ces entreprises à adopter une même ligne d'action sur le marché et à agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs (CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/Commission*, aff. jtes C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pts 41-44 ; CJCE, arrêt *France e.a. c/Commission « Kali & Salz »*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998, p. I-1375, pt 221 ; TPI, arrêt *Irish Sugar plc c/Commission*, aff. T-228/97, Rec. 1999, p. II-2969, pt 46 et les arrêts cités, confirmée par la CJCE : aff. C-497/99 P, Rec. 2001, p. I-5333).
- 211** La question d'une position dominante collective peut survenir aussi bien en matière de sanction des **abus de position dominante** qu'en matière de **contrôle des opérations de concentrations**. Les règles sur le contrôle des concentrations s'appliquent non seulement aux opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante individuelle, c'est-à-dire une position dominante détenue par les **parties à la concentration**, mais aussi à celles qui créent ou renforcent une position dominante collective, à savoir une position de dominance détenue par les parties à la concentration avec une **entité tierce** à cette concentration (CJCE, arrêt *Commission c/France, « Kali & Salz »*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998, p. I-1375, pts 165-178). Dans cette seconde hypothèse, les garanties procédurales liées au droit d'être entendu de l'entreprise tierce, considérée comme le pôle externe de l'oligopole dominant, doivent être respectées lorsque la décision envisa-

gée par l'autorité de concurrence impose des charges ou conditions faisant directement grief à l'entreprise tierce (CJCE, arrêt *Commission c/France*, « *Kali & Salz* », aff. jtes C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998, p. I-1375, pts 173 s. ; SCHMIDHAUSER, Begriff, p. 444).

Les oligopoles coopératifs ou non coopératifs peuvent être encadrés par le contrôle des concentrations d'entreprises. En matière de contrôle des concentrations, le concept de position dominante collective est largement remplacé par celui d'« effets coordonnés » (v. pour une discussion BERLIN, Contrôle, p. 424 ss). L'effet unilatéral quant à lui fait référence aux comportements unilatéraux des entités qui fusionnent, ce qui peut être le fait de membres d'un oligopole non coopératifs au sens économique du terme (Règlement 139/2004, § 25 ; Lignes directrices UE Concentrations horiz., § 25).

Les facteurs de corrélation propres à entraîner les entreprises concernées à adopter un comportement uniforme ou une même ligne d'action sur le marché peuvent d'abord consister en des **liens structurels** (TPI, arrêt *SIV e.a. c/Commission*, « *Verre plat* », aff. jtes T-68/, T-77 et 78/89, Rec. 1992, p. II-1403, pts 357 s. ; Commission européenne, décision *Cewal*, 93/82/CE, IV/32.450, JOCE 1993 L 34, p. 20, pts 49 et 57-61 ; CJCE, arrêt *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, Rec. 1994, p. I-1477, pts 40-42 ; arrêt *DIP e.a.*, aff. jtes C-140 à 142/94, Rec. 1995, p. I-3257, pt 24 ; TPI, arrêt *Compagnie maritime belge de transports*, aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pts 60, 64 et 65 ; CJCE, arrêt *Sodemare SA e.a. c/Regione Lombardia*, aff. C-70/95, Rec. 1997, p. I-3395, pt 46 ; TPI, arrêt *Irish Sugar plc c/Commission*, aff. T-228/97, Rec. 1999, p. II-2969, pts 46, 49, confirmée par la CJCE : aff. C-497/99 P, Rec. 2001, p. I-5333). Une entité collective peut résulter aussi bien des relations commerciales **horizontales** (parmi d'autres : TPI, arrêt *Compagnie maritime belge de transports*, aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pts 60, 64 et 65) que **verticales**, lorsque les entreprises ne sont pas intégrées au point de constituer une seule et même entreprise (TPI, arrêt *Irish Sugar plc c/Commission*, aff. T-228/97, Rec. 1999, p. II-2969, pt 63, confirmée par la CJCE : aff. C-497/99 P, Rec. 2001, p. I-5333).

Constituent notamment des liens ou facteurs de corrélation entre deux ou plusieurs entreprises :

- La **participation** d'une entreprise dans le **capital** et sa représentation au sein du **conseil d'administration** de l'autre entreprise, le **processus décisionnel** de ces deux sociétés et les procédures de communication visant à le faciliter, ainsi que les liens économiques directs représentés par un **engagement d'approvisionnement exclusif** d'une entreprise auprès de l'autre et le **financement** par la première entreprise de toutes les **opérations de promotion** en faveur des acheteurs et des remises accordées par la seconde entreprise à ses clients (TPI, arrêt *Irish Sugar plc c/Commission*, aff. T-228/97, Rec. 1999, p. II-2969, pts 50 s.).
- Plusieurs entreprises indépendantes qui disposent en commun, par voie d'accord ou de **licence**, d'une **avance technologique** leur fournissant la possibilité d'un comportement indépendant, sont unies par des liens économiques tels qu'elles détiennent de ce fait ensemble une position dominante sur un marché spécifique (TPI, arrêt *SIV e.a. c/Commission*, « *Verre plat* », aff. jtes T-68/, T-77 et 78/89, Rec. 1992, p. II-1403, pts 358 s.).
- Des entreprises titulaires d'une **concession pour la distribution d'électricité** sur une partie du territoire néerlandais et qui sont suffisamment liées entre elles par des **accords entre producteurs et distributeurs** pour adopter une même ligne d'action, détiennent une position dominante collective (CJCE, arrêt *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, Rec. 1994, p. I-1477, pts 42-45).

- 215 En revanche, le fait qu'une catégorie d'opérateurs économiques soit tenue par une **réglementation nationale** de fixer le prix de vente au détail des marchandises (livres) produites ou importées par eux ne leur confère pas en soi une position dominante collective, dès lors que cette réglementation ne porte aucunement atteinte à la liberté de chacun des opérateurs économiques d'arrêter, de manière indépendante, le niveau de ces prix (CJCE, arrêt *Syndicat des librairies de Normandie c/L'Aiglon Distribution*, aff. 254/87, Rec. 1988, p. 4457, pt 14).
- 216 Les facteurs de corrélation économiques entre les entités concernées peuvent aussi résulter de l'interdépendance de comportement des entreprises actives sur un marché présentant une structure oligopolistique ou très concentrée (« *marktstrukturbedingte Reaktionsverbundenheit einer Oligopolgruppe* »), en l'absence de tout autre lien additionnel entre ces entreprises (TPI, arrêt *Gencor c/Commission*, aff. T-102/96, Rec. 1999, p. II-753, pt 276 ; CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge de transports e.a. c/Commission*, aff. jtes C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pt 45). Cette seconde hypothèse a été développée initialement par la Commission européenne dans le cadre du contrôle des concentrations (Commission européenne, décision *Nestlé/Perrier*, 92/553/CEE, IV/M.190, JOCE 1992 L 356, p. 1, pts 108-131 ; décision *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, 94/449/CE, IV/M.308, JOCE 1994, L 186, p. 38, pts 46 ss ; décision *Gencor/Lonrho*, 97/26/CE, IV/M.619, JOCE 1997 L 11, p. 30, pts 140-159 ; décision *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, 1999/152/CE, IV/M.1016, JOCE 1999 L 50, p. 27, pts 95-119 ; décision *Rhodia/Donau Chemie/Albright & Wilson*, IV/M.1517 ; décision *Airtours/First Choice*, 2000/276/CE, IV/M.1524, JOCE 2000 L 93, p. 1, pts 87-158 ; décision *Enso/Stora*, 1999/641/CE, IV/M.1225, JOCE 1999 L 254, p. 9, pts 66 s., 71).
- 217 La jurisprudence européenne a confirmé que, même si l'existence de liens structurels peut servir à la constatation d'une position dominante collective au sens de l'art. 102 TFUE (*supra* N 213), cette constatation peut aussi être faite en présence d'un marché oligopolistique ou très concentré dont la structure est de nature à entraîner des effets de coordination sur le marché en cause. Selon le TPI, « sur le plan juridique ou économique, il n'existe aucune raison d'exclure de la notion de lien économique la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole restreint à l'intérieur duquel, sur un marché ayant les caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration du marché, de transparence et d'homogénéité du produit, ils sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leur comportement sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix. En effet, dans un tel contexte, chaque opérateur sait qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché (par exemple une réduction de prix) provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative. Tous les opérateurs auraient donc à subir la baisse du niveau des prix ». Dans une structure de marché oligopolistique, « chaque opérateur peut prendre conscience des intérêts communs et, notamment, faire monter les prix sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée » (TPI, arrêt *Gencor c/Commission*, aff. T-102/96, Rec. 1999, p. II-753, pt 276). La Cour a confirmé cette interprétation dans un autre arrêt en soulignant que « l'existence d'un accord ou d'autres liens juridiques n'est pas indispensable à la constatation qu'il existe une position dominante collective, constatation qui pourrait résulter d'autres facteurs de corrélation et dépendrait d'une appréciation économique et, notamment, d'une appréciation de la structure du marché en cause » (CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge de transports e.a. c/Commission*, aff. jtes C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pt 45).

Lorsqu'un marché présente une structure oligopolistique selon les critères statiques susmentionnés (*supra* N 213), il faut encore établir que les opérateurs concernés **peuvent et ont intérêt** (« *incentive* », « *Anreize* ») à **converger** vers une action concertée ou **coordonnée et à éviter de se faire concurrence**. Cette exigence d'une **interdépendance** constitue une concrétisation de la condition générale posée en matière de dominance oligopolistique d'une « même ligne d'action ou de comportements parallèles sur le marché » (*supra* N 216). Tel est le cas lorsque les avantages à long terme d'un comportement anticoncurrentiel dépassent de beaucoup les gains qu'il y aurait à court terme à être en concurrence (COM [2001] 175 final, pt 85). Le niveau d'interdépendance entre les membres de l'oligopole doit être tel qu'il est rationnel pour eux, en s'adaptant aux conditions du marché, d'adopter des comportements individuels qui réduisent sensiblement la concurrence entre eux et qui leur permettent d'agir, dans une large mesure, indépendamment de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs. En d'autres termes, il faut que la **structure oligopolistique du marché crée une incitation et une capacité** pour les firmes présentes à remplacer la concurrence par un **comportement parallèle anticoncurrentiel**, qui place les oligopoleurs en situation de position dominante, sans qu'il soit nécessaire que les oligopoleurs se livrent à une collusion active (par exemple un accord de fixation des prix ou de la capacité ou de répartition du marché). L'autorité de concurrence doit justifier la vraisemblance d'un comportement coordonné sur la base d'une **analyse économique dynamique**, et non purement statique (CJCE, arrêt *France e.a. c/Commission « Kali & Salz »*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998, p. I-1375, pt 221 ; VENIT, Oligopolistic, p. 1108-1111, 1117). L'adoption d'une même ligne d'action sur le marché doit apparaître **hautement vraisemblable** non seulement eu égard à la **structure du marché** (facteurs statiques), mais aussi au vu de l'ensemble des **circonstances du cas d'espèce**, et en particulier du comportement des entreprises présentes sur le marché (facteurs dynamiques) (CJCE, arrêt *France e.a. c/Commission « Kali & Salz »*, aff. jtes C-68/94 et C-30/95, Rec. 1998, p. I-1375, pt 222 ; SCHMIDHAUSER, Begriff, p. 443 s., qui évoque l'hypothèse d'entreprises notoirement concurrentes avant la fusion en cause ; Secrétariat Comco, DPC 2000/4, p. 571, *Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt*, ch. 41).

La jurisprudence européenne a déterminé les conditions nécessaires pour la constatation d'une position dominante collective pouvant justifier une interdiction dans les affaires *Airtours* (TPI, arrêt *Airtours c. Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002 p. II-2585) et *Impala* (CJCE, arrêt *Bertelsmann AG et Sony Corporation of America c. Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, aff. C-413/06 P, Rec. 2008 p. I-4951). Ces conditions s'inscrivent dans le cadre de l'appréciation de l'interdépendance entre les membres d'un oligopole. Trois conditions cumulatives sont nécessaires pour qu'une situation de position dominante collective puisse être créée par une concentration d'entreprises (TPI, arrêt *Airtours c. Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002 p. II-2585 pt 62) :

- premièrement, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. En particulier, le marché devrait être suffisamment transparent pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres ;
- deuxièmement, il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché dans la durée. Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune ;

- troisièmement, la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune.

- 220** La Cour de justice a précisé dans l'affaire *Impala* qu'il faudrait « éviter une démarche mécanique consistant à vérifier séparément chacun desdits critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite » (CJCE, arrêt *Bertelsmann AG et Sony Corporation of America c. Independent Music Publishers and Labels Association [Impala]*, aff. C-413/06 P, Rec. 2008 p. I-495, pt 125). En particulier, la transparence du marché n'est pas suffisante en tant que telle pour déduire une ligne de comportement commune, mais doit être examinée en tant que condition préalable aux mécanismes de surveillance et de représailles (sanctions) qui rendent possibles la surveillance précise des comportements des participants et l'adaptation immédiate de chaque membre de l'oligopole : « L'appréciation de [...] la transparence sur un marché donné devrait non pas se faire de façon isolée et abstraite, mais s'effectuer à l'aune d'un mécanisme d'une hypothétique coordination tacite. En effet, c'est uniquement en tenant compte d'une telle hypothèse qu'il est possible de vérifier si d'éventuels éléments de transparence existant sur un marché sont effectivement de nature à faciliter la définition tacite d'une ligne de conduite commune et/ou à permettre aux concurrents concernés de surveiller de manière suffisante si les modalités d'une telle ligne de conduite sont respectées. A ce dernier égard, aux fins de l'analyse de la durabilité d'une coordination tacite postulée, il est nécessaire de prendre en compte les mécanismes de surveillance éventuellement accessibles aux participants à la coordination tacite alléguée, afin de vérifier si, en raison de tels mécanismes, il leur serait possible de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres participants à une telle coordination » (*idem*, pt 126).
- 221** Nous observons une évolution considérable de la pratique européenne. Dans un premier temps, l'affaire *Airtours* a démontré que l'examen mécanique d'une liste de critères se rapportant au marché ne suffit pas pour constater l'existence d'une position dominante collective. A côté de ces critères, la constatation d'une position dominante collective n'est possible qu'en présence de mécanismes de représailles dans un marché transparent, ce qui rend possible qu'une action commune soit exercée de manière durable. Dans un deuxième temps, l'affaire *Impala* a souligné que les critères dégagés par la jurisprudence *Airtours* ne peuvent pas non plus être appliqués de manière mécanique. Une telle approche s'éloigne de l'examen irréfléchi d'une liste de critères sans que les mécanismes d'une collusion probable et durable ne soient examinés en profondeur afin de démontrer une position dominante collective à suffisance de droit.
- 222** Nous rappelons enfin qu'en matière de contrôle des concentrations, la Commission doit produire des « preuves solides » concernant les éléments appelés à jouer un rôle important dans l'évaluation de l'éventuelle création d'une position dominante collective, ce qui implique un examen attentif notamment des circonstances qui, selon chaque cas d'espèce, se révèlent pertinentes (TPI, arrêt *Airtours c. Commission*, aff. T-342/99, Rec. 2002 p. II-2585, pt 63 ; CJCE, arrêt *Bertelsmann AG et Sony Corporation of America c. Independent Music Publishers and Labels Association [Impala]*, aff. C-413/06 P, Rec. 2008 p. I-4951, pt 50). La Commission doit effectuer une analyse prospective de la création ou du renforcement d'une position dominante collective suite à l'opération de concentration envisagée, ce qui requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir celui dont la probabilité est la plus forte (CJCE, arrêt *Bertelsmann AG et Sony Corporation of*

America c. Independent Music Publishers and Labels Association [Impala], aff. C-413/06 P, Rec. 2008 p. I-4951, pt 47). Même dans cette analyse prospective, il y a lieu de différencier entre le présent et le futur : dans le cadre de l'existence d'une position dominante collective en vue d'apprécier un éventuel renforcement, les critères doivent être testés *in concreto*. Ainsi, il n'est pas suffisant de montrer qu'un mécanisme de rétorsion existe et que donc les représailles sont possibles ; l'examen doit permettre de vérifier « s'il y a eu des violations de la ligne d'action commune, sans que celles-ci ne soient suivies de mesures de représailles » (TPI, arrêt *Independent Music Publishers and Labels Association [Impala] c. Commission*, aff. T-464/04, Rec. 2006 p. II-2289, pt 468, raisonnement non remis en cause par la Cour dans l'arrêt *Impala*, aff. C-413/06 précitée ; il convient de préciser dans ce cas que le Tribunal examinait l'inexistence de la position dominante collective). En conséquence, l'analyse prospective diffère considérablement de l'examen rétroactif (*ex post*) de la situation qui prévaut dans le marché et des circonstances concrètes qui permettent de conclure à l'existence d'une position dominante collective. La Commission doit démontrer que les entreprises concernées ont effectivement adopté une ligne d'action commune : en d'autres termes, dans une perspective *ex post* il faut démontrer que les entreprises « se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective » (TPI, arrêt *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. 2005 p. II-209, pt 110 ; CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge transports SA e.a. c/Commission*, aff. jtes C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pt 36 ; PETIT, Oligopoles, p. 445 ss).

Les critères développés dans les affaires *Airtours* et *Impala* ont été repris dans le cadre de l'art. 102 TFUE dans l'affaire *Piau* (TPI, arrêt *Laurent Piau c. Commission*, aff. T-193/02, Rec. 2005, p. II-209, pt 111) : « La constatation de l'existence d'une position dominante collective dépend de la réunion de trois conditions cumulatives : premièrement, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action ; deuxièmement, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché ; troisièmement, la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune ». Cet arrêt restreint la notion de liens économiques en appliquant les conditions de *Airtours* aux liens d'interdépendance entre les entreprises membres d'une position dominante collective. Toutefois, le Tribunal n'examine pas ces trois conditions aux faits en cause, ce qui rend incertaine la portée de cet arrêt pour l'application de l'art. 102 TFUE (v. WAELBROECK/IBÁÑEZ COLOMO, Comment, p. 1754).

223

e) Position dominante collective en droit suisse

La Comco a examiné de manière approfondie l'existence d'une position dominante collective selon les art. 4 II et 7 LCart dans le marché du commerce de porcs destinés à l'abattage (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*). En premier lieu, la Comco a examiné les caractéristiques statiques structurelles du marché. Ces critères donnent une indication sur la possibilité et la probabilité d'une position dominante collective : le nombre d'entreprises sous examen et leurs parts de marché, la transparence de marché, les barrières à l'entrée et la concurrence potentielle, les symétries entre les membres de l'oligopole, la position des partenaires commerciaux, les liens structurels, et l'existence de mécanismes de sanction. Toutefois, ces caractéristiques structurelles ne suffisent pas à démontrer l'existence d'une position dominante collective. En deuxième lieu,

224

une analyse empirique des résultats et des comportements des entreprises a permis d'écarter l'existence d'une telle position entre Micarna (Migros) et Bell (Coop) (*idem*, ch. 66).

- 225** En matière de contrôle des concentrations, la Comco examine s'il existe avant la concentration des incitations à un comportement collusif (*Anreize zu kollusivem Verhalten*), et si très vraisemblablement un tel comportement deviendra stable et durable suite à l'opération de concentration (Comco, DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 224 ; DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 455). L'examen vise à évaluer si l'opération de concentration augmente significativement le potentiel de comportement collusif sur le marché (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 467), autrement dit s'il existe un lien de causalité entre l'opération de concentration et l'augmentation de la probabilité d'effets coordonnés sur le marché.
- 226** La Comco examine une liste de critères relatifs aux caractéristiques du marché qui servent à déterminer si une position dominante collective est *possible*, *probable* et enfin *durable*, sur le marché en cause (Comco, DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 230-237). Pour évaluer si une position dominante collective devient *possible* suite à une concentration, la Comco examine si le nombre limité des entreprises concernées par la position dominante collective et leurs parts de marché importantes amènent à un marché hautement concentré (Comco, DPC 2008/3, p. 422, *Heineken/Eichhof*, ch. 273). Il s'ensuit que lorsque le marché ne présente pas de telles caractéristiques, la collusion n'est pas possible. Les autres facteurs tels que les symétries, la croissance du marché, la transparence du marché, les contacts multi-marchés, la position des partenaires commerciaux ou la concurrence potentielle, sont examinés pour évaluer la stabilité et la durabilité de l'équilibre de collusion (Comco, DPC 2008/3, p. 422, *Heineken/Eichhof*, ch. 320). L'analyse est prospective, contrairement à celle dans le cadre de l'art. 7 LCart. Les exigences en matière de preuve sont plus élevées dans ce dernier cas, dans le sens que l'examen ne peut pas se contenter de présenter des hypothèses sur les comportements des entreprises, mais doit démontrer en s'appuyant sur des preuves solides l'*existence* d'une position dominante collective avec une forte probabilité (« *mit hoher Wahrscheinlichkeit* » ; Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 105).
- 227** La liste non exhaustive, ni cumulative des types de critères utilisés pour la constatation d'une position dominante collective est résumée ci-dessous. Deux remarques préliminaires s'imposent. D'une part, c'est l'interaction entre les facteurs, pris dans leur ensemble, qui peut seule justifier une forte probabilité d'action coordonnée. D'autre part, la plupart des facteurs peuvent produire des effets opposés en fonction des circonstances, soit en augmentant, soit en diminuant la probabilité d'une action coordonnée. Aucun facteur ne suffit à lui seul à fonder une telle probabilité. En revanche, deux facteurs – de faibles parts de marchés ou des barrières à l'entrée et/ou à l'expansion peu élevées – dressent de garde-fous rendant peu probable un comportement parallèle (OCDE, Oligopoly, p. 58).

1) Les critères structurels rendant possible une position dominante collective

- 228** Le **nombre d'acteurs** sur le marché doit être **peu élevé** (concentration sur le marché ; Comco, DPC 1998/2, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 147). Dans l'affaire *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, la Commission a noté qu'une position dominante collective comprenant plus de trois ou quatre fournisseurs est trop complexe et instable pour durer (Commission européenne, décision *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, 1999/152/CE, IV/M.1016, JO 1999 L 50, p. 27, pts 103 et 113). Le groupe des six plus grandes sociétés de révision

ne pouvait dès lors détenir une position dominante collective. L'appréciation dépend toutefois des caractéristiques propres de chaque marché.

Le **pourcentage du marché** détenu par les entreprises dominantes est en corrélation positive avec la probabilité d'une interaction coordonnée (OCDE, Oligopoly, p. 58 s.). La part de marché détenue par les entreprises doit en principe dépasser le seuil de 50-60 % du marché (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 71 s.; Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 475). Dans le cas des porcs destinés à l'abattage, la part de marché de 40 % détenue par Micarna et Bell a été considérée comme insuffisante pour rendre possible une position dominante collective, eu égard à la position importante des concurrents restants (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 72).

La part de marché des autres concurrents et leur taille doivent rester négligeables en comparaison avec la part détenue par les entreprises dominantes. Celles-ci ne doivent pas pouvoir subir l'effet de discipline desdits concurrents. Selon les circonstances, une part de marché des concurrents qui ne dépasse pas les 10 % peut être considérée comme insuffisante pour contraindre le comportement des entreprises en position dominante (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 473).

2) *Les critères structurels qui augmentent la probabilité et contribuent à la durabilité d'une position dominante collective*

Le **marché** doit être **transparent** et homogène, pour que les entreprises puissent s'informer de façon fiable du comportement de leurs concurrentes et agir en conséquence (connaissance des prix et quantités vendues, des réserves totales et des investissements envisagés, petit groupe de concurrents relativement fermé et présentant des liens étroits). D'une manière générale, la transparence contribue à faciliter la réalisation d'un accord et à diminuer la tentation de tricher en réduisant le délai nécessaire à la découverte de la tricherie. De ce fait, les possibilités de concurrence par les prix, en particulier, sont réduites (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 75; DPC 1998/2, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 154; OCDE, Oligopoly, p. 64-67). Dans les marchés caractérisés par des transactions fréquentes, la transparence augmente la possibilité pour les entreprises de détecter des comportements déviants; les gains peu importants résultant de tels comportements réduisent l'intérêt à s'écarter d'une ligne d'action commune et augmentent donc la probabilité de comportements collusifs (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 77).

Le marché est stable et présente seulement une prévision de **croissance stagnante ou modérée du côté de la demande (marché arrivé à maturité)**, ce qui n'incite pas à l'entrée de nouveaux concurrents, ni à l'offensive de ceux déjà présents (Comco, DPC 1998/2, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 153; DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 81 s.). La perspective de profits stables à long terme favorise généralement la collusion. En revanche, lorsque la demande est croissante ou caractérisée par des variations importantes (ou des chocs de demande), les membres d'un oligopole n'auraient pas intérêt à se coordonner mais à profiter de la demande croissante (Comco, DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 306 ss). La Comco considère comme stable un marché caractérisé par une croissance annuelle de 0,2 % (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 497), et par de très faibles variations de la demande de bière allant de - 3 % à + 4 %, correspondant à une augmentation annuelle d'environ 1,2 % (Comco, DPC 2008/3, p. 422, *Heineken/Eichhof*, ch. 290 s.). Néanmoins, en fin de vie

d'un produit et/ou d'une technologie, les entreprises sont moins tentées d'adopter ou de conserver un comportement collusoire (OCDE, Oligopoly, p. 67). Les entreprises concernées n'ont **pas de capacités excédentaires**, qui permettraient le cas échéant de mettre fin à un comportement parallèle anticoncurrentiel (Commission européenne, décision *Rhodia/Donau Chemie/Albright & Wilson*, IV/M.1517, pt 71). Toutefois, l'effet des capacités excédentaires est parfois ambigu (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 85).

- 233** Il doit exister des **barrières élevées à l'entrée et/ou à l'expansion** et, en toute hypothèse, **pas de nouveau grand concurrent potentiel** (p. ex., restriction à l'importation de volaille : Secrétariat Comco, DPC 1998/3, p. 392, *Bell AG/SEG-Poulets AG*, ch. 45, 52 et 67 ; ég. Comco, DPC 1998/2, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 151 ; DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 88 s. ; OCDE, Oligopoly, p. 59 s.). Ainsi, plus les économies d'échelle sont grandes, plus les guerres de prix sont destructrices. En outre, plus les coûts irrécupérables sont élevés, moins une entreprise souhaite sortir définitivement du marché. Lorsque toutes les entreprises présentes sur un marché oligopolistique ont conscience de ces paramètres, de fortes économies d'échelles et d'importants coûts irrécupérables encourageant une interaction coordonnée pour éviter une concurrence mutuellement destructrice (OCDE, Oligopoly, p. 64).
- 234** Les entreprises concernées présentent **des intérêts, des produits et des coûts similaires (condition de la symétrie)**. La symétrie des intérêts de toutes les entreprises membres de la position dominante collective concernant les buts recherchés dans le temps est un élément déterminant (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 91 s. ; DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 480 ss). L'intérêt à maintenir éloigné un concurrent potentiel peut être partagé par les entreprises concernées (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 493, où la Comco mentionne l'intérêt présumé de Coop et Migros contre l'entrée de Lidl ou l'expansion de Aldi). Lorsque les **produits** des membres sont **homogènes**, il est plus facile de se comporter de la même manière sur le marché car la coordination se limite à un paramètre (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 93). La différenciation des produits rend difficile une action coordonnée, car une entente sur un barème de prix est malaisée lorsque les produits ont tous des caractéristiques différentes, se vendent à des prix différents et peuvent être adaptés à la demande des clients (OCDE, Oligopoly, p. 61 s.). La symétrie de l'assortiment de produits peut également faciliter une action coordonnée. L'achat de Denner par Migros rendait comparables les assortiments de Migros et Coop, qui étaient considérés avant la concentration comme partiellement complémentaires, ce qui augmentait la probabilité d'effets coordonnés (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 482). Du point de vue des consommateurs, la concentration augmentait la substituabilité entre l'assortiment de Migros et celui de Coop (*idem*, ch. 485).
- 235** Des **structures de coûts semblables**, notamment en matière d'économies d'échelle, augmentent la probabilité et la stabilité de comportements collusifs (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 95). Des parts de marché et des capacités excédentaires identiques peuvent constituer des indices de l'existence d'une symétrie des coûts ; les produits homogènes constituent un important indicateur de l'existence de celle-ci (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 95 ; dans le cadre du contrôle des concentrations, les désinvestissements peuvent empêcher la création d'entités avec des parts de marché similaires, v. pour un exemple Comco, DPC 1998/3, p. 392, *Bell AG/SEG-Poulets AG*, ch. 70 ; KELLEZI, Mesures correctives, p. 204 s.). A

l'inverse, une asymétrie dans les coûts de production, l'intégration verticale ou la taille des entreprises réduit les incitations à coopérer et rend plus difficile toute coopération (Comco, DPC 1998/2, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 150 ; DPC 2006/3, p. 476, *Atel/EOSH Aktiven*, ch. 108 ; OCDE, Oligopoly, p. 62). Des écarts importants **des parts de marché** peuvent rendre improbable l'existence ou la création d'une position dominante collective. Toutefois, une position dominante collective peut exister malgré de tels écarts (Comco, DPC 1998/2, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 149). Une différence de 10 % entre les parts de marché des entreprises concernées a été considérée comme négligable et donc non suffisante pour nier l'existence de symétries. La Comco a laissé la question ouverte concernant un écart de 15-25 %, mais a clairement nié l'existence de symétries lors d'une différence de 45-55 % entre les parts de marché des entreprises concernées (Comco, DPC 2008/3, p. 422, *Heineken/Eichhof*, ch. 277).

Les symétries peuvent se présenter en termes d'autres paramètres de concurrence, comme les programmes de fidélité de la clientèle (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 488) ou la gouvernance d'entreprise (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 490). 236

Un oligopole symétrique composé d'entreprises détenant des parts de marché tout à fait comparables et disposant de ressources similaires et d'une même facilité d'accès aux marchés d'approvisionnement et de distribution a tendance à ne pas être concurrentiel, car toute action concurrentielle serait perceptible de façon égale par toutes les entreprises, facilement détectable du fait de la transparence de la conduite concurrentielle et guère profitable puisque toutes les entreprises disposent d'un même potentiel de réplique (Commission européenne, décision *ABB/Daimler-Benz*, 97/25/CE, IV/M.580, JO 1997 L 11/1, pt 88 ; BUNDESKARTELLAMT, Auslegungsgrundsätze, p. 47). 237

La **demande** ne présente **pas un contre-pouvoir important**. Une position forte des partenaires commerciaux réduit la probabilité d'une collusion, car ceux-ci peuvent exercer une pression sur les entreprises concernées et les mettre en concurrence l'une contre l'autre (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 97). En présence de commandes groupées, peu fréquentes et portant sur de gros volumes, la probabilité d'une interaction coordonnée est faible, car une entreprise peut tricher facilement en accordant une remise secrète à quelques gros acheteurs, et en obtenant ainsi une forte augmentation de sa part de marché. En revanche, des rabais fréquents et accordés à un grand nombre d'acheteurs sont faciles à détecter (OCDE, Oligopoly, p. 67 s.). Une **faible élasticité de la demande par rapport au prix**, en raison des particularités du produit en cause, accentue la tentation d'adopter un comportement parallèle anticoncurrentiel (Comco, DPC 1998, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 152 ; DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 99). 238

Les membres de l'oligopole présentent des **liens structurels ou informels ou des liens commerciaux** dans le marché en cause ou dans des marchés en amont ou en aval (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 100). Cette condition, même si elle est fréquemment présente et constitue ainsi un indice de position dominante collective, n'est pas indispensable dans les cas où la structure oligopolistique du marché est propre à entraîner des effets de coordination sur le marché (TPI, arrêt *Gencor c/ Commission*, aff. T-102/96, Rec. 1999, p. II-753, pt 276). 239

Les **techniques** de production doivent avoir atteint une **maturité**, de sorte qu'il n'est pas possible d'escompter une concurrence par l'innovation et l'introduction de nouvelles tech- 240

niques. Un **franc-tireur**, surtout s'il s'agit d'une des entreprises puissantes sur le marché, peut fortement limiter une interaction coordonnée (OCDE, Oligopoly, p. 63 s.).

- 241** L'existence de **mécanismes de représailles** (sanctions). Pour qu'un comportement collusif perdure dans le marché, il doit exister des mécanismes de représailles crédibles pouvant sanctionner les participants déviants (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 99 ; DPC 2008/4, p. 635, *Coop/Carrefour*, ch. 290 ss ; DPC 2003/3, p. 559, *Coop/Waro*, ch. 80). Les mécanismes de représailles se réfèrent aux comportements adoptés par des entreprises pour sanctionner les entreprises qui dévient d'un comportement collusif (présumé), par exemple une baisse (hausse) des prix ou augmentation (réduction) des quantités offertes sur le marché (achetées) (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 104) ; l'utilisation des voies légales ne constitue pas un mécanisme de représailles (Comco, DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 355). Un mécanisme approprié existe lorsque les entreprises peuvent sanctionner les autres concurrents de manière effective et ciblée (Comco, DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 254). Un éventuel mécanisme de représailles n'est pas crédible lorsque les entreprises ont une marge réduite pour influencer le prix d'achat ou augmenter la quantité acquise alors que les capacités de production et les prix sont déterminés dans une large mesure par les contreparties commerciales en amont ou en aval (Comco, DPC 2004/3, p. 674, *Markt für Schlachtschweine – Teil A*, ch. 98-99). Lorsque les entreprises sont présentes et interagissent dans plusieurs marchés, elles pourraient avoir la possibilité d'engager des représailles dans plusieurs marchés (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 505 ss). Toutefois, la simple présence des entreprises dans plusieurs marchés ne permet pas de conclure à l'existence d'un mécanisme de représailles (v. p. ex. Comco, DPC 2008/3, p. 422, *Heineken/Eichhof*, ch. 303).
- 242** Bien que la Comco se réfère à un comportement collusif ainsi qu'à un équilibre de collusion (donc aux effets coordonnés), elle semble considérer qu'un tel équilibre peut s'avérer stable même en l'absence de mécanismes de représailles (Comco, DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 233) ; la Comco pose des exigences moins élevées concernant l'existence et la crédibilité de sanctions lorsque les entreprises manquent d'incitation à dévier d'un équilibre de collusion indépendamment du risque de sanctions (Comco, DPC 2010/3, p. 499, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*, ch. 354). Une telle approche s'écarte des enseignements de la littérature économique et de la pratique européenne en matière d'effets coordonnés. En effet, le fait pour les entreprises de ne pas dévier d'un certain équilibre sans être menacées par d'éventuelles sanctions montre qu'elles déterminent leur ligne d'action dans le marché de manière totalement indépendante et sans égard aux autres concurrents : en l'absence de liens d'interdépendance économique entre les membres d'un oligopole, nous sommes en présence d'effets unilatéraux, et non pas d'effets coordonnés.
- 243** En matière de contrôle des concentrations, il doit en outre résulter d'une analyse prospective ou dynamique que le comportement parallèle anticoncurrentiel attendu est appelé très vraisemblablement à **perdurer de manière stable**, par exemple sous la forme d'adaptations successives similaires de comportement sur une certaine durée (Comco, DPC 1998/3, p. 392, *Bell AG/SEG-Poulets AG*, ch. 39 ; Secrétariat Comco, DPC 2000/4, p. 571, *Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt*, ch. 41 ; SCHMIDHAUSER, Begriff, p. 444 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 184).
- 244** Si l'existence d'une position dominante collective se déduit de la position que détiennent ensemble les entités économiques concernées sur le marché en cause, **l'abus** ne doit pas

nécessairement être le fait de toutes les entreprises en question. Il doit seulement pouvoir être identifié comme l'une des manifestations de la détention d'une telle position dominante collective. Par conséquent, des entreprises occupant une position dominante collective peuvent avoir des comportements abusifs **communs ou individuels**. Il suffit que ces comportements abusifs se rapportent à l'exploitation de la position dominante collective que les entreprises détiennent sur le marché (TPI, arrêt *Irish Sugar plc c/Commission*, aff. T-228/97, Rec. 1999, p. II-2969, pt 66, confirmé par la CJCE, aff. C-497/99 P, Rec. 2001, p. I-5333 ; cf. LCart 7 N ■■■). Selon TEMPLE LANG, il serait absurde que le comportement abusif d'un membre de l'oligopole soit légal jusqu'à ce que le ou les autres oligopoleurs adoptent une pratique similaire. Il serait tout aussi incompréhensible que le comportement abusif illégal d'une entreprise détenant une position dominante individuelle devienne légal du seul fait qu'une seconde entreprise devienne collectivement dominante. De même serait-il absurde qu'un membre d'un oligopole puisse fusionner ou établir une joint-venture avec le seul concurrent resté hors du monopole, augmentant ainsi sa dominance collective, alors qu'il ne pourrait le faire avec un autre membre de l'oligopole. Il n'y aurait enfin aucun sens à ce que deux oligopoleurs puissent réduire la concurrence résiduelle sur le marché en créant une joint-venture, pour autant qu'un troisième oligopoleur ne soit pas impliqué (TEMPLE LANG, Article 82 EC, p. 81 s.).

3. Position dominante à l'achat

La puissance d'achat peut être définie comme la capacité qu'a l'acheteur d'influencer les conditions auxquelles il acquiert les biens – par exemple en obtenant des offres de prix plus basses et des conditions plus favorables que les autres entreprises, ou plus favorables que celles disponibles en situation de concurrence –, au point d'agir, dans une large mesure, indépendamment de ses concurrents sur le marché, des fournisseurs et, en définitive, des consommateurs (OCDE, *Buying Power*, p. 73 ; DOBSON/WATERSON/CHU, *Consequences*, p. 5 ; Commission européenne, décision *Kesko/Tuko*, 97/277/CE, IV/M.784, JOCE 1997 L 110, p. 53, pt 135).

245

La détermination de la puissance sur le marché d'une entreprise est effectuée en principe selon les **mêmes critères** qu'elle réside du côté de l'offre ou de la demande (puissance d'achat) (Secrétariat Comco, DPC 2000/4, p. 571, *Schweizerischer Filmverleih- und Kino-markt*, ch. 44 ; pour la définition du marché, cf. *supra* N 86). Dans la pratique des autorités de concurrence suisse, la question d'une position dominante du côté de la demande s'est déjà posée dans plusieurs affaires (Comco, DPC 1997/3, p. 364, *Migros/Globus* ; DPC 1997/4, p. 490, *Recymet SA* ; Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 1, *APERTO-Geschäfte* ; Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit* ; DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner* ; DPC 2008/4, p. 593, *Coop/Carrefour*, ch. 290 ss ; DPC 2003/3, p. 559, *Coop/Waro*, ch. 80). Une éventuelle position dominante à l'achat est déterminée selon les méthodes classiques (cf. *supra* N 115), en prenant en compte la part de marché de l'entreprise en cause, les parts de marché détenues par ses concurrentes ainsi qu'un éventuel contre-pouvoir des fournisseurs. Les facteurs susceptibles de « démultiplier » la part de marché détenue par l'entreprise (préférence des consommateurs pour le *one-stop shopping*, techniques de l'information permettant des économies d'échelle dans la gestion des stocks et une connaissance fine des préférences des consommateurs, intégration verticale par la vente de produits sous marque de distributeur) entrent indirectement dans l'analyse d'une position dominante à l'achat. Dans le cas *Migros/Denner* par exemple (Comco, DPC 2008/1, p. 129, ch. 538 ss), la Comco a évalué

246

la puissance d'achat de la nouvelle entité en suivant les critères classiques de la dominance, tout en examinant l'existence de relations de dépendance entre l'entité nouvellement créée et les fournisseurs (*infra* N ■■■). Les parts de marché dans plusieurs marchés dépassaient les 50 %. Même si Migros est intégré verticalement en amont, la concentration risquait de supprimer un canal de distribution pour certains fournisseurs (*idem*, ch. 555 ss). La concurrence potentielle est également examinée selon les critères classiques de l'entrée d'un concurrent suffisant dans un laps de temps de trois ans (*idem*, ch. 569 ss).

- 247** La **distribution des produits de grande consommation** fait actuellement l'objet d'un mouvement de concentration dans les pays occidentaux. Dans plusieurs pays de l'OCDE, les cinq plus grands distributeurs totalisent plus de 50 % des ventes au détail. Même si la part de marché détenue en moyenne par un distributeur est très inférieure au niveau normal fondant une présomption de domination du marché (cf. *supra* N 136-153), la puissance d'achat des grands distributeurs est « démultipliée » par plusieurs facteurs :
- Les habitudes des consommateurs ont évolué : les consommateurs favorisent un approvisionnement hebdomadaire auprès d'un seul distributeur pour les biens de grande consommation (*one-stop shopping*). Il en résulte que, si un consommateur constate qu'un produit n'est plus référencé dans sa grande surface habituelle, il aura tendance à y substituer un produit comparable plutôt que de changer de grande surface pour se procurer le produit manquant.
 - Les techniques de l'information (en particulier la lecture optique aux points de vente et les cartes de fidélité remises aux clients) permettent des économies d'échelle dans la gestion des stocks et un accès exclusif aux préférences des consommateurs.
 - La sophistication du marketing s'est traduite par le développement de produits vendus sous marque de distributeur (OCDE, *Buying Power*, p. 70 s.).
- 248** Un distributeur A dispose d'une puissance d'achat sur un fournisseur B si, par exemple, la décision de ne plus référencer un produit de B entraînerait une baisse de bénéfice de 0,1 % pour A et de 10 % pour B. L'effet est amplifié si plusieurs produits de B sont impliqués. Compte tenu de la préférence des consommateurs pour le *one-stop shopping* et de sa connaissance des habitudes de consommation, le distributeur est mieux placé que le fournisseur pour savoir combien de produits il peut ne plus référencer avant de risquer de perdre un nombre important de clients au profit d'un distributeur concurrent. L'effet cumulé de ces différents facteurs est de favoriser le distributeur plutôt que le fournisseur, sauf pour les marques les plus puissantes. Les principaux distributeurs jouent ainsi un rôle de « gardien d'accès » (« *gatekeeper* ») pour de nombreux fabricants dont la viabilité des produits dépend de leur inclusion sur les étagères d'un distributeur (MAITLAND-WALKER, *Buyer Power*, p. 172). Les différents facteurs précités interviennent dans la définition du marché pertinent et jouent aussi un rôle de barrières à l'accès au marché limitant la concurrence potentielle. Dans le secteur du commerce de détail, la puissance d'achat ne peut pas exister en l'absence de barrières à l'entrée sur le marché. S'il n'y en avait aucune, les fournisseurs exposés à des baisses de prix pourraient réagir en créant leur propre canal de distribution ou en transférant leurs ventes à de nouveaux entrants (OCDE, *Buying Power*, p. 73).
- 249** La Comco ne se réfère plus à la **théorie du miroir** (« *Spiegelbildtheorie* ») qui prévoit qu'une entreprise de distribution ne peut avoir une puissance d'achat (en amont) envers ses fournisseurs que si elle a aussi une position dominante (en aval) envers ses clients. C'est à cette condition que les fournisseurs ont impérativement besoin du distributeur en cause pour écouler leurs produits. Inversement, si une entreprise ne dispose pas d'une po-

sition dominante envers ses clients, la Comco en déduisait directement, c.-à-d. sans autre analyse, qu'elle n'a pas non plus de puissance d'achat envers ses fournisseurs (v. pour les supermarchés : Comco, DPC 1997/3, p. 364, *Migros/Globus*, ch. 85 et 98 ; pour les assurances-maladie privées : Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, ch. 86 et 91). En doctrine, la théorie du miroir était partiellement critiquée au motif que le fait qu'un distributeur ne soit pas dominant dans les ventes en aval n'implique pas nécessairement qu'il ne puisse jamais disposer d'une puissance d'achat en amont envers ses fournisseurs. La théorie du miroir présuppose que le volume des ventes d'un produit déterminé reste constant indépendamment du nombre de canaux de distribution de ce produit. Lorsqu'un fournisseur écoule par exemple 90 % de sa production auprès de 4 détaillants, la théorie du miroir implique que ce fournisseur pourrait sans coût et à bref délai distribuer le même volume de produit auprès des trois détaillants restant si le quatrième détaillant cessait d'inclure le produit en cause dans son assortiment. Or, les clients qui ne trouvent plus un certain produit de consommation auprès de leur détaillant tendent à acheter un produit de substitution auprès du même détaillant plutôt qu'à rechercher le premier produit auprès d'un autre détaillant (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 180 s.).

La **Commission européenne** ne s'est pas référée à la théorie du miroir. Le fait qu'une entreprise dominante à l'achat sur un marché en amont dispose également d'une position dominante en aval, sous l'angle de la structure de l'offre, constitue uniquement un élément supplémentaire à l'appui de la constatation d'une position dominante (Lignes directrices UE Concentrations horiz., § 61 ss ; Commission européenne, décision *Kesko/Tuko*, 97/277/CE, IV/M.784, JOCE 1997 L 110, p. 53, pts 133, 145 et 153). L'**OCDE** suit une même approche en déclarant que « les acheteurs disposant d'une puissance d'achat peuvent être caractérisés comme des entreprises dominantes à l'égard de leurs fournisseurs, qu'elles le soient ou non à l'égard de leurs clients » (OCDE, *Buying Power*, p. 98). On observera toutefois que les décisions *Kesko/Tuko* et *Blokker/Toys « R »* *Us* concernaient chacune des distributeurs qui auraient acquis, après fusion, une part de marché supérieure à 50 % dans la distribution. En pratique, la Commission européenne analyse la part de marché du distributeur en cause par rapport aux distributeurs concurrents et par rapport à un éventuel contre-pouvoir des fournisseurs, la capacité de réaction des concurrents ainsi que les obstacles à l'entrée sur le marché et la concurrence potentielle. Elle examine en particulier une éventuelle relation de dépendance des fournisseurs envers le distributeur. Ainsi, la part de marché élevée de Blokker en faisait un « gardien » de l'accès au marché néerlandais de la vente de jouets au détail. Pour lancer un nouveau jouet sur le marché et amortir ses coûts de lancement, un fournisseur devait avoir accès et être présent dans les points de vente de Blokker (Commission européenne, décision *Blokker/Toys « R »* *Us*, 98/663/CE, IV/M.890, JOCE 1998 L 316, p. 1, pt 67). Par son acquisition du distributeur Tuko, la chaîne de distribution dans le commerce de gros et de détail Kesko aurait disposé d'une part d'au moins 55 % du marché finlandais, lui conférant une puissance d'achat exceptionnelle qui lui aurait permis de négocier avec les fournisseurs des réductions de prix ou l'amélioration des services d'assistance commerciale. A l'exception de quelques producteurs très importants de marques très appréciées qui pouvaient s'opposer dans une certaine mesure à Kesko, la quasi-totalité des petits et moyens producteurs devaient impérativement maintenir leurs ventes dans le réseau Kesko à leur niveau actuel. Les producteurs dépendaient ainsi de Kesko, car les distributeurs concurrents dans la vente au détail n'avaient pas la capacité voulue (ne représentant qu'environ 40 % du marché) et car ces distributeurs ne pouvaient créer une capacité de vente au détail supplémen-

250

taire qu'à moyen ou long terme. La puissance d'achat de Kesko après la concentration dissuaderait aussi les distributeurs concurrents actuels, qui ne pourraient prétendre à des prix similaires de la part des producteurs, de contrer activement Kesko si celle-ci décidait en particulier de relever ses prix à la consommation. La puissance d'achat de Kesko constituerait enfin un obstacle considérable à l'entrée sur le marché pour des concurrents potentiels. De plus, le développement des produits sous marque de distributeur a pour conséquence que les détaillants sont à la fois les concurrents et les clients essentiels des fabricants de produits de marque. Cette position privilégiée permet aux détaillants d'avoir connaissance d'informations commerciales sensibles concernant le lancement de produits de marque et des stratégies de promotion. Par ailleurs, les cartes de fidélité permettent aux détaillants de cibler leurs offres en fonction des habitudes d'achat et profils des consommateurs, alors que les fournisseurs de produits de marque ne bénéficient pas du même accès direct à l'information (Commission européenne, décision *Kesko/Tuko*, 97/277/CE, IV/M.784, JOCE 1997 L 110, p. 53, pts 133-153).

- 251** Dans d'autres affaires, la Commission a constaté la création d'une position dominante même si l'entité nouvellement créée ne dépassait pas les 40 % du marché d'acquisition : une position dominante à l'achat a été constatée avec une part de marché de 30 à 40 % dans le marché d'achat autrichien (Commission européenne, décision *Rewe/Meinl*, 1999/674/EC M.1221, JOCE 1999 L 174, p. 1), tandis que dans le cas Carrefour/Promodes la part de marché de la nouvelle entité ne dépassait pas 26 % du marché (Commission européenne, décision *Carrefour/Promodes*, M.1684, JOCE 2000 C 164, p. 5). Le risque de dépendance économique des fournisseurs était dans ces cas déterminant. Pour évaluer ce risque, la Commission a utilisé un taux de « menace » de 22 % (part des ventes du détaillant dans le chiffre d'affaires du fournisseur).

4. Dépendance économique des partenaires commerciaux

a) Droit comparé

- 252** La notion de dépendance économique est présente dans différentes législations nationales européennes, comme en Allemagne et en France. En **Allemagne**, l'art. 20 § 2 de la loi relative aux restrictions de la concurrence (GWB) s'applique aux entreprises « dont dépendent des petites et moyennes entreprises qui fournissent ou achètent un certain type de marchandises ou de services commerciaux dans la mesure où il n'existe pas pour elles de possibilités suffisantes ou réelles de s'adresser à d'autres entreprises. Au sens de la première phrase, le fournisseur d'un certain type de marchandises ou de services commerciaux est présumé dépendre d'un acheteur lorsque ce dernier, outre les réductions de prix ou autres remises en usage dans le commerce, bénéficie régulièrement de faveurs spéciales qui ne sont pas consenties à des acheteurs analogues ». Cette disposition a été introduite en 1973, lors de la crise pétrolière, pour empêcher les grands groupes pétroliers de discriminer les petites stations de service. En outre, la règle était désignée pour protéger les distributeurs de l'effet de la dépendance résultant des relations de longue durée avec les fournisseurs de marques fortes (TAUBE, Diskriminierungs- und Behinderungsverbot, p. 31 s.). Comme le texte l'indique, l'objet protégé est les entreprises de petite et moyenne taille (PME), ce qui constitue également une condition d'application de la norme.
- 253** La jurisprudence et la doctrine se réfèrent à la notion de pouvoir de marché relatif (*relative Marktmacht* ; *relativ marktstarke Unternehmen*) par opposition à la dominance classique. Le pouvoir de marché est apprécié en se référant à la relation bilatérale entre le fournisseur

et l'acheteur (MARKERT, § 20 GWB, N 39 ; EMMERICH, Kartellrecht, p. 389 ss ; ZÄCH, Kartellrecht, N 577 ss). La jurisprudence distingue cinq types de dépendance économique. Premièrement, la dépendance pour cause d'assortiment de marques ou produits ou envers une marque très forte (*sortimentsbedingte Abhängigkeit*). Un distributeur peut devenir dépendant envers un fournisseur de produits de marque ou de grande qualité, ou d'un assortiment de produits, lorsqu'il ne peut se permettre de ne pas vendre ces produits dans ses locaux. Deuxièmement, la dépendance commerciale (*unternehmensbedingte Abhängigkeit*), où deux entreprises entretiennent des relations commerciales de longue date et l'une d'elle réalise la plus grande partie de son chiffre d'affaires avec l'autre partenaire commercial. Troisièmement, la dépendance due à la pénurie d'un produit ou service (*mangelbedingte Abhängigkeit*). Quatrièmement, la dépendance d'un producteur envers un acheteur (*nachfragebedingte Abhängigkeit*). Enfin, la dépendance technique envers le fournisseur de produits techniques spécifiques comme les pièces de rechange (*technisch bedingte Abhängigkeit*).

Les juridictions spécialisées et les tribunaux font une application assez large de cette disposition, qui incarne effectivement un mandat très clair d'intervention pour protéger les PME. Dans l'un des premiers cas concernant des produits de marque, la Cour fédérale de justice allemande a précisé que cette notion n'entre en compte que si une entreprise ne détient pas une position dominante sur un marché (Bundesgerichtshof, arrêt *Rossignol*, 1976, WuW/E BGH 1391). Le juge met l'accent non pas sur la concurrence existante sur le marché, mais sur la possibilité pour les PME de changer de fournisseurs. Ainsi, dans une application assez généreuse de la disposition, la marque de skis Rossignol a été condamnée pour discrimination d'un distributeur, même si cette dernière n'avait qu'une part de marché de 8 % et que ses produits ne représentaient que 3 % du chiffre d'affaires du distributeur.

254

En France, les dispositions sur la dépendance économique trouvent leur origine dans la concentration de la grande distribution (DECOCQ/DECOCQ, Concurrence, N 107). L'ordonnance de 1986 a introduit des règles sur l'abus de dépendance économique. L'art. L 420-2, deuxième paragraphe, du Code de commerce concernant l'abus de position dominante, modifié successivement en 2001 et 2005, se lit comme suit : « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'art. L. 442-6 ou en accords de gamme ». La référence à l'affectation de la structure de la concurrence suggère que cette disposition condamne les pratiques anti-concurrentielles qui ont un impact négatif sur le marché, par exemple en cas de disparition de l'entreprise en état de dépendance (v. pour une discussion de cette condition FRISON-ROCHE/PAYET, Concurrence, N 198 ss). Par exemple, la rupture des relations commerciales n'est considérée comme un abus que lorsque cette rupture est « brutale, sans justification objective et lorsqu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence » (Conseil de la concurrence, décision 08-D-31 du 10.12.2008). L'art. L 430-6 du Code de commerce reprend la notion de dépendance économique dans le domaine du contrôle des concentrations ; l'Autorité de la concurrence doit examiner si la concentration porte atteinte à la concurrence « par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique ».

255

- 256** Selon une jurisprudence constante, la dépendance économique du client (revendeur) résulte des critères suivants : « de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition toutefois que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents » (Conseil de la concurrence, décisions 01-D-49 du 31.08.2010 et 04-D-26 du 30.06.2004). Ces conditions sont cumulatives.
- 257** Concernant la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, la Cour de cassation a précisé que « la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'art. L. 420-4 » (Cour de cassation, arrêt du 03.03.2004, *Société Concurrence*; Cour d'appel de Paris, arrêt du 15.10.2008, *SCEA Vergers de la Motte*). Ainsi, le Conseil a rejeté l'argument relatif à la dépendance économique d'un grossiste en téléphonie mobile envers Bouygues Télécom même s'il réalisait la quasi-totalité de son chiffre d'affaires avec ce dernier (Conseil de la concurrence, décision 06-D-10 du 12.05.2006, *Stock-Com contre Bouygues Télécom*). L'enquête avait révélé que cette situation n'était pas imputable aux conditions imposées par Bouygues Télécom ni aux accords d'exclusivité dans le marché : elle ne résulte donc pas de l'impossibilité de substituer à Bouygues Télécom (ayant par ailleurs une part de marché de 20 %) un ou plusieurs autres fournisseurs dans des conditions techniques et économiques comparables. Concernant la part de marché du fournisseur, l'Autorité de la concurrence a considéré que la part de marché se situant entre 12 et 24 % de Carrefour ne permettait pas d'en faire un partenaire commercial obligé pour des franchisés ou des candidats franchisés (Autorité de la concurrence, décision 10-D-08 du 03.03.2010, *Carrefour*, pts 156 ss). La dépendance du fournisseur vis-à-vis d'un distributeur est soumise à des conditions comparables (FRISON-ROCHE/PAYET, *Concurrence*, N 143).
- 258** La pratique de l'Autorité de la concurrence (anciennement le Conseil de la concurrence) est très exigeante en ce qui concerne l'absence de solutions alternatives et la constatation d'un état de dépendance économique. Dans la plupart des cas présentant un état de dépendance économique, le Conseil a constaté également un abus de position dominante. Dans l'arrêt *Reims Bio*, l'entreprise s'approvisionnait pour 90 % de son stock auprès de GIPCA, qui détenait un quasi-monopole sur le marché. Il n'y avait donc sur le marché pas d'alternative avec la même capacité d'approvisionnement (Conseil de la concurrence, décision 04-D-26 du 30.06.2004, confirmé en appel et par la Cour de cassation). Le refus d'approvisionnement et la discrimination de Reims Bio étaient considérés comme abus de dépendance économique et de position dominante. Dans un autre cas, le Conseil a constaté l'état de dépendance des cinémas indépendants envers le distributeur Filmdis, un quasi-monopoleur sur le marché. Le Conseil de la concurrence a constaté un abus de position dominante et d'état de dépendance économique (Conseil de la concurrence, décision 04-D-44 du 01.09.2004, *Filmdis-Ciné-Théâtre du Lamentin*). Le Conseil de la concurrence souligne que les mêmes faits peuvent être examinés sous l'angle de l'abus de la position dominante et de l'état de dépendance économique, bien que les éléments constitutifs soient différents (*idem*, pt 79; sur la double qualification, v. FRISON-ROCHE/PAYET, *Concurrence* N 140 ss). Il n'y a dès lors pas de relation de subsidiarité entre les deux notions en droit français, ce qui montre également la nécessité d'un certain effet sur la structure du marché pour pouvoir qualifier une situation d'état de dépendance économique.

Cette analyse, plus proche de l'appréciation économique classique du pouvoir de marché, résulte dans une application très équilibrée et non interventionniste des autorités de la concurrence. Dans un autre cas, le Conseil de la concurrence ne constate aucun état de dépendance économique, même si l'entreprise examinée se trouvait en position dominante sur le marché en cause (Conseil de la concurrence, décision 05-D-44 du 21.07.2005, *La Provence*).

L'Autorité française de la concurrence estime que « les situations de dépendance s'inscrivent dans le cadre de relations bilatérales entre deux entreprises et doivent donc être évaluées au cas par cas et non pas pour toute la profession » (Conseil de la concurrence, décision 03-D-42 du 18.08.2003). Pour que les relations entre une entreprise et son réseau de clients (fournisseurs, distributeurs ou franchisés) puissent être examinées dans l'ensemble, ledit réseau doit constituer un groupe d'entreprises aux caractéristiques suffisamment homogènes, dont les membres sont placés dans la même position économique et juridique à l'égard de l'entreprise dominante (Autorité de la concurrence, décision 10-D-08 du 03.03.2010, *Carrefour*, pt 165). 259

En **droit de l'Union européenne**, la dépendance économique des partenaires de l'entreprise puissante sur le marché est prise en compte comme l'un des éléments de l'analyse de la position dominante. Cependant, celle-ci ne constitue un facteur déterminant que dans des cas exceptionnels. Les cas de constatation d'une dépendance économique sont extrêmement limités. Le cas *ABG/Oil companies* (Commission européenne, décision 77/327/EEE *ABG/Oilcompanies operating in the Netherlands*, JO 1977 L 117/1), constitue un cas de dépendance économique (décision annulée par la Cour de justice pour absence de comportement abusif sans se prononcer sur la notion de dépendance économique, CJCE, arrêt *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV*, aff. 77/77, Rec. 1978, p. 1513). La Commission a décidé que pendant la crise pétrolière (des années 1970) chaque entreprise pétrolière se trouvait en position dominante vis-à-vis de ses clients. BP détenait 26 % du marché et son client effectuait pendant cette période 75 % du chiffre d'affaires avec celui-ci. La crise pétrolière constituait dans ce cas une circonstance exceptionnelle. 260

Dans le cas *Metro* (CJCE, arrêt *Metro Großmärkte GmbH & Co. KG*, aff. 26/76, Rec. 1977, p. 1875), la Cour de justice a rejeté les prétentions du distributeur allemand suivant lesquelles le producteur d'équipements électroniques SABA avait abusé de sa position dominante en refusant de le livrer. Ses arguments soulignaient la qualité et la réputation des produits SABA et le fait que chaque distributeur devrait inclure cette marque dans son assortiment (*must-in-stock brand*). En rejetant les demandes de Metro, la CJCE a relevé que les parts de marché de SABA étaient basses, qu'il existait une concurrence vive sur le marché, et enfin que la qualité en soi n'était pas un facteur justifiant la constatation d'une position dominante (*idem*, pt 17). Par conséquent, la dépendance économique vis-à-vis d'un fournisseur en raison de la qualité ou la réputation d'un produit (de marque) ou de l'assortiment est clairement rejetée en droit de l'Union européenne. 261

Les cas relatifs aux pièces de rechange (*aftermarkets ; technisch bedingte Abhängigkeit*) peuvent aussi être couverts par la notion de position dominante en passant par une définition très étroite du marché pertinent. Dans le cas *Hugin* (Commission européenne, décision 78/68/CEE *Hugin/Lipton*, OJ 1978 JO L 22, p.23), la Commission a considéré comme abus de position dominante le refus de Hugin de livrer des pièces de rechange à Lipton, même si Hugin n'avait que 13 % sur le marché des machines (la décision a été annulée par la CJCE pour défaut d'intérêt communautaire, mais a confirmé la définition du 262

marché et la constatation de la position dominante, CJCE, arrêt *Hugin*, aff. 22/78, Rec. 1979, p. 1869).

- 263** La dépendance économique des clients est prise en compte en droit de l'Union européenne ; en termes de méthode elle complète l'analyse classique de la position dominante (KORAH, *Competition-Guide*, p. 117 s. ; VAN BAEL & BELLIS, *Competition*, p. 112 s. ; KËLLEZI, *Economic Dependence*, p. 77 ss). En général, cette notion apparaît comme le pendant de la notion du partenaire obligé des entreprises détenant un monopole (TPI, arrêt *Deutsche Bahn AG*, aff. T-229/94, Rec. 1997, p. II-1689, pt 57 ; arrêt *Aéroports de Paris*, aff. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pt 165 ; VAN BAEL & BELLIS, *Competition*, p. 113 ; RITTER/BRAUN, *Competition*, p. 401 s.). Dans le cas *British Airways* (TPI, arrêt *British Airways plc*, aff. T-219/99, Rec. 2003, p. II-5917), où une position dominante a été constatée en présence de parts de marchés de 39,7 %, l'examen de la Commission, confirmé par le TPI, a souligné la grande différence entre celle-ci et les parts des concurrents les plus proches, qui ne dépassaient pas 6 %. Le TPI mentionne également que les agences de voyage dépendent de BA en raison de son large choix de liaisons aériennes (*idem*, pts 210 à 216) ; toutefois, il ne s'agit pas d'un véritable cas de dépendance économique.
- 264** Il convient de relever que la notion de dépendance économique telle que connue en droit allemand ou français n'est pas incompatible avec le droit de l'Union européenne (v. pour un point de vue différent AMSTUTZ/REINERT, *Relative Marktmacht*, p. 540 s.). Celui-ci permet des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise (art. 3 II Règlement 1/2003). Ces concepts ont un champ d'application plus étendu que l'art. 102 TFUE et poursuivent en principe d'autres objectifs que la sauvegarde de la concurrence effective. Comme présenté ci-dessous, de manière exceptionnelle, la notion de position dominante au sens de l'art. 102 TFUE comprend la dépendance due à la pénurie d'un produit ou service ainsi que la dépendance technique envers le fournisseur de produits techniques spécifiques comme les pièces de rechange. En revanche, la dépendance envers un assortiment de marques ou envers une marque très forte n'est pas couverte par la notion de position dominante. Enfin, la dépendance d'un producteur envers un acheteur est prise en compte dans le contrôle des concentrations (*supra* N 251).
- 265** En droit de l'Union européenne, la dépendance entre les partenaires commerciaux est examinée dans le cadre des accords verticaux, en relation avec le risque de sous-investissement. Dans une approche *ex ante*, un fabricant ne s'engagerait peut-être pas à réaliser les investissements spécifiques nécessaires avant d'avoir convenu avec son client de certains arrangements en matière d'approvisionnement, comme des quotas d'achat ou des obligations de non-concurrence (v. les Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 2010 C 130, p. 1, para. 107[d]). Les critères de la Commission sont utiles pour apprécier les critères relatifs aux investissements spécifiques. Ainsi, l'investissement doit être propre à une relation contractuelle, c'est-à-dire que ledit investissement ne peut être utilisé par le fournisseur pour approvisionner d'autres clients et que les actifs concernés par cet investissement ne peuvent être vendus que moyennant des pertes considérables. En outre, il doit s'agir d'un investissement à long terme. Enfin, l'investissement doit être asymétrique.
- 266** Le **droit américain** connaît pour sa part la notion du pouvoir de marché « relationnel » (*relational market power*) qui résulte des relations contractuelles de durée. La doctrine et la jurisprudence rejettent toutefois une application large de cette notion. En outre, les tribunaux refusent d'étendre la jurisprudence *Kodak* relative au marché-système à d'autres

types de dépendance relationnelle, notamment aux contrats de franchise (*Queen Cita Pizza v. Domino's Pizza*, 922 F. Supp. 1055, 1061 [E.D. Pa. 1996], aussi 523 U.S. 1059 [1998]). En général la jurisprudence *Kodak* est interprétée restrictivement, v. sur ce sujet *GOLDFINE/VORRASI*, Aftermarket). L'objection principale est liée à la notion de pouvoir de marché en droit de la concurrence : le pouvoir qu'un partenaire peut exercer sur son co-contractant (le pouvoir relationnel) ne constitue pas un « pouvoir de marché ». Elargir la notion de pouvoir de marché (respectivement de la position dominante) reviendrait à utiliser le droit de la concurrence comme un moyen pour régler (ou rééquilibrer) des contrats mal négociés ou dont les termes pourraient paraître déloyaux ou inéquitables, ce qui n'est certainement pas le rôle du droit de la concurrence (HOVENKAMP, Antitrust Enterprise, p. 101).

b) Dépendance économique au sens de l'article 4 al. 2 LCart

Travaux préparatoires

Le Message du Conseil fédéral précise que « les données concernant la structure du marché ne sont pas les seuls critères, mais qu'il faut également examiner les liens de dépendance réels sur le marché. Il peut notamment y avoir position dominante quand une entreprise occupe une place prépondérante sur le marché ou quand d'autres entreprises dépendent d'elle en qualité de demandeurs ou de fournisseurs, par exemple » (Mess-rév. LCart, p. 1933).

267

Le Conseil fédéral a répondu aux préoccupations des entreprises qui se trouvent dans une situation de dépendance vis-à-vis d'autres entreprises : « Il a notamment été suggéré de mieux prendre en compte, à l'échelon législatif, le fait que les PME sont en partie dépendantes de plus grandes entreprises, que ce soit en amont ou en aval. Cette proposition est reprise à l'art. 4 du projet, qui précise la notion d'entreprise dominant le marché. En revanche, la nouvelle formulation ne protégera pas les structures qui, au regard de la concurrence, ne sont plus viables. La LCart vise toujours à prévenir les conséquences économiques ou sociales dommageables des restrictions à la concurrence. » (Mess-rév. LCart, p. 1933)

268

L'introduction de la notion de dépendance économique a suscité beaucoup de discussions et des craintes lors des débats parlementaires. Les travaux parlementaires n'ont pas permis de donner un contenu précis à la notion brièvement présentée dans le message du Conseil fédéral. Ceux-ci ont en revanche permis de désigner quelques limites et de définir plus clairement les objectifs visés.

269

La notion de dépendance économique n'a pas pour objectif de protéger les entreprises du risque commercial lié à l'un de leurs partenaires commerciaux (*Klumpenrisiko*) (BO CE 2003 328, intervention de F. SCHIESSER [objet 01.071]). Conformément aux principes commerciaux, celles-ci doivent diversifier leurs partenaires commerciaux afin de réduire l'impact d'une faillite ou d'un comportement stratégique de l'un d'eux. Il s'ensuit qu'une dépendance économique voulue par des partenaires commerciaux n'est pas couverte par la notion de position dominante au sens de l'art. 4 II LCart (v. les discussions de F. PELLI et S. SOMMARUGA, BO CN 2003 832). Lorsque les partenaires commerciaux n'ont pas fait d'efforts de diversification de leurs partenaires commerciaux, sans être restreints dans leur décision par ces derniers, il peut être déduit que leur position de faiblesse est le résultat d'un comportement individuel et voulu.

270

Les débats parlementaires se sont concentrés sur la distinction très fine entre, d'une part, dépendance économique d'un partenaire envers un autre, qui est le résultat de différences

271

d'intérêts, de situations ou de puissance économique et financière, situation très fréquente dans les relations commerciales et, d'autre part, dépendance économique résultant des caractéristiques du marché, notamment de la structure de celui-ci. Lorsque la structure du marché limite le choix des fournisseurs ou des acheteurs, l'entreprise n'est pas libre de choisir ses partenaires commerciaux et donc il ne peut pas s'agir d'une dépendance économique choisie et voulue (v. l'intervention de S. SOMMARUGA, BO CE 2003 831 et 832). Il ne peut y avoir de dépendance économique au sens de l'art. 4 II LCart lorsqu'un fournisseur de produits ou services (v. l'intervention de H. FÄSSLER, BO CN 2003 832), comme les avocats ou les fiduciaires, peut offrir ses services aux autres entreprises sur le marché. Même si la proposition d'introduire une notion de « dépendance structurelle » n'a pas été retenue, cette discussion souligne avec raison qu'une entreprise ne peut se trouver en situation de dépendance (au sens de l'art. 4 II LCart) envers une autre lorsque le marché présente une structure atomique ou éclatée.

- 272** Les travaux préparatoires ont souligné un autre élément central de la notion de dépendance économique : la spécialisation du partenaire en situation de dépendance. Il a été fait mention de la spécialisation de ce partenaire commercial par rapport aux produits ou à l'activité d'une autre entreprise (v. l'intervention de T. MAISSEN, BO CE 2003 828). La spécialisation réduit les choix de ce partenaire en le mettant dans une situation de dépendance *ex post* (v. *infra* N 280). Une telle situation est indépendante d'une structure de marché spécifique.
- 273** Concernant les PME, il convient de souligner que la modification de l'art. 4 II LCart n'a pas pour objectif la protection des PME en tant que telles, ni de maintenir une structure de marché composée également de PME (v. l'intervention de J. SCHNEIDER, BO CN 2003 831 et de M. EHRLER, BO CN 2003 831). Le fait qu'elles peuvent être des partenaires commerciaux de grandes entreprises ne veut pas non plus dire qu'elles se trouvent dans une situation de dépendance économique. Un interventionnisme excessif se retournerait contre elles à long terme, car les entreprises éviteront de nouer des relations commerciales avec les PME si l'Etat risque d'intervenir plus tard dans ces relations.
- 274** Les débats parlementaires ont soutenu la volonté du Conseil fédéral de ne pas protéger des structures non viables ou des entreprises inefficaces (Mess-rév.LCart, p. 1933). Ainsi, la LCart protège la concurrence efficace et non pas des concurrents individuels (de la concurrence) (v. l'intervention de J. SCHNEIDER, BO CN 2003 831). La modification de l'art. 4 II LCart s'inscrit donc dans l'objectif de la lutte contre les restrictions à la concurrence efficace : « La LCart vise toujours à prévenir les conséquences économiques ou sociales dommageables des restrictions à la concurrence. » (Mess-rév.LCart, p. 1933) Par conséquent, il ne peut y avoir un abus de dépendance économique que si le comportement incriminé restreint la concurrence sur le marché.

Pratique de la Comco et positions de la doctrine

- 275** En général, le nombre limité de cas traités par la Comco et les positions de la doctrine démontrent une certaine retenue par rapport à la mise en œuvre de la notion de dépendance économique. La pratique de la Comco distingue entre position dominante classique et dépendance économique d'un partenaire vis-à-vis d'un autre partenaire au marché. Dans ce dernier cas, la Comco examine les relations de dépendances concrètes (Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 36 ; DPC 2005/1, p. 146, *CoopForte*). L'existence d'une dépendance économique est examinée subsidiairement, en absence de

constatation d'une position dominante dite « classique » (Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 36 et 189).

La doctrine n'accepte pas sans difficulté l'élargissement du champ d'application des art. 4 et 7 LCart, celle majoritaire refusant de reconnaître l'étendue de la notion de position dominante au-delà des entreprises détenant une importante part de marché (BSK KG-REINERT/BLOCH, N 476 ss ad Art. 4 al. 2 LCart; AMSTUTZ/REINERT, *Relative Marktmacht*, p. 546 ss; VENTURI/FAVRE, *Concurrence*, p. 16; v. cependant ZÄCH, *Kartellrecht*, N 574; HEIZMANN, *Markt*, p. 179). La raison principale réside dans le risque d'intervention excessive sur le marché ainsi que la protection de structures inefficaces de marché (BORER, KG, Art. 4 N 16), même en l'absence d'effets nuisibles pour la concurrence. Ce risque est lié, d'une part, à l'inclusion dans le champ d'application de la LCart d'entreprises qui ne détiennent pas de pouvoir significatif sur le marché et, d'autre part, à la nature hautement réglementaire des injonctions pouvant être ordonnées (p. ex. obligation de conclure, non-discrimination ou réglementation des prix ou d'autres conditions commerciales; v. sur ce point KELLEZI, *Economic Dependence* p. 87). Pour remédier à ces risques, les facteurs structurels et comportementaux classiques devraient être pris en compte en plus des relations de dépendance réelles qui peuvent exister entre une entreprise et ses partenaires économiques (VENTURI/FAVRE, *Concurrence*, p. 16s). De plus, le déséquilibre contractuel qui ne résulte pas d'une atteinte à la concurrence ou de la structure du marché peut être équilibré par des remèdes de droit privé, notamment en appliquant l'interdiction de l'abus de droit (pour une proposition de différenciation entre l'intervention selon la LCart et le droit privé, v. LÜSCHER, *Marktbeherrschung*; pour une analyse des correctifs de droit privé en cas de résiliation abusive de contrats de durée caractérisés par des investissements spécifiques, v. CHERPILOD, *Protection*).

276

La dépendance économique a été examinée dans le cas *CoopForte* (Comco, DPC 2005/1, p. 146, *CoopForte*). Coop, le deuxième plus grand distributeur en Suisse, demandait une participation d'environ 0,5 % à ses fournisseurs pour les efforts consentis dans la distribution. L'indépendance vis-à-vis des concurrents n'est pas une condition nécessaire pour constater une position dominante; une telle position existe également si l'entreprise est capable de se comporter indépendamment de ses fournisseurs et de ses clients (Comco, DPC 2005/1, p. 146, *CoopForte*, ch. 92 s.).

277

Un fournisseur (ou producteur) en particulier est dépendant vis-à-vis d'un distributeur lorsque trois conditions sont remplies. En premier lieu, le fournisseur n'a pas d'acheteur comparable et les ventes dérivant de la demande marginale des autres acquéreurs ne lui permettent pas de couvrir ses coûts fixes. La Comco utilise le critère de la part de l'acheteur dans les ventes globales du fournisseur: une part de plus de 30 % indique que le contrat est essentiel pour celui-ci. En outre, l'existence d'alternatives pour le fournisseur est un élément central de l'analyse. Si le fournisseur peut écouler sa production ailleurs, il n'y a pas de relation de dépendance envers Coop. En deuxième lieu, une relation de dépendance ne peut exister que si le fournisseur est spécialisé dans la production des biens vendus à l'acheteur, en l'occurrence Coop, et cette spécialisation entraîne des coûts de changement qui l'empêchent de changer de partenaire commercial. Plus les coûts de changement (*switching costs*) sont importants, plus le fournisseur peut se trouver en situation de dépendance envers l'acquéreur de ses produits. Troisièmement, la Comco examine les facteurs à l'origine de la dépendance économique: il n'y a pas de dépendance économique si celle-ci est le fruit d'une décision commerciale délibérée du fournisseur, qui s'avère ultérieurement non profitable ou si la dépendance résulte de circonstances

278

propres au marché en l'absence de faute du fournisseur. Dans une certaine mesure, le distributeur doit être responsable pour les investissements et les coûts supplémentaires consentis par le producteur (Comco, DPC 2005/1, p. 146, *CoopForte*, ch. 98 ss).

- 279** La Comco a précisé que ces deux premiers groupes de conditions sont alternatives et que la troisième condition est cumulative avec une des deux hypothèses exprimées dans les premiers groupes de conditions (Comco, DPC 2006/1, p. 131, *Denner/Pick Pay*, ch. 57 ; DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 606). Le premier groupe est pertinent en particulier pour les producteurs de produits de marque. La Comco utilise les critères suivants dans le cadre du contrôle des concentrations : premièrement, le fournisseur effectue plus de 30 % de son chiffre d'affaires auprès du détaillant ; deuxièmement, le pouvoir de négociation du fournisseur n'est pas suffisant pour contrer celui des détaillants, car le fournisseur n'est pas un acteur important dans le marché, car il ne peut exporter les produits ou car il ne détient pas de marques fortes ou un large assortiment. Troisièmement, le fournisseur n'a pas d'alternatives pour écouler sa production et son existence est menacée en cas de perte de ses partenaires dans un laps de temps d'un an. De plus, cette dépendance ne doit pas résulter d'une décision commerciale délibérée du fournisseur (troisième condition).
- 280** Le deuxième groupe concerne les investissements spécifiques. Premièrement, le fournisseur a consenti des investissements spécifiques en relation avec les produits du détaillant. Deuxièmement, le fournisseur n'est pas au bénéfice d'un contrat à long terme qui permettrait d'amortir les investissements. Troisièmement, les coûts de changement sont tels qu'une réorientation de la production mettrait en danger l'existence du fournisseur (Comco, DPC 2008/1, p. 129, *Migros/Denner*, ch. 607). En effet, la spécialisation comporte souvent d'importants investissements, ce qui rend pratiquement impossible et très coûteux tout changement de partenaire commercial *ex post*. En l'absence d'investissements spécifiques importants et de coûts de changement, il est peu probable qu'une situation de dépendance soit constatée. Ici encore, ces investissements ne doivent pas être consentis en connaissance de cause par le fournisseur (troisième condition).
- 281** Une analyse fondée sur le caractère alternatif de ces deux groupes de conditions augmente le risque d'intervention excessive, en particulier celle qui pourrait être fondée uniquement sur les critères du premier groupe (*supra* N 279). Les conditions d'application se focalisent ici sur l'existence d'un déséquilibre du pouvoir de négociation entre les deux partenaires commerciaux, un déséquilibre qui existe dans la plupart des relations commerciales. Il s'agit ici d'un cas d'intervention que le législateur voulait éviter précisément pour éviter de supplanter le jeu de la concurrence par un interventionnisme protectionniste de structures de marché (et d'entreprises) inefficientes (*supra* N 274). Eu égard à ces risques, il convient d'appliquer strictement la troisième condition à ce type de cas, afin de ne pas intervenir lorsque les fournisseurs ont choisi de nouer ce type de relations commerciales malgré le déséquilibre apparent de la relation en cause. En revanche, lorsqu'un producteur ou commerçant a consenti des investissements spécifiques à une relation commerciale déterminée et que les coûts y relatifs sont considérables et irrécupérables, il pourrait se trouver dans une situation de dépendance vis-à-vis de son partenaire commercial. La sortie du marché d'un tel producteur ou commerçant peut affaiblir la structure du marché, en particulier si cette dernière est déjà concentrée ou souffre d'un faible niveau de concurrence. La troisième condition permettra de s'assurer que les règles sur la dépendance économique ne soient pas appliquées à des situations dans lesquelles les fournisseurs avaient toutes les informations nécessaires *ex ante* pour apprécier les risques commerciaux mais

qu'ils ont soit sous-évalué ceux-ci, soit ont décidé de les prendre et/ou de ne pas prévoir de mécanismes correctifs contractuels.

L'examen général des conditions structurelles des entreprises se trouvant potentiellement en état de dépendance économique ne suffit pas pour conclure à la dépendance des partenaires commerciaux (Comco, DPC 2005/1, p. 161, *CoopForte*, ch. 94). Dans le cadre de l'art. 7 LCart, l'analyse doit s'effectuer au cas par cas pour déterminer l'existence d'une dépendance économique d'un partenaire particulier (MEINHARDT/BISCHOF, Nachfrage-macht, N 33). Ainsi, les critères développés dans le cas *CoopForte* doivent être adaptés au cas concret soumis à l'examen. Par exemple, les pourcentages de l'ordre de 30 % (taux de « menace ») concernant la part de l'acheteur dans les ventes globales du fournisseur ne sont pas suffisants pour démontrer que le contrat est essentiel pour celui-ci ; l'examen doit démontrer concrètement en quoi cette relation est indispensable pour sa survie et les conséquences concrètes d'une résiliation des relations contractuelles. L'importance des spécificités des relations entre les parties ainsi que le risque accru d'intervention excessive exclut l'utilisation de présomptions liées à la part de marché de l'entreprise ou à la part de l'entreprise soumise à l'examen dans les ventes globales du fournisseur (v. cependant la position de HEIZMANN, Markt, p. 187). En revanche, une analyse basée sur des critères généraux, notamment sur des taux de « menace », reste appropriée en matière de contrôle préalable des concentrations d'entreprises. Nous rappelons enfin que le seul état de dépendance économique, même prouvé, ne suffit pas à entraîner une intervention des autorités de concurrence, celle-ci nécessitant encore la preuve d'un comportement abusif au sens de l'art. 7 LCart.

282

Commentaire de l'article 4 alinéa 3 LCart

Art. 4

Définitions

³ Par concentration d'entreprises, on entend :

- a. la fusion de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres ;
- b. toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci.

Begriffe

³ Als Unternehmenszusammenschluss gilt :

- a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen ;
- b. jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

Definizioni

³ Per concentrazioni di imprese si intendono :

- a. la fusione di due o più imprese fino allora indipendenti le une dalle altre ;
- b. ogni operazione mediante la quale una o più imprese assumono, in particolare con l'acquisto di una partecipazione al capitale o con la conclusione di un contratto, il controllo diretto di una o più imprese fino allora indipendenti o di una parte di esse.