

Commentaire de l'article 7 alinéa 1 LCart

Art. 7

Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante

¹ Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux.

Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

¹ Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato

¹ Le pratiche di imprese che dominano il mercato sono considerate illecite se, abusando della loro posizione sul mercato, tali imprese ostacolano l'accesso o l'esercizio della concorrenza delle altre imprese o svantaggiano i partner commerciali.

Bibliographie

I.

a) LCart BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, ad Art. 7; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II; M. BALDI, Zur Konzeption des Entwurfs für ein neues Kartellgesetz, in: Zäch/Zweifel, Kartellgesetz, p. 253 ss (*Konzeption*); G. BIAGGINI, Wirtschaftsrecht, in: Thürer/Aubert/Müller, Droit constitutionnel (*Wirtschaftsrecht*); BORER, KG; R. VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: von Büren/Cottier, Wettbewerbsordnung, p. 11 ss (*Wettbewerbsbeschränkungen*); VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Wettbewerbsrecht; R. DALLAFIORI in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, KG, ad Art. 7 (*Art. 7 KG*); F. HOFFET in: Homburger et al., KG ad Art. 8 (*Art. 8 KG*); MARTENET/HEINEMANN, Concurrence; L. MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen: Art. 5-8 KG, in: Zäch, Kartellgesetz, p. 21 ss (*Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*); P: REINERT in: BAKER & MCKENZIE, Kartellgesetz, ad Art. 7; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Wirtschaftsrecht; 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. 7 (*Art. 7 KG*); W. A. STOFFEL, Das schweizerische Kartellgesetz 1996: Neues und Altes bei der Wachtablösung nach zehn Jahren, in: Stoffel, Cartels, p. 106 ss (*Kartellgesetz 1996*); W. A. STOFFEL, Les ententes restrictives à la concurrence, in: Stoffel, Cartels, p. 7 ss (*Ententes*); R. WALTER, Zivilrechtliches Verfahren nach dem revidierten KG – unauffällige Revision mit Knacknüssen, in: Ruffner, Cartels, p. 893-901 (*Verfahren*); R. WALTER in: Homburger/Schmidhauser/Ducet/Hoffet, KG, ad Art. 12-17 (*Art. 12-17 KG*); H. WOHLMANN, Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht, in: Stoffel, Cartels, p. 22 ss (*Bekämpfung*); ZÄCH, Kartellrecht, p. 303-348; R. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David, Kartellrecht, p. 137 ss (*Verhaltensweisen*); R. ZÄCH, Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen, in: von Büren/David, Kartellrecht, p. 225 ss (*SIWR KG*). *Eg.* M. AMSTUTZ, Anmerkung zum Urteil « Terminierungspreise im Mobilfunk », sic! 2011/9, p. 530 ss; M. AMSTUTZ/M. REINERT, Rabatte und Kartellrecht, *Revue de l'avocat*, 2006/5, p. 187 ss; M. BALDI/J. BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, *WuW* 1998, p. 343 ss (*Kartellgesetz*); M. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrechts, Zürich 2008; C. BOVET, Aspects des économies de réseaux, in: A. Auer et al. (édit.), *Aux confins du droit – Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 491 ss (*Aspects*); B. BRECHBÜHL, Das neue Kartellgesetz – ein Überblick, *recht* 1996/3, p. 89 ss (*Kartellgesetz*); B. BRECHBÜHL/J. DJALALI, Die Zivilrechtliche Folgen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede,

RSDA 1997, p. 102 ss (*Folgen*); P. CANDREIA, Konzern als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, Zurich/Bâle/Genève 2007 (*Konzerne*); B. CARRON, Les transactions couplées en droit de la concurrence : analyse économique et juridique comparée, Fribourg et al. 2004, N 74 ss (*Transactions*); D. CHERPILLOD, L'abus structurel : La modification directe de la structure du marché sous l'angle de l'abus de position dominante, thèse, Genève 2006 (*Abus structurel*); E. CLERC, L'ouverture des marchés publics : Effectivité et protection juridique, thèse, Fribourg 1997 (*Marchés*); COMMISSION EUROPÉENNE, L'application des articles 85 et 86 du Traité CE par les juridictions nationales des Etats membres, Bruxelles, juillet 1997; M. DIETRICH/A. BÜRGI, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, sic! 2005, p. 179 ss (*Preisüberwacher*); D. DREYER, L'accès non discriminatoire aux réseaux européens de l'électricité et du gaz, in: D. Buschle/S. Hirsbrunner/C. Kaddous (édit.), Droit européen de l'énergie, Bâle 2011, p. 77 ss; J. DROLSHAMMER, Aspekte der Fusionskontrolle, insbesondere erste Bilanz, in: Viertes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum, Neueste Entwicklungen im Kartellrecht der europäischen Union und der Schweiz, 24 et 25 avril 1997, p. 63 ss (*Aspekte*); 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*); R. GROTNER, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen – quo vadis?, recht 2002/2, p. 63 ss; G. GRÜNIGER, Nachfragemacht des Staats im Kartellrecht, Bâle 2003; T. VON GUNTEN, Das Policy-Konzept von Marktmacht und Wettbewerb, Die Unternehmung 1995/4, p. 225 ss; A. HEINEMANN, Verhaltenskontrolle von Marktbeherrschern : Auf der Suche nach festerem Grund, in: Trigo Trindade/Peter/Bovet (édit.), Economie Environnement Ethique, De la responsabilité sociale et sociétale, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 165 ss; A. HEINEMANN, Direkte Sanktionen im Kartellrecht. Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in: Jusletter du 21 juin 2010 (*Direkte Sanktionen*); R. A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zurich 2005 (*Unternehmen*); K. A. HEMMELER, Die kartellrechtliche Bestimmung von Medienmärkten, Zurich 2007; F. HOFFET, Wann sind Wettbewerbsabsprachen nichtig? Anhaltende Unsicherheit über die Verbindlichkeit zahlreicher Verträge, NZZ n° 146, des 27/28.06.1998, p. 29 (*Wettbewerbsabsprachen*); K. HOFSTETTER/R. SCHILTKNECHT, Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, RSJ 1997/93, p. 121 ss (*Fusion*); P. HUBERT/M.-L. COMBET, Exploitative abuse : The end of the Paradox?, Concurrences 2011/1, p. 44 ss (*Abuse*); B. HÜBSCHER/P. RIEDER, Die Bedeutung der « Essential facilities » – Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, sic! 1997, p. 439 ss (*Facilities*); M. JOVANOVIĆ, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung. Immaterialgüter als Essential-Facilities : Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, Zurich 2007 (*Lizenzverweigerung*); V. JUNOD, Abus de position dominante et abus de position étatique, in: Trigo Trindade/Peter/Bovet (édit.), Economie Environnement Ethique, De la responsabilité sociale et sociétale, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 209 ss; D. JUNOD MOSER, Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation, Bâle/Genève/Munich 2001 (*Conditions générales*); P. KËLLEZI, Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante, thèse, Genève 2010 (*Mesures correctives*); O. KIENER, Marktmachtmissbrauch am Beispiel der Kündigung von Vertriebsverträgen, Zurich 2002 (*Vertriebsverträgen*); S. MARTI, Le droit de la concurrence et le patent pooling en matière de biotechnologie : analyse comparée des droits américains, européen et suisse, sic! 2010/6, p. 410 ss (*Patent Pooling*); 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. 359-381 (*Kartellrecht*); OCDE, Etudes économiques de l'OCDE : Suisse, Paris 1992 (*Suisse*); A. PALASTHY, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), PJA 2000/3, p. 298 ss (*Verweigerung*); R. RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht – Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten, thèse, Bâle 2000 (*Deregulierung*); K. SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht – Die « Essential Facility »-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, thèse, Berne 1998 (*Wettbewerb*); W. A. STOFFEL, Le droit suisse de la concurrence 1997 : les premières expériences avec la nouvelle LCart, RSDA 1997, p. 249 ss (*Expériences*); W. A. STOFFEL, Contrainte et liberté – l'affaire prix de terminaison en téléphonie mobile devant les juges, in: J.-B. Zufferey/J. Dubey/A. Previtali (édit.), L'homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zurich/Bâle/Genève 2011, p. 545 ss (*Contrainte*); P. TERCIER, Le prix abusif – Vers une nouvelle conception de la liberté contractuelle, DC 1998/3, p. 71 ss (*Prix*); 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, 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; S. VENTURI/P. FAVRE, L'abus de position dominante en droit de la concurrence – Droit matériel, FJS n° 337, novembre 2007 (*Concurrence*); H.-U. VOGT/A. HEINEMANN/R. H. WEBER, Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Berne 2009; R. H. WEBER, Zur Medienrelevanz des neuen Kartellgesetzes, Medialex 1996/1, p. 19 ss (*Medienrelevanz*); R. H. WEBER, «Erzwingung unangemessener Preise» – Wohin geht der Weg?, in: Jusletter du 1 novembre 2010 (*Erzwingung*); S. WINKLER, Die Beurteilung von Parallelimportbeschränkungen patentrechtlich geschützter Güter nach Art. 7 KG, Zurich 2007; R. ZÄCH, Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, in: C. J. Meier-Schatz (édit.), Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Berne/Stuttgart/Vienne 1998, p. 117 ss (*Kontrolle*); R. ZÄCH, Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen, in: N. Michel/R. Zäch (édit.), Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zurich 1998, p. 59 ss (*Rolle*); R. ZÄCH, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes – Rechtslage gemäss Kodak-Urteil und Revisionsvorschläge, sic! 2000/4, p. 275 ss (*Kodak-Urteil*).

b) aLCart-1962/1985 HOMBURGER, KG; SCHÜRMANN/SCHLUEP, KG & PüG. *Eg.* B. CARRON, Le régime des ordres de marché du droit public en droit de la concurrence, Etude de droit suisse et de droit comparé, thèse, Fribourg 1994 (*Concurrence*); J. I. DROLSHAMMER, Marktmächtige Unternehmen im Kartellgesetz, Diessenhofen 1975 (*Unternehmen*); P. NOBEL, Anzeigensperre und Kartellrecht: Aufbruch zum Presseverhaltensrecht?, SAS 1981, p. 88 ss (*Anzeigensperre*); P. RICHLI, Marktmacht und Marktform, WuR 1977, p. 111 ss; P. NOBEL, Nachfragemacht und Angebotsmacht – Gemeinsamkeit und Unterschiede, WuR 1978, p. 1 ss; R. RHINOW, ad Art. 31^{bis} in: Aubert et al., Constitution (Art. 31^{bis} aCst); W. R. SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisationen, WuR 1969, p. 193 ss (*Kontrahierungspflicht*); B. SCHMIDHAUSER, Nachfragemacht und Detailhandel – Ein Diskussionsbeitrag, Bâle 1995 (*Nachfragemacht*).

II.

Droit de l'Union européenne et de des Etats membres C. AHLBORN/J. PADILLA, From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law, in: C.-D. Ehlermann/M. Marquis (édit.), European Competition Law Annual 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford/Portland Oregon 2008, p. 55 ss (*Fairness*); BISHOP/WALKER, Competition; GOYDER/ALBORS-LLORENS, Competition; JONES/SUFRIN, Competition; MONTI, Competition; KORAH, Competition-Guide; RITTER/BRAUN, Competition; ROTH/ROSE, Competition; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, Competition; VAN DE WALLE DE GHELCKE/VAN HEES, Competition; VAN BAELE/BELLIS, Competition; WHISH/BAILEY, Competition. *Eg.* H. APOSTOLOPOULOS, Refusal-to-Deal Cases of IP Rights in the Aftermarket of US and EU Law: Convergence of Both Law Systems through Speaking the Same Language of Law and Economics, DePaul Business & Commercial Law Journal 2007(5), p. 237 ss (*Aftermarket*); G. BRUZZONE/M. BOCCACCIO, Impact-based assessment and use of legal presumptions in EC competition law: the search for the proper mix, World Competition 2009(39), p. 465 ss (*Assessment*); E. BUTTIGIEG, Consumer Interests and the Antitrust Approach to Abusive Practices by Dominant Firms, European Business Law Review 2005, p. 1191 ss (*Consumer interests*); COMMISSION EUROPÉENNE, L'application des articles 85 et 86 du Traité CE par les juridictions nationales des Etats membres, Bruxelles 1997, pt 231 (*Art. 85/86 TCE*); B. DOHERTY, Just what are essential facilities? *CMLRev.*, 2001(38), p. 397 ss (*Essential facilities*); J. DREXL, Intellectual Property and Antitrust Law. IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases, IIC – International review of intellectual property and competition law 35 2004(7), p. 788 ss (*IMS Health*); J. DREXL, Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A « More Economic Approach » to Competition by Imitation and to Competition by Substitution, in: C.D. Ehlermann/I. Atanasiu (édit.) European Competition Law Annual 2005: The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property, Oxford/Portland 2007, p. 647 ss (*Refusal to License*); T. EILMANSBERGER, How to distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC: In Search of Clearer and more Coherent standards for Anticompetitive Abuses, *CMLRev* (2005)42, p. 129 ss (*Good from Bad*); D.S. EVANS/A.J. PADILLA, Excessive Prices: Using Economics to Define Administrative Legal Rules, Journal of Competition Law and Economics 2005, p. 97 ss (*Excessive prices*); A. EZRACHI/D. GILO, Are excessive prices really self-correcting?, Journal of Competition Law and Economics 2009, p. 249 ss (*Excessive Prices*); G. FAELLA, The antitrust as-

assessment of loyalty discounts and rebates, *Journal of Competition Law & Economics* 2008, 4[2], p. 375 ss (*Rebates*); G. FEDERICO, *Tomra v Commission of the European Communities : Reversing progress on rebates ?*, E.C.L.R. 2011/3, p. 139 ss (*Rebates*); D. FIALA, *Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente*, Berne 2006; M. GAL, *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC : two systems of belief about monopoly ?*, *The Antitrust Bulletin*, 2004, p. 343 ss (*Monopoly pricing*); D. GERADIN, *Limiting the scope of Article 82 EC : What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgment in Trinko, in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom ?*, *CMLRev* 2004(41), p. 1519 ss (*Trinko*); D. GERADIN/N. PETIT, *Price discrimination under EC competition law : another antitrust doctrine in search of limiting principles ?*, *Journal of Competition Law & Economics* 2006(2)(3), p. 479 ss (*Price discrimination*); D. GERBER, *The Future of Article 82 : Dissecting the Conflict*, in : C.-D. Ehlermann/M. Marquis (édit.), *European Competition Law Annual 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford/Portland Oregon 2008, p. 37 ss (*Conflict*); J. GOYDER, *EU Distribution Law*, 5^e éd., Oxford/Portland 2011 (*Distribution*); M. A. GRAVENGAARD/N. KJAERGAARD, *The EU Commission Guidance on Exclusionary Abuse of Dominance – and its Consequences in Practice*, E.C.L.R. 2010(7), p. 285 ss (*Guidance*); J. GUAL ET AL., *An economic approach to article 82*, *Rapport du EAGCP*, 2005 (*Rapport EAGCP*); B. HAWK, *A propos de la concurrence « par les mérites » : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act*, *Concurrences* 2005/3, p. 33 ss (*Mérites*); B. E. HAWK, *System Failure : Vertical Restraints and EC Competition Law*, 32 *CMLRev*. 1995, p. 973 ss (*System Failure*); V. HATZOPOULOS, *The EC Essential Facilities Doctrine*, in : G. Amato/C.-D. Ehlermann, *EC Competition Law. A critical Assessment*, p. 333 ss (*Essential Facilities*); A. HEINEMANN, *Propriété intellectuelle et abus de position dominante en droit communautaire – bilan et perspectives, sic ! 2007*, p. 169 ss; D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, 3^e éd., La Haye 2009 (*Analysis*); P. KËLLEZI, *Rhetoric or Reform : Does the Law of Tying and Bundling Reflect the Economic Theory ?*, in : A. Ezrachi (édit.) *Article 82 EC : Reflections on its Recent Evolution*, Oxford 2009, p. 147 ss (*Bundling*); F. LOMHOLT, *The 1984 IBM Undertaking*, *Competition Policy Newsletter* 1998, vol. 3, p. 7 ss (*Undertaking*); J. MAITLAND-WALKER, *Buyer Power*, *ECLR* 2000, p. 170 ss (*Buyer Power*); E. P. MASTROMANOLIS, *Predatory Pricing Strategies in the European Union : A Case for Legal Reform*, *ECLR* 1998, p. 211 ss (*Strategies*); F. MEIER-RIGAUD, *Switching costs in retroactive rebates – what's time got to do with it ?*, E.C.L.R. 2005/5, p. 272 ss (*Rebates*); M. MÜLLER, *Die « Essential Facilities »-Doctrin im Europäischen Kartellrecht*, *EuZW* 1998, p. 232 ss (*Essential Facilities*); 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 n° 23*, DAF/CLP (99) 21 (*Buying Power*); OECD : *Competition on the Merits*, *OECD Competition Policy Roundtable du 22.12.2005*, DAF/COMP(2005)27 (*Merits*); L. PRETE, *From Magill to IMS : Dominant Firms' Duty to License Competitors*, *European Business Law Review*, 2004, p. 1071 ss (*Duty to license*); M. J. REICHENBERGER, *The Role of Compulsory Licensing in Unilateral Refusals to Deal : Have the United States and European Approaches Grown Further Apart After IMS ?*, *The Journal of Corporation Law* 2006, p. 550 ss (*Licensing*); D. RIDYARD, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 : An Economic Analysis*, *European Competition Law Review* 2002/6, p. 286 ss (*Price Discrimination*); C. RITTER, *Refusal to deal and « essential facilities » : Does intellectual property require special deference compared to tangible property*, *World Competition* (28) 2005(3), p. 281 ss (*Refusal to deal*); F. RITTNER, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 8^e éd., Heidelberg 2012 (*Wettbewerbs- und Kartellrecht*); H. SCHRÖTER, *Art. 86*, in : C.-D. Ehlermann/R. Bieber (édit.), *Handbuch des Europäischen Rechts*, Baden-Baden 1999 (*Art. 86*); H. SCHWEIZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, in : C.-D. Ehlermann/M. Marquis (édit.), *European Competition Law Annual 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC*, Oxford/Portland Oregon 2008, p. 119 ss (*Principles*); K. TALUS, *Just what is the scope of essential facilities doctrine in the energy sector ? : Third party access friendly in the EU vs. contractual freedom in the US*, *CMLRev*. (48)2011, p. 1571 ss (*Energy*); U. SPRINER, *Meeting competition : Justification of Price Discrimination under E. C. and U.S. Antitrust Law*, *ECLR* 1997, p. 251 ss (*Justification*); 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*); J. TEMPLE LANG, *Mandating access : the principles and the problems in intellectual property and competition policy*, *EBLR* 2004, p. 1087 ss (*Access*); M. VAN DER WOUDE/T. DUQUESNE, *Abus de position dominante*, *Répertoire communautaire Dalloz*, 2000 (*Abus*); D. WÄELBROECK, *Michelin II : a per se rule against rebates by dominant companies ?* *Journal of Competition Law and Economics* 2005 1[1], p. 149 ss

(*Rebates*); M. WAELEBROECK/A. FRIGNANI, Commentaire J. Mégret, Le droit de la CE, t. 4, Concurrence, 2^e éd., Bruxelles 1997 (Commentaire); D. ZIMMER, On Fairness and Welfare : The Objectives of Competition Policy, in : C.-D. Ehlermann/M. Marquis (édit.), European Competition Law Annual 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford/Portland Oregon 2008, p. 103 ss (*Objectives*).

III.

Droit américain BORK, Antitrust. *Eg.* P. AREEDA/D. TURNER, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975) (*Pricing*); D. I. BAKER, Government Enforcement of Section Two, 61 Notre Dame L. Rev. 1986, p. 898 ss (*Enforcement*); P. C. CARSTENSEN, Predatory Pricing in the Courts : Reflection on Two Decisions, 61 Notre Dame L. Rev. 1986, p. 928 ss (*Pricing*); 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*); E. FOX, A Tale of Two Jurisdictions and an Orphan Case : Antitrust, Intellectual Property and Refusals to Deal, 28 Fordham International Law Journal 952 (2005) (*Refusals*); H. HOVENKAMP/M. D. JANIS/M. A. LEMLEY, Unilateral refusals to license, Journal of Competition Law & Economics 2006(2)(1), p. 1 ss (*Refusal*); D. RUBINFELD, 3M's Bundled Rebates : An Economic Perspective, The University of Chicago Law Review 2005, p. 243 ss (*Rebates*); S. SALOP, Refusals to deal and price squeezes by an unregulated, vertically integrated monopolist, 76 Antitrust Law Journal 2010, p. 709 (*Refusals*); H. A. SHELANSKI, Unilateral refusals to deal in intellectual and other property, 76 Antitrust Law Journal 2009, p. 369 ss (*Refusals*); S. SALOP/D. SCHEFFMAN, Raising Rivals Cost, 73 American Economic Review 1983, p. 267 ss (*Rivals Cost*); W. G. SHEPHERD, Assessing « predatory » actions by market shares and selectivity, 31 Antitrust Bulletin 1986, p. 1 ss (*Market*); G. SIDAK, Abolishing the price squeeze as a theory of antitrust liability, Journal of Competition Law & Economics 2008 4[2], p. 279 ss (*Price Squeeze*).

IV.

Autres ouvrages ELHAUGE/GERADIN, Competition; VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, Antitrust. *Eg.* W. J. ADAMS/J. L. YELLEN, Commodity bundling and the burden of monopoly, Quarterly Journal of Economics, 1976(90)(3), p. 475 ss (*Bundling*); Y. BAKOS/E. BRYNJOLFSSON, Bundling and Competition on the Internet, Marketing Science, 2000(19)(1), p. 63 ss (*Internet*); W. J. BAUMOL/J. C. PANZAR/R. D. WILLIG, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, New York 1988 (*Contestable Markets*); L. M. B. CABRAL, Introduction to Industrial Organization, Cambridge 2000 (*Industrial Organization*); D. CARLTON, Should « price squeeze » be a recognized form of anticompetitive conduct?, Journal of Competition Law and Economics, 2008/4/2, p. 271 ss (*Price Squeeze*); D. CARLTON/P. GREENLE/M. WALDMAN, Assessing the anticompetitive effects of multiproduct pricing, The Antitrust Bulletin, 2008(3), p. 587 ss (*Pricing*); D. CARLTON/J. PERLOFF, Modern Industrial Organization, Boston 2000 (*Industrial Organization*); D. CARLTON/M. WALDMAN, The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, RAND Journal of Economics 2002(33), p. 194 ss (*Tying*); J. P. CHOI, Antitrust Analysis of Tying Arrangements, in : J. P. Choi (édit.), Recent Developments in Antitrust. Theory and Evidence, Cambridge 2007, p. 61 ss (*Tying*); J. P. CHOI, Tying and Innovation : A Dynamic Analysis of Tying Arrangements, The Economic Journal, 2004(114), p. 83 ss (*Innovation*); J. P. CHOI/C. STEFANADIS, Tying, Investment, and Dynamic Leverage Theory, RAND Journal of Economics 2001(32), p. 52 ss (*Investment*); J. CHURCH/R. WARE, Industrial Organization. A Strategic Approach, Boston et al. 2000 (*Industrial Organization*); S. MARTIN, Advanced Industrial Economics, Oxford 2002 (*Industrial Economics*); J. A. ORDOVER/R. D. WILLIG, An Economic Definition of Predation : Pricing and Product Innovation, Yale Law Journal 1981, p. 8 ss; B. NALEBUFF, Bundling as an Entry Barrier, The Quarterly Journal of Economics 2004(119), p. 159 ss (*Bundling*); R. SCHMALENSEE, Output and Welfare Implications of Monopolistic Third-Degree Price Discrimination, American Economic Review 71/1 1981, p. 242 ss (*Price Discrimination*); D. SPECTOR, Some economics of margin squeeze, Concurrences 2008/1, p. 1 ss (*Margin Squeeze*); K. SPIER/J. DANA, Bundling and Firm Reputation, Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 09-60, 2009 (*Bundling*); F. M. SCHERER/D. ROSS, Industrial Market Structure and Economic Performance, 3^e éd., Boston 1990; G. STIGLER, The Organisation of Industry, Homewood/Nobleton 1968, p. 165 ss (*Industry*); M. D. WHINSTON, Tying, Foreclosure and Exclusion, American Economic Review, 1990(80), p. 837 ss (*Tying*).

Travaux préparatoires

Mess-LCart, FF 1995 I 493, 520, 564-570 ; BO CN 1995 1057, 1062, 1068, 1092 ; BO CE 1995 845, 858.

Mess-rév.LCart, FF 2002 1922 s., 1925, 1938 s.

<i>Plan</i>	N
I. Généralités	1
A. Présentation	1
1. Contenu de la disposition	1
2. Intégration dans le système de la loi	4
a) Article 4 al. 2 et article 7 al. 1 et 2 LCart	4
b) Articles 5 et 7 LCart	6
c) Article 8 LCart	8
d) Conséquences d'une violation de l'article 7 LCart	9
e) Rapports entre les voies administrative et civile	19
B. Origine de la règle	23
1. aLCart-1962 et aLCart-1985	24
2. Travaux préparatoires	30
C. Contexte	35
1. Interaction de l'article 7 LCart avec d'autres réglementations de droit économique suisse	35
a) Loi fédérale concernant la surveillance des prix	36
b) Libéralisation sectorielle	38
c) Marchés publics	46
2. Droit de l'Union européenne	49
3. Droit américain	57
II. Comportement abusif (art. 7 I LCart)	64
A. Introduction	64
B. Admissibilité de principe de l'exercice d'une position dominante	68
C. Interdiction du comportement abusif	71
1. En général	71
a) Notion d'abus	71
b) Objectifs poursuivis	75
c) Responsabilité particulière de l'entreprise dominante	81
d) Caractère objectif de l'abus et exigence de faute	84
e) Analyse économique basée sur les effets	86
2. Entrave (ou éviction) et exploitation	91
a) Entrave ou éviction	94
b) Exploitation	98
3. Considérations commerciales légitimes	99
4. Catalogue exemplatif d'abus (art. 7 II LCart)	109
5. Diagnostic	116
D. Exceptions à l'application de l'article 7 LCart	123
1. Entreprise contre puissance publique	126
2. Régime de marché ou de prix de caractère étatique ou absence de caractère indépendant du comportement	127
3. Obstacle à l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général de nature industrielle ou commerciale	129

I. Généralités

A. Présentation

1. Contenu de la disposition

La LCart n'interdit pas à une entreprise de détenir ou d'exercer une position dominante sur le marché, ce qui est même le signe de l'efficacité de la concurrence. Des positions de force temporaires se créent en permanence sur des marchés concurrentiels. L'art. 7 LCart prohibe uniquement le **comportement abusif** d'une entreprise en position dominante (Mess-LCart, p. 546; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Wettbewerbsrecht, N 1512; ZÄCH, Kartellrecht, N 528; REINERT, Kartellgesetz, Art. 7 N 2; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 835; VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 27).

L'art. 7 I LCart prévoit une définition générale des pratiques constitutives d'abus de position dominante (« *Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung* »; « *abuso di impresa che dominano il mercato* »; « *abuse of a dominant position* »). L'art. 7 II LCart contient une liste exemplative d'abus qui reprend largement le catalogue des entraves illicites visées par l'art. 6 II aLCart-1985 et qui s'inspire au surplus de l'art. 102 TFUE (ex-art. 82 TCE) (Mess-LCart, p. 565). L'interdiction d'abus de position dominante de l'art. 7 LCart est **directement applicable** (RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 836).

L'interdiction des abus de position dominante est un corrélatif à la prohibition des accords restrictifs de concurrence (art. 5 s. LCart) et au contrôle des concentrations d'entreprises (art. 9 s. LCart). Le rôle de l'art. 7 LCart est d'autant plus important qu'un grand nombre de branches de l'économie suisse accuse un taux de concentration extrêmement élevé (OCDE, Suisse, p. 76 ss; Mess-LCart, p. 520) et que le risque de comportements abusifs d'entreprises dominantes est plus élevé dans les **secteurs récemment libéralisés**, tels que ceux des télécommunications, des transports et de l'énergie (XXVI^e Rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence – 1996, point 60; cf. *infra* N 38-45). Les autorités de concurrence en Suisse et dans l'UE se sont particulièrement attachées, en ce qui concerne les communications électroniques, aux pratiques de compression des marges ou effet de « ciseaux tarifaires » (*margin squeeze*), aux prix prédateurs ainsi qu'aux conditions imposées par l'opérateur dominant pour l'accès en gros à large bande et pour le dégroupage de la boucle locale (en droit suisse: Comco, DPC 2008/4, p. 720, *Gemeinsame Empfehlung der Wettbewerbskommission, der Kommunikationskommission und der Preisüberwachung zur erleichterten Überprüfung der Interkonnections- und Zugangspreise von marktbeherrschenden Telekommunikationsunternehmen*; ATF 137 II 199; Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*; ATAF 2010/19, c. 14; ATAF 2010/20, c. 6; en droit de l'Union européenne: CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié; arrêt *France Télécom/Commission* du 02.04.2009, C-202/07 P, Rec. p. I-2369; Commission européenne, décision *Telekomunikacja Polska* du 22.06.2011, COMP/39.525, résumé JO 2011 C 324/7; décision *Wanadoo España contre Telefónica* du 04.07.2011, COMP/38.784, résumé JO 2008 C 83/6, recours en annulation T-336/07 pendant au Tribunal). Dans le domaine de l'électricité et du gaz, des remèdes – y compris structurels – ont été décidés par la Commission européenne dans le cadre de procédures d'engagements concernant des pratiques abusives portant sur des discriminations dans le transport de l'électricité, sur la longue durée et le caractère exclusif de contrats d'approvisionnement en électricité avec de grands clients ainsi que sur des restrictions contractuelles à la revente d'électricité imposées à ces clients, sur

le refus de vendre la production disponible de certaines centrales électriques sur le marché de gros, sur l'attribution discriminatoire par le gestionnaire du réseau de transport à sa propre filiale de contrats pour l'électricité d'équilibrage, sur des réservations de capacité de transport par gazoducs ou d'autres restrictions à l'accès aux gazoducs et aux terminaux méthaniers, sur des sous-investissements stratégiques dans les infrastructures (gazoducs et terminaux), et sur des refus de service de transport de gaz et des compressions des marges pour ces services (Commission européenne, décision *Interconnexions suédoises* du 14.04.2010, COMP/39.351, résumé JO 2010 C 142/28 ; décision *Contrats long terme France* du 17.03.2010, COMP/39.386, résumé JO 2010 C 133/5 ; décision *GDF* du 03.12.2009, COMP/39.316, résumé JO 2010 C 57/13 ; décision *ENI* du 29.09.2010, COMP/39.315, résumé JO 2010 C 352/8 ; décision *E.ON Gas* du 04.05.2010, COMP/39.317, résumé JO 2010 C 278/9 ; décision *RWE – verrouillage des marchés du gaz* du 18.03.2009, COMP/B-1/39.402, résumé JO 2009 C 133/10 ; décision *Marché de gros de l'électricité en Allemagne* du 26.11.2008, COMP/39.388, et décision *Marché d'équilibrage de l'électricité en Allemagne* du 26.11.2008, COMP/39.389, résumé au JO 2009 C 36/8 ; décision *Distrigaz* du 11.10.2007, COMP/B-1/37.966, résumé JO 2008 C 9/8).

2. Intégration dans le système de la loi

a) Article 4 al. 2 et article 7 al. 1 et 2 LCart

- 4 La définition de l'entreprise dominant le marché figure à l'**art. 4 II LCart**, dans le chapitre premier relatif aux dispositions générales. L'**art. 7 LCart** détermine quelles pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont **abusives** et, en conséquence, illicites. Cette disposition est insérée dans le chapitre 2 de la LCart traitant des dispositions de droit matériel ; elle vaut aussi bien pour les tribunaux civils que pour les autorités administratives et les juridictions chargées d'appliquer la LCart.
- 5 L'art. 7 II LCart contient une **liste exemplative** de pratiques abusives qui concrétisent les conditions générales du comportement abusif définies à l'art. 7 I LCart (ATF 129 II 497, c. 6.5.1 ; sur les rapports entre les art. 7 I et 7 II LCart, voir *infra* N 109-115). En outre, des dispositions contenues dans des **lois spéciales** peuvent également proscrire certaines pratiques abusives spécifiques. Sont ainsi prohibées, dans les secteurs partiellement libéralisés, le subventionnement croisé de services libéralisés au moyen des revenus tirés de la fourniture de services réservés au monopole (*Quersubventionierung, cross-subsidization* ; art. 9 IV de la loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste, LPO, RS 783.0 ; art. 10 I de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité, LApEl, RS 734.7 ; art. 8 de l'ancienne loi sur les télécommunications mentionné dans Comco, DPC 1997/2, p. 161, *Telecom PTT/Blue Window*, ch. 36, 47-64, et TF, arrêt du 10.12.1996, sic ! 1997, p. 38 ss ; Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*, ch. 58-61).

b) Articles 5 et 7 LCart

- 6 Les **art. 5** (accords illicites) et **7 LCart** (abus de position dominante) peuvent **s'appliquer simultanément** à un même comportement, compte tenu notamment de la nature des engagements réciproques assumés et de la position concurrentielle des divers contractants sur le marché ou les marchés auxquels ils appartiennent. Un abus de position dominante peut résulter aussi d'un comportement unilatéral que de clauses contractuelles imposées par une entreprise dominante. Tel est le cas si un accord entre entreprises contient des restric-

tions à la concurrence sur le marché qui constituent simultanément un abus de position dominante (p. ex., Comco, DPC 2008/1, p. 50, *Pavimentazioni stradali in Ticino*, ch. 180; DPC 2005/2, p. 251, *Swico/Sens*; DPC 1999/3, p. 400, *Bahnhofskioske*; Secrétariat Comco, DPC 2006/4, p. 601, *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*; DPC 1998/4, p. 545, *Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen*; DPC 1998/4, p. 549, *Versandapotheke MediService AG*; RITTER/BRAUN, Competition, p. 422; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 11). Le ch. 8 (3) CommVert souligne qu'un accord vertical peut tomber sous le coup de l'art. 7 LCart. De même, le droit de l'Union européenne admet une possible application parallèle des **art. 101 et 102 TFUE** à des accords tant horizontaux que verticaux (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission* du 13.02.1979, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 116; arrêt *Compagnie Maritime Belge c/Commission* du 16.03.2000, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pts 33, 130-136; TPI, arrêt *Van den Bergh Foods c/Commission* du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4653, pts 137-144, 159-160 et 162; arrêt *Tetra Pak I/Commission* du 10.07.1990, aff. T-51/89, Rec. 1990, p. II-309, pts 25-30; Lignes directrices UE Accords coop. horiz., pt 16 et pt 269 n. 2; Lignes directrices UE Restr. vert., pt I et pt 127; Lignes directrices UE Transfert de technologie, pt 2; Lignes directrices UE Automobiles, pt 4; RITTER/BRAUN, Competition, p. 422; ROTH/ROSE, Competition, N 10.006). Une application concomitante des art. 101 et 102 TFUE entre aussi en considération lorsque des entreprises abusent d'une position dominante collective issue d'une entente (CJCE, arrêt *Compagnie Maritime Belge c/Commission* du 16.03.2000, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pts 37-40; décision *Decca Navigator System*, IV/30.979 et 31.394, 89/113/CEE, JO 1989 L 43, p. 27, pts 81, 38-99 et 117-121; CJCE, arrêt *Ahmed Saeed Flugreisen e.a. c/Zentrale zur Bekämpfung unlauterer Wettbewerb*, du 11.04.1989, aff. 66/86, Rec. 1989, p. 803, pts 34-46; TPI, arrêt *SIV e.a. c/Commission*, « Verre plat » du 10.03.1992, aff. jtes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. 1992, p. II-1403, pt 358; WÆLBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 233). Les autorités de concurrence ne sauraient se limiter à un « **recyclage** » des faits constitutifs d'une violation de l'art. 101 TFUE pour en faire un comportement abusif violant également l'art. 102 TFUE, mais elles doivent effectuer une analyse étendue du marché de référence, de la détention d'une position dominante de l'entreprise en cause sur ce marché et du caractère abusif du comportement auquel cette dernière a eu recours (TPI, arrêt *Van den Bergh Foods c/Commission* du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4653, pt 162; arrêt *SIV e.a. c/Commission*, « Verre plat » du 10.03.1992, aff. jtes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. 1992, p. II-1403, pt 360). Les redevances de licence élevées prévues dans un accord comportant un transfert de droit de propriété intellectuelle ne peuvent ainsi être qualifiées d'excessives qu'à condition de remplir les conditions nécessaires pour qu'il y ait un abus de position dominante selon l'art. 102 TFUE (CJCE, arrêt *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commission* du 16.07.2009, aff. C-385/07 P, Rec. 2009, p. I-6155, pts 141-146; arrêt *United Brands* du 14.02.1978, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 248 ss).

Les **rapports entre l'art. 5 II LCart et l'art. 7 LCart** sont régis par deux principes. En premier lieu, un accord dont certaines clauses restrictives de concurrence constituent simultanément un abus de position dominante par une entreprise partie à cet accord ne peut pas être justifié par des motifs d'efficacité économique au titre de l'art. 5 II LCart ou d'une communication ou ordonnance adoptée sur la base de l'art. 6 LCart. De même, les art. 101 et 102 TFUE ayant pour objectif commun le maintien d'une concurrence effective sur le marché, une application de l'art. 101 § 3 TFUE ne saurait faire obstacle à l'application de

l'art. 102 TFUE. Les accords qui constituent un abus de position dominante ne sauraient bénéficier d'une exemption selon l'art. 101 § 3 TFUE (pt 127 Lignes directrices UE Restr. vert. ; pt 106 Lignes directrices UE Art. 81 § 3 TCE ; pt 151 Lignes directrices UE Transfert de technologie ; CJCE, arrêt *Compagnie Maritime Belge c/Commission* du 16.03.2000, aff. jtes C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pts 130 ss ; TPI, arrêt *Van den Bergh Foods c/Commission* du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4653, pts 137-144, 159-160 et 162 ; voir aussi art. 29 § 1 du Règlement 1/2003 sur le retrait du bénéfice de l'exemption prévue par un des règlements d'exemption par catégorie). En second lieu, l'absence d'une possibilité expresse d'exemption – similaire à l'art. 5 II LCart – dans le cadre de l'art. 7 LCart voit sa portée limitée en ce sens qu'un comportement n'est pas abusif lorsqu'il est justifié par des considérations commerciales légitimes. Dans ses Orientations relatives à l'art. 102 TFUE, la Commission européenne considère que les pratiques d'une entreprise dominante aboutissant à évincer les concurrents ne sont pas abusives lorsqu'elles peuvent être justifiées par des **gains d'efficacité** qui remplissent des conditions analogues à celles de l'art. 101 § 3 TFUE (ROTH/ROSE, *Compétition*, N 10.064). Il appartient à l'entreprise dominante de démontrer, avec un degré de probabilité suffisant et sur la base de preuves vérifiables, que les conditions cumulatives suivantes sont remplies : (i) les gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce au comportement considéré ; (ii) conformément au principe de proportionnalité, le comportement est indispensable à réaliser ces gains d'efficacité et il n'y a pas d'autres pratiques moins anticoncurrentielles capables de produire les mêmes gains d'efficacité ; (iii) les gains d'efficacité l'emportent sur les effets préjudiciables probables sur la concurrence et le bien-être des consommateurs sur les marchés affectés ; et (iv) le comportement n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources de concurrence actuelle ou potentielle (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 30 ; *infra* N 105). La jurisprudence de la Cour de justice suit une approche identique dans l'appréciation de la justification économique d'une pratique abusive (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publiée, pt 76 ; *infra* N 105). En droit suisse, la Comco admet aux mêmes conditions que des gains d'efficacité peuvent constituer des *legitimate business reasons* justifiant le comportement d'une entreprise dominante (Comco, DPC 2011/1, p. 97, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 408 s. et n. 396-397 qui se réfèrent expressément aux Orientations UE Art. 82 TCE ; *infra* N 102). Ainsi, les mêmes justifications économiques peuvent, aux mêmes conditions et compte tenu des circonstances du cas d'espèce, soit exonérer au titre de l'art. 5 II LCart un accord restreignant notablement la concurrence, soit nier le caractère abusif d'un comportement au titre de l'art. 7 LCart.

c) Article 8 LCart

- 8 Une pratique d'entreprise(s) ayant une position dominante qui a été déclarée illicite par la Comco (ou, sur recours, par le Tribunal administratif fédéral ou par le Tribunal fédéral) peut être **autorisée à titre exceptionnel par le Conseil fédéral**. Bien que la justification d'un comportement abusif soit difficilement envisageable, l'**art. 8 LCart** réserve expressément ce cas (cf. LCart 8 ; STOFFEL, *Ententes*, p. 19 ; VON BÜREN, *Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 33 ; BRECHBÜHL, *Kartellgesetz*, p. 91, note de bas de page 31 ; BORER, KG, Art. 8 N 3). Une autorisation exceptionnelle peut être accordée si la pratique abusive est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants, autres que ceux préservés par le droit de la concurrence (HOFFET, Art. 8 KG, N 1 ; MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 64, n. 186 ; ZÄCH, *SIWR KG*, p. 228). Le Conseil fédéral doit

effectuer une pesée des intérêts. L'intérêt public invoqué doit l'emporter sur les inconvénients importants que présente le comportement de l'entreprise sous l'angle de l'efficacité économique. Compte tenu de la nocivité constatée de la pratique abusive, il se justifie de poser des exigences sévères à la délivrance d'une autorisation exceptionnelle.

d) Conséquences d'une violation de l'article 7 LCart

Les **conséquences** d'un abus de position dominante sont déterminées, pour ce qui concerne le **droit civil**, aux **art. 12-17 LCart** et, pour ce qui concerne la procédure de **droit administratif**, aux **art. 29-31 LCart** ainsi qu'à l'**art. 49a LCart pour les amendes**. 9

En cas d'abus possible de position dominante, le Secrétariat Comco peut, par l'intermédiaire de son Secrétariat, ouvrir une enquête préalable (cf. art. 26 LCart). Faute d'indices suffisants de position dominante ou d'abus, l'enquête préalable est close et le rapport y relatif établi par le Secrétariat Comco est publié (p. ex., Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*; DPC 2011/1, p. 77, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*). Dans le cas inverse, le Secrétariat propose l'ouverture d'une enquête, qui est ouverte soit d'entente avec un membre de la présidence, soit sur invitation de la Comco ou du Département de l'économie (cf. art. 27 LCart). Si l'enquête aboutit à une constatation d'**absence de position dominante ou de comportement abusif**, la Comco prend une **décision clôturant purement et simplement l'enquête** (p. ex., Comco, DPC 2006/2, p. 227, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG [ehemals Axpo AG], des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG [ehemals Axpo AG], des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG [ehemals Axpo AG], der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG [ehemals Axpo AG]*; Comco, DPC 1999/2, p. 247, *Minolta*). En revanche, la Comco ne saurait adopter une décision **constatant l'existence d'une position dominante** et clôturant l'enquête faute de comportement abusif. Elle ne dispose en effet d'aucun intérêt public digne de protection à une telle décision constatatoire au titre de l'art. 25 PA (ATF 137 II 199, c. 6; pour la pratique antérieure de la Comco en matière de décision constatatoire, voir notamment Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 171 et 234; DPC 2005/1, p. 54, *Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 [FDV; SR 784.101.1]*; DPC 1999/3, p. 403, *Bahnhofskioske*). Le Département fédéral de l'économie ne saurait non plus porter devant le Tribunal fédéral un recours ayant pour seul objet la constatation de l'existence d'une position dominante (collective), alors même qu'il ne subsiste plus de comportement abusif en raison d'un accord amiable passé dans l'intervalle entre la Comco et les entreprises concernées (TF, DPC 2006/3, p. 581, c. 1). 10

Si l'abus de position dominante est avéré lors de l'enquête, la Comco impose une **amende selon l'art. 49a LCart** (depuis l'entrée en vigueur de cette disposition le 1^{er} avril 2004) et **constate le caractère abusif du comportement concerné**. La décision infligeant une amende au titre de l'art. 49a LCart est une **décision formatrice** (ATF 137 II 199, c. 6.2). Le Tribunal fédéral considère que le dispositif de la décision doit uniquement consister dans le prononcé d'une sanction selon l'art. 49a LCart, tandis que les éléments constitutifs de la violation n'ont pas à y être constatés, mais relèvent de la motivation de la décision (ATF 137 II 199, c. 6.2). A notre sens, cette jurisprudence est trop restrictive. En effet, la décision (formatrice) relative à une violation de l'art. 7 LCart a aussi pour objet d'interdire 11

le comportement abusif de l'entreprise en position dominante. Cette conclusion explique d'ailleurs que l'inobservation d'une décision exécutoire ou d'un accord amiable fasse l'objet d'une nouvelle amende, administrative (art. 50 LCart) ou pénale (art. 54 LCart) (dans ce sens aussi, CoRe, DPC 2005/3, p. 530, c. 6.2.6). Il se justifie dès lors, à notre avis, que le dispositif de la décision se prononce tant sur l'existence d'une violation de l'art. 7 LCart et sur l'interdiction de la poursuite du comportement abusif, que sur l'amende infligée à l'entreprise dominante. En pratique, le dispositif typique d'une décision de la Comco suit une approche médiane, consistant en une pure constatation de l'abus de position dominante, plutôt qu'en une interdiction de celui-ci, doublée de l'imposition d'une amende (p. ex. Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*; DPC 2010/1, p. 116, *PreispolitikSwisscom ADSL*; DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk*, décision annulée par ATF 137 II 199; Comco, DPC 2001, p. 95, 109, *Intensiv SA, Grancia*; DPC 1999/3, p. 415, *Schweizerische Meteorologische Anstalt*).

- 12 Quant à la forme, la Comco adopte soit une **décision** (art. 30 LCart; p. ex., Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*; DPC 2010/1, p. 116, *PreispolitikSwisscom ADSL*; DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk*, décision annulée en définitive in ATF 137 II 199; Comco, DPC 1997/2, p. 161, *Telecom PTT/Blue Window*; DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*, décision annulée par la CoRe in DPC 1998/4, p. 655; DPC 1999/1, p. 75, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*; DPC 1999/3, p. 415, *Schweizerische Meteorologische Anstalt*, décision annulée par la CoRe, elle-même annulée par le TF in DPC 2001/1, p. 210; Comco, DPC 2001/1, p. 95, *Intensiv SA, Gracia*), soit un **accord amiable** (art. 29 LCart; p. ex., Comco, DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*; DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerisches Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*; DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*; DPC 1998/3, p. 377, 382, *Swisscom – Centrex*). L'accord amiable et la décision ne peuvent être adoptés qu'à l'occasion d'un **cas d'espèce**. Alors que la Comco peut, par une communication générale, exempter certains types d'accords horizontaux ou verticaux (cf. art. 6 LCart), elle ne dispose pas d'un pouvoir similaire en ce qui concerne le comportement d'entreprises disposant d'une position dominante (Handelsgericht AG, DPC 1997/4, p. 626, c. 4c). En conséquence, compte tenu de l'absence de base légale, la Comco n'a pas reconduit les Codes de conduite qu'elle avait adoptés sous l'empire de l'aLCart-1985 (*infra* N 29). Elle conserve ainsi toute liberté pour se prononcer de cas en cas, sans se sentir liée de quelque façon par les Codes qu'elle aurait passés avec des entreprises (DPC 1997/1, p. 56 s.).
- 13 Une **amende** (sanctions directes) est imposée même en cas de conclusion d'un **accord amiable**, car la Comco considère que, si l'accord amiable remédie pour l'avenir à l'abus de position dominante en y substituant un nouveau comportement conforme au droit de la concurrence, il ne guérit pas la violation passée de l'art. 7 LCart. Dans le cas inverse, l'objectif de prévention générale assigné aux amendes prévues à l'art. 49a LCart ne serait plus atteint. La conclusion d'un accord amiable est prise en compte comme circonstance atténuante dans le cadre du calcul de l'amende au titre des art. 2, 3 et 6 OS LCart (Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerisches Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*, ch. 315-318 et 341-343, confirmée par TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 7.4, recours pendant au TF; Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 268-272). Cette pratique, qui

diffère de la procédure d'engagements prévues par l'art. 9 du Règlement 1/2003 dans l'UE (procédure sans amende, cf. *infra* N 18) est contestée devant le Tribunal fédéral (recours contre l'arrêt du TAF, DPC 2010/2, p. 329 dans l'affaire *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*).

Pour la même raison, et depuis l'entrée en vigueur des sanctions directes basées sur l'art. 49a LCart, le seul fait que l'entreprise dominante **modifie volontairement son comportement abusif durant l'enquête** ne permet plus de clore celle-ci sans suite (Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*, ch. 316, décision confirmée par TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 7.4.2 et 7.4.3 ; pour la pratique de clôture suivie avant l'entrée en vigueur de l'art. 49a LCart, voir p. ex., Secrétariat Comco, DPC 1998/3, p. 369, *Devisierungs-, [Vor] Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB* ; DPC 1999/3, p. 484, *Markt für Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Zürich*, ch. 11-16). Même si le principe d'opportunité permet de renoncer à la poursuite d'une violation, et par là même à la punition de celle-ci, le pouvoir discrétionnaire accordé à la Comco par l'art. 27 LCart devrait être exercé au moment de la décision d'ouverture d'enquête, et non pas seulement au stade ultérieur de la sanction. Eu égard au principe de la légalité, la faculté de renoncer à ouvrir une enquête devrait en outre être réservée aux cas bagatelles, et non aux violations graves prévues à l'art. 5 III et IV et à l'art. 7 LCart (TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 7.4.2 et 7.4.3). Ainsi, la décision de la firme SAP de ne plus offrir qu'un seul type de support pour ses logiciels (SAP Enterprise Support) et de supprimer les autres modèles moins étendus de support (comme SAP Standard Support), résultait dans une hausse de prix importante pour de nombreux clients. L'enquête préalable relative à une possible imposition de prix ou de conditions commerciales inéquitables (art. 7 II/c LCart) a été clôturée sans suite après que la firme SAP a décidé de maintenir pour ses clients un choix effectif entre ses deux types de service, SAP Enterprise Support et SAP Standard Support (Secrétariat Comco, DPC 2010/3, p. 435, *SAP Wartungspreiserhöhung*).

Lorsqu'il résulte d'une décision passée en force qu'une entreprise a abusé de sa position dominante, cette entreprise est assujettie par la suite à des contraintes plus importantes en matière de **contrôle des concentrations**, puisqu'elle doit notifier toute fusion à laquelle elle participe et qui intervient sur le marché dominé ou sur un marché voisin ou situé en amont ou en aval (art. 9 IV LCart). Une décision se limitant à la seule constatation d'une position dominante, en l'absence d'un comportement abusif, est toutefois exclue (ATF 137 II 199, c. 6 ; cf. *supra* N 10).

En règle générale, la décision prise par la Comco en cas de violation de l'art. 7 LCart n'ordonne pas de **remèdes**, car il appartient à l'entreprise dominante de déterminer comment elle entend adapter son comportement abusif afin de le rendre conforme aux prescriptions de l'art. 7 LCart. Ainsi, la décision obligeant EEF à contracter avec Watt (art. 7 II/a LCart) ne prévoit ni le prix ni les autres conditions pour l'utilisation du réseau électrique d'EEF, qu'il incombe aux parties de négocier. Si l'entreprise dominante imposait dans ce cadre un prix inéquitable, une nouvelle procédure pourrait être ouverte devant la Comco au titre de l'art. 7 II/c LCart (ATF 129 II 497, c. 6.5.9). Si nécessaire, la Comco peut toutefois aussi ordonner de tels remèdes, par exemple en accompagnant la constatation d'un refus abusif de contracter de l'ordre de conclure avec l'entreprise lésée des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche (art. 13/b LCart et

art. 29-30 LCart ; p. ex. Comco, DPC 2001, p. 95, *Intensiv SA, Grancia*, p. 109). Une discrimination abusive devra être corrigée par un traitement égal des partenaires commerciaux se trouvant dans une situation équivalente (p. ex., Comco, DPC 1997/2, p. 161, *Telecom PTT/Blue Window*, p. 174 ; DPC 1999/3, p. 415, *Schweizerische Meteorologische Anstalt*, p. 440). La mesure corrigeant le comportement abusif doit respecter le principe de proportionnalité (art. 5 II Cst). Il en découle notamment que les mesures correctives sont d'autant plus incisives que le degré de domination est élevé ou d'autant moins incisives que ce degré est faible (ZÄCH, SIWR KG, p. 223 s.). Afin d'éviter la répétition de comportements abusifs similaires à l'avenir, le dispositif de la décision de la Comco est formulé de manière suffisamment abstraite pour ne pas être limité au seul état de fait du cas d'espèce (Comco, DPC 1999/3, p. 415, *Schweizerische Meteorologische Anstalt*, ch. 109). Dans la pratique suivie depuis l'entrée en vigueur de l'art. 49a LCart, ce n'est qu'en cas d'**accord amiable** que la Comco inclut dans sa décision les mesures nécessaires à la correction du comportement abusif, voire ordonne à l'entreprise dominante de communiquer certaines informations ou mesures correctives adoptées, ou se réserve la faculté de vérifier la correcte mise en œuvre de la décision (Comco, DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen* ; DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerisches Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern* ; DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking* ; DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*).

- 17 En droit de l'**Union européenne**, les art. 7 et 23 du Règlement 1/2003 permettent à la Commission européenne de constater l'infraction à l'art. 102 TFUE, d'ordonner aux entreprises intéressées de **mettre fin à l'infraction** constatée, d'imposer positivement aux entreprises des mesures correctives de nature comportementale, ou même structurelle, qui soient proportionnées à l'infraction commise et nécessaires pour faire cesser l'infraction, ainsi que d'infliger des **amendes** (WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 253-261). En pratique, le dispositif des décisions récentes de la Commission impose une amende et ordonne à l'entreprise dominante de cesser le comportement abusif ainsi que de s'abstenir à l'avenir de toute pratique identique ou analogue (p. ex., Commission européenne, décision *Telekomunikacja Polska* du 22.06.2011, COMP/39.525 ; décision *Intel* du 13.05.2009, COMP/C-3/37990), alors que les décisions plus anciennes se limitaient à constater l'infraction à l'art. 102 TFUE (p. ex., Commission européenne, décision *AstraZeneca* du 15.06.2005, COMP/A.37.507/F3 ; décision *Wanadoo España contre Telefónica* du 04.07.2007, COMP/38.784). Lorsque cela s'avère nécessaire, la décision de la Commission ordonne aussi des **mesures correctives**, généralement de type comportemental (p. ex., Commission européenne, décision *Microsoft* du 24.05.2004, COMP/C-3/37.792). Conformément au principe de proportionnalité, une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérerait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle (art. 7 § 1 Règlement 1/2003). Alternativement, la Commission peut adopter sur la base de l'art. 9 du Règlement 1/2003 une décision qui rend juridiquement obligatoires les **engagements** pris par l'entreprise pour mettre fin aux préoccupations d'abus de position dominante. La procédure d'engagements se différencie sur plusieurs points de celle de l'accord amiable selon l'art. 29 LCart. Si la décision d'engagements selon l'art. 9 du Règlement 1/2003 met aussi fin à l'enquête ouverte par la Commission européenne, elle ne se prononce en revanche pas sur une éventuelle violation du droit de la concurrence et n'impose pas non plus d'amende. Si l'entreprise manque par la suite à ses engagements, la Commission peut lui infliger une amende sans avoir à prouver l'existence d'une infrac-

tion à l'art. 102 (ou 101) TFUE (art. 23 § 2/a Règlement 1/2003). Les engagements rendus obligatoires par décision consistent en des remèdes très détaillés visant à corriger la violation alléguée de l'art. 102 TFUE (p. ex., Commission européenne, décision *De Beers* du 22.02.2006, COMP/B-2/38.381; décision *Rambus* du 09.12.2009, contre laquelle un recours est pendant devant le Tribunal, aff. T-148/10, *HynixSemiconductor c/Commission*, COMP/38.636; décision *Microsoft (vente liée)* du 16.12.2009, COMP/39.530; décision *E.ON Gas* du 04.05.2010, COMP/39.317; décision *Standard & Poor's* du 15.11.2011, COMP/39.592; décision *IBM Services de maintenance* du 13.12.2011, COMP/39.692). Les seuls remèdes de type structurel adoptés jusqu'ici par la Commission européenne l'ont été dans le cadre d'engagements visant à corriger des abus de position dominante dans le secteur de l'énergie (Commission européenne, décision *Marché de gros de l'électricité en Allemagne et Marché d'équilibrage de l'électricité en Allemagne* du 26.11.2008, COMP/39.388 et COMP/39.389; décision *ENI* du 29.09.2010, COMP/39.315).

Lorsqu'il existe un risque de préjudice irréparable, la Comco en plénum, mais non son Secrétaire assisté d'un membre de la présidence, peut ordonner des **mesures provisoires** (art. 39 LCart et art. 56 PA; art. 23 LCart; ATF 130 II 149; TF, DPC 2003/4, p. 912; DPC 1997/4, p. 618, c. 2b et 3; CoRe, DPC 2003/3, p. 653; DPC 1999/4, p. 618; DPC 1997/4, p. 602; DPC 1997/2, p. 243, c. 3.2. et 3.3; Comco, DPC 2011/3, p. 400, *Swatch Group Lieferstopp*; DPC 2006/1, p. 58, *Teleclub AG*; DPC 2004/1, p. 102, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*; DPC 1999/2, p. 204, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*; DPC 1998/1, p. 32, *SWICA*; DPC 1998/2, p. 206, *L'association des médecins du canton de Genève*; DPC 1998/4, p. 586, *Schweizerische Meteorologische Anstalt*; Secrétaire Comco et Président Comco, DPC 1997/1, p. 44, *Telecom PTT/Blue Window*; Président Comco, DPC 1997/2, p. 155, *Recymet SA*). Les quatre conditions posées à l'octroi d'une mesure provisoire sont l'apparence de bien-fondé du recours, la menace d'un préjudice difficilement réparable, l'urgence et la proportionnalité de la mesure (art. 39 LCart et art. 55-56 PA; ATF 130 II 149, c. 2). La vérification de ces conditions est effectuée dans un examen *prima facie*. L'apparence de bien-fondé du recours peut être prise en compte lorsque le résultat quant au fond ne fait aucun doute (*eindeutig*); en cas d'incertitude factuelle ou juridique, il convient au contraire de faire preuve de retenue afin de ne pas préjuger de la décision sur le fond (ATF 130 II 149, c. 2.2 et 2.3). L'urgence et la condition du préjudice difficilement réparable en cas d'attente jusqu'à la décision sur le fond impliquent un double examen portant d'une part sur le risque d'une modification grave et irréversible de la structure de la concurrence sur le marché en cause et, d'autre part, d'une mise en péril de l'existence économique de la partie qui requiert l'effet suspensif. Il découle du parallélisme des voies civiles et administratives en droit de la concurrence (art. 12 ss et art. 18 ss LCart), que la Comco ne doit ordonner de mesures provisoires que lorsque celles-ci sont nécessaires à la protection de l'intérêt public à assurer une concurrence efficace. En revanche, lorsque les mesures provisoires servent essentiellement à protéger des intérêts privés de concurrents, de fournisseurs ou de distributeurs, elles doivent être requises auprès du juge civil (ATF 130 II 149, c. 2.4 et 3.4.4). Un lien de causalité doit exister entre la mesure restrictive de concurrence en cause et le risque de préjudice (p. ex., mesure refusée faute d'urgence et de préjudice difficilement réparable in Comco, DPC 1999/3, p. 391, *Erdöl-Vereinigung vs. Telekurs-Gruppe*, ch. 24-32, approuvée par la CoRe, DPC 2000/4, p. 703 sur la seule question des dépens). Les mesures provisoires ordonnées par la Comco peuvent aussi faire l'objet d'un **accord amiable** avec l'entreprise dominante visée par l'enquête (p. ex., Comco, DPC 2011/3, p. 400, *Swatch Group Liefer-*

18

stopp). Le non-respect d'une décision ordonnant des mesures provisoires est sanctionné par une **amende** au titre de l'art. 50 LCart (Comco, DPC 2006/1, p. 141, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, décision confirmée sur recours par le TAF, DPC 2007/4, p. 653).

e) Rapports entre les voies administrative et civile

- 19** L'entreprise qui se considère victime d'un abus de position dominante peut aussi bien adresser une plainte à la Comco qu'ouvrir une action civile auprès d'un tribunal. Les **tribunaux civils** sont compétents pour statuer sur les actions en suppression ou en cessation (constatation de nullité du contrat, imposition d'une obligation de conclure), en réparation du préjudice et en remise du gain indûment réalisé (cf. art. 12 et 13 LCart). En cas de menace d'un préjudice irréparable, le juge civil peut ordonner des mesures provisionnelles (art. 17 LCart). Lorsqu'une pratique abusive d'une entreprise dominante est alléguée au cours d'une procédure civile, le juge doit demander un avis à la Comco (cf. art. 15 LCart ; sur la question des sanctions civiles et de la procédure civile, voir notamment WALTER, Verfahren, p. 893-901 ; WALTER, Art. 12-17 KG).
- 20** Les relations qu'impose la LCart entre les **juges civils et les autorités de la concurrence** ont fait l'objet d'une publication de la Comco du 27 août 1997 (Comco, DPC 1997/4, p. 598, *Les relations entre les tribunaux civils et la Commission de la concurrence*). Aucune disposition n'interdit aux autorités de la concurrence de mener, voire d'ouvrir une procédure administrative parallèlement à une procédure civile. Toutefois, le Secrétariat de la Comco refuse en principe d'ouvrir une enquête préalable (art. 26 LCart) lorsqu'est ouverte une procédure civile, en particulier lorsque les deux procédures ont le même objet (Comco, DPC 1997/4, p. 598, *Les relations entre les tribunaux civils et la Commission de la concurrence*, ch. 17-20 ; pour un exemple, voir Secrétariat Comco, DPC 1997/4, p. 487, *Marché suisse de la certification*, ch. 6-10). Dans un avis complémentaire du 12 octobre 1998, la Comco a précisé que, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'avis au titre de l'art. 15 I LCart par un juge civil, elle fonde son avis uniquement sur les faits tels qu'ils ont été présentés par le juge civil, sans les compléter. Lorsque l'état de fait présenté par le juge civil est incomplet pour répondre aux questions posées, la Comco émet certaines réserves dans son avis (Comco, DPC 1998/4, p. 622, *Principes relatifs aux avis de droit selon l'art. 15 al. 1 LCart* ; p. ex., Comco, DPC 2011/2, p. 302, *Avis de la Commission de la concurrence pour le Tribunal cantonal du Canton de Vaud dans la cause A. Cornamusaz contre Coopérative des producteurs de fromages d'alpage « L'Etivaz »*).
- 21** La LCart ne contient pas de réglementation complète concernant les effets d'une décision relative à un abus de position dominante sur les **contrats conclus** dans ce cadre. Elle est en particulier muette sur la question de la nullité initiale ou seulement subséquente du contrat. Cette question a été tranchée par le Tribunal fédéral, qui a reconnu la nullité, au titre de l'art. 20 CO, du contrat qui restreint de manière illicite la concurrence. Les prestations déjà exécutées doivent être restituées selon les règles relatives à l'enrichissement illicé (ATF 134 III 438). La LCart ne désigne pas non plus l'autorité compétente pour statuer sur le sort desdits contrats, laissant ainsi ouverte la question de savoir si la Comco dispose d'une compétence à ce titre ou s'il s'agit d'un domaine réservé au juge civil (cf. art. 13/a et 30 LCart ; STOFFEL, Ententes, p. 14-16 ; WALTER, Art. 12-17 KG, Vorb. Art. 12-17 N 24-44 ; BRECHBÜHL/DJALALI, Folgen, p. 102-108 ; HOFFET, Wettbewerbsabsprachen, p. 29 ; TERCIER, Prix, p. 77). La Comco semble avoir implicitement admis qu'elle peut constater à titre préjudiciel la nullité de clauses contractuelles violant l'art. 7

LCart. Dans l'une de ses décisions, la Comco ordonne en effet qu'une entreprise dominante communique à tous ses partenaires contractuels que certaines clauses d'exclusivité stipulées dans ses contrats sont illicites au regard de l'art. 7 II/e LCart (Comco, DPC 1999/1, p. 75, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*, ch. 84).

La victime d'un comportement abusif, qu'il s'agisse d'un partenaire contractuel, d'un consommateur ou d'un concurrent en dehors de tout lien contractuel, peut demander **réparation du préjudice** subi (cf. art. 12 I/b LCart). En droit de l'UE, le droit à des dommages-intérêts découle directement de la nécessité d'assurer l'effet utile des art. 101 et 102 TFUE (CJCE, arrêt *Courage et Crehan* du 20.09.2001, aff. C-453/99, Rec. 2001, p. I-6297, pts 23-36; arrêt *Manfredi* du 13.07.2006, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, Rec. 2006, p. I-6619, pts 60 ss). La voie civile des dommages-intérêts est notoirement sous-développée aussi bien en Suisse que dans l'UE. Afin de mieux assurer la mise en œuvre effective du droit de la concurrence, la Commission européenne évalue depuis plusieurs années les moyens de renforcer la réparation du préjudice causé aux concurrents, aux fournisseurs, aux distributeurs et aux consommateurs, notamment en matière de recours collectifs (Commission européenne, Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles sur les ententes et les abus de position dominante, du 19.12.2005, COM(2005) 672; Commission européenne, Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, du 2.4.2008, COM(2008) 165; Commission Staff Working Document, Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, du 04.02.2011, SEC(2011) 173).

B. Origine de la règle

L'art. 31^{bis} III/d aCst donnait à la Confédération la compétence d'édicter des prescriptions pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou 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).

1. aLCart-1962 et aLCart-1985

Ni l'aLCart-1962 ni l'aLCart-1985 ne définissaient spécifiquement le comportement abusif d'une entreprise dominante. Les « entraves à la concurrence de tiers » obéissaient à la même définition, que l'auteur en fût un cartel ou une « organisation analogue ». Chacune des lois successives a incorporé cette définition sous le même titre (« Illicéité des entraves à la concurrence »), et dans un article unique, l'art. 4 aLCart-1962, puis l'art. 6 aLCart-1985.

L'art. 4 I aLCart-1962 comportait une définition générale des entraves illicites à la concurrence qui étaient le fait d'un cartel, accompagnée d'une série d'exemples. L'**art. 4 II aLCart-1962** appliquait par analogie cette définition aux mesures prises par des « organisations analogues » (DROLSHAMMER, Unternehmen, p. 172-273; SCHMIDHAUSER, Art. 7 KG, N 1-4): « Les dispositions sur les entraves illicites à la concurrence sont applicables par analogie aux organisations visées par l'article 3 ». Le comportement d'une organisation analogue ne pouvait être qualifié d'abusif que s'il ne pouvait faire l'objet d'une justification objective (SCHLUEP, Kontrahierungspflicht, p. 213).

- 26 L'art. 6 aLCart-1985 a marqué une triple évolution par rapport à la disposition de l'ancienne loi. En premier lieu, l'art. 6 aLCart a utilisé une systématique différente de celle de l'art. 4 aLCart-1962. L'art. 6 I aLCart-1985 contenait une définition générale des mesures d'entraves illicites prises par un cartel ou une organisation analogue, alors que l'art. 6 II comportait une liste exemplative des entraves illicites regroupant les exemples figurant dans le catalogue de l'art. 4 aLCart-1962. En outre, l'art. 6 I aLCart-1985 étendit en la précisant la définition d'entrave illicite de l'art. 4 I aLCart-1962. Désormais, la notion visait non seulement les entraves à l'exercice de la concurrence, mais aussi celles à l'accès à la concurrence. Il prévoyait que : « Les mesures prises par un cartel ou une organisation analogue sont illicites, lorsqu'elles écartent des tiers de la concurrence, ou leur en rendent l'accès ou l'exercice notablement plus difficile ».
- 27 Enfin, l'art. 6 III aLCart-1985 introduisit une disposition entièrement nouvelle prohibant les entraves à la concurrence applicables uniformément aux tiers, alors que les alinéas I et II de cette disposition (et avant eux l'art. 4 aLCart-1962) visaient les entraves à la concurrence reposant sur une discrimination de certains tiers par rapport à d'autres personnes se trouvant dans une situation comparable (Mess-aLCart-1985, p. 1291-1293). Comme sous l'empire de l'art. 4 II aLCart-1962, seuls les comportements qui ne pouvaient faire l'objet d'une justification objective pouvaient être qualifiés d'abusifs (SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 331 ss).
- 28 Dans sa pratique, l'ancienne Commission des cartels procédait à une appréciation en deux temps. Elle examinait d'abord l'existence d'une puissance sur le marché limitant la concurrence, c'est-à-dire l'assujettissement à la loi (art. 3 aLCart-1962 et art. 4 aLCart-1985 ; cf. LCart 4 II N 12). Elle analysait ensuite si l'usage qui était fait de cette puissance avait un caractère abusif (existence d'un comportement abusif) (Publ. CCSPR 1985, p. 231-233).
- 29 Sous l'empire de l'aLCart-1985, la Commission des cartels avait négocié avec plusieurs entreprises occupant des positions dominantes des **Codes de conduites** à caractère amiable. Ces codes précisaient un certain nombre de règles de comportement que les entreprises dominantes s'engageaient à respecter dans leurs activités. Les premiers codes de conduites avaient été adoptés suite à la concentration dans les médias (Publ. CCSPR 1994/5, p. 131, *Edipresse* ; Publ. CCSPR 1994/5, p. 133, *Kiosk/Naville* ; Publ. CCSPR 1994/5, p. 137, *Publicitas*). Le code suivant, conclu avec Télécom PTT (Publ. CCSPR 1996/1a, p. 153 ss ; DPC 1997/1, p. 57), visait à éviter que cette entreprise n'abuse de sa position dominante pour empêcher ou rendre très difficile à de nouvelles entreprises l'accès aux marchés de la communication. Il devait assurer la transition de la situation de monopole vers le régime concurrentiel des télécommunications. La « violation » des règles de comportement contenues dans un code de conduite constituait un motif permettant aux autres participants au marché de se plaindre auprès des autorités civiles ou administratives. En outre, la Commission des cartels pouvait, dans un tel cas, ouvrir une enquête, modifier les règles de conduite ou les transformer en des recommandations (Publ. CCSPR 1994/5, p. 131, 133 et 137). Ces Codes de conduite ont été abrogés sous l'empire de la nouvelle LCart, faute de base légale (*supra* N 12).

2. Travaux préparatoires

- 30 Le Conseil fédéral a donné pour mandat à la Commission d'étude pour la révision de la loi sur les cartels de cerner concrètement les éléments constitutifs de l'exploitation abusive

d'une position dominante, en les illustrant d'exemples de telles pratiques (Mess-LCart, p. 493).

En exécution de ce mandat, l'**art. 22 AP-LCart** comportait, dans un premier alinéa, une définition générale de la pratique abusive et, dans un second alinéa, une liste exemplative de pratiques abusives. L'art. 22 I AP-LCart prévoyait que : « Les pratiques des entreprises qui se trouvent en situation de puissance sur le marché sont considérées comme nuisibles lorsque de telles entreprises abusent de leur position pour entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou l'exercice de celle-ci, ou pour désavantager les consommateurs ». Selon le rapport explicatif accompagnant l'avant-projet, une entreprise en situation de puissance sur le marché ne pouvait user que des mêmes moyens que ceux qu'aurait utilisés une entreprise ne disposant pas d'une telle puissance et pour autant que ces moyens aient été objectivement justifiés dans le cadre d'une concurrence normale basée sur les prestations (Rapp-AP-LCart, p. 23). En outre, plusieurs des exemples figurant à l'art. 22 II AP-LCart mentionnaient expressément que le comportement abusif ne devait reposer sur aucune raison objective. 31

L'**art. 7 P-LCart** resta très proche de l'art. 22 AP-LCart, mais il subit toutefois quelques modifications. Les entreprises concernées n'étaient plus celles qui se trouvaient « en situation de puissance » (« *Marktmacht* ») sur le marché, mais celles qui y avaient une « position dominante » (« *Marktbeherrschung* »). Ce changement augmentait le degré de contrôle sur le marché nécessaire pour qu'une entreprise tombât dans le champ d'application de l'art. 4 II et de l'art. 7 P-LCart (LCart 4 II N 18 et 88-90). En outre, la disposition de l'art. 22 II/c AP-LCart relative à « la rupture ou la restriction de relations commerciales sans respecter une période transitoire appropriée » fut supprimée du catalogue de l'art. 7 II P-LCart, étant implicitement incorporée dans l'art. 7 II/a AP-LCart relatif au refus d'entretenir des relations commerciales (SCHMIDHAUSER, Art. 7 KG, N 13). Enfin, la réserve figurant dans plusieurs des cas énumérés à l'art. 22 II AP-LCart, selon laquelle la pratique en cause n'était illicite que si elle ne reposait sur aucune raison objective, fut supprimée (art. 22 II/b et g AP-LCart). Cette réserve constituait en effet une condition implicite à la définition générale du comportement abusif selon l'art. 7 I P-LCart (*infra* N 72 et 100 ss). 32

L'art. 7 P-LCart n'a pas fait l'objet de discussion devant le Parlement. Celui-ci a approuvé la nécessité de renforcer la lutte contre les abus de position dominante, compte tenu des expériences suisses et étrangères les plus récentes, et sur le modèle des droits étrangers modernes, en particulier du droit de l'Union européenne (Mess-LCart, p. 532 et 565 ; BO CN 1995 1057, 1062, 1068, 1092 ; BO CE 1995 845, 858). La disposition a été adoptée sans modification dans l'art. 7 LCart. 33

La révision de la LCart entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 n'a pas affecté le contenu de l'art. 7 LCart, mais en a renforcé l'efficacité par le biais des **sanctions directes** introduites à l'art. 49a LCart. Le législateur a considéré que les comportements abusifs d'entreprises en position dominante ont des conséquences dévastatrices sur la concurrence, qui ne sont pas différentes de celles des cartels rigides, de sorte que l'imposition d'amendes se justifie aussi dans les cas relevant de l'art. 7 LCart (Mess-rév.LCart, p. 1925). Parallèlement, et pour des raisons de sécurité juridique, l'art. 49a III LCart introduisit un mécanisme permettant aux entreprises d'**annoncer** à la Comco une pratique susceptible de violer l'art. 7 LCart avant que les effets ne s'en fassent sentir. 34

C. Contexte

1. Interaction de l'article 7 LCart avec d'autres réglementations de droit économique suisse

35 Le cas échéant, la Comco doit coordonner son intervention avec celle d'autres autorités de surveillance. Ainsi, le **Surveillant des prix** est compétent pour apprécier le caractère inéquitable d'un prix (art. 14-16 LSPr ; art. 7 II/c LCart ; cf. *infra* N 36 s.). Dans les secteurs libéralisés ou en voie de libéralisation, où les dispositions générales du droit de la concurrence se mêlent à des réglementations sectorielles spécifiques, et où les pratiques d'entreprises coexistent avec des mesures étatiques, la Comco doit collaborer étroitement avec les **autorités de régulation**, selon des modalités variables en fonction des secteurs (cf. *infra* N 38-45). Enfin, les réglementations en matière de **marchés publics** imposent à l'Etat et aux entités assimilées de faire jouer la concurrence lorsqu'ils acquièrent des biens ou services. La Comco est appelée à intervenir à plusieurs titres, par des décisions à l'encontre de cartels entre soumissionnaires, par des recommandations non contraignantes adressées aux pouvoirs adjudicateurs, par des avis sur la détermination des entités soumises à la concurrence et exemptées de ce fait des règles sur les marchés publics ou par des recours ou en déposant un recours en cas de restriction induite à l'accès au marché (cf. *infra* N 46-48).

a) Loi fédérale concernant la surveillance des prix

36 La Comco et le Surveillant des prix disposent d'une **compétence parallèle** en matière de fixation de prix abusif par une entreprise dominante. Le Surveillant des prix coopère avec la Comco (art. 5 II LSPr). Il a pour tâche d'empêcher les augmentations abusives de prix et le maintien de prix abusifs (art. 4 II LSPr). Le Surveillant des prix doit consulter la Comco sur l'existence d'une restriction ou suppression de la concurrence efficace (art. 5 IV LSPr). La doctrine souligne que le partage des compétences entre ces deux autorités n'est pas un modèle de clarté législative (BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 13). Alors que l'art. 16 II LSPr réserve au Surveillant des prix l'examen du caractère abusif des prix pratiqués par une entreprise dominante, sur la base des critères prévus aux art. 12-13 LSPr (HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 129), l'art. 3 III LCart dispose que les procédures ouvertes par la Comco priment celles du Surveillant des prix. Le Surveillant des prix a seul le pouvoir d'arrêter un prix qu'il juge souhaitable (art. 9-10 LSPr). La Comco conserve la faculté de procéder à des enquêtes sur des entreprises dominantes même lorsque le Surveillant des prix a réduit le prix abusif ou suspendu la procédure (art. 16 I LSPr). Enfin, la Comco peut sanctionner d'une amende l'entreprise dominante qui impose un prix inéquitable (art. 49a LCart et art. 7 II/c LCart), tandis que la compétence du Surveillant des prix pour infliger une sanction pénale est limitée à l'hypothèse du non-respect par une entreprise d'une décision antérieure exécutoire (art. 23 LSPr). La compétence de la Comco pour enquêter et statuer sur le caractère excessif des tarifs de terminaison mobile de Swisscom (art. 7 II/c LCart) n'a été remise en cause ni par le TAF, ni par le TF (Comco, DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk* ; TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 11.3.3 ; ATF 137 II 199 qui reste silencieux sur les relations LSPr-LCart). Toutefois, la preuve que le prix inéquitable a été « imposé » au sens de l'art. 7 II/c LCart paraît impossible à apporter pour la Comco dans les cas où la LCart coexiste avec une réglementation sectorielle spécifique et où le partenaire commercial de l'entreprise dominante a renoncé à contester ce prix auprès de l'autorité de régulation (par exemple en menant à son terme une procédure d'interconnexion en matière de tarifs de terminaison mobile ; cf. ATF 137 II 199, c. 4-5).

En pratique, l'imposition d'un prix inéquitable devrait surtout être examinée par le Surveillant des prix (MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 134 s.).

Le Surveillant des prix s'occupait, déjà sous l'empire de l'aLCart-1985, surtout des prix des entreprises, publiques ou privées, puissantes sur le marché, et notamment des **prix administrés** (CARRON, Concurrence, p. 402-428). Cette surveillance exercée au titre des art. 14-15 LSPr constitue toujours une large part de son activité (Mess-LCart, p. 528 ; p. ex. statistiques des dossiers principaux suivis en 2010, Surveillant des prix, DPC 2010/5, Rapport annuel, p. 849, 872-877). Les régimes de marché ou de prix de caractère étatique sont en principe soumis à la LSPr. Toutefois, la loi restreint les compétences du Surveillant des prix lorsque les prix sont fixés ou approuvés par une autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton ou d'une commune, ou lorsqu'ils sont soumis à d'autres régimes de surveillance relevant du droit fédéral. La réglementation est ainsi parallèle à celle résultant de l'art. 3 I/a LCart qui n'écarte l'assujettissement à la LCart des régimes de marché ou de prix de caractère étatique que lorsque ceux-ci entendent déroger aux règles de la concurrence (cf. art. 3 I/a LCart et *infra* N 127 s.).

b) Libéralisation sectorielle

Les règles sur l'abus de position dominante servent autant à assurer le maintien d'une concurrence non faussée sur le marché qu'à accélérer ou renforcer la **libéralisation** de secteurs longtemps soumis à un régime de monopole, comme les communications électroniques (*infra* N 39), la radio et télévision (*infra* N 40), la poste (*infra* N 41), les activités partiellement libéralisées (*infra* N 42), le rail (*infra* N 43), l'électricité (*infra* N 44) ou l'énergie (*infra* N 45) (RENTSCH, Deregulierung ; BOVET, Aspects, p. 504-510).

Dans le secteur des **communications électroniques**, la Comco coopère à des degrés divers avec la **Commission de la communication** (ComCom) et l'**Office fédéral de la communication** (OFCOM) :

- En premier lieu, la Comco peut être appelée à fournir des **avis** (art. 45 LCart) à la ComCom sur l'éventuelle détention d'une position dominante par un fournisseur de services de télécommunication (p. ex., Comco, DPC 2008/1, p. 216, *Zusatzdienstefür die Wahl der Dienstanbieterin durch Vorbestimmung* [« *Supplementary Services for Preselection* »] ; DPC 2008/1, p. 234, *Transitdienste im Bereich* « *Transit to [...] Access Services* » ; DPC 2008/4, p. 745, *Netzzugangsverfahren Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen [VTA]* ; DPC 2008/4, p. 751, *Mietleitungen* ; DPC 2008/4, p. 760, *Kabelkannalisation* ; DPC 2006/4, p. 739, *Interkonkonnktionsverfahren Mobilfunkterminierung*). L'art. 11 de la Loi fédérale sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) prévoit que les opérateurs de télécommunications ayant une position dominante sont tenus d'offrir l'interconnexion à des prix alignés sur les coûts. Pour déterminer si un opérateur a une position dominante, l'OFCOM doit consulter la Comco (art. 11a II LTC). Dans un avis relatif à une demande d'interconnexion de Sunrise à Swisscom, la Comco, consultée par l'OFCOM, a considéré que Swisscom Fixnet disposait d'une position dominante sur le marché de l'accès à haut débit (Comco, DPC 2008/1, p. 222, *TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang*). En se basant sur l'avis de la Comco, la ComCom a rendu une décision partielle sur l'obligation de Swisscom de garantir durant quatre ans aux autres fournisseurs un accès à haut débit conformément à l'art. 11 I/b LTC (décision confirmée le 12.02.2009 par le TAF, DPC 2009/1, p. 97).
- En second lieu, la Comco peut adresser des **recommandations** aux autorités dans le domaine des télécommunications (art. 45 LCart). Le 25 août 2008, la Comco, la

ComCom et le Surveillant des prix ont ainsi recommandé au Conseil fédéral de réviser l'art. 11a LTC afin que la ComCom puisse vérifier d'office (et non plus seulement sur plainte d'un fournisseur) les tarifs d'accès et d'interconnexion des fournisseurs de services de télécommunication qui détiennent une position dominante (Comco, DPC 2008/4, p. 720, *Gemeinsame Empfehlung der Wettbewerbskommission, der Kommunikationskommission unter der Preisüberwachung zur erleichterten Überprüfung der Interkonnections- und Zugangspreise von marktbeherrschenden Telekommunikationsunternehmen*). La recommandation commune a été reprise dans la motion parlementaire Forster (08.3639 du 3 octobre 2008), qui a été acceptée par le Conseil des Etats, mais rejetée par le Conseil national (BO CE 2009 58-61 ; BO CN 2009 1358-1360). Le 17 septembre 2010, le Conseil fédéral a finalement refusé de réviser la LTC (Evaluation du marché des télécommunications – Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat de la CTT-E du 13 janvier 2009 [09.3002] du 17 septembre 2010).

- En troisième lieu, la Comco intervient par des **enquêtes** préalables et des enquêtes basées sur la seule LCart, pour toutes les restrictions à la concurrence dans le domaine des communications électroniques qui ne sont pas spécifiquement réservées par la réglementation sur les télécommunications à la compétence du régulateur sectoriel (p. ex., Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL* ; DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk*, décision annulée partiellement par le TAF, DPC 2010/2, p. 242, puis intégralement par le TF, ATF 137 II 199 ; Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 308, *Telecom PTT/Flexnet* – procédure close du fait de la prochaine suppression du monopole de Télécom PTT ; DPC 1997/3, p. 311, *Schulen ans Internet* ; Comco, DPC 1997/3, p. 161, *Telecom PTT/Blue Window* ; DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*, annulée par la CoRe in DPC 1998, p. 655 ; Comco, DPC 1998/3, p. 377, *Swisscom-Centrex* ; Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen* ; Comco, DPC 1999/2, p. 204, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*, annulée par la CoRe, DPC 1999/4, p. 618 ; Secrétariat Comco, DPC 2001/1, p. 73, *xDSL-Dienste der Swisscom*). Lorsque, dans le cadre d'une enquête préalable ouverte selon la LCart, la Comco considère qu'une question relève de la compétence décisionnelle de la ComCom, elle clôt la procédure, faute de pouvoir statuer sur ce point. Ainsi, le dégroupage de la boucle locale étant assimilé, tant par le Secrétariat de la Comco que par la ComCom, à une question relevant de l'interconnexion, l'enquête préalable de la Comco sur ce point a été close (l'enquête pourrait toutefois être réouverte si le dégroupage ne devait en définitive pas relever de l'interconnexion : Secrétariat Comco, DPC 2001/1, p. 73, *xDSL-Dienste der Swisscom*). Dans l'affaire *Switch/Switchplus*, le Secrétariat Comco a laissé ouverte la question de savoir si les règles spéciales (art. 28 LTC ; art. 14 ss Ordonnance du 6 octobre 1997 sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications [ORAT], RS 784.104 ; Ordonnance du 9 décembre 1997 de l'Office fédéral de la communication sur les services de télécommunication et les ressources d'adressage, RS 784.101.113) constituent des prescriptions qui excluent l'application de la LCart aux services offerts par Switch, faute d'indices suffisants d'un abus de position dominante (Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*, ch. 24-26). Dans la même affaire, l'OFCOM a adopté une décision qui oblige Switch, en tant que registre, à ne plus privilégier sans raison sa filiale switchplus par rapport à ses autres partenaires grossistes, comme elle l'a fait notamment en affichant sur son site <www.switch.ch> uniquement de la publicité pour switchplus. En tant que registre chargé de gérer et délivrer les noms de domaine avec l'extension.ch, Switch assure une tâche publique et doit à ce titre respecter le droit fondamental à l'égalité de traitement des concurrents directs. L'interdiction de discrimina-

tion qui en découle peut avoir une portée différente de celle prévue à l'art. 7 II/b LCart. En outre, afin d'éviter tout subventionnement croisé non autorisé de Switchplus, l'OFCOM a imposé à Switch d'établir une comptabilité séparée pour les prestations fournies à switchplus (décision de l'OFCOM du 11.04.2011, disponible sur <<http://www.bakom.admin.ch>>; décision confirmée par TAF, arrêt du 13.02.2012, A-3073/2011).

Dans le secteur de la **radio et de la télévision**, les autorités de concurrence peuvent mener des enquêtes préalables et des enquêtes (Comco, DPC 2002/4, p. 567, *Teleclub AG vs Cablecom GmbH*, décision sur mesures provisoires annulées par le TF, DPC 2003/4, p. 912). Elles peuvent également soumettre des avis notamment dans le cadre de l'octroi de concessions TV (Comco, DPC 2011/3, p. 453, *Gutachten der Wettbewerbskommission vom 28 Februar 2011 gemäss Art. 47 KG und Art. 74 Abs. 2 RTVG betreffend Neubeurteilung Konzessionsentscheid TV Gebiet Ostschweiz*). **40**

Dans le secteur **postal**, le Secrétariat de la Comco a considéré que La Poste commettait une discrimination abusive en livrant les données relatives à l'actualisation des adresses exclusivement à sa filiale DCL, à l'exclusion de toute entreprise tierce. Toutefois, dès lors que cette discrimination allait être supprimée par l'entrée en vigueur prochaine de la Loi fédérale sur la poste (LPO, RS 783.0, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1998), aucune enquête n'a été ouverte (Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 138, *Post PTT – Adressaktualisierungen*). Quant à la politique d'homologation de La Poste en matière de machines à affranchir le courrier, le Secrétariat de la Comco a considéré qu'elle ne discriminait pas abusivement les nouveaux offreurs, car tout appareil remplissant des critères objectifs pré-définis pouvait être approuvé (Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 545, *Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen*, ch. 13-15). **41**

Lorsque, dans un **secteur partiellement libéralisé**, une entité étatique comme **Météo-Suisse** agit pour une partie de ses activités selon un régime de marché ou de prix de caractère étatique, alors que le reste de ses activités est soumis à un régime de droit privé, la LCart s'applique aux activités soumises à concurrence. MétéoSuisse constitue une entreprise au sens de l'art. 2 LCart. Toutefois, il est nécessaire que l'entité soit dotée d'une personnalité juridique propre pour mener ses activités soumises à concurrence, car la Comco ne peut pas prendre de décision à l'encontre d'une simple subdivision de l'administration fédérale, mais seulement lui adresser des avis et recommandations selon les art. 45 ss LCart (ATF 127 II 32, c. 3d et f, annulant la décision la CoRe, DPC 2000/3, p. 461 ; cf. LCart 4 II N37). La réglementation bernoise qui confère à un établissement public (GVB) un monopole pour l'assurance des bâtiments contre le feu et les dégâts naturels exclut l'application des règles de concurrence selon l'art. 3 I/b LCart. Tel n'est en revanche pas le cas pour les **assurances complémentaires des bâtiments**, qui sont offertes par une filiale de GVB en concurrence avec des assureurs privés. Le risque d'un abus de position dominante a été résolu par plusieurs engagements de GVB concernant notamment la composition du conseil d'administration et de la direction de ses filiales, la mise à disposition non discriminatoire de données aussi bien à ses filiales qu'aux assureurs privés concurrents, la renonciation à des pratiques de *tying* ou à des actions publicitaires communes avec ses filiales, ainsi que les prêts de GVB à ses filiales (Secrétariat Comco, DPC 2011/4, p. 483, *Gebäudeversicherung Bern [GVB]*). En raison du contrôle exercé par le canton (de Lucerne), les hôpitaux publics et les hôpitaux subventionnés par l'Etat ne disposent d'aucune indépendance économique lorsqu'ils négocient avec les assureurs-maladie des conventions tarifaires dans le secteur des **assurances complémentaires** **42**

d'hospitalisation. Il en découle que le canton a une position semblable à celle d'un consortium qui constitue, comme tel, une entreprise au sens de l'art. 2 LCart, dont le comportement est soumis à la LCart. En revanche, la loi sur les cartels ne s'applique pas aux relations internes au groupe, à savoir aux relations entre les hôpitaux publics ou subventionnés. La Comco a constaté que le groupe ainsi formé par tous les hôpitaux publics et tous les hôpitaux subventionnés par l'Etat dans le canton de Lucerne se trouvent dans une position dominante et disposent d'un fort pouvoir de négociation vis-à-vis des assureurs-maladie sur le marché des assurances complémentaires pour les hospitalisations semi-privées et privées. Il en découle qu'il peut être efficient et ainsi autorisé par le droit de la concurrence que les assureurs-maladie forment un contre-pouvoir afin de négocier les conventions tarifaires de manière groupée avec ces hôpitaux, eu égard au cadre légal alors en vigueur en matière de financement hospitalier et de liste des hôpitaux (Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Zürich*; DPC 2006/3, p. 513, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*). La **mensuration officielle** est régie par des dispositions de droit public qui excluent la concurrence selon l'art. 3 I LCart. Dans les cantons où la mensuration officielle (MO) est déléguée à des géomètres-ingénieurs privés, ceux-ci exercent parallèlement une activité officielle pour la MO et une activité commerciale privée. La Comco a adopté des recommandations au titre de l'art. 45 LCart à l'intention des cantons concernés, afin de remédier à l'important potentiel de distorsion de concurrence résultant du mélange d'activités officielles et privées (Comco, DPC 2006/1, p. 189, *Distorsions de la concurrence dans la mise à jour de la mensuration officielle*).

- 43** Dans le secteur du **rail**, l'ordonnance sur l'accès au réseau ferroviaire (OARF, RS 742.122) réserve aux gestionnaires de l'infrastructure certains services directement liés à l'accès à l'infrastructure (art. 21-22 OARF, p. ex. l'utilisation du sillon, le captage d'énergie à partir du fil de contact, la mise à disposition du quai de gare, le triage), alors que d'autres prestations de services peuvent être aussi achetées à des prix librement négociés auprès d'entreprises tierces (art. 23 OARF, p. ex. l'utilisation des locomotives et du personnel de triage). La Comco a ouvert une enquête à l'encontre des Chemins de fer fédéraux (CFF) en relation avec cette dernière catégorie de services libéralisés, en raison d'une pratique de jumelage (art. 7 III/f LCart) par laquelle les CFF n'offraient que de manière liée diverses prestations de service en gare. Cette pratique empêchait l'entreprise Lokoop, active dans le transport de colis pour La Poste dans la région de Saint-Gall et la vallée du Rhin, d'accomplir elle-même certaines de ces prestations ou de les faire accomplir par un tiers. L'enquête a été clôturée suite à une adaptation du comportement en cause (Comco, DPC 2002/1, p. 72, *Lokoop AG vs. SBB AG*). En revanche, les CFF ne disposent pas d'une position dominante sur le marché des voyages pour groupes, en raison de la présence d'un concurrent disposant d'une part de marché égale et dont les CFF tiennent compte pour fixer leurs prix (Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 10, *SBB-Gruppenreiseverkehr*, ch. 8, 20-22).
- 44** Dans le secteur de l'**électricité**, la Comco a considéré qu'elle était compétente pour constater un refus abusif d'entretenir des relations commerciales par un exploitant de réseau électrique disposant d'un monopole. La Comco a décidé que les Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) ont abusé de leur monopole régional en refusant de laisser transiter sur leur réseau du courant du groupe Watt, courant destiné à approvisionner en électricité des clients de ce groupe, les entreprises de la Migros. Même si la Loi sur le marché de l'électricité du 15 décembre 2000 (LME, FF 2000 5761), contre laquelle un referendum avait abouti, prévoyait d'attribuer à une Commission fédérale d'arbitrage la compétence

exclusive de statuer sur les litiges en matière d'obligation d'acheminement non discriminatoire de l'électricité par l'exploitant d'un réseau ou sur les litiges concernant la rétribution de cet acheminement, la Comco restait compétente tant que la LME n'était pas entrée en vigueur (Secrétariat Comco, DPC 2000, p. 153, *Watt/Migros – EEF*; Comco, DPC 2001, p. 255, *Watt/Migros – EEF*; PALASTHY, Verweigerung). Le Tribunal fédéral a confirmé sur recours cette décision (ATF 129 II 497). Dans une affaire jumelle *Elektra Baselland* (Secrétariat Comco, DPC 2000/4, p. 561, *Watt/Migros – EBL*; Comco, DPC 2001/2, p. 293, *Watt/Migros – EBL*; CoRe, DPC 2002/4, p. 648; Comco, DPC 2007/1, p. 64, *Axpo/Migros – EBL*), le Tribunal fédéral a jugé que le fait que la restriction de concurrence découle d'une mesure étatique n'implique pas une exclusion du champ d'application de la LCart, mais une inapplicabilité de la LCart. La conséquence juridique est de soustraire le comportement de l'entreprise aux règles matérielles de la LCart (art. 5-7 et 30 LCart), de sorte que la Comco n'est plus compétente pour rendre une décision à l'encontre de l'entreprise sur la base des art. 29-30 LCart, ni pour procéder à une enquête selon l'art. 27 LCart sur le caractère éventuellement anticoncurrentiel du comportement ou de l'accord. La Comco peut adopter une recommandation, comme pour toute restriction de droit public, sur la base de l'art. 45 LCart (TF, DPC 2003/3, p. 695, c. 4.1.2). Si l'entreprise concernée en fait la demande à temps, de manière suffisamment argumentée et prouvée et non manifestement mal fondée, elle a droit à une décision partielle séparée sur la question de l'applicabilité de la LCart et de la compétence de la Comco au titre de l'art. 3 I LCart. Si en revanche la compétence de la Comco n'est contestée qu'à la fin de l'enquête et alors qu'un projet de décision finale est déjà préparé, l'entreprise n'a pas de droit à une décision séparée, et la question de l'art. 3 LCart est tranchée simultanément à la décision au fond (TF, DPC 2003/3, p. 695, c. 5.2.3). Suite à la décision de principe du Tribunal fédéral dans l'affaire EEF, le Secrétariat de la Comco a encore mené plusieurs enquêtes préalables dans le secteur de l'électricité (Secrétariat Comco, DPC 2006/3, p. 457, *Youility*; Comco, DPC 2006/2, p. 227, *Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG [ehemals Axpo AG], des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG [ehemals Axpo AG], des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG [ehemals Axpo AG], der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG [ehemals Axpo AG]*; Secrétariat Comco, DPC 2007/3, p. 353, *NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR*). Suite au rejet de la LME en votation populaire, le Parlement a adopté la Loi sur l'approvisionnement en électricité, qui contient des prescriptions spéciales sur le droit d'accès au réseau et sur le niveau de la rétribution de l'utilisation du réseau et qui réserve au régulateur sectoriel ElCom la compétence de trancher sur ces litiges (art. 13 LApEl, RS 734.7). Il s'agit d'une réglementation spéciale qui ne laisse aucune place pour une application de la Loi sur les cartels (art. 3 I LCart). La Comco peut fournir des conseils à l'ELCom, comme elle l'a fait pour ce qui concerne le système de prix maximal (*price cap*) mis en place par Swissgrid SA pour l'achat d'énergie de réglage (Comco, DPC 2010/1, *Rapport annuel 2009*, p. 24) Dans les autres domaines de l'industrie électrique, la LCart reste en revanche entièrement applicable (accords restrictifs de concurrence, abus de position dominante et concentration d'entreprises) et la Comco ou son Secrétariat peut lancer comme auparavant des procédures contre des entreprises ou examiner des projets de fusion soumis à l'obligation de notifier (Mess-LApEl, p. 1535 et 1560).

Dans le secteur de l'**énergie**, la Comco a constaté que la fonction de puissance publique exercée par la commune de Rothenburg comme autorité octroyant les autorisations de construire était *de facto* inséparable de son activité économique comme distributeur de

45

gaz naturel. En effet, la commune assujettissait les autorisations de construire sur son territoire à la recommandation ou même à la condition que le bâtiment soit relié au réseau de gaz naturel distribué par un service communal. La commune, dans son activité d'autorité délivrant les autorisations de construire, était en mesure de restreindre ou de supprimer le choix par les futurs propriétaires d'immeubles de leur fournisseur d'énergie calorifique, et pouvait ainsi influencer – en la favorisant – l'activité économique de son service de distribution du gaz naturel (Comco, DPC 1998/3, p. 425, *Gasversorgung Rothenburg* où la Comco prend une décision de constatation d'assujettissement à la LCart et ordonne au Secrétariat d'ouvrir une enquête préalable).

c) Marchés publics

- 46** En matière de **restrictions de droit public à la concurrence**, la Comco ne dispose, d'une part, d'une compétence de surveillance non contraignante (art. 45-47 LCart et art. 8-10 LMI). (Mess-LCart, p. 529 ; Mess-LMI, p. 1252 et 1256 ; CLERC, Marchés, p. 462-470 ; ZWALD, BGBM, N 141 ; ZÄCH, Rolle, p. 66-82 ; cf. LMI 5 N 45-49 ainsi que LMI 8 et 10) et, d'autre part, d'un droit de recours basé sur l'art. 9 II^{bis} LMI. Les **recommandations** sont adressées aux autorités afin de promouvoir la concurrence efficace en matière de marchés publics. Elles concernent soit l'élaboration (*de lege ferenda*) de nouvelles prescriptions, soit l'application de prescriptions existantes (art. 45 II LCart et art. 8 LMI ; cf. LMI 5 N 46). De telles recommandations ont été émises concernant l'application de la LMI aux marchés publics communaux (note d'information de la Comco, du 15 avril 1999, DPC 1999/2, p. 308-315), les contrats de bail à ferme pour la publicité extérieure (recommandations Comco du 17 mai 1999 basées sur l'art. 8 LMI, DPC 1999/2, p. 260-281 ; recommandations Comco du 6 mars 2000 basées sur l'art. 45 II LCart, DPC 2000/1, p. 94-96), les marchés de ciment et béton pour la réalisation des NLFA (recommandation Comco du 18 juin 2007 basée sur l'art. 45 II LCart, DPC 2007/4, p. 489-494), la protection juridictionnelle en matière de marchés publics passés par armasuisse (Comco, DPC 2008/2, p. 356-357, *Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse*). Les **préavis** portent sur des projets d'actes normatifs susceptibles d'influencer la concurrence (art. 46 I et II LCart et art. 8 II LMI ; cf. LMI 5 N 47 ; p. ex., Comco, préavis sur le projet de révision de l'AIMP ; DPC 2000/2, p. 270 ss ; un projet de loi genevoise, DPC 2004/4, p. 1180-1187 ; le projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics, Rapport annuel 2008 de la Comco, DPC 2009/1, p. 25). La Comco peut aussi donner un **avis** sur un cas d'espèce, à la demande d'une autorité administrative ou judiciaire (art. 47 et art. 15 I LCart et art. 10 LMI ; cf. LMI 5 N 48). L'art. 9 II^{bis} LMI confère à la Comco un **droit de recours** (*Behördenbeschwerde*) pour faire constater qu'une décision (cantonale ou communale) restreint indûment l'accès au marché, notamment en matière de passation de marchés publics (art. 3 et 5 LMI) ou de concession de monopole (art. 2 VII LMI), tout en limitant les conclusions de cette autorité à la seule constatation de la violation de la LMI (cf. LMI 5, N 49 ; cf. LMI 9, N 91-93, 101, 135).
- 47** La Comco ne peut prendre de **décisions** qu'à propos de **restrictions de droit privé** à la concurrence (cf. LMI 5 N 50-54). Les restrictions de droit privé en matière de marchés publics peuvent être essentiellement de deux ordres.

a) D'une part, les soumissionnaires peuvent former entre eux un cartel portant sur une entente horizontale sur les prix, une répartition des marchés ou des partenaires commerciaux (cf. LMI 5, N 52-54 ; cf. LCart 5 III ; BOVET, Marchés publics, p. 377 ss). Il est difficile de lutter contre les accords en matière de soumission, car ils n'existent souvent que le temps

de la procédure de passation du marché en cause (Comco, DPC 1999/4, p. 567, *Rapport annuel 1999 de la Comco*). Le Secrétariat de la Comco a ainsi organisé une mise au concours en collaboration avec l'Office fédéral de l'agriculture, de manière à éviter l'émergence d'un cartel de soumission (Secrétariat Comco, DPC 1999/4, p. 601, *Zusammenarbeit mit Bundesamt für Landwirtschaft bei Versteigerung von Zollkontingenten*). L'introduction du programme de clémence (art. 49a II LCart) facilite quelque peu la détection et la poursuite de tels cartels, en incitant les entreprises participantes à en dénoncer l'existence, en échange d'une immunité ou d'une réduction des amendes. La Comco a déclaré illicite et/ou a sanctionné plusieurs accords de soumissions (Comco, DPC 2000/4, p. 588, *Markt für Strassenbeläge*; DPC 2001/1, p. 110, *Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage [CGE]*; Secrétariat Comco, DPC 2005/4, p. 605, *Clauses d'architecte ou d'entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève*; Comco, DPC 2007/3, p. 415, *Neue Eisenbahn-Alpentransversale [NEAT]*; Comco, DPC 2007/3, p. 489, *Beschaffung von Zement und Beton für Grossprojekte, beruhend auf den Erfahrungen bei der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale [NEAT]*; DPC 2008/1, p. 50, *Pavimentazioni stradali in Ticino*, décision confirmée sur le fond et sur le principe de publication de la décision de la Comco par jugements du TAF, DPC 2008/2, p. 358, DPC 2010/2, p. 368 et DPC 2010/2, p. 393; Comco, DPC 2009/4, p. 339, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB]*; Comco, rapport annuel 2007 de la Comco, DPC 2008/1, p. 22; CoRe, DPC 2005/4, p. 704; TF, DPC 2005/3, p. 580; CoRe, DPC 2005/1, p. 183; Comco, DPC 2002/1, p. 130, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB]*; DPC 2009/3, p. 196, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; sur la décision imposant une amende aux entreprises parties au cartel de soumission dans le domaine de la construction des routes et du génie civil dans les canton d'Argovie, voir le communiqué de presse de la Comco du 12.01.2012). Dans le cadre d'un accord amiable proposé par le Secrétariat de la Comco, la Société Suisse des Entrepreneurs (SSE) a abrogé en 2002 plusieurs clauses de son règlement sur les offres (*Angebotswesen*), tout en maintenant des clauses comme l'obligation pour les membres de communiquer immédiatement à la SSE leur intention de participer à un appel d'offres déterminé (*Meldesystem*) ou la possibilité d'organiser des réunions entre soumissionnaires à un marché déterminé (cf. LMI 5 N 53 et [Secrétariat Comco, DPC 2003/4, p. 726, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes*]). Les cartels de soumissionnaires sont aussi soumis simultanément à diverses sanctions, directes et indirectes, propres au droit des marchés publics [pour les marchés fédéraux : art. 11/e LMP ; art. 30 II/b et art. 13 I/b OMP ; art. 24 Org-OMP ; pour les marchés cantonaux et communaux : § 27/e, § 36 I/b-c, § 9 I/b, § 38 des Directives AIMP]. Ainsi, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics a appliqué directement les dispositions de la LCart pour annuler une adjudication à un soumissionnaire qui avait conclu un accord restrictif de concurrence avec un autre soumissionnaire (JAAC 2000/64 n° 29, c. 3).

b) D'autre part, un pouvoir adjudicateur peut abuser de sa position dominante dans ses relations avec les soumissionnaires, ou participer à un cartel de soumissionnaires en encourageant la formation ou en renforçant les effets (cf. LMI 50, N 51). Selon la pratique suivie jusqu'ici par le Secrétariat de la Comco, un **pouvoir adjudicateur** assujéti à une réglementation sur les marchés publics pourrait simultanément être qualifié d'**entreprise** (de droit privé ou public ; art. 2 I et I^{bis} LCart) soumise à la LCart et, le cas échéant, **abuser** à ce second titre d'une éventuelle position dominante, notamment par le biais des conditions générales, échelles de tarif et contrats-types (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER,

Beschaffungswesen, p. 22 et 36-38), ou en raison d'éventuelles irrégularités durant la procédure de passation du marché, ou du fait d'une attribution directe du marché en l'absence d'un appel d'offres. Tel n'est en revanche pas le cas en droit de l'Union, qui ne dissocie pas l'activité d'achat du produit de l'utilisation ultérieure qui en est faite aux fins d'apprécier la nature de celle-ci ; c'est l'utilisation ultérieure du produit acheté qui détermine nécessairement si l'activité d'achat constitue ou non une activité économique, et par conséquent si l'entité acheteuse constitue ou non une entreprise (CJCE, arrêt *FENIN c/ Commission* du 11.07.2006, aff. C-205/03 P, Rec. 2006, p. I-6295, pts 25-27). La portée pratique d'une application de l'art. 7 LCart aux pouvoirs adjudicateurs agissant comme tels dans le cadre d'un marché public nous paraît, au mieux, ténue. Les cas d'application concernent d'abord l'octroi de concessions d'affichage sur le domaine public, qui relèvent désormais de la disposition spéciale de l'art. 2 VII LMI (Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 132, *Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève* ; DPC 2003/1, p. 75, *Plakatierung in der Stadt Luzern*). Quant aux cas relatifs à des irrégularités dans le cadre de la procédure de passation de marchés publics, ils se heurtent à la difficulté d'établir une position dominante du pouvoir adjudicateur, dans la mesure où les soumissionnaires disposent le plus souvent d'autres débouchés, en particulier suite à l'ouverture des marchés publics sur le plan suisse et international. Ainsi, le Secrétariat de la Comco a clos sans suite une enquête préalable ouverte contre armasuisse, au motif que ce pouvoir adjudicateur ne disposait pas d'une position dominante sur le marché mondial de l'achat d'hélicoptères de formation et de transports légers (Secrétariat Comco, DPC 2007/4, p. 517, *Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern [LTSH] durch armasuisse*). En revanche, la Comco a adressé des recommandations au Conseil fédéral, basées sur l'art. 45 II LCart, afin d'améliorer la protection juridictionnelle des marchés passés par armasuisse (Comco, DPC 2008/2, p. 356 s., *Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse*). A notre avis, l'éventuel abus de position dominante d'un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la passation d'un marché se confond avec la violation de la réglementation sur les marchés publics, de sorte que l'art. 7 LCart n'a pas de portée propre par rapport à ces règles spéciales.

- 48 L'Accord bilatéral sur les marchés publics (Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS 0.172.052.68, Accord MP ; cf LMI 5 N 28) ainsi que l'Annexe R de la Convention AELE prévoient que les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications qui tombent dans le champ d'application de ces accords peuvent être **exemptées du respect des règles de passation des marchés** qui y sont prévues lorsque la concurrence efficace existe dans le secteur en cause, *i.e.* lorsque (i) d'autres entités sont libres d'offrir (ii) les mêmes services (iii) dans la même aire géographique (iv) à des conditions substantiellement identiques (art. 3 § 5 Accord MP ; art. 37 Convention AELE et art 3 Annexe R à la Convention AELE ; art. 2b OMP). Une ordonnance du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) règle la procédure d'exemption d'un pouvoir adjudicateur actif dans les secteurs EETT du droit des marchés publics (Ordonnance du DETEC du 18.11.2002 sur l'exemption du droit des marchés publics, RS 172.056.111). Lorsqu'il est saisi d'une demande d'exemption, le DETEC consulte la Comco qui rend une expertise sur l'état de la concurrence dans le marché en cause (art. 3 de l'Ordonnance du DETEC). La décision du DETEC quant à l'exemption d'un secteur de la réglementation sur les marchés publics, basée sur l'avis de la Comco, fait l'objet d'une publication sommaire dans la Feuille fédérale. Elle peut faire l'objet d'un recours auprès du TAF par tout soumission-

naire potentiel, *i.e.* par tout concurrent (art. 5 de l'Ordonnance du DETEC). Une telle exemption a été accordée dans le secteur des télécommunications et dans celui du transport de marchandises par le rail (Annexe à l'Ordonnance du DETEC ; FF 2002 3916 ; FF 2007 5769).

2. Droit de l'Union européenne

L'art. 7 LCart est largement **calqué** sur la pratique résultant de l'**art. 102 TFUE** avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam) et ne devrait pas faire l'objet de divergences notables d'interprétation (TERCIER/VENTURI, Ententes, p. 85). De même, la liste exemplative des pratiques abusives d'entreprises dominant le marché prévue à l'art. 7 II LCart, qui se base tout d'abord sur l'art. 6 II aLCart-1985, a été enrichie des apports du droit européen de la concurrence, à savoir l'art. 102 TFUE et la jurisprudence y relative (Mess-LCart, p. 476, 532 et 565 ; BO CN 1995 1057 ; BO CE 1995 858). Pour les Etats parties à l'accord EEE, l'art. 54 de cet accord reprend le texte de l'art. 102 TFUE. La **pratique de la Comco** relative à l'art. 7 LCart suit généralement celle du droit de l'Union européenne en matière d'abus de position dominante selon l'art. 102 TFUE (Comco, DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk*, ch. 266 note de bas de page 150 ; DPC 2010/1, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 205-211 ; DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 303, 352, 408 et note de bas de page 396), et se réfère aussi comme source d'inspiration aux Orientations de la Commission en matière d'application de l'art. 102 TFUE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (Orientations UE Art. 82 TCE ; voir p. ex. Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 300, 332, 351, 352, 408). En revanche, le **Tribunal fédéral** a adopté dans l'arrêt *Terminierung Mobilfunk* une approche plus restrictive et basée sur une analyse au cas par cas de la relation entre l'art. 7 LCart et l'art. 102 TFUE (ATF 137 II 199, c. 4.3 concernant la condition « le fait d'imposer » prévue par l'art. 7 II/c LCart). A un parallélisme de principe, général et *a priori*, entre l'art. 7 LCart et l'art. 102 TFUE, le Tribunal fédéral a préféré une « relativisation » de l'eurocompatibilité de l'art. 7 LCart (ATF 137 II 199, c. 4.3.2). Selon le Tribunal fédéral, il n'existe pas d'accord bilatéral qui prévoirait un droit de la concurrence commun à l'UE et à la Suisse et qui aurait pour objet de réaliser un parallélisme de ces deux ordres juridiques. Le droit suisse est, à ses yeux, indépendant de celui de l'UE et doit en principe faire l'objet d'une interprétation autonome. Toutefois, une coordination ou prise en compte du droit de l'Union comme aide à l'interprétation s'impose lorsque cela répond à la volonté du législateur suisse et que les deux réglementations ont un contenu correspondant. Il faut en particulier interpréter de manière euro-compatible des règles de droit suisse qui constituent une reprise autonome du droit de l'Union lorsque le législateur a voulu créer une réglementation parallèle (ATF 137 II 199, c. 4.3.1 ; TF, ZBI 2002, p. 244, c. 9b). Se référant aux travaux préparatoires, le Tribunal fédéral souligne que le droit suisse de la concurrence ne correspond pas entièrement à celui de l'UE (ATF 137 II 199, c. 4.3.2). La révision de la LCart de 1995 n'avait pas en première ligne pour objectif d'en assurer l'euro-compatibilité par une transposition autonome du droit de l'Union européenne, une telle volonté ne ressortant pas du message du Conseil fédéral, ni dans les remarques de fond relatives au projet de loi, ni dans celles relatives à l'abus de position dominante (Mess-LCart, p. 484 s., 500 ss, 520 ss). Néanmoins, le projet de loi suisse s'inspire du droit de la concurrence de l'UE en ce qui concerne les pratiques abusives d'une entreprise en position dominante (Mess-LCart, p. 532 et 621). Toutefois, le message du Conseil fédéral indique que le projet tient compte des modèles du droit de la concurrence de l'Union européenne, sauf lorsque, pour des rai-

sons bien précises (pas d'interdiction générale des cartels en Suisse, contrôle des fusions plus généreux), d'autres solutions ont dû être choisies (Mess-LCart, p. 476). Selon le Tribunal fédéral, l'utilisation du même terme « imposer » à l'art. 7 II/c LCart et à l'art. 102 II/a TFUE ne permet pas de conclure qu'une réglementation identique était nécessairement recherchée. Le message relatif à la novelle de 2003 introduisant les sanctions directes dans la LCart va dans le même sens en indiquant que « [l']eurocompatibilité du droit suisse de la concurrence n'est pas directement visée par le projet de révision. Mais comme les restrictions à la concurrence sont également passibles de sanctions directes dans l'UE, la révision contribue à rapprocher le niveau de protection offert par la législation suisse en matière de concurrence de celui de l'UE. Comme les deux conceptions demeurent différentes (le principe de l'interdiction prévaut dans l'UE, et non celui de l'abus), les éléments du projet sont difficilement comparables à leurs équivalents européens » (Mess-rév.LCart, p. 1938 s. ; ATF 137 II 199, c. 4.3.2).

- 50** A **notre avis**, les travaux préparatoires ne montrent aucune volonté concrète du législateur suisse de faire diverger l'art. 7 LCart de la pratique européenne relative à l'art. 102 TFUE. La LCart adoptée en 1995 tient compte du modèle unioniste, sauf lorsque d'autres solutions ont dû être choisies « pour des raisons bien précises » (Mess-LCart, p. 476). La loi évite ainsi aux entreprises suisses qui sont aussi actives dans l'Union européenne de s'y voir confrontées à des normes de comportements contradictoires (Mess-LCart, p. 476 et 621). Le message du Conseil fédéral en relation avec l'art. 7 LCart (Mess-LCart, p. 564-570) ne mentionne aucune divergence d'avec l'art. 102 TFUE. La liste non exhaustive de l'art. 7 II LCart, qui se base tout d'abord sur l'art. 6 II a LCart, « s'enrichit d'apports du droit européen du droit de la concurrence » (Mess-LCart, p. 565). Les débats parlementaires relatifs à l'art. 7 LCart vont dans le même sens (BO CN 1995 1057 : « *diese Vorschrift entspricht neuesten in – und ausländischen Erfahrungen* » ; BO CE 1995 858 : « *In den Literae a bis f von Absatz 2 werden Beispiele solch unzulässiger Verhaltensweisen aufgezählt. Die Aufzählung entspricht dem europäischen Recht, wie es sich seit Abschluss der Römer Verträge weiterentwickelt hat. Zusätzlich sind noch zwei helvetische Tatbestände enthalten, die im schweizerischen Recht bisher im Vordergrund gestanden haben, nämlich Litera a, die missbräuchliche Lieferverweigerung, und Litera d, die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen* »). Enfin, le message relatif à la novelle de 2003 indique que « [d]ans l'ensemble pourtant, le droit suisse en matière de concurrence correspond bien au droit étranger, notamment à celui de l'UE » (Mess-rév. LCart, p. 1939). L'arrêt *Terminierung Mobilfunk* du Tribunal fédéral (ATF 137 II 199, *supra* N 49) ne se comprend que par le **contexte des relations bilatérales entre la Suisse et l'UE** dans lequel il s'inscrit. Le Tribunal fédéral juge que les accords bilatéraux portent sur des champs d'application partiels des quatre libertés, et non sur une participation pleine et entière de la Suisse au marché intérieur européen. Il en découle que les arrêts de la Cour de justice de l'UE fondés sur des notions ou considérations dépassant ce cadre relativement étroit ne sauraient, sans autre, être transposés dans l'ordre juridique suisse (ATF 130 II 113, c. 6.2 ; ATF 133 V 624 ; ATF 136 II 5). De même, la Cour de justice de l'UE souligne de manière constante qu'un traité international doit être interprété non pas uniquement en fonction des termes dans lesquels il est rédigé, mais également à la lumière de ses objectifs. Or, la Confédération suisse n'a pas adhéré au marché intérieur qui vise à lever tous les obstacles pour créer un espace de liberté de circulation totale analogue à celui offert par un marché national (CJUE, arrêt *Hengartner* du 15.07.2010, aff. C-70/09, Rec. 2010, p. I-7229, pt 36-43 ; CJCE, arrêt *Grimme* du 12.11.2009, aff. C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777, pt 26-29). L'affirmation de principe d'une interprétation autonome

des accords bilatéraux vise à préserver la faculté du Tribunal fédéral de déterminer dans chaque cas d'espèce si et dans quelle mesure il convient de suivre la jurisprudence de la Cour de justice. *A fortiori* le Tribunal fédéral a-t-il exercé une même retenue dans le domaine du droit de la concurrence, où il n'existe pas d'accord bilatéral général prévoyant une reprise par la Suisse du droit de l'Union européenne, sous réserve de l'accord bilatéral sur le transport aérien (art. 8-12 et Annexe de l'Accord du 21.06.1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, RS 0.748.127.192.68) et de la disposition plus limitée de l'art. 23 ALE (Accord du 22.07.1972 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne, RS 0.632.401). Dans l'arrêt *Adams*, le Tribunal fédéral a refusé toute potentialité d'effet direct à l'art. 23 ALE, empêchant ainsi une entreprise ou un particulier de s'en prévaloir devant les tribunaux et réservant l'interprétation de cette disposition aux seuls Etats dans le cadre du comité mixte institué par l'art. 27 ALE (ATF 104 IV 175, c. 2 ; de même pour la jurisprudence de la CJCE, arrêt *Polydor* du 09.02.1982, aff. 270/80, Rec. 1982, p. 329 ; arrêt *Pâte de bois*, aff. jtes 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85, Rec. 1988, p. 5193, pts 29-33). Le refus d'une eurocompatibilité unilatérale de l'art. 7 LCart préserve l'indépendance d'interprétation des autorités suisses de concurrence et des tribunaux ; ce faisant, le Tribunal fédéral évite de concéder d'emblée, sans garantie de réciprocité et sans contrepartie, un élément qui pourrait faire l'objet d'un éventuel futur accord bilatéral. En revanche, il convient de ne pas « sur-interpréter » l'arrêt *Terminierung Mobilfunk* : l'eurocompatibilité relative, plutôt qu'absolue, de l'art. 7 LCart, n'empêche nullement les autorités suisses de concurrence et les tribunaux de s'inspirer de la casuistique européenne relative à l'art. 102 TFUE. Dans l'arrêt *Terminierung Mobilfunk*, le Tribunal fédéral lui-même a justifié la portée propre de la condition du « fait d'imposer » (art. 7 II/c LCart) en se référant à la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle la question de savoir si les pratiques tarifaires d'une entreprise occupant une position dominante constituent une exploitation abusive de cette position doit être déterminée au regard de l'ensemble des circonstances (ATF 137 II 199, c. 4.3.2 et CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publiée, pt 28). De même, la prise en compte par le Tribunal fédéral, dans le cadre de l'application de la Loi sur les cartels aux tarifs de terminaison mobile, de la réglementation sectorielle en matière d'interconnexion prévue par la Loi sur les télécommunications est, en soi, eurocompatible (ATF 137 II 199, c. 5). La Commission européenne a souligné que « dans les affaires relatives à des marchés réglementés, elle tiendra compte de l'environnement réglementaire dans son appréciation » (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 8).

L'art. 3 § 3 TUE précise que l'Union européenne établit un marché intérieur, lequel, conformément au Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence, comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée (art. 51 TUE et JO 2010 C 83/309). L'art. 102 TFUE appartient au nombre des règles de concurrence qui sont nécessaires au fonctionnement dudit **marché intérieur**. De telles règles ont précisément pour objectif d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 20-23). Ainsi, l'art. 102 TFUE doit être interprété comme visant non seulement les pratiques susceptibles de causer un **préjudice immédiat aux consommateurs** (CJCE, arrêt *Sot. Lélou Kai Sia e.a.* du 16.09.2008, aff. C-468/06, Rec. 2008, p. I-7139, pt 68 ; CJUE, arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pt 180), mais également celles qui leur causent un préjudice en portant at-

51

teinte au jeu de la concurrence. Si, en effet, l'art. 102 TFUE n'interdit pas à une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché, et si, à plus forte raison, la constatation de l'existence d'une telle position n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, il n'en reste pas moins que, selon une jurisprudence constante, il incombe à l'entreprise qui détient une telle position une **responsabilité particulière** de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 24 ; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pt 176 ; CJCE, arrêt *France Télécom/Commission* du 02.04.2009, aff. C-202/07 P, Rec. 2009, p. I-2369, pt 105).

- 52 L'art. 102 TFUE ne prohibe que le **comportement abusif** d'une entreprise dominante, et non la simple détention et exercice d'une position dominante : « *not the monopoly can be challenged but its abuse* ». La **définition** de l'abus de position dominante ne figure pas à l'art. 102 TFUE mais résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE : « L'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui, sur un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 27 ; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pt 174 ; CJCE, arrêt *France Télécom/Commission* du 02.04.2009, aff. C-202/07 P, Rec. 2009, p. I-2369, pt 104 ; arrêt *British Airways/Commission* du 15.03.2007, aff. C-95/04 P, Rec. 2007, p. I-2331, pt 66 ; arrêt *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission* du 9.11.1983, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 70 ; arrêt *Hoffmann-La Roche/Commission* du 13.02.1979, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 91).
- 53 L'éventail des pratiques abusives énumérées à l'art. 102/a-d TFUE couvre l'imposition de prix ou autres conditions de transaction non équitables, la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs, l'application à des partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes, ainsi que le fait de lier des opérations n'ayant pas de rapport entre elles. L'**énumération** contenue à l'art. 102 TFUE n'épuise pas plus que celle de l'art. 7 II LCart les modes d'exploitation abusive de position dominante, mais n'en cite que des **exemples** (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 26 ; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pt 173 ; CJCE, arrêt *British Airways/Commission* du 15.03.2007, aff. C-95/04 P, Rec. 2007, p. I-2331, pt 57 ; aff. *Europemballage et Continental Can/Commission* du 21.02.1973, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215, pt 26).
- 54 Dans une communication publiée le 24 février 2009, la Commission européenne a défini ses **priorités dans l'application de l'art. 102 TFUE aux pratiques d'éviction**, en visant en particulier celles qui sont les plus préjudiciables aux consommateurs. Ce faisant, la Commission cherche surtout à préserver le jeu de la concurrence dans le marché intérieur, tout en n'ignorant pas que l'important est de protéger l'exercice d'une concurrence effective et non de protéger simplement les concurrents (Orientations UE Art. 82 TCE, pts 5-6). L'éviction anticoncurrentielle de concurrents actuels ou potentiels de l'entreprise domi-

nante a un **effet préjudiciable sur le bien-être des consommateurs**, que ce soit sous l'effet de prix plus élevés que ceux qui auraient autrement été appliqués ou d'une autre manière, telle que la réduction de la qualité ou la réduction du choix pour les consommateurs (Orientations UE Art. 82 TCE, pts 19-22). La communication de la Commission s'attache à définir les facteurs ou tests permettant d'identifier les pratiques d'éviction les plus courantes, ainsi que les justifications qui peuvent être avancées par les entreprises (nécessité objective et gains d'efficacité; Orientations UE Art. 82 TCE, pts 28-31). Les autres types de pratiques abusives susceptibles d'enfreindre l'art. 102 TFUE, comme l'exploitation directe des consommateurs par l'application de prix excessifs ou les entraves à la réalisation du marché intérieur, ne font pas l'objet de la Communication, mais restent soumises à une application au cas par cas par la Commission (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 7).

L'appréciation du comportement abusif d'une entreprise dominante diffère cependant sur quelques points entre le droit suisse et celui de l'Union européenne. Du fait de sa nature même, l'art. 102 TFUE pose deux conditions supplémentaires, celle que la position dominante existe sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci et celle que le comportement abusif soit susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. Par ailleurs, même si les abus de position dominante selon l'art. 7 LCart, comme ceux visés par l'art. 102 TFUE, ne peuvent faire l'objet d'une exemption *stricto sensu* (*supra* N 7), ils peuvent être autorisés à titre exceptionnel par le Conseil fédéral pour des motifs d'intérêt public à caractère autre qu'économique (cf. art. 8 LCart; *supra* N 8). 55

Bien que l'eurocompatibilité de la réglementation matérielle de l'art. 7 LCart ait été relativisée par le Tribunal fédéral (ATF 137 II 199, c. 4.3, *supra* N 49-50), l'art. 102 TFUE conserve à notre avis un rôle de modèle ou d'inspiration principale dans l'interprétation et l'application de cette disposition. Nous avons dès lors intégré une analyse comparée de la pratique découlant de l'art. 102 TFUE avec celle déduite de l'art. 7 LCart. 56

3. Droit américain

Aux Etats-Unis, l'abus de position dominante est visé essentiellement par la **Section 2 du Sherman Act** qui prohibe la monopolisation (*monopolization*) ainsi que les tentatives de monopolisation (*attempt to monopolize*). La constatation d'une **monopolization** 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]; *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, at 407 [2004]): 57

- 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*).

Une tentative de monopolisation (***attempt to monopolize***) est illicite à trois conditions cumulatives (*Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 456, 113 S. Ct. 884 [1993]): 58

- 1) le plaignant doit démontrer que l'entreprise en cause a adopté un comportement prédateur ou anticompétitif (*defendant has engaged in predatory or anticompetitive conduct with*), et
 - 2) avec l'intention spécifique d'acquérir un pouvoir de monopole (*a specific intent to monopolize and*), et
 - 3) avec une haute probabilité d'obtenir ce pouvoir de monopole (*a dangerous probability of achieving monopoly power*).
- 59 Schématiquement, la première condition relative à la possession d'un pouvoir de monopole selon le Sherman Act § 2 correspond à celle de l'entreprise dominant le marché selon l'art. 4 II LCart, alors que la seconde condition du comportement abusif est le pendant de l'art. 7 LCart. La simple possession d'une importante part de marché n'est pas en soi considérée comme anticoncurrentielle. Elle peut être le résultat de l'efficacité et d'une concurrence intensive, et non de pratiques monopolistiques.
- 60 D'autres règles du droit antitrust américain s'appliquent aussi aux comportements unilatéraux, mais elles ont une importance pratique moindre. Il s'agit d'abord de la **Section 5 du Federal Trade Commission Act** qui prévoit : « *Unfair methods of competition in or affecting commerce ... are hereby declared unlawful* ». Enfin, le **Robinson-Patman Act** interdit les prix discriminatoires qui sont susceptibles de produire des effets anticompétitifs soit sur le marché de l'entreprise lésée, soit sur un marché aval (ELHAUGE/GERADIN, *Competition*, p. 265-267).
- 61 L'application de la Section 2 du Sherman Act a évolué d'une approche initiale « quasi structuraliste » vers une approche « économique » ou « comportementale ». Le droit antitrust américain a longtemps eu pour but de protéger la viabilité des petites et moyennes entreprises et la liberté d'action des commerçants, afin que le pouvoir économique et politique soit réparti largement plutôt que concentré dans les mains de quelques-uns. Toutefois, depuis le milieu des années 1970, priorité a été donnée à la nécessité de garantir l'efficacité économique (*economic efficiency*) et la compétitivité de l'économie américaine (FOX, *Monopolization*, p. 983-985 ; BAKER, *Enforcement*, p. 898-927). L'efficacité économique est mesurée à l'aune du bien-être social total : « *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 Section 2 du Sherman Act est appliquée par les autorités de concurrence et les tribunaux américains avec **plus de retenue que la pratique européenne** correspondante au titre de l'art. 102 TFUE. Le droit antitrust américain veut en priorité éviter les « **faux positifs** » (erreurs de type I), à savoir le risque qu'une sur-application » de la Section 2 du Sherman Act ne conduise à condamner à tort comme abusif un comportement pro-compétitif. Ainsi, la Cour suprême américaine considère que : « *Against the slight benefits of antitrust intervention here, we must weigh a realistic assessment of its costs. Under the best of circumstances, applying the requirements of § 2 < can be difficult > because < the means of illicit exclusion, like the means of legitimate competition, are myriad. > United States v. Microsoft Corp., 346 U.S. App. D.C. 330, 253 F.3d 34, 58 (CADC 2001)] (en banc) (per curiam)]. Mistaken inferences and the resulting false condemnations < are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect. > [Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 594, 89 L. Ed. 2d 538, 106 S. Ct. 1348 (1986)]. The cost of false positives counsels against an undue expansion of § 2 liability » (Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, at 414 [2004]). A l'inverse, la Commission euro-*

péenne et la Cour de justice de l'UE paraissent plus concernés par le risque de « faux négatifs » (erreurs de type II), à savoir le risque qu'une sous-application » de l'art. 102 TFUE amène à ne pas condamner – à tort – un comportement abusif (FOX, Refusals, p. 952 ; SCHWEIZER, Principles, p. 121 ; WHISH/BAILEY, Competition, p. 193 s.). Au surplus, les différences subsistant entre les approches américaine et européenne résultent schématiquement d'une part de l'évolution historique des règles (l'art. 102 TFUE ayant été influencé par la pensée ordo-libérale visant à protéger la liberté économique des concurrents, par des objectifs d'équité [fairness] autant que d'efficacité [efficiency], et par la nécessité de réaliser le marché intérieur où la concurrence n'est pas faussée), et d'autre part des degrés de confiance variables dans la capacité de résilience du marché (le droit de l'Union européenne faisant davantage confiance à une intervention des autorités pour corriger les distorsions de concurrence, plutôt qu'à la capacité d'autocorrection du marché) (GERBER, Conflict, p. 37 ss ; AHLBORN/PADILLA, Fairness, p. 55 ss ; ZIMMER, Objectives, p. 103 ss ; SCHWEIZER, Principles, p. 119 ss ; cf. *infra* N 117).

La simple détention d'un pouvoir de monopole ne constitue pas à elle seule une violation de la Section 2, mais elle en est l'un des deux éléments, le second étant la preuve d'un comportement abusif (*improper conduct*). A ce titre, la jurisprudence antitrust américaine se concentre largement sur les pratiques d'éviction, qui tendent à exclure des concurrents du marché (ELHAUGE/GERADIN, Competition, p. 345). Dans le cas s'apparentant le plus à une approche purement structuraliste, une violation de la Section 2 a été constatée du fait qu'Alcoa avait saisi chaque opportunité d'étendre ses capacités, en anticipant une augmentation de la demande, ainsi qu'en stimulant cette demande par une large promotion de nouveaux usages de l'aluminium et par le maintien d'une faible marge de profit. De plus, le tribunal a placé sur le défendeur, Alcoa, la charge de la preuve de démontrer qu'il avait obtenu son pouvoir de monopole « *through superior skill, foresight, or industry* » et a jugé que le défendeur avait échoué dans cette preuve (*United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, at 431 s. [2^d Cir. 1945]). Depuis le milieu des années septante, les tribunaux admettent une défense des entreprises basée sur des **motifs d'efficacité économique** (*valid business reasons*). Ainsi, Eastman Kodak pouvait légalement commercialiser un nouveau type d'appareil photographique accompagné d'un nouveau type de film, sans être tenu d'aviser préalablement les fabricants concurrents d'appareils photographiques de la taille (plus petite) du nouveau film, même si ces derniers étaient ainsi empêchés d'adapter immédiatement la taille de leurs appareils. Kodak avait le droit de bénéficier de l'avantage compétitif découlant de son intégration verticale et de son invention d'un nouveau produit répondant aux goûts des consommateurs (*Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 [2^d Cir. 1979], cert. denied, 444 U.S. 1093 [1980]). De même, les entreprises dominantes conservent la faculté de pratiquer une politique de prix agressive, même à des prix inférieurs à leurs coûts, car les consommateurs en bénéficient. Il n'y a prix prédatore violant la Section 2 que s'il paraît probable que l'entreprise dominante sera ultérieurement en mesure de récupérer ses pertes en haussant ses prix grâce à l'exploitation de son pouvoir de monopole (*Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 [1986] ; *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 ; 113 S.Ct. 2578 [1993]). Les tribunaux sanctionnent les comportements d'entreprises dominantes qui ont pour but d'exclure les concurrents par des moyens ne résultant pas de leur efficacité ou qui tendent à fermer l'accès au marché (*Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 105 S.Ct. 2847 [1985]). Une violation de la Section 2 du Sherman Act nécessite de démontrer que : « *a defendant's monopoly power rests, not upon « skill, foresight and industry,» [... Alcoa], but upon exclusio-*

nary conduct [... Grinell]. As this Court pointed out in [... Trinko], the « means of illicit exclusion, like the means of legitimate competition, are myriad » (*Pac. Bell Tel. Co. v. Lin- kLine Communs., Inc.*, 129 S. Ct. 1109, at 1124 [2009]).

- 63 Le diagnostic de monopolisation selon la Section 2 repose sur un test en cinq étapes. (1) Il faut d'abord que le comportement du monopoleur ait un **effet anticoncurrentiel** (*anti-competitive effect*), en ce sens qu'il porte atteinte au processus concurrentiel, et est par là préjudiciable aux consommateurs. En revanche, un préjudice causé uniquement à un ou quelques concurrents ne suffit pas (*Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 458, 113 S.Ct. 884 [1993]). (2) Le plaignant (autorité de concurrence ou personne privée) doit ensuite apporter la preuve *prima facie* que le comportement du monopoleur a effectivement un effet anticoncurrentiel. (3) Le monopoleur en cause peut alors démontrer que son comportement est justifié par des considérations pro-concurrentielles (**procompetitive justification**), *i.e.* qu'il s'agit d'une forme de concurrence par les mérites dont il résulte par exemple une plus grande efficacité ou une meilleure utilité pour les consommateurs. (4) Si le monopoleur réussit à apporter la preuve d'une justification pro-concurrentielle, le plaignant peut démontrer, par une **balance** des intérêts similaire à la *rule of reason*, que le préjudice anticoncurrentiel causé par le comportement n'est pas contrebalancé par ses avantages pro-concurrentiels. (5) Enfin, dans la détermination de ce bilan pro- ou anti-concurrentiel, le tribunal se concentre sur l'effet du comportement, et non sur l'intention qui le motivait (voir p. ex., *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 58-59 [D.C. Cir. 2001] ; AREEDA/TURNER/HOVENKAMP, Antitrust, Chapter 6).

II. Comportement abusif (art. 7 I LCart)

A. Introduction

- 64 L'application de l'art. 7 LCart est subordonnée à quatre conditions. Il faut d'abord être en présence d'une ou plusieurs **entreprise(s)** (*Unternehmen ; imprese ; undertakings*) au sens de l'art. 2 I LCart (cf. art. 2 I LCart ; LCart 4 II N33-53). L'art. 7 LCart ne permet de contrôler le comportement d'une entreprise que si celle-ci détient une **position dominante sur le marché** (*Marktbeherrschung ; imprese che dominani il mercato ; dominant position*), selon l'art. 4 II LCart. En conséquence, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer le **marché pertinent** (cf. LCart 4 II N54-86). La troisième phase consiste à examiner si la puissance détenue par l'entreprise sur le marché est assez grande pour atteindre le stade de la **dominance** (LCart 4 II N87-168). Il faut que la concurrence soit déjà affaiblie sur le marché en cause du fait de la présence de l'entreprise dominante. Les abus pratiqués par une entreprise ne détenant pas une position dominante sont généralement sanctionnés par le marché, sans qu'une intervention du droit de la concurrence ne soit nécessaire. Enfin, le comportement de l'entreprise en position dominante doit constituer une **pratique abusive** (*missbräuchliche Verhaltensweisen ; abusive practices*).
- 65 Les trois premières conditions sont commentées extensivement plus avant dans ce commentaire, en relation avec l'art. 2 I et l'art. 4 II LCart. L'analyse de l'art. 7 LCart ne concerne que la notion de « pratiques abusives ».
- 66 L'application de l'art. 7 LCart présuppose l'existence d'un **lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif**. La question de savoir si ce lien constitue un rapport de causalité *stricto sensu*, ainsi que celle de savoir si ce lien doit exister entre la position dominante et le comportement abusif, ou plutôt entre le comportement

abusif et ses effets sur le marché, sont controversées en doctrine (BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 19-21). Le Tribunal fédéral admet l'exigence d'un lien de causalité entre la position dominante et le comportement abusif, mais sans donner à cette condition – généralement remplie – une importance particulière (ATF 137 II 199, c. 4.3.4). Selon la jurisprudence européenne, l'exigence d'un lien est afférente à la **localisation de l'abus** sur les marchés de produits. Elle sert à circonscrire le champ d'application matériel de l'art. 102 TFUE, en ce sens que l'entreprise dominante n'encourt en principe pas de « responsabilité particulière » si le comportement en cause a lieu et produit ses effets sur un marché entièrement distinct du marché dominé (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 83-89). Le comportement abusif d'une entreprise dominante peut avoir pour effet d'entraver ses concurrents actuels ou potentiels soit sur le même **marché dominé**, soit sur un **marché connexe (en amont ou en aval) qui présente un lien de connexité étroit** avec le marché dominé et sur lequel l'entreprise dominante ne dispose pas (encore) d'une position dominante mais où elle est déjà active ou a l'intention d'entrer. Cette seconde constellation est aussi particulièrement visée par l'art. 7 LCart ou l'art. 102 TFUE lorsque le comportement abusif a pour objet, par un effet de levier (*leveraging*), d'affaiblir la concurrence sur le marché en amont ou en aval et de permettre à l'entreprise dominante de renforcer sa position sur ce marché ou même d'y acquérir une position dominante par des moyens autres que ceux fondés sur les mérites (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 85 ss; WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 203-208; VAN BAEL/BELLIS, *Competition*, p. 801 s.; RITTER/BRAUN, *Competition*, p. 422 s.; ROTH/ROSE, *Competition*, N 10.004 et 10.066; Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversions [DCC]*, ch. 301-302). De telles pratiques abusives peuvent notamment consister en un refus de contracter par l'entreprise dominante avec ses concurrents actuels ou potentiels sur le marché situé en amont ou en aval (ATF 129 II 497, c. 6.5.2 et 6.5.3; Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 102-104; DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversions [DCC]*, ch. 306-307, 345-354, 405 s.; DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. 115-130; CJCE, arrêt *IMS Health* du 29.04.2004, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039, pts 40-46; TPI, arrêt *Microsoft c/Commission*, aff. T-201/04 du 17.09.2007, Rec. 2007, p. II-3601, pts 559-564 et 593; Orientations UE Art. 82 TCE, pts 76 et 85), en des conditions commerciales discriminatoires par lesquelles l'entreprise dominante favorise sa propre filiale située en aval au détriment des concurrents de celle-ci (Comco, DPC 1997/2, p. 161, *Telecom PTT/Blue Window*, ch. 40-46; DPC 2004/2, p. 407, *Swisscom ADSL*, ch. 142-159; DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversions [DCC]*, ch. 484-497) ou fausse la concurrence entre ses clients en aval (CJCE, arrêt *British Airways* du 15.03.2007, Rec. 2007, p. I-2331, pts 143-149; arrêt *Kanal 5 et TV 4* du 11.12.2008, aff. C-52/07, Rec. 2008, p. I-9275, pts 44-48), ou en des pratiques de *tying* par lesquelles l'entreprise dominante sur le marché du produit liant oblige ses partenaires commerciaux à lui acheter aussi le produit lié et évince par là-même ses concurrents actifs sur le marché du produit lié (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversions [DCC]*, ch. 505-524; TPI, arrêt *Microsoft c/Commission*, aff. T-201/04 du 17.09.2007, Rec. 2007, p. II-3601, pts 867, 1034-1039, 1041-1047, 1058, 1060-1061; Orientations UE Art. 82 TCE, pt 52). Il faut distinguer le marché sur lequel la position dominante est détenue, le marché sur lequel le comportement abusif se produit et le marché sur lequel les effets du comportement abusif se font sentir. L'abus peut être commis sur le même marché ou sur un marché différent mais connexe de celui sur lequel l'entreprise détient une position dominante. Les deux notions de marché sur lequel l'entreprise est en position

dominante et de marché connexe sur lequel le comportement abusif se produit ne coïncident pas nécessairement (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 83-89 ; CJCE, arrêt *RTT c/GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, Rec. 1991, p. I-5941, pts 18 s. ; WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 205-208 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 78-81). La pratique décisionnelle de la Comco retient aussi qu'un abus peut produire ses effets sur un marché distinct mais connexe du marché dominé, en particulier dans des situations de *leverage* (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 301-304).

67 On peut distinguer cinq hypothèses :

- L'hypothèse classique est celle où le comportement abusif a lieu sur le marché dominé et produit des effets sur le marché dominé (cas le plus fréquent ; p. ex. CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207 ; arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461).
- Un comportement abusif peut avoir lieu sur le marché dominé, mais produire des effets qui se font sentir sur un autre marché. Tel est le cas lorsque l'entreprise dominante abuse de sa position dominante sur un marché en vue d'acquérir une position de puissance sur un marché voisin, mais distinct (voir les pratiques de jumelage selon LCart 7 II/f LCart, ou les cas de refus d'entretenir des relations commerciales selon LCart 7 II/a LCart ; CJCE, arrêt *Commercial Solvents c/Commission*, « Zoja », aff. jtes 6-7/73, Rec. 1974, p. 223, pts 22 et 25 ; arrêt *CBEM c/CLT et IPB*, « Télémarketing », aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261, pts 25-27 ; arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pts 164 s.).
- Un comportement abusif peut se produire sur un autre marché que le marché dominé, mais avoir des effets sur le marché dominé (CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pts 35-45 ; arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/Commission*, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, pts 92-96).
- Dans des circonstances particulières, un comportement peut être qualifié d'abusif, en droit de l'Union européenne, alors même qu'il se produit et a des effets sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise est en position dominante. La condition de l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif n'est normalement pas remplie dans un tel cas. Toutefois, la CJCE a appliqué l'art. 102 TFUE à des comportements d'une entreprise dominante qui sont localisés sur un marché distinct du marché dominé, pour autant que l'entreprise en cause dispose d'une prééminence sur le marché distinct et que ce **marché soit uni par des liens de connexité étroits avec le marché dominé**. Du fait de cette prééminence et de cette connexité, l'entreprise peut manifester sur le marché distinct une indépendance de comportement par rapport aux autres opérateurs présents, indépendance lui conférant, sans qu'il faille établir qu'elle y détient une position dominante, une responsabilité particulière dans le maintien d'une concurrence effective et non faussée (p. ex. position quasi monopolistique de Tetra Pak sur les marchés aseptiques et position prééminente sur les marchés non aseptiques ; connexité des marchés résultant de l'identité des produits clés qui servent au conditionnement des cartons tant aseptiques que non aseptiques, du comportement des producteurs, qui opèrent sur les deux marchés simultanément ainsi que du comportement des utilisateurs ; TPI, arrêt *Tetra Pak II c/Commission*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pts 116-122, confirmé par la CJCE, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pts 25-31). La Cour a aussi admis l'existence d'un tel lien lorsqu'une entreprise verticalement intégrée en position dominante sur le marché en amont des prestations de gros met en place une pratique de compression des marges de ses

- concurrents sur le marché de détail en aval portant sur les connexions à haut débit aux clients finals. De tels comportements sont en effet susceptibles, en raison notamment de liens étroits entre les marchés concernés, d'avoir pour effet d'affaiblir la concurrence sur le marché en aval. Au demeurant, dans une telle situation, et en l'absence de toute autre justification économique objective, de tels comportements ne peuvent s'expliquer que par l'intention de l'entreprise dominante d'empêcher le développement de la concurrence sur le marché aval et de renforcer sa position, ou même de conquérir une position dominante sur celui-ci par le recours à des moyens différents de ses mérites propres (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 87-89).
- En matière d'abus de position dominante collective, la jurisprudence européenne est plus exigeante quant au lien de causalité : seules les pratiques qui sont en relation avec la position dominante collective sont susceptibles d'être sanctionnées. Les liens ou facteurs de corrélation économique existant entre les entreprises doivent être **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 et des consommateurs (CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge de transports SA e.a. c/Commission*, aff. jtes C-395 et C-396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pts 41-44 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 81). En revanche, il n'est pas nécessaire que toutes les entreprises collectivement dominantes abusent de leur position. L'art. 102 TFUE peut s'appliquer au comportement d'une seule d'entre elles (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 ; TEMPLE LANG, Article 82 EC, p. 81 s. ; voir aussi LCart 4 II N 161). [■■■ arrêts européens, parfois la date manque]

B. Admissibilité de principe de l'exercice d'une position dominante

Il n'appartient pas à la politique de la concurrence d'éliminer toutes les prétendues « imperfections » des mécanismes du marché. Les monopoles temporaires engendrés par des prestations particulièrement performantes et les déséquilibres dus à d'autres facteurs constituent des phénomènes tout à fait caractéristiques des processus concurrentiels (Mess-LCart, p. 515). La position dominante sur le marché est acceptable aussi longtemps qu'elle résulte de pratiques particulièrement performantes d'une entreprise et que la concurrence est capable de l'entamer. L'art. 7 LCart introduit un contrôle de comportement : l'entreprise qui détient une position dominante peut en user, mais sans en abuser. En d'autres termes, il n'est pas défendu d'être un géant, mais uniquement d'abuser de sa taille. La taille d'une entreprise en tant que telle n'a rien de condamnable aussi longtemps que l'entreprise ne l'utilise pas pour supprimer la concurrence. Ce n'est pas la détention d'une position dominante, mais uniquement l'abus éventuel de cette position dominante qui est condamné par le droit de la concurrence (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversions [DCC]*, ch. 296 ; DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 172 ; DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 97 ; DPC 1997/4, p. 429, *Rapport annuel 1997 de la Comco*).

Une entreprise dominant le marché dispose du droit d'**exercer** librement une activité économique, en dépit du fait que ses pratiques soient tout à fait à même d'éliminer la concurrence efficace (Mess-LCart, p. 516). Les entreprises doivent pouvoir accéder à une position dominante grâce à leur succès économique et à leur croissance interne. Il

s'agit là d'un ressort essentiel motivant les entreprises à produire de manière efficace. La concurrence n'est en définitive qu'une lutte pour des parts de marché. Les efforts consentis pour acquérir, conserver ou augmenter ces parts de marché ne sauraient donc être par nature illicites (ATF 129 II 497, c. 6.5.1 ; Mess-LCart, p. 564 ; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Wettbewerbsrecht, N 1512 ; RITTER/BRAUN, Competition, p. 417 s.).

- 70 S'il n'est pas interdit à une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, une position dominante sur un marché, et si, à plus forte raison, la constatation de l'existence d'une telle position n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée (*bigness is not badness*), il n'en reste pas moins que, selon une jurisprudence constante, il incombe à l'entreprise qui détient une telle position une **responsabilité particulière** de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publiée, pt 24 ; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publiée, pt 176 ; CJCE, arrêt *France Télécom/Commission* du 02.04.2009, aff. C-202/07 P, Rec. 2009, p. I-2369, pt 105 ; arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 57 ; arrêt *Compagnie maritime belge transports*, aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pt 60 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 800 s. ; RITTER/BRAUN, Competition, p. 418 s. et 422 s. ; BORER, KG, Art. 7 N 1). Cette responsabilité implique que l'entreprise dominante ne peut plus recourir à certaines pratiques commerciales qui seraient admises si elles étaient le fait d'une entreprise « normale » (*infra* N 81 s.). S'il est exact que l'existence d'une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de **préserv**er ses **propres intérêts commerciaux**, lorsque ceux-ci sont attaqués, et qu'il faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge approprié en vue de protéger lesdits intérêts ; on ne peut admettre de tels comportements lorsqu'ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser. Dans ce contexte, il convient donc de rechercher si le détenteur de cette position a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages de transactions qu'il n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace (CJCE, arrêt *Kanal 5 et TV 4* du 11.12.2008, aff. C-52/07, Rec. 2008, p. I-9275, pts 26 s. ; arrêt *Sot. Léllos Kai Sia e.a.* du 16.09.2008, aff. C-468/06, Rec. 2008, p. I-7139, pt 50 ; arrêt *United Brands* du 14.02.1978, 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 189 et 249 ; RITTER/BRAUN, Competition, p. 419). L'interdiction des pratiques abusives n'a pas pour objet de pousser une entreprise dominante à des comportements inefficaces (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 130). L'art. 7 LCart, comme l'art. 102 TFUE, interdit à une entreprise dominante de renforcer sa position en recourant à des **moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites** (*competition on the merits*) (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 300 ; TPI, arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/Commission*, T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, pt 94 ; CJCE, arrêt *United Brands c/Commission* du 14.02.1978, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 189). Il n'y a pas abus lorsque l'acquisition ou le maintien de la position dominante résulte de la supériorité des prestations fournies par l'entreprise (ZÄCH, Kartellrecht, N 632). Ce sont les méthodes auxquelles une entreprise recourt en vue d'acquérir, de maintenir ou de renforcer sa position dominante qui peuvent être constitutives d'une éviction ou d'une exploitation abusive (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 44). C'est l'effet anticoncurrentiel au moins potentiel de la pratique en cause (éviction de concurrents ou exploitation de la position dominante) qui condamne en définitive celle-ci.

C. Interdiction du comportement abusif

1. En général

a) Notion d'abus

L'art. 7 I LCart constitue une **clause générale**. Une entreprise abuse de sa position dominante à deux conditions cumulatives : **71**

- a) *soit* elle **entrave** l'accès à la concurrence ou son exercice par d'autres entreprises, *soit* elle **exploite** sa position dominante au détriment de ses partenaires commerciaux (le même comportement pouvant présenter simultanément des caractéristiques d'entrave et d'exploitation) *et*
- b) **sans** que son comportement repose sur des **considérations commerciales légitimes** (ATF 129 II 497, c. 6.5.1; TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 11.1; TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 7.1; Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversions [DCC]*, ch. 297 et 407; DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 190 et 325; DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ch. 127 s.; DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 97-99; DPC 1997/4, p. 490, *Recymet SA*, ch. 4.2; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, *Wettbewerbsrecht*, N 1513-1515).

L'art. 7 I LCart ne contient expressément que la première des deux conditions. La condition négative, selon laquelle la pratique n'est pas abusive si elle repose sur des considérations commerciales légitimes, résulte d'une interprétation historique basée sur la volonté du législateur ainsi que d'une interprétation téléologique, selon le sens et le but de la norme (*infra* N 99-108 et *supra* N 31 s.). **72**

En **droit de l'Union européenne**, la définition de l'abus de position dominante est le fait de la jurisprudence : « L'exploitation abusive d'une position dominante est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui, sur un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 27; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pt 174; CJCE, arrêt *France Télécom/Commission* du 02.04.2009, aff. C-202/07 P, Rec. 2009, p. I-2369, pt 104; arrêt *British Airways/Commission* du 15.03.2007, aff. C-95/04 P, Rec. 2007, p. I-2331, pt 66; arrêt *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission* du 9.11.1983, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 70; arrêt *Hoffmann-La Roche/Commission* du 13.02.1979, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pt 91). La doctrine souligne que la définition de l'abus donnée par la jurisprudence est mieux adaptée aux pratiques d'entrave qu'à celles d'exploitation (HILDEBRAND, *Analysis*, p. 51; RITTER/BRAUN, *Competition*, p. 420). **73**

L'abus de position dominante est traité de la même manière, qu'il soit le fait d'une entreprise active du côté de **l'offre ou de la demande**. Il faut toutefois tenir compte des circonstances du cas d'espèce et des divers intérêts en cause, démontrant un affaiblissement de la concurrence. Ainsi, les grands distributeurs disposant d'une puissance d'achat doivent, pour des raisons de place, opérer un choix dans l'assortiment de produits offerts à leur clientèle et peuvent en outre produire certains biens sous leur propre marque de dis- **74**

tributeur. Ils peuvent aussi modifier relativement rapidement et à volonté leur assortiment, ce qui n'est pas le cas des fabricants dont l'activité est concentrée sur quelques produits pour la fabrication desquels ils ont investi des sommes importantes (Comco, DPC 2008/4, p. 595, *Coop/Carrefour*, ch. 447-499 et les décisions antérieures citées ; MEIERSCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 55 ; SCHMIDHAUSER, Art. 7 KG, N 46-63 ; BORER, KG, Art. 7 N 6 ; cf. LCart 4 II N ■■■).

b) Objectifs poursuivis

- 75 L'identification des comportements abusifs nécessite d'identifier [■■■ de déterminer ?] préalablement les buts assignés à l'art. 7 LCart, respectivement à l'art. 102 TFUE ou à la Section 2 Sherman Act. De **nombreuses théories** ont été développées et s'affrontent encore aujourd'hui en matière de concurrence, sans qu'il soit possible d'en faire un exposé dans ce commentaire (notamment : workable competition, Harvard School, theory of contestable markets, Chicago School, efficiency doctrine, consumer welfare, Freiburg School, Modern industrial organisation, theory of contestable markets ; pour une présentation de ces doctrines, voir notamment VAN DEN BERGH/CAMESASCA, *Competition*, p. 54-104 ; HILDEBRAND, *Analysis*, p. 95-186 et les références citées). Le droit de la concurrence se réfère nécessairement à l'analyse économique pour apprécier quelles structures de marché et quels comportements sont nuisibles ou favorables à l'économie de marché (BORK, *Antitrust*, p. 7). Ainsi, l'importance que les autorités de la concurrence attachent aujourd'hui à des paramètres tels que les barrières à l'entrée au marché ou tels que les facteurs extérieurs au marché pertinent mais néanmoins susceptibles d'influencer le comportement de l'entreprise en cause, découlent directement de l'évolution des théories économiques. Selon HAWK, « *competition law is economic law, and economists must play a predominant (if not exclusive) role* » (HAWK, *System Failure*, p. 986).
- 76 Historiquement, la mise en œuvre de l'art. 102 TFUE, sous l'influence de l'ordolibéralisme allemand, est caractérisée par des considérations d'équité (*fairness*) autant que d'efficacité (*efficiency*), par la volonté de protéger la liberté économique individuelle des concurrents des entraves excessives imposées par une entreprise en position dominante ainsi que par l'objectif assignés par les pères des traités de réaliser un marché intérieur où la concurrence n'est pas faussée (VAN DEN BERGH/CAMESASCA, *Competition*, p. 249-251 ; GERBER, *Conflict*, p. 37 ss ; AHLBORN/PADILLA, *Fairness*, p. 55 ss ; ZIMMER, *Objectives*, p. 103 ss ; SCHWEIZER, *Principles*, p. 119 ss). La mise en œuvre de l'art. 102 TFUE s'est éloignée de l'approche formaliste suivie à ses débuts pour adopter une « *more economic approach* », basée sur l'objectif ultime de protéger le **bien-être du consommateur** (WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 195-197 ; EILMANSBERGER, *Good from Bad*, p. 129 ss ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 29-31). Dans la mise en œuvre de l'art. 102 TFUE, la Commission européenne intervient de manière prioritaire lorsque le comportement abusif risque de produire une **éviction anticoncurrentielle** (*anti-competitive foreclosure*), définie comme le risque d'effets préjudiciables pour les consommateurs (Orientations UE Art. 82 TCE, pts 19 s. ; BISHOP/WALKER, *Competition*, N 6-006).
- 77 Selon la casuistique et la jurisprudence de l'UE, l'art. 102 TFUE ne prohibe pas seulement les pratiques susceptibles de causer un **préjudice immédiat aux consommateurs** (CJCE, arrêt *Sot. Lélos Kai Sia e.a.* du 16.09.2008, aff. C-468/06, Rec. 2008, p. I-7139, pt 68 ; CJUE, arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pt 180 ; Commission, décision *Coupe du monde de football 1998*, 2000/12/CE, IV/36.888, JO 2000 L 5/55, ch. 100), mais aussi celles qui les affectent **indirectement en**

portant atteinte au **jeu ou à la structure de la concurrence** (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 24; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pt 176; CJCE, arrêt *France Télécom/Commission* du 02.04.2009, aff. C-202/07 P, Rec. 2009, p. I-2369, pt 105). La seconde catégorie concerne les pratiques d'éviction par lesquelles une entreprise dominante entrave le libre jeu de la concurrence en évinçant ses concurrents par des pratiques anticoncurrentielles, ce qui va probablement aussi produire un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs, que ce soit sous l'effet de prix plus élevés que ceux qui auraient autrement été appliqués ou d'une autre manière, telle que la limitation de la qualité ou la réduction du choix pour les consommateurs (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 19). Selon la Cour de justice, il suffit dès lors de démontrer qu'un comportement abusif a eu un effet restrictif sur la concurrence, sans qu'il soit nécessaire de démontrer en plus un préjudice aux consommateurs (CJCE, arrêt *British Airways/Commission* du 15.03.2007, aff. C-95/04 P, Rec. 2007, p. I-2331, pts 106 s.).

Dans un cas ancien et isolé, la Cour de justice a appliqué l'art. 102 TFUE à un **abus portant atteinte à la structure de la concurrence**. Il s'agissait en l'espèce d'une entreprise cherchant à renforcer sa position dominante par la prise de contrôle de certains de ses concurrents, au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante (CJCE, arrêt *Continental Can*, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215, pts 20-26; HILDEBRAND, *Analysis*, p. 49-51). Cette jurisprudence, qui est restée isolée, s'expliquait par l'absence, dans les années 1970, de tout contrôle des concentrations en droit de l'Union européenne, le premier Règlement n° 4064/89 sur le contrôle des concentrations ayant été adopté le 21 décembre 1989 (remplacé depuis lors par le Règlement 139/2004). Par analogie avec cette jurisprudence, une partie de la doctrine suisse considère que la clause générale de l'art. 7 I LCart s'applique aux «abus affectant la structure du marché» (*Marktstrukturmissbrauch*), c'est-à-dire au comportement d'une entreprise dominante qui reprend systématiquement des entreprises plus petites – sans tomber dans le champ d'application des art. 9-11 LCart sur le contrôle des concentrations – afin de renforcer sa position dominante au point d'entraver substantiellement la concurrence résiduelle sur le marché (CHERPILLOD, *Abus structurel*, p. 253; BORER, *KG*, Art. 9 N 23; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 623, 645-648; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 197). La Comco a analysé sous l'angle de l'abus structurel une prise de participation envisagée par Crédit Suisse de 5 % et à terme de 33 % du capital-actions de la Banque Linth, qui aurait pu permettre à Crédit Suisse d'influencer à son profit la structure du marché de distribution en aval pour les services de la banque de détail (procédure clôturée suite à l'abandon du projet de coopération : Comco, DPC 2003/3, p. 514, *Credit Suisse/Banque Linth*, ch. 42). Le Secrétariat Comco a aussi analysé sous l'angle de l'abus structurel les participations minoritaires (entre 11 % et 37 %) de Publigroupe dans plusieurs éditeurs de journaux. Il a considéré l'abus structurel comme un mélange d'entrave et d'exploitation au titre de l'art. 7 LCart. Toutefois, l'enquête préalable a été close, en l'absence d'indices que Publigroupe favoriserait, dans ses activités de placement de publicité et d'annonces, les journaux dans lesquels cette entreprise détenait une participation (Secrétariat Comco, DPC 2006/3, p. 449, *Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA [und ihrer Tochtergesellschaften] an Zeitungsverlagen*, ch. 38-45). Dans sa décision relative au refus abusif par Publigroupe de verser des commissions à divers petits intermédiaires qui plaçaient des annonces dans des journaux affermés à Publigroupe, la Comco a pris en compte la détention de participations minoritaires de Publigroupe dans plusieurs éditeurs de journaux, mais

uniquement au titre de la détermination de la position dominante de Publigroupe sur le marché (Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*, ch. 148-149). Une autre partie de la doctrine considère que l'art. 7 LCart ne vise pas l'abus structurel (REINERT, Kartellgesetz, Art. 7 N 4; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 47-56). Il résulte des travaux préparatoires que le législateur suisse a voulu, par l'introduction du contrôle des concentrations dans la LCart, empêcher une extension du contrôle du comportement qui serait contraire au système (Mess-LCart, p. 522). Il serait en outre contradictoire que, d'une part, des concentrations qui répondent à la définition de l'art. 4 III LCart mais non au test de l'art. 9 LCart, échappent à l'art. 7 LCart, tandis que, d'autre part, des prises de participation d'un degré plus faible et ainsi exclues de la définition de l'art. 4 III LCart, pourraient être visées par l'art. 7 LCart (BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 54). Enfin, l'art. 7 LCart ne vise pas à contrôler la création d'une position dominante, mais à empêcher l'abus de cette position dominante une fois créée (BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 56). L'importance pratique de cette controverse nous paraît faible (de cet avis aussi WHISH/BAILEY, Competition, p. 203).

- 79 Les conceptions américaine et européenne sur la position dominante et sur les comportements abusifs se sont aujourd'hui considérablement rapprochées. Toutefois, des différences quant à l'appréciation de certains comportements allégués comme abusifs traduisent certaines divergences résiduelles (*supra* N 61). Les solutions opposées adoptées par les autorités de concurrence des deux côtés de l'Atlantique dans une affaire comme *Microsoft* 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]). La Commission européenne rejoint ce point de vue en soulignant qu'elle « n'ignore pas que l'important est de **protéger l'exercice d'une concurrence effective et non de protéger simplement les concurrents** (Orientations UE Art. 82 TCE, pt. 6). 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 en outre aussi les concurrents, mais seulement ceux qui répondent avec efficacité aux besoins des consommateurs (OCDE, *Buying Power*, p. 105 s.; voir aussi le débat sur les conditions commerciales inéquitable, *infra* LCart 7 II/c).
- 80 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 2000/4, p. 716, c. 5.2). Le Tribunal fédéral suit une approche analogue, en basant son analyse sur l'existence parallèle des voies civile et administrative de mise en œuvre de la LCart. Des mesures provisoires (administratives) ne peuvent être ordonnées par la Comco qu'en cas de risque de préjudice irréparable pour le bon fonctionnement de la concurrence, et non pas seulement pour le plaignant victime d'un éventuel abus de position dominante (ATF 130 II 149, c. 2.4 et 3.4.1). L'inscription de l'art. 27 I Cst dans le préambule de la LCart,

lors de la révision de 2003, est considérée par certains auteurs comme ayant (ré)-introduit parmi les objectifs de la LCart, et singulièrement de l'art. 7 LCart, la protection de la liberté économique individuelle (ZÄCH, Kartellrecht, N 237, 633).

c) Responsabilité particulière de l'entreprise dominante

Il incombe à l'entreprise dominante une **responsabilité particulière** de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché, ce qui peut limiter considérablement sa liberté d'action (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 24 ; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pt 176 ; CJCE, arrêt *France Télécom/Commission* du 02.04.2009, aff. C-202/07 P, Rec. 2009, p. I-2369, pt 105 ; arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 57 ; arrêt *Compagnie maritime belge transports*, aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pt 60 ; BORER, KG, Art. 7 N 1 ; cf. *supra* N 70). Cette responsabilité implique que ces entreprises **ne peuvent plus recourir à certaines pratiques commerciales**. L'interdiction des abus de position dominante prohibe non seulement des pratiques commerciales qu'une entreprise non dominante ne peut pas du tout appliquer par manque de puissance économique ou qu'elle ne peut se permettre vu la menace d'un préjudice économique du fait de la sanction du marché (p. ex. prix prédateurs, prix inéquitable, *tying*), mais aussi des pratiques qui sont supportables ou même usuelles dans le cadre d'une concurrence effective, mais qui présentent un risque considérable pour la concurrence résiduelle lorsqu'elles sont mises en œuvre par une entreprise dominante sur le marché. Un comportement qui est admis au titre des règles de concurrence pour une entreprise non dominante, peut devenir abusif, et donc interdit, s'il est le fait d'une entreprise dominante (TPI, arrêt *Tetra Pak II*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pt 137, confirmé par la CJCE, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pt 37 ; ROTH/ROSE, *Competition*, N 10.061 ; RITTER/BRAUN, *Competition*, p. 417-419 ; VAN BAEL/BELLIS, *Competition*, p. 800 s. ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 76 ; Commission européenne, Art. 85/86 TCE, pt 231 ; HILDEBRAND, *Analysis*, p. 60).

Le comportement d'une entreprise dominante peut être qualifié d'abusif même si une **autre entreprise ne disposant pas de la même puissance sur le marché aurait adopté un comportement similaire** dans les mêmes circonstances. Ce qui est déterminant est l'effet anticoncurrentiel potentiel de la pratique en cause. Ainsi, une entreprise non dominante peut refuser d'entretenir des relations commerciales avec une autre entreprise, ou interrompre de telles relations, alors qu'un même comportement de la part d'une entreprise dominante peut, selon les circonstances, s'avérer abusif. Dans l'affaire *Van den Bergh*, HB exploitait de façon abusive sa position dominante sur le marché des glaces à consommation immédiate, en concluant avec les détaillants – fût-ce à leur demande, des accords incluant la fourniture et maintenance gratuite de congélateurs, soumis à une condition d'exclusivité par laquelle les détaillants s'engageaient à ne pas stocker des glaces d'autres marques que celles du fabricant dans le congélateur mis à disposition par celui-ci. En situation normale de marché concurrentiel, de tels accords constituent une pratique courante sur le marché ; ils sont conclus dans l'intérêt des deux parties, contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits et ont un effet salutaire sur le jeu de la concurrence dans un marché en équilibre. Ils peuvent en revanche restreindre ce jeu lorsqu'ils sont exercés par une entreprise qui dispose d'une position dominante sur le marché pertinent. En l'espèce, la clause d'exclusivité avait pour effet d'empêcher *de facto* 40 % des détaillants (ceux qui ne disposaient que d'un seul congélateur, fourni par HB, dans

leur point de vente) de vendre d'autres marques de glaces et d'empêcher l'accès à 40 % du marché pour les fabricants concurrents. Quant à l'argument de HB selon lequel elle serait désavantagée par rapport à des concurrents qui pourraient continuer à mettre des congélateurs à disposition des détaillants à titre gracieux, le Tribunal a rappelé que les accords de distribution de HB, à la différence de ceux de ses concurrents, contribuent de manière significative au cloisonnement du marché et que, du fait de sa position dominante sur le marché, il incombe à HB, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur (TPI, arrêt *Van den Bergh Foods/Commission* du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4653, pts 159-160 et 172, confirmé par la CJCE, arrêt *Unilever Bestfoods c/Commission* du 28.09.2006, aff. C-552/03 P, Rec. 2006, p. I-9091, pts 128-137). C'est à notre avis à tort qu'une partie de la doctrine a considéré qu'on ne doit pas poser des exigences de justification plus strictes du simple fait que l'entreprise dispose d'une position dominante (SCHMIDHAUSER, Art. 7 KG, N 40). Cette dernière position a été suivie dans quelques cas par les autorités suisses de concurrence, qui ont considéré qu'une pratique est licite lorsque l'entreprise dominante ne se comporte pas autrement dans une situation déterminée que ne l'aurait fait une entreprise ne disposant pas d'une influence déterminante sur le marché (Secrétariat Comco, DPC 2000/1, p. 8, *Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo*, ch. 15 ; Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, pt 100 ; DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 175 ; CoRe, DPC 2004/3, p. 859, c. 4.5). La formule utilisée dans les décisions précitées – et qui n'apparaît plus dans les décisions plus récentes de la Comco – constitue, à notre sens, une simplification inexacte du principe général selon lequel une pratique d'exploitation est illicite lorsque les conditions commerciales appliquées par l'entreprise dominante diffèrent notablement de celles qui seraient appliquées selon toute probabilité avec une concurrence efficace (CoRe, DPC 1999/4, p. 618, c. 5.1.3, citant Mess-LCart, p. 565 et BORER, KG, Art. 7 N 9). Le détenteur de la position dominante doit obtenir des avantages qu'il n'aurait pas atteints en cas de concurrence efficace (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 249 ; sur le concept du « *als ob-Wettbewerb* », MEIERSCHATZ, p. 55).

- 83 A l'inverse, le simple fait que le comportement d'une entreprise en position dominante soit **inhabituel** ne signifie pas qu'il ne soit pas objectivement justifié. Il peut s'agir d'une stratégie concurrentielle nouvelle (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 838 s. ; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 629).

d) Caractère objectif de l'abus et exigence de faute

- 84 En droit de l'Union européenne, l'abus de position dominante est défini de manière constante comme une **notion objective**. Le comportement d'une entreprise dominante peut être considéré comme abusif en l'**absence de toute faute** (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 27 ; CJCE, arrêt *Unilever Bestfoods c/Commission* du 28.09.2006, aff. C-552/03 P, Rec. 2006, p. I-9091, pt 129 ; arrêt *Europemballage et Continental Can c/Commission*, aff. 6/72, Rec. 1973, p. 215, pts 27 et 29 ; Trib., arrêt *Tomra Systems e.a. c/Commission* du 09.09.2010, aff. T-155/06, non encore publié, pts 38, 206-207 ; TPI, arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/Commission*, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, pt 70 ; arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, aff. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pts 170, 173 ; VAN BAEL/BELLIS, *Competition*, p. 799 ; RITTER/

BRAUN, Competition, p. 423 ; KORAH, Competition-Guide, p. 137). Toutefois, la preuve d'une intention de l'entreprise dominante d'exploiter ses partenaires commerciaux ou d'évincer ses concurrents actuels ou d'empêcher l'entrée sur le marché de concurrents potentiels facilite à l'évidence la preuve du comportement abusif (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 20, dernier tiret ; *infra* N 87). Il est rare que l'autorité de concurrence dispose de moyens de preuve **écrits** démontrant clairement une intention de l'entreprise concernée d'éliminer un concurrent ou de le tenir écarté du marché (RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 839 ; pour un cas de documents probants, voir Commission, *ECS/AKZO*, 85/609/CEE, IV/30.698, JO 1985 L 374/1, pt 81).

En **droit suisse**, l'introduction des amendes par l'art. 49a LCart a conduit à nuancer la notion initialement purement objective de l'abus d'une position dominante (ZÄCH, Kartellrecht, N 623 ; REINERT, Kartellgesetz, Art. 7 N 6 ; TERCIER/VENTURI, Ententes, p. 77 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 187). Le message du Conseil fédéral soulignait encore que l'art. 49a LCart prévoit une sanction administrative qui, contrairement à la sanction pénale, ne suppose pas de faute. En effet, les entreprises, en tant que personnes morales, ne peuvent pas commettre de délits parce qu'on ne peut (pénalement) leur attribuer de responsabilité juridique subjective. Les éléments subjectifs sont en revanche pris en compte lors de la fixation de l'amende, au titre de la gravité de l'infraction (Mess-rév.LCart, p. 1922 s.). L'autorité de recours de première instance a toutefois considéré que non seulement les éléments objectifs, mais aussi les **éléments subjectifs de la faute** devaient être pris en compte pour l'**imposition d'une amende**. Il y a faute lorsque le contrevenant a agi intentionnellement ou n'a pas pris les mesures qu'une personne raisonnable douée des connaissances techniques nécessaires aurait pu ou dû prendre dans ces circonstances (CoRe, DPC 2002/2, p. 386, c. 3.3.2). Dans ses décisions, la Comco examine dès lors de manière constante la question de l'**imputabilité** (*Vorwerfbarkeit*) dans le chapitre relatif à la sanction au titre de l'art. 49a LCart (et *a contrario* non pas déjà au moment d'établir un abus d'une position dominante selon l'art. 7 LCart). Pour imposer une sanction directe, il faut que l'abus de position dominante en cause soit imputable à une **violation du devoir de diligence** de l'entreprise, que celle-ci ait agi de manière intentionnelle ou par négligence ou que l'abus résulte de défauts d'organisation (cf. art. 102 CP par analogie). On peut attendre d'une entreprise diligente qui détient une position dominante qu'elle connaisse la pratique des autorités suisses de concurrence et celle des autorités de recours au titre de l'art. 7 LCart et qu'elle s'abstienne en conséquence de tout comportement abusif. La jurisprudence de la Cour de justice de l'UE et la pratique décisionnelle de la Commission européenne relative à l'art. 102 TFUE entrent aussi en considération compte tenu de la proximité de cette disposition avec l'art. 7 LCart, en particulier lorsqu'il s'agit d'une affaire particulièrement médiatisée et/ou ancienne, comme l'arrêt *Microsoft* (Comco, DPC 2011/1, p. 97, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 555-564 ; DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ch. 223 ss ; DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerisches Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*, ch. 306 ss ; TAF, DPC 2007/4, p. 653, 672, c. 4.2.6 ; DPC 2010/2, p. 329, 363 s., c. 8.2.2). Le TAF estime également qu'on peut attendre des entreprises dominantes qu'elles s'informent à temps sur la légalité de leurs comportements, en se référant à la casuistique et à la jurisprudence tant suisse qu'étrangère dans ce domaine (TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 8.1.5.1 i.f. ; cf. *infra* N 110). A notre sens, même une forme nouvelle d'abus de position dominante devrait pouvoir être sanctionnée, sa gravité étant toutefois réduite lors du premier cas d'application (Commission européenne, décision *AstraZeneca* du 15.06.2005, COMP/A.37.507/F3,

85

pts 904, 908 et 922, approuvée sur recours par Trib., arrêt *AstraZeneca c/Commission* du 01.07.2010, aff. T-321/05, pts 901 et 903 ; CJCE, arrêt *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission* du 9.11.1983, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 107 ; *infra* N 110). A). La démonstration d'une faute résulte des **indices et circonstances du cas d'espèce**. Une intention *stricto sensu* d'écarter un concurrent ou d'empêcher l'accès ou l'exercice de la concurrence peut le plus facilement être démontrée dans des cas tels que les pratiques d'entraves disciplinaires (boycott, interruption des relations contractuelles, conditions commerciales discriminatoires), qui se caractérisent par leur caractère sélectif et qui constituent le plus souvent une réaction qui vise un concurrent spécifique. Ainsi, après que son monopole légal a été aboli, l'association suisse pour l'insémination artificielle (SVKB) a conclu des contrats d'approvisionnement exclusif avec les vétérinaires, en menaçant de cesser toute livraison ou de ne livrer qu'une panoplie réduite de produits et à des conditions financières désavantageuses si les vétérinaires se fournissaient aussi auprès d'entreprises concurrentes, en limitant d'emblée leurs débouchés, était manifeste (Comco, DPC 1999/1, p. 75, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*, ch. 9 et 67). Le diagnostic de l'abus sur la base des motivations subjectives de l'entreprise dominante et de ses plans d'affaires se heurte très vite aux « raisons commerciales légitimes » invoquées par l'entreprise dominante pour légitimer sa pratique (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 839).

e) Analyse économique basée sur les effets

- 86** L'abus de position dominante est une notion juridique indéterminée, qui nécessite de la part des autorités en matière de concurrence une **analyse économique complète** de chaque cas d'espèce. En adoptant ses orientations relatives aux pratiques d'éviction, la Commission européenne a communiqué vouloir s'éloigner de l'ancienne approche formelle, au profit d'une **approche plus économique de l'art. 102 TFUE fondée sur les effets** (IP/08/1877 du 03.12.2008) :
- « une concurrence loyale et non faussée est le meilleur moyen de permettre aux marchés de fonctionner à l'avantage des entreprises et des consommateurs de l'Union européenne. Une saine concurrence, notamment de la part des entreprises en position dominante, doit être encouragée ;
 - la politique d'application de la Commission doit se concentrer sur la protection des consommateurs et du jeu de la concurrence et non sur celle des concurrents eux-mêmes ;
 - la Commission ne doit pas nécessairement établir que le comportement de l'entreprise dominante a réellement nui à la concurrence, mais doit uniquement démontrer l'existence de preuves convaincantes indiquant qu'un préjudice est susceptible de se produire ;
 - sa politique d'application visant essentiellement les pratiques qui nuisent au jeu de la concurrence plutôt qu'aux concurrents eux-mêmes, la Commission vérifie, lorsqu'elle examine des pratiques en matière de prix, si un comportement donné est susceptible d'empêcher des concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante et les plus à même de contribuer au bien-être des consommateurs de se développer ou d'entrer sur le marché ».
- 87** Pour évaluer si un comportement abusif présumé risque de produire une éviction anti-concurrentielle, les facteurs suivants sont retenus par la Commission (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 20) :

- la position de l'entreprise dominante : Le degré de dominance du marché concerné n'est, en principe, pas pertinent. Dès lors qu'une entreprise dispose d'une puissance économique suffisante pour établir qu'elle détient une position dominante sur un marché déterminé, sa conduite doit être appréciée au regard de l'art. 7 LCart, respectivement de l'art. 102 TFUE. Cela ne signifie pas que le degré de dominance ne joue aucun rôle. La circonstance qu'une entreprise détient une position de superdominance ou quasi monopolistique a, en principe, des conséquences sur la portée des effets de la conduite de l'entreprise en question plutôt que sur l'existence de l'abus en tant que tel (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 80-82; CJCE, arrêt *Tetra Pak/Commission* du 14.11.1996, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pt 27; Orientations UE Art. 82 TCE, pt 20, 1^{er} tiret);
- les conditions et barrières à l'accès et à l'expansion sur le marché en cause;
- la position des concurrents de l'entreprise dominante (parts de marché relative, rôle de *maverick*, potentiel d'innovation);
- la position des clients ou des fournisseurs d'intrants;
- la portée du comportement abusif présumé (pourcentage des ventes totales sur le marché affectée par la pratique en cause; durée et régularité de cette pratique);
- les preuves éventuelles d'une éviction réelle (si le comportement est suffisamment ancien);
- les preuves directes d'une stratégie d'éviction (indices de l'intention d'évincer un concurrent ou de l'empêcher d'entrer sur le marché, menaces).

En droit de l'Union européenne, afin d'établir le caractère abusif d'une pratique d'éviction, l'effet anticoncurrentiel de celle-ci sur le marché doit exister, mais il ne doit pas nécessairement être concret, étant suffisante la démonstration d'un **effet anticoncurrentiel potentiel de nature à évincer** les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante. En d'autres termes, il suffit de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante « tend à restreindre » la concurrence, ou qu'il « est de nature » ou « risque » ou « est susceptible » de rendre plus difficile, voire impossible, l'accès des concurrents au marché concerné et de renforcer ainsi la position dominante de l'entreprise, au détriment des consommateurs. En effet, lorsqu'une entreprise dominante met effectivement en œuvre une pratique abusive qui vise à l'exclusion de ses concurrents au moins aussi efficaces du marché concerné, la circonstance que le résultat escompté, à savoir l'exclusion de ces concurrents, n'est en définitive pas atteint ne saurait écarter la qualification d'abus au sens de l'art. 102 TFUE. Toutefois, en l'absence du moindre effet sur la situation concurrentielle des concurrents, une pratique ne saurait être qualifiée d'éviction lorsque la pénétration de ces derniers sur le marché concerné n'est en rien rendue plus difficile par cette pratique. (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 62-67, 71-74; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pts 252-254; CJCE, arrêt *British Airways/Commission* du 15.03.2007, aff. C-95/04 P, Rec. 2007, p. I-2331, pts 68 et 77; Orientations UE Art. 82 TCE, pt 19 : « l'existence d'un préjudice probable »; VAN BAEL/BEL-LIS, *Competition*, p. 799; ROTH/ROSE, *Competition*, N 10.052; WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 200 s. et 208-210). L'affaire *Microsoft*, concernant le refus de fournir des informations relatives à l'interopérabilité, illustre le bien-fondé de cette approche. Selon le Tribunal, les expressions « risque d'élimination de la concurrence » et « de nature à éliminer toute concurrence » servent à refléter la même idée, à savoir que l'art. 102 TFUE « ne s'applique pas uniquement à partir du moment où il n'existe plus, ou presque plus, de concurrence sur le marché. Si la Commission devait être obligée d'attendre que les

88

concurrents soient éliminés du marché, ou qu'une telle élimination soit suffisamment imminente, avant de pouvoir intervenir en vertu de cette disposition, cela irait manifestement à l'encontre de l'objectif de celle-ci qui est de préserver une concurrence non faussée dans le marché commun et, notamment, de protéger la concurrence encore existante sur le marché en cause. En l'espèce, la Commission était d'autant plus fondée à faire application de l'article [102 TFUE] avant que l'élimination de la concurrence sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail se soit pleinement matérialisée que ce marché se caractérise par d'importants effets de réseau et qu'une telle élimination serait donc difficilement réversible. Il convient d'ajouter qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'élimination de toute présence concurrentielle sur le marché. Ce qui importe, en effet, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article [102 TFUE], c'est que le refus en cause risque de, ou soit de nature à, éliminer toute concurrence effective sur le marché. Il y a lieu de préciser, à cet égard, que le fait que les concurrents de l'entreprise en position dominante restent présents de manière marginale sur certaines « niches » du marché ne saurait suffire pour conclure à l'existence d'une telle concurrence » (TPI, arrêt *Microsoft c/ Commission* du 17.09.2007, Rec. 2007, p. I-3601, pts 561-563).

- 89 A notre sens, le standard de preuve (effet anticoncurrentiel potentiel) développé par les autorités et juridictions de l'UE est conforme à une approche économique basée sur les effets. Il n'équivaut pas à une simple « tentative » d'abus de position dominante et serait ainsi compatible avec l'art. 7 LCart (d'un avis différent, BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 40). Plutôt que le caractère effectif ou potentiel de l'effet anticoncurrentiel, c'est le **niveau du standard de preuve** requis des autorités de concurrence qui importe. S'exprimant sur les différences résiduelles entre les approches américaine et européenne en matière d'abus de position dominante, William Kovacic, président de la U.S. Federal Trade Commission, déclarait : « *Even in the context of what is called an effects test, outcomes often will hinge upon the quantum and quality of evidence that a court demands before it is willing to find actual anticompetitive effects or to infer likely adverse effects* » (W. KOVACIC, *Competition Policy in the European Union and the United States : Convergence or Divergence ?*, Bates White Fifth Annual Antitrust Conference, Washington, D. C., June 2, 2008). La doctrine critique ainsi le fait que le Tribunal de première instance de l'UE ait admis l'argument de la Commission selon lequel le *tying* pratiqué par Microsoft entre son système d'exploitation Windows et Windows Media Player était susceptible de restreindre l'accès au marché de lecteurs multimédias concurrents, alors même que des preuves ultérieures montraient une augmentation croissante du nombre de lecteurs multimédias ainsi que du degré d'utilisation parallèle de multiples lecteurs sur les PC (TPI, arrêt *Microsoft c/Commission*, aff. T-201/04 du 17.09.2007, Rec. 2007, p. II-3601, pts 1054 s. ; VAN BAEL/BELLIS, *Competition*, p. 799 s.).
- 90 Les **autorités suisses** de concurrence ne se sont pas prononcées sur la nature concrète ou potentielle de l'effet anticoncurrentiel. Le standard de preuve appliqué jusqu'ici par la Comco semble plus exigeant que celui retenu en droit de l'UE, en ce qu'il décrit dans chaque cas d'abus (ou d'accord restrictif) un effet concret de restriction de la concurrence efficace (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversions [DCC]*, ch. 355-406 ; DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 308-324).

2. Entrave (ou éviction) et exploitation

- 91 Les abus de position dominante sont généralement divisés en deux types. Il s'agit d'une part des pratiques d'**entrave ou d'éviction** (« *Behinderung* » ; « *ostacolo* » ; « *exclusion-*

ary abuse ») et, d'autre part, des pratiques d'**exploitation** (« *Benachteiligung* » ; « *svantaggiato* » ; « *exploitative abuse* »). La distinction repose sur la **cible** de la pratique abusive, en fonction des opérateurs visés par le comportement incriminé. L'entrave vise directement certains concurrents actuels ou potentiels déterminés ou certains partenaires économiques déterminés (fournisseurs ou clients) de l'entreprise dominante. Elle a pour premier objectif d'éliminer un concurrent ou d'empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents. Elle n'affecte les consommateurs que de manière indirecte, par son impact sur la structure de concurrence effective, donc sur l'efficacité économique. En revanche, l'exploitation vise à tirer partie de la rente de position dominante au détriment des partenaires économiques ou des consommateurs. Elle n'a par contre pas pour but de freiner l'accès des concurrents au marché ou l'exercice par ceux-ci de la concurrence (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 836, 838 ; VON BÜREN, *Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 26 ; MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 54 ; de même, en droit de l'Union européenne, ROTH/ROSE, *Competition*, N 10.065 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 83 ; HILDEBRAND, *Analysis*, p. 51, souligne que la définition de l'abus donnée par la jurisprudence est mieux adaptée aux pratiques d'entrave qu'à celles d'exploitation). TEMPLE LANG distingue encore une troisième catégorie, les **représailles abusives**, commises à l'encontre d'entreprises pour les mettre en garde, les décourager ou les punir, généralement dans un but indirectement anticoncurrentiel (TEMPLE LANG, Article 82 EC, p. 59 et 83-89).

Toute pratique d'entrave ou d'éviction, en ce qu'elle s'exerce au détriment du jeu de la concurrence et en évinçant les concurrents, produit *in fine* un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs, que ce soit sous l'effet de prix plus élevés ou d'une autre manière comme la limitation de la qualité ou la réduction du choix pour les consommateurs (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 19). Ainsi, l'application de prix prédateurs destinés à évincer les concurrents actuels et à décourager les concurrents potentiels (entrave), permet dans un second temps à l'entreprise dominante d'imposer à ses partenaires commerciaux des conditions commerciales qui lui sont plus favorables. Pour autant, on ne saurait considérer pour cette seule raison que la même pratique relève simultanément de l'entrave et de l'exploitation (en ce sens, RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 838). 92

La distinction entre entrave et exploitation sert à saisir tous les types d'abus, mais la conséquence juridique qui y est attachée est la même dans les deux cas (art. 12-17 LCart et art. 26-31 et 49a LCart). Dans la mise en œuvre de l'art. 102 TFUE, les autorités de concurrence européennes donnent un degré de **priorité élevé aux pratiques d'entraves** susceptibles d'avoir des effets préjudiciables pour les consommateurs (ROTH/ROSE, *Competition*, N 10.065). Cette priorité à l'entrave sur l'exploitation s'est manifestée par la Communication de la Commission sur ses priorités pour l'application de l'art. 102 TFUE aux pratiques d'éviction des entreprises dominantes (Orientations UE Art. 82 TCE). Elle est expliquée ainsi : « *This is because it is better to prevent than to cure – i.e. if markets are not functioning properly, it makes more sense to prioritise the tackling of unilateral conduct which undermines the structure and functioning of the market itself than to address the symptoms* » (Commission européenne, MEMO/08/761 du 03.02.2008, p. 4). L'art. 102/a TFUE relatif aux prix et autres conditions de transaction inéquitables n'a fait l'objet que de peu de cas d'application par la Commission européenne (KORAH, *Competition-Guide*, p. 203). Il est en effet difficile d'établir quel serait le « prix équitable, que ce soit sur la base des coûts de l'entreprise dominante ou par comparaison avec un autre marché où la concurrence fonctionne (cf. *infra* LCart 7 II/c). 93

Le contrôle des pratiques d'exploitation comporte le danger inhérent d'une surveillance sur les prix et conditions commerciales pratiqués par une entreprise dominante (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 845). Déterminer *ex post*, par le biais du droit de la concurrence, quel niveau de prix aurait été atteint dans un marché plus concurrentiel paraît encore plus problématique que de fixer *ex ante* un tel prix par le biais d'une régulation sectorielle. Seules de très hautes barrières à l'accès au marché peuvent justifier la nécessité d'une intervention par le biais du droit de la concurrence ou de la régulation ; dans les autres cas, le marché peut s'autoréguler, les prix très élevés pratiqués par l'entreprise dominante ayant un effet de signal attirant normalement l'entrée de concurrents (KORAH, *Competition-Guide*, p. 203). En droit antitrust américain, la Section 2 du Sherman Act n'est ainsi pas appliquée à des cas de prix inéquitables. En droit suisse, il résulte de l'affaire *Terminierung Mobilfunk* qu'il n'est pas possible d'appliquer l'art. 7 II/c LCart lorsque le partenaire commercial « victime » du prix abusif a renoncé volontairement à faire usage d'une procédure de régulation du prix prévue par une loi spéciale, en l'espèce la procédure d'interconnexion de la LTC (ATF 137 II 199, c. 4-5 ; cf. *supra* N 49-50).

a) Entrave ou éviction

- 94 Les pratiques d'entrave ou d'éviction (« *Behinderung* » ; « *ostacolo* » ; « *exclusionary abuse* ») limitent l'accès ou l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises qui sont soit des **concurrents actuels ou potentiels**, soit des **partenaires commerciaux** (fournisseurs, clients) de l'entreprise en position dominante (HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, *Fusion*, p. 129 ; BORER, KG, Art. 7 N8). Elles ont pour premier objectif d'éliminer un concurrent ou d'empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents. Est déterminante pour la qualification d'entrave la volonté de l'entreprise dominante **de freiner la concurrence**. Il peut s'agir de pratiques comme le refus de vente ou de livraison (LCart 7 II/a), les prix discriminatoires (LCart 7 II/b) ou prédateurs (LCart 7 II/d).
- 95 On peut distinguer plusieurs types d'entraves. Les **entraves « disciplinaires »** (« *disziplinierende Behinderungspraktiken* ») constituent une réaction consciente et ciblée de l'entreprise dominante contre le comportement hostile d'un concurrent qui brise une discipline de prix tacite ou qui veut entrer sur un autre marché où l'entreprise dominante est active. Les autres pratiques d'entraves sont constituées des **entraves fondées sur les prix** (« *preisliche Behinderungspraktiken* ») et des **entraves stratégiques** (« *strategische Behinderungspraktiken* ») qui portent sur des éléments autres que le prix (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 838).
- 96 L'« **accès** » (« *die Aufnahme* » ; « *l'accesso* » ; « *access* ») à la concurrence est entravé par des pratiques visant à ériger des obstacles à l'accès, à la sortie et à la mobilité des concurrents sur le marché (Mess-LCart, p. 520 ; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 838).
- 97 L'« **exercice** » (« *die Ausübung* » ; « *l'esercizio* » ; « *exercise* ») de la concurrence est entravé par des pratiques ayant pour objectif l'éviction abusive de concurrents ou l'augmentation des coûts des entreprises rivales (Mess-LCart, p. 520, 564 ; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 838 ; SALOP/SCHEFFMAN, *Rivals Cost* p. 267 ss).

b) Exploitation

- 98 Les pratiques d'exploitation (« *Benachteiligung* » ; « *svantaggiano* » ; « *exploitative abuse* ») visent les **partenaires commerciaux**, c'est-à-dire l'autre partie au marché (« *die Marktgegenseite* » ; « *i partner commerciali* » ; « *trading partners* »). Constituent des par-

tenaires commerciaux les cocontractants de l'entreprise en position dominante : les fournisseurs, les entreprises clientes ainsi que les consommateurs (Mess-LCart, p. 564 ; les Orientations UE Art. 82 TCE, pt 7, et HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 129, ne mentionnent que les consommateurs). Il s'agit essentiellement de l'application de conditions commerciales inéquitable (art. 7 II/c LCart). D'autres pratiques, comme les affaires liées (art. 7 II/f LCart), peuvent présenter en plus de leur nature d'entrave, des aspects secondaires d'exploitation envers les consommateurs. Est déterminante pour la qualification d'exploitation la volonté de l'entreprise dominante de **tirer partie de sa rente de position dominante sur le marché** pour **maximiser ses profits, sans** chercher à entraver des concurrents déterminés (RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 838 ; BORER, KG, Art. 7 N 8).

3. Considérations commerciales légitimes

Le comportement de l'entreprise dominante est abusif, et partant illicite, s'il n'est pas objectivement justifié. Bien que cette condition ne figure pas expressément à l'art. 7 LCart, elle s'impose sur la base d'une interprétation historique et téléologique (Comco, DPC 1997/4, p. 490, *Recymet SA*, ch. 4.2 ; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Wettbewerbsrecht, N 1516). L'art. 7 LCart ne donne aucune indication quant aux justifications possibles des pratiques d'entreprises dominantes. La **justification objective** (« *sachlich gerechtfertigter Grund* ») est assimilée à des **considérations commerciales légitimes** (« *kaufmännische Grundsätze* » ; « *legitimate business reasons* »), eu égard aux circonstances du cas d'espèce (Comco, DPC 1997/4, p. 490, *Recymet SA* ; Comco, DPC 2001/2, p. 255, *Watt/Migros – EEF*, ch. 167, 176-190 ; Mess-LCart, p. 564 ; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Wettbewerbsrecht, N 1516, 1518 ; VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 28 ; TERCIER/VENTURI, Ententes, p. 77 ; SCHMIDHAUSER, Art. 7 KG, N 37).

99

Sous l'empire de l'ancien droit déjà (art. 6 aLCart-1985), les « mesures » (« *Vorkehren* ») prises par une organisation analogue étaient illicites si, d'un point de vue objectif, elles étaient exclusivement ou principalement destinées à porter atteinte à la liberté concurrentielle de tiers et ne pouvaient faire l'objet d'une justification objective (SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 331). Les travaux préparatoires à l'adoption de la LCart démontrent la volonté de maintenir la condition de l'absence de justification objective. Plusieurs des pratiques abusives énumérées dans le catalogue exemplatif de l'art. 22 II AP-LCart réservaient expressément l'absence de raisons commerciales objectives (art. 22 II/b et g AP-LCart ; *supra* N 31 s.). L'abandon de la mention expresse de cette condition dans l'art. 7 LCart ne signifie nullement que celle-ci ait été abandonnée. Le message du Conseil fédéral à l'appui de l'art. 7 P-LCart rappelle de manière claire qu'est seul constitutif d'abus le comportement qui ne repose sur aucune justification objective (Mess-LCart, p. 521 et 564 ; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, p. 53). Le Tribunal fédéral a **reconnu** qu'une entreprise dominante puisse invoquer des **motifs objectifs d'ordre commercial** pour justifier un comportement abusif (ATF 129 II 497, c. 6.5.4 - 6.5.9). Dans sa pratique en application de l'art. 7 LCart, la Comco examine systématiquement si la pratique abusive peut être justifiée par des considérations commerciales légitimes (Comco, DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ch. 155 s., 166 s. ; DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerisches Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*, ch. 200-206, 216-261, 269-271, 279-284 ; DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 197-209 ; DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. 132-150 ; DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 407-

100

482 ; DPC 2010/1, p. 116, *PreispolitikSwisscom ADSL* ; DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk*, ch. 272-306, décision annulée en définitive in ATF 137 II 199 ; Comco, DPC 1997/4, p. 490, *Recymet SA*, ch. 4.2 ; DPC 2001/2, p. 255, *Watt/Migros – EEF*, ch. 167, 176-190 ; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Wettbewerbsrecht, N 1516, 1518).

- 101** Etablir un catalogue automatique de considérations commerciales légitimes est impossible. L'appréciation de la justification d'une pratique abusive d'une entreprise dominante s'effectue sur la base de **l'ensemble des circonstances du cas d'espèce** (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 76 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 805 ; ROTH/ROSE, Competition, N 10.063 s.). Les considérations générales données par la jurisprudence sont d'apparence contradictoire. Une entreprise dominante a le droit de s'engager dans une « concurrence par les mérites » et elle n'est pas privée du droit de défendre ses propres intérêts commerciaux. Mais la responsabilité particulière qui lui incombe implique simultanément que l'entreprise dominante ne peut plus recourir à certaines pratiques commerciales qui seraient admises si elles étaient le fait d'une entreprise « normale » (CJUE, arrêt *TeliaSonera Sverige* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publiée, pt 24 ; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publiée, pt 176 ; CJCE, arrêt *France Télécom/Commission* du 02.04.2009, aff. C-202/07 P, Rec. 2009, p. I-2369, pt 105 ; arrêt *Kanal 5 et TV 4* du 11.12.2008, aff. C-52/07, Rec. 2008, p. I-9275, pts 26 s. ; arrêt *Sot. Lélou Kai Sia e.a.* du 16.09.2008, aff. C-468/06, Rec. 2008, p. I-7139, pt 50 ; arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 57 ; CJCE, arrêt *United Brands c/Commission* du 14.02.1978, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 189 et 249 ; RITTER/BRAUN, Competition, p. 419 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 803 et 805 ; ROTH/ROSE, Competition, N 10.061). Selon Peeperkorn, il découle de la concurrence par les mérites que : « *Competition policy enforcement should not subdue aggressive competition, even by dominant companies and if it hurts competitors, as long as it ultimately benefits consumers* » (PEEPERKORN, Discussion Paper, p. 5). Les indications figurant dans les travaux préparatoires relatifs à l'art. 7 LCart ne sont pas plus claires. Un comportement est abusif lorsque la stratégie envers le concurrent est « indue » et n'est destinée qu'à éliminer des concurrents actuels ou à tenir à l'écart du marché des concurrents potentiels en leur faisant comprendre qu'une entrée sur le marché leur causera inmanquablement des pertes (Mess-LCart, p. 521 et 564). Il y a aussi abus lorsque les conditions commerciales appliquées par l'entreprise dominante diffèrent notablement de celles qui seraient appliquées selon toute probabilité avec une concurrence efficace (Mess-LCart, p. 565 ; BORER, KG, Art. 7 N 9 ; CoRe, DPC 1999/4, p. 618, c. 5.1.3). Le comportement d'une entreprise dominante peut être qualifié d'**abusif même si une autre entreprise ne disposant pas de la même puissance sur le marché aurait adopté un comportement similaire** dans les mêmes circonstances (TPI, arrêt *Van den Bergh Foods/Commission* du 23.10.2003, aff. T-65/98, Rec. 2003, p. II-4653, pts 159-160 et 172, confirmé par la CJCE, *Unilever Bestfoods c/Commission* du 28.09.2006, aff. C-552/03 P, Rec. 2006, p. I-9091, pts 128-137 ; TPI, arrêt *Tetra Pak II*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pt 137, confirmée par C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pt 37 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 800 s. et 803 ; ROTH/ROSE, Competition, N 9-046 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 76 ; COMMISSION EUROPÉENNE, Application, pt 231 ; HILDEBRAND, Analysis, p. 51 ; cf. *supra* N 82). Dans quelques cas, les autorités suisses de concurrence ont considéré – à notre avis à tort – qu'une pratique est licite lorsque l'entreprise dominante ne se comporte pas autrement dans une situation déterminée que ne l'aurait fait une entreprise ne disposant pas d'une influence déterminante sur le marché (Secrétariat Comco, DPC 2000/1, p. 8, *Zusammen-*

arbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo, ch. 15 ; Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, pt 100 ; DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 175 ; CoRe, DPC 2004/3, p. 859, c. 4.5 ; cf. *supra* N 82).

L'art. 7 LCart est calqué sur l'interdiction de l'abus de position dominante de l'art. 102 TFUE, qui est soumise à la même condition négative de l'absence de raison commerciale légitime (Mess-LCart, p. 532 ; VAN BAELE/BELLIS, *Competition*, p. 802-806 ; ROTH/ROSE, *Competition*, ch. 10.063 ; WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 210-212). Dans sa pratique récente, la Comco admet, comme la Commission européenne et la Cour de justice, qu'une entreprise dominante peut justifier son comportement soit en démontrant que celui-ci est **objectivement nécessaire** (*infra* N 103 s.), soit qu'il produit des **gains d'efficacité** substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs (*infra* N 105). Il faut encore examiner si le comportement en cause est **indispensable et proportionné** à l'objectif prétendument poursuivi par l'entreprise dominante (Orientations UE Art. 82 TCE, pts 28-31 ; Comco, DPC 2011/1, p. 97, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 408 s. et n. 396-397, qui se réfèrent expressément aux Orientations UE Art. 82 TCE). L'appréciation de la justification d'une pratique abusive d'une entreprise dominante s'effectue sur la base de **l'ensemble des circonstances du cas d'espèce** (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 76). Comme cette appréciation varie aussi en fonction des différents types d'abus, elle est mentionnée plus en détail en relation avec les différents comportements abusifs de l'art. 7 II LCart.

La **première catégorie** de justifications est celle de la **nécessité objective**. Il faut se fonder sur des **facteurs extérieurs** à l'entreprise dominante. « Un comportement d'éviction peut être considéré comme objectivement nécessaire pour des raisons touchant à la santé ou à la sécurité qui sont liées à la nature du produit considéré. Toutefois, il convient de tenir compte, lors de l'établissement du caractère objectivement nécessaire de ce type de comportement, de ce qu'il appartient normalement aux autorités publiques de fixer et de faire respecter les normes de santé publique et de sécurité. Il n'incombe pas à l'entreprise dominante de prendre des initiatives afin d'évincer des produits qu'elle considère, à tort ou à raison, comme dangereux ou inférieurs à son propre produit » (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 29 ; TPI, arrêt *Hilti/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pts 118s ; arrêt *Tetra Pak II*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pts 83 s. et 138). Une justification objective au comportement en cause peut aussi résulter de forces externes, comme des pénuries, des grèves ou des interventions publiques (CJCE, arrêt *B. P. c/Commission*, aff. 77/77, Rec. 1978, p. 1513, pts 29-34 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 133). On peut rapprocher de la nécessité objective l'hypothèse où le comportement de l'entreprise dominante envers ses fournisseurs ou clients est adopté en réponse à une modification intervenue sur le marché, par exemple si l'entreprise dominante cesse d'acheter à un fournisseur un produit qui ne s'écoule plus suffisamment bien sur le marché, ou si elle refuse de livrer une entreprise cliente qui ne paie plus ses factures (SCHMIDHAUSER, *Komm. KG*, Art. 7 N 40 et 42).

Les pratiques abusives à caractère **discriminatoire**, comme un refus discriminatoire de contracter (cf. LCart 7 II/a *infra*) ou l'application de conditions commerciales discriminatoires à l'encontre de partenaires commerciaux (cf. LCart 7 II/b *infra*) sont particulièrement difficiles à justifier pour une entreprise dominante. Les considérations commerciales légitimes susceptibles de légitimer des pratiques discriminatoires relèvent essentiellement de **différences objectives** dans la situation des différents partenaires commerciaux.

- 105** La **deuxième catégorie** de *legitimate business reasons* consiste en des **gains d'efficacité d'une ampleur suffisante** pour qu'il soit peu probable que les consommateurs en subissent un préjudice net (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 30). Les conditions posées par la Commission sont analogues à celles de l'art. 101 § 3 TFUE. Il appartient à l'entreprise dominante de démontrer, avec un degré de probabilité suffisant et sur la base de preuves vérifiables, que les conditions cumulatives suivantes sont remplies : (i) les gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce au comportement considéré ; (ii) conformément au principe de proportionnalité, le comportement est indispensable à réaliser ces gains d'efficacité et il n'y a pas d'autres pratiques moins anticoncurrentielles capables de produire les mêmes gains d'efficacité ; (iii) les gains d'efficacité l'emportent sur les effets préjudiciables probables sur la concurrence et le bien-être des consommateurs sur les marchés affectés ; et (iv) le comportement n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources de concurrence actuelle ou potentielle (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 30). Sans se référer aux Orientations de la Commission relatives aux pratiques d'éviction abusives, la jurisprudence de la Cour de justice suit une approche identique dans l'appréciation de la justification économique d'une pratique abusive. Il importe de déterminer, sur la base de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, si l'effet d'éviction qui résulte d'une telle pratique, désavantageux pour la concurrence, peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également au consommateur ; si l'effet d'éviction de cette pratique est sans rapport avec les avantages pour le marché et les consommateurs ou s'il va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces avantages, ladite pratique doit être considérée comme abusive (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 76 ; CJCE, arrêt *British Airways/Commission* du 15.03.2007, aff. C-95/04 P, Rec. 2007, p. I-2405, pt 86). La reprise des gains d'efficacité au titre des *legitimate business reasons* équivaut selon la doctrine à la codification implicite d'un « art. 102 § 3 TFUE » (ROTH/ROSE, *Competition*, N 10.064 ; WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 210-212). A notre sens, il s'agit plutôt de la reconnaissance d'une *rule of reason* dans l'art. 102 TFUE (du même avis, VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 131). Ce faisant, l'interprétation de l'art. 102 TFUE se rapproche de celle de la Section 2 du Sherman Act (*supra* N 62). En droit suisse, la Comco admet aux mêmes conditions que des gains d'efficacité peuvent constituer des *legitimate business reasons* justifiant le comportement d'une entreprise dominante (Comco, DPC 2011/1, p. 97, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 408 s. et n. 396-397 qui se réfèrent expressément aux Orientations UE Art. 82 TCE).
- 106** Lorsqu'une discrimination en matière de prix fait partie d'une politique claire de **cloisonnement des marchés** sur une base géographique, qui isole les uns des autres des marchés nationaux où les conditions économiques sont similaires, une justification est particulièrement difficile à apporter. En effet, une telle segmentation des marchés vise et, en cas de succès, a pour effet d'empêcher la concurrence par les prix. Elle entrave l'accès au marché des concurrents actuels et potentiels et nuit en définitive aux consommateurs qui paient un prix trop élevé. Une entreprise dominante ne peut toutefois tirer profit d'une discrimination en matière de prix que s'il existe des barrières à l'accès aux différents marchés nationaux, de sorte que les partenaires commerciaux ne disposent pas d'alternatives suffisantes. Pour atteindre son but, la discrimination sur les prix fondée sur un cloisonnement géographique est souvent doublée d'une limitation abusive des débouchés, sous la forme d'une interdiction de revente entre les différents segments d'un marché stipulée dans des contrats de distribution ou sous celle d'une prohibition des importations parallèles figurant dans des contrats de licence de droits de propriété intellectuelle. Le **droit de la concu-**

rence de l'UE considère le plus souvent comme illicites les conditions commerciales discriminatoires fondées sur un cloisonnement artificiel des marchés nationaux, en raison de l'incompatibilité de ces pratiques avec l'objectif fondamental d'unité du marché intérieur poursuivi par le TFUE, et également par l'art. 102 TFUE en relation avec le Protocole 27 (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 204-234; HILDEBRAND, Analysis, p. 58). Ne sauraient être soustraites à l'interdiction énoncée à l'art. 102 TFUE les pratiques d'une entreprise dominante visant à éviter toutes exportations parallèles d'un Etat membre vers d'autres Etats membres, pratiques qui, en cloisonnant les marchés nationaux, neutralisent les avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement et de prix que ces exportations procureraient aux consommateurs finals dans ces autres Etats (CJCE, arrêt *Sot. Lélos Kai SIA* du 16.09.2008, aff. jtes C-468/06 à C-478/06, Rec. 2008, p. I-7139, pt 66). En revanche, un producteur de produits pharmaceutiques doit être en mesure de préserver ses propres intérêts commerciaux lorsqu'il est confronté à des commandes de quantités anormales, notamment lorsque certains grossistes d'un Etat membre commandent à ce producteur des médicaments dans des quantités qui sont hors de proportion avec celles vendues antérieurement par ces mêmes grossistes pour satisfaire les besoins du marché national et sont donc essentiellement destinés aux exportations parallèles (CJCE, arrêt *Sot. Lélos Kai SIA* du 16.09.2008, aff. jtes C-468/06 à C-478/06, Rec. 2008, p. I-7139, pts 69-77). Le comportement de l'entreprise dominante est abusif s'il cause un préjudice immédiat aux intérêts des consommateurs, même en l'absence de toute incidence sur la structure de la concurrence dans le marché en cause (Commission, décision *Coupe du monde de football 1998*, 2000/12/CE, IV/36.888, JO 2000 L 5/55, ch. 100 et 102). En Suisse, le Tribunal fédéral a jugé que l'entreprise dominante qui, par le biais de contrats de distribution ou de droits de propriété intellectuelle, isole le marché suisse des marchés étrangers présentant des conditions juridiques et économiques similaires afin d'y pratiquer des prix discriminatoires ou inéquitables, peut violer de ce fait l'art. 7 II/c LCart (ATF 126 III 129, c. 9c).

Constitue notamment une considération commerciale légitime le fait que le comportement en cause est **indispensable à la réalisation du but social** de l'entreprise dominante visée. Ainsi, la condition imposée aux membres d'une coopérative d'achat qui interdit leur affiliation simultanée à une autre coopérative est limitée à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement de la coopérative et de soutenir sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs (CJCE, arrêt *DLG*, aff. C-250/92, Rec. 1994, p. I-5641, pts 50-52).

En droit de l'Union européenne, si la **charge de la preuve** quant à l'existence des circonstances constitutives d'une violation de l'art. 102 TFUE repose sur la Commission, c'est toutefois à l'entreprise dominante concernée qu'il incombe, le cas échéant, et avant la fin de la procédure administrative, de faire valoir une éventuelle justification objective et d'avancer, à cet égard, des arguments et des éléments de preuve. Il appartient ensuite à la Commission, si elle entend conclure à l'existence d'un abus de position dominante, de démontrer que les arguments et les éléments de preuve invoqués par ladite entreprise ne sauraient prévaloir et, partant, que la justification présentée ne saurait être accueillie (TPI, arrêt *Microsoft c/Commission*, aff. T-201/04 du 17.09.2007, Rec. 2007, p. II-3601, pt 688; KORAH, Competition-Guide, p. 139; WHISH/BAILEY, Competition, p. 213; Orientations UE Art. 82 TCE, pt 31). La solution est identique dans le droit antitrust américain (*supra* N 63). En droit suisse aussi, à notre avis, le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits (art. 13 PA) justifie de mettre à la charge de l'entreprise dominante l'établissement d'une éventuelle justification objective. Il revient ensuite à nouveau à la Comco d'effectuer une balance entre les effets anti-concurrentiels de la pratique et les

107

108

gains d'efficacité allégués, afin de déterminer si le comportement en cause est en définitive abusif ou non.

4. Catalogue exemplatif d'abus (art. 7 II LCart)

- 109** L'art. 7 II LCart concrétise la clause générale de l'art. 7 I LCart par une **liste exemplative** de comportements susceptibles de constituer un abus de position dominante, dans la mesure où ils ne sont pas justifiés par un intérêt commercial légitime (ATF 137 II 199, c. 4.3.4 ; Comco, DPC 2011/1, p. 97, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 297 ; DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 190). De même, en droit de l'Union européenne, la liste des pratiques abusives figurant à l'art. 102 TFUE n'est pas limitative, de sorte que l'énumération des pratiques abusives contenue dans cette disposition n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le droit de l'Union européenne (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 26 ; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pt 173 ; CJCE, arrêt *British Airways/Commission* du 15.03.2007, aff. C-95/04 P, Rec. 2007, p. I-2405, pt 57 ; arrêt *Tetra Pak c/Commission* du 14.11.1996, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pt 37 ; RITTER/BRAUN, *Competition*, p. 417 s. et 419 ; WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 193). Le caractère non exhaustif de l'énumération de l'art. 7 II LCart (« *en particulier* » ; « *insbesondere* » ; « *in particolare* » ; « *in particular* ») permet de prendre en compte d'autres types d'abus qui remplissent les conditions de l'art. 7 I LCart, comme les entraves stratégiques portant sur des éléments autres que le prix et destinées à hausser les barrières à l'accès au marché ou l'utilisation abusive de droits de propriété intellectuelle (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 840, qui note toutefois que les pratiques d'innovation stratégiques pourraient entrer dans le champ de l'art. 7 II/e LCart ; MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 56).
- 110** Selon le Tribunal administratif fédéral, une amende au titre de l'art. 49a LCart ne peut être imposée que si le comportement abusif en question est visé à la fois par l'alinéa I et par l'alinéa II de l'art. 7 LCart, pris comme une « **unité indivisible** » (« *als untrennbare Einheit* »). Cette limitation ne ressort pas de l'art. 49a LCart, qui prévoit de manière générale l'imposition d'une amende en cas d'abus de position dominante au titre de l'art. 7 LCart, mais découle des exigences de l'art. 7 § 1,1 CEDH (*nulla poena sine lege*). Selon le TAF, la clause générale de l'art. 7 I LCart est formulée de manière trop large pour satisfaire aux exigences minimales de légalité et de sécurité juridique de l'art. 7 § 1,1 CEDH, et cela d'autant plus compte tenu du caractère *a priori* ambivalent de la plupart des comportements abusifs et de l'importance croissante de la *more economic approach* (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 4.5.1 ; dans ce sens, BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 26 qui considère l'art. 7 I LCart comme « *nahezu leer* » ; critique sur cet arrêt : HEINEMANN, *Direkte Sanktionen*, N 22 ss ; TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 8.1.5.1 ; recours pendant au TF). Il en résulte qu'un comportement abusif non énuméré à l'art. 7 II LCart, mais qui serait déduit uniquement de la clause générale de l'art. 7 I LCart, peut être interdit sur la base de cette disposition, mais qu'il ne saurait faire l'objet d'une amende selon l'art. 49a LCart. A notre sens, une pratique décisionnelle ou une jurisprudence suisse ou européenne antérieure devrait aussi fournir une prévisibilité suffisante pour des comportements postérieurs adoptés par une entreprise dominante (également en ce sens, TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 8.1.5.1 i. f. ; cf. *supra* N 85). De plus, la nature nouvelle d'un abus de position dominante, pour lequel il n'existe pas de précédent en droit suisse ou européen ou américain, et qui est déduit de la clause générale de l'art. 7 I LCart devrait à notre avis être prise en compte unique-

ment au stade de l'appréciation de la gravité de l'infraction. Elle se reflèterait dans un montant inférieur de l'amende lors du premier cas d'application de l'art. 7 I LCart à ce nouveau type d'abus, plutôt que dans une exclusion pure et simple de l'amende. Dans un cas où AstraZeneca avait fourni des renseignements trompeurs à plusieurs offices de brevets en vue d'obtenir des certificats complémentaires de protection pour un médicament et avait retiré l'autorisation de mise sur le marché délivré pour ce médicament dans sa formulation initiale, la Commission européenne a considéré qu'un tel abus de brevet violait l'art. 102 TFUE, en bloquant ou en retardant l'accès au marché de médicaments génériques concurrents. Même s'il existait des précédents concernant le cloisonnement artificiel du marché, l'abus de brevet en cause présentait des caractéristiques propres et nouvelles et ne pouvait être considéré comme clair, ce qui a influé sur le degré de gravité de l'infraction et le montant de l'amende (Commission européenne, décision *AstraZeneca* du 15.06.2005, COMP/A.37.507/F3, pts 904, 908 et 922). Sur recours, le Tribunal a considéré que la circonstance que cet abus est inédit ne saurait remettre en cause qu'il s'agit d'une infraction grave, compte tenu du caractère manifestement contraire à la concurrence par les mérites de telles pratiques (Trib., arrêt *AstraZeneca c/Commission* du 01.07.2010, aff. T-321/05, pts 901 et 903). Le fait qu'un comportement présentant les mêmes caractéristiques n'ait pas encore été examiné dans des décisions antérieures n'exonère pas l'entreprise de sa responsabilité (CJCE, arrêt *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission* du 9.11.1983, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 107). A notre sens, prendre en compte le caractère nouveau d'un abus de position dominante au stade de la fixation du montant de l'amende respecte mieux la volonté exprimée par le législateur à l'art. 49a I LCart (sanction directe pour les « pratiques illicites aux termes de l'art. 7 ») et à l'art. 7 II LCart (liste exemplative), tout en interprétant ces dispositions légales de manière conforme à l'art. 7, § 1, 1 CEDH. Enfin, nous observons que la plupart des abus de position dominante peuvent être subsumés dans le cadre de l'alinéa II de l'art. 7, qu'il s'agisse d'une entrave limitant les débouchés des concurrents (art. 7 II/e LCart), ou d'une exploitation sous la forme de prix ou conditions commerciales inéquitables (art. 7 II/c LCart).

L'énumération de l'art. 7 II LCart est basée, d'une part, sur l'art. 6 II aLCart-1985 et, d'autre part, sur la liste exemplative de l'art. 102 TFUE ainsi que sur les décisions de la Commission européenne et les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne y relatifs (Mess-LCart, p. 565 ; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 836, 840 ; WOHLMANN, *Bekämpfung*, p. 22 ; MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 56). L'origine des cas exemplatifs de l'art. 7 II LCart peut être retracée comme suit :

- l'art. 7 II/a LCart correspond à l'art. 6 II/a et b aLCart-1985 (refus de livrer et d'acheter) et à l'interdiction correspondante déduite de l'art. 102 TFUE par la CJUE (CJCE, arrêt *Commercial Solvents c/Commission*, « *Zoja* », aff. jtes 6-7/73, Rec. 1974, p. 223, pts 23-29 ; arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 163-203) ;
- l'art. 7 II/b LCart correspond à l'art. 6 II/a et b aLCart-1985 (discrimination à l'égard des acheteurs et des fournisseurs) et à l'art. 102/c TFUE (appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence) ;
- l'art. 7 II/c LCart correspond à l'art. 6 II/b *i.f.* aLCart-1985 (exigence excessive en matière de prix ou de conditions de faveur) et à l'art. 102/a TFUE (prix ou autres conditions de transaction inéquitables) ;
- l'art. 7 II/d LCart correspond à l'art. 6 II/c aLCart-1985 (sous-enchères en matière de prix ou de conditions dirigée contre un concurrent déterminé) et à l'interdiction corres-

111

- pondante déduite de l'art. 102 TFUE par la CJUE (CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359 ; pts 63-150) ;
- l'art. 7 II/e LCart correspond à l'art. 102/b TFUE (limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs) ;
 - l'art. 7 II/f LCart correspond à l'art. 6 III aLCart-1985 (affaires liées) et à l'art. 102/d TFUE (subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats).
- 112** Vu son peu d'impact pratique, l'art. 6 II/d aLCart-1985 relatif à la mise à l'index d'employeurs (HOMBURGER, KG, Art. 6 N 72 s.) n'a pas été repris dans l'art. 7 II LCart.
- 113** La reprise des cas figurant à l'art. 102 TFUE dans la formulation de l'art. 7 II LCart témoigne de la volonté du législateur d'assurer, autant que possible, l'**eurocompatibilité** de la réglementation suisse de l'abus de position dominante (Mess-LCart, p. 565). En raison de la non-appartenance de la Suisse à l'UE, de l'absence d'un accord bilatéral général en matière de concurrence et de quelques différences subsistant entre l'art. 7 LCart et l'art. 102 TFUE, le Tribunal fédéral a nié un parallélisme unilatéral, général et *a priori*, entre l'art. 7 LCart et l'art. 102 TFUE, et a affirmé l'autonomie des autorités de concurrence suisses dans l'application de l'art. 7 II LCart (ATF 137 II 199, c. 4.3). A notre sens, cette « relativisation » de l'eurocompatibilité de l'art. 7 LCart, qui doit être vérifiée au cas par cas, n'empêche nullement les autorités de concurrence et les tribunaux de s'inspirer de la casuistique développée sur la base de l'art. 102 TFUE (*supra* N 49-50).
- 114** Contrairement à ce que paraît indiquer une interprétation littérale (« *reputés illicités* » ; « *als solche fallen in Betracht* » ; « *costituiscono* » ; « *may constitute* »), l'art. 7 II LCart ne comporte **ni une interdiction per se** des comportements énumérés, **ni même une présomption** d'abus de ces comportements (contrairement à l'art. 5 III et IV LCart en ce qui concerne les accords). Il constitue une liste exemplative au même titre que celle de l'art. 102 TFUE. Le comportement en cause doit être analysé à la lumière des **circonstances du cas d'espèce**. Le comportement n'est abusif que si les critères généraux de l'**art. 7 I LCart** sont remplis, c'est-à-dire que s'il correspond à une pratique d'**entrave** ou d'**exploitation** et ne repose pas sur des **considérations commerciales légitimes** (ATF 129 II 497, c. 6.5.1 ; ATF 137 II 199, c. 4.3.4 ; Mess-LCart, p. 565 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 621 et 638 ; BORER, KG, Art. 7 N 4 ; REINERT, Kartellgesetz, Art. 7 N 9 ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 840 ; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, p. 56 ; TERCIER/VENTURI, Ententes, p. 77 ; ZÄCH, Kontrolle, p. 137 ; *supra* N 101 et *infra* N 116 ss ; TAF, DPC 2010/2, p. 8.1.5.1, selon lequel les alinéas I et II/b LCart constituent un ensemble inséparable ; Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]*, ch. 513 et 519 ss ; Secrétariat Comco, DPC 2005/1, p. 46, *Top-Card-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*, ch. 54 ; CoRe, DPC 2000, p. 716, ch. 4, qui cite le texte allemand plus clair de l'art. 7 II LCart : « *Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht* »). A notre sens, la prise en considération des deux alinéas de l'art. 7 LCart comme constituant une unité ne relève pas d'un raisonnement circulaire (*contra* BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 25 s.). Elle manifeste plutôt que la détermination d'un abus de position dominante ne saurait se baser sur une approche formelle, mais bien plutôt sur une analyse des effets – au moins potentiels – du comportement en cause (cf *supra* N 76-80 et 86-90).

Souvent, la complexité de la pratique considérée fait qu'elle ne peut pas être définie par un seul des cas énumérés à l'art. 7 II LCart, mais qu'elle constitue une **combinaison de plusieurs cas** (RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 840). La Comco a ainsi décidé que des rabais de fidélité abusifs constituaient simultanément une discrimination entre partenaires commerciaux (art. 7 II/b LCart – *secondary line competition*) et une restriction des débouchés d'entreprises concurrentes (art. 7 II/e LCart – *primary line competition*) (Comco, DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT – Fachhändlerverträge*, ch. 38 ; ou encore que le refus de fournir des informations d'interface remplit les conditions d'un refus de livrer (art. 7 III/a LCart) d'une vente liée (art. 7 III/f LCart) ou un cas de discrimination (art. 7 II/b LCart) (voir Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]* ; de même en droit de l'Union européenne : CJCE, arrêt *Suiker Unie et autres c/Commission*, aff. jtes 40-48, 50, 54-56, 111, 113 et 114/73, Rec. 1975, p. 1663, pts 518-527).

5. Diagnostic

La plupart des pratiques des entreprises sont **ambivalentes**, de sorte qu'il est très difficile de différencier un comportement qui est l'expression d'une saine concurrence de celui qui est le signe d'une stratégie abusive. Ce double visage (*Doppelgesichtigkeit*) des pratiques des entreprises rend malaisé le diagnostic de l'abus de position dominante. C'est ainsi qu'une sous-enchère en matière de prix (prix prédateurs) peut aussi bien être l'expression d'un comportement compétitif souhaitable que viser à discipliner un concurrent ou à l'écarter abusivement du marché (SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 349 ss ; Mess-LCart, p. 521 et 564 ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 835 et 838 ; HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 130 ; BORER, KG, Art. 7 N 2 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 187 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 624). L'annonce anticipée, par une entreprise dominante, de la sortie d'un nouveau produit ou d'améliorations techniques d'un produit existant constitue une information importante pour les décisions d'investissements des clients, mais elle peut aussi servir à empêcher des entreprises concurrentes plus innovantes d'entrer sur le marché (art. 7 II/e LCart ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 835). Il n'y a pas abus du simple fait qu'une action commercialement justifiée d'une entreprise dominante est préjudiciable à un tiers, par exemple si l'entreprise dominante baisse ses prix pour augmenter la quantité de produits vendus, et non pour écarter un concurrent (VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Wettbewerbsrecht, N 1516 et 1518). En raison de ce double visage des pratiques commerciales des entreprises, la recherche et l'appréciation des preuves doit répondre à des exigences élevées, afin que soient garanties tant la protection de la concurrence efficace que la liberté économique et la liberté contractuelle des entreprises dominantes (CoRe, DPC 1998/4, p. 655, c. 3.4).

Un même type de comportement pouvant, selon les circonstances, correspondre à une « concurrence par les mérites » ou au contraire être abusif, il est impossible d'établir une liste de comportements d'entreprises dominantes qui seraient **prohibés per se** ou même seulement **présumés abusifs**, pas plus qu'un **catalogue automatique de justifications** commerciales. Une telle approche purement formelle s'exposerait aux risques de faux positifs (*type I error*, i.e. qualification erronée d'un comportement abusif comme étant licite) et de faux négatifs (*type II error*, i.e. qualification erronée d'un comportement licite comme étant abusif) (cf. *supra* N 61). En conséquence, tant le droit de l'Union européenne que le droit suisse de la concurrence ont abandonné une approche basée sur la forme pour adopter une démarche axée sur les **effets** économiques du comportement (*su-*

pra N 76-80 et 86-90). Le diagnostic de l'abus n'est soumis à aucun critère absolu, mais est une question de **faits** et de **proportionnalité**. La pratique suivie par l'entreprise en position dominante doit faire l'objet d'un examen minutieux, **selon les circonstances du cas d'espèce** (Mess-LCart, p. 521, 564 ; RUFFNER, Grundlagen, p. 209 ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 838 ; BALDI, Konzeption, p. 279 ; BORER, KG, Art. 7 N 2 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 803 et 805 ; ROTH/ROSE, Competition, N 10.063 s. ; WHISH/BAILEY, Competition, p. 199 s.). Le **bilan pro- ou anti-concurrentiel** auquel aboutit tant le test suivi par le droit antitrust américain (*supra* N 63) que celui appliqué par le droit de la concurrence de l'Union (Orientations UE Art. 82 TCE, pts 29-31 ; *supra* N 102-105) constitue une concrétisation du principe de **proportionnalité** (ROTH/ROSE, Competition, N 10.064 i.f.). Toutefois, une pure approche au cas par cas, basée sur les effets, soulève aussi certains problèmes en termes de sécurité juridique et d'économie procédurale. La solution retenue dans l'art. 102 TFUE et l'art. 7 LCart, consistant en une définition générique accompagnée d'une liste exemplative de pratiques abusives, répond en partie à cette problématique. Conformément à l'approche basée sur les effets, les comportements énumérés aux art. 102 TFUE et 7 LCart ne constituent toutefois ni une présomption d'abus, ni *a fortiori* un abus *per se* (*supra* N 114). Le fait que les autorités de concurrence et les tribunaux suisses motivent leurs décisions en se référant tant à leurs propres précédents qu'à une approche comparative de la casuistique et de la jurisprudence rendue dans l'Union européenne (sur la base de l'art. 102 TFUE) et aux Etats-Unis (§ 2 Sherman Act) renforcent la prévisibilité et la transparence dans l'application de l'art. 7 LCart (*supra* N 85 et 110).

- 118** Outre le caractère ambivalent des pratiques stratégiques des entreprises dominantes, la **preuve** constitue l'autre difficulté majeure du contrôle de l'abus de position dominante (Mess-LCart, p. 521 ; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, p. 54 ; BORER, KG, Art. 7 N 2s). En l'absence d'une intention reposant sur des documents probants ou sur un faisceau d'indices (*supra* N 84 et 87), le **diagnostic de l'abus** repose sur une application au cas d'espèce des **tests de concurrence** les plus adéquats développés en économie. Ainsi, une sous-enchère sur les prix est abusive lorsque l'entreprise dominante relève à nouveau ses prix une fois les concurrents actuels éliminés et que des obstacles à l'accès au marché subsistent, qui tiennent les concurrents potentiels écartés même après que l'entreprise dominante a relevé ses prix (Mess-LCart, p. 521 ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 838 s. ; HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 130 ; BALDI, Konzeption, p. 279 ; BALDI/BORER, Kartellgesetz, p. 352 s. ; BORER, KG, Art. 7 N 2).
- 119** – Parmi les différents **tests économiques** développés et qui sont utilisés en pratique par les autorités de concurrence afin d'évaluer, à la lumière des circonstances du cas d'espèce, l'effet anticoncurrentiel potentiel d'un comportement, aucun n'est adapté à tous les types d'abus de position dominante. La quête du test unique paraît vaine. La pratique et la doctrine économique préfèrent l'un ou l'autre test en fonction du comportement abusif en cause (voir les développements spécifiques à chaque type d'abus selon l'art. 7 II LCart *infra*). Les progrès de l'analyse économique des effets produits par les différents cas d'abus se traduisent aussi par une amélioration régulière de ces tests. Nous nous limitons ici à mentionner les tests les plus importants (OECD, Merits – Note de référence, ch. 3.2, p. 64-78 ; KORAH, Competition-Guide, p. 140-142 ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 57-62).
- Le test du **sacrifice** consiste à rechercher si l'entreprise dominante supporte des pertes ou renonce à des bénéfices à court terme, et ce délibérément, soit de façon à évincer ou pouvoir évincer un ou plusieurs concurrents actuels ou potentiels en vue de maintenir

son pouvoir de marché, soit en vue d'amener ses concurrents à s'aligner sur ses prix en évitant le risque de leur disparition. Ce test est utile pour appréhender les pratiques prédatrices et, dans certains cas, les rabais conditionnels. Il n'est toutefois pas suffisant à lui seul, et peut notamment nécessiter la preuve d'une stratégie prédatrice (Orientations UE Art. 82 TCE, pts 37, 63-66 et 69). En outre, il ne permet pas d'appréhender l'éviction à bon compte, c'est-à-dire sans renonciation à des bénéfices.

- Selon le test de l'**irrationalité économique**, un comportement d'une entreprise dominante n'est abusif que si seule sa vocation à éliminer ou entraver la concurrence lui donne un sens. Ce test, qui est une variante plus extrême du test du sacrifice, se traduit notamment par l'exigence de récupération possible des pertes pour démontrer une pratique prédatrice. Il atteint ses limites notamment dans les cas de compression des marges, qui peuvent résulter non seulement d'un prix anormalement bas sur le marché de détail, mais également d'un prix anormalement élevé sur le marché de gros. Dans ce second cas, l'entreprise dominante ne subit pas nécessairement des pertes (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 98 s.).
- Selon le **test du concurrent aussi efficace**, une pratique d'éviction n'est abusive que si elle entrave ou est de nature à entraver la concurrence d'entreprises considérées comme aussi efficaces que l'entreprise dominante. Ce test prend en compte le fait qu'une concurrence vigoureuse, notamment sur les prix, est généralement profitable aux consommateurs et répond à l'objectif de protéger la concurrence plutôt que les concurrents. Toutefois, même un concurrent moins efficace peut exercer une pression disciplinante sur l'entreprise dominante ; ce concurrent pourrait aussi, à terme et pour autant qu'il puisse survivre assez longtemps, devenir aussi ou même plus efficace que l'entreprise dominante. La Cour de justice a retenu le critère du concurrent aussi efficace dans les pratiques de compression de marge : afin d'apprécier la licéité de la politique de prix appliquée par une entreprise dominante, il convient, en principe, de se référer à des critères de prix fondés sur les coûts encourus par l'entreprise dominante elle-même et sur la stratégie de celle-ci. En particulier, s'agissant d'une pratique tarifaire aboutissant à la compression des marges, l'utilisation de tels critères d'analyse permet de vérifier si cette entreprise aurait été suffisamment efficace pour proposer ses prestations de détail aux clients finals autrement qu'à perte, si elle avait été préalablement obligée d'acquitter ses propres prix de gros pour les prestations intermédiaires. Si tel n'est pas le cas, cela signifierait que les concurrents susceptibles d'être évincés par la pratique tarifaire en question ne pourraient pas être considérés comme étant moins efficaces que l'entreprise en position dominante et que, dès lors, le risque de leur éviction serait dû à une concurrence faussée. Une telle approche est d'autant plus justifiée qu'elle est également conforme au principe de sécurité juridique, dès lors que l'entreprise dominante connaît ses propres coûts et tarifs, mais ne connaît en principe pas ceux de ses concurrents (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 41-44). La Cour a toutefois relevé que les coûts et prix des concurrents peuvent être pertinents, notamment lorsque le niveau de coûts de l'entreprise dominante est précisément tributaire de la situation d'avantages compétitifs dans laquelle la position dominante place cette entreprise (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pt 45).
- Enfin, le test de l'**atteinte au bien-être des consommateurs** est postulé comme le test ultime de l'éviction anticoncurrentielle par la Commission européenne (Orientations UE Art. 82 TCE, pts 19-22). Mesurer l'ampleur – qualitative ou quantitative – des effets positifs ou négatifs d'un comportement abusif sur le consommateur peut toutefois s'avérer très difficile. La tâche sera encore plus ardue lorsque l'entreprise dominante

invoque des justifications économiques objectives et qu'une mise en balance des effets pro- et anti-concurrentiels doit être effectuée.

- 120** Lorsque la stratégie de l'entreprise dominante est axée sur une **pratique autre que les prix**, par exemple des différenciations de produits, des surcapacités, des innovations de produits ou des stratégies de recherche et développement, la preuve de l'abus est encore plus difficile. Il faut en particulier examiner dans chaque cas d'espèce si le comportement en cause peut reposer sur des « raisons commerciales légitimes » (BORER, KG, Art. 7 N 3). Selon certains commentateurs, les difficultés de preuve devraient limiter les autorités de concurrence à ne sanctionner que les abus les plus crasses (HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Fusion, p. 130), ou à se concentrer sur les cas d'entrave plutôt que sur ceux d'exploitation, qui nécessitent une appréciation des résultats de la pratique dans le cas d'espèce (RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 840 s.). La doctrine suggère également d'opérer le diagnostic sur la base d'une pondération des intérêts de toutes les entreprises concernées (BORER, KG, Art. 7 N 9), pondération qui devrait être effectuée en fonction du but de préservation de la concurrence efficace poursuivi par la loi (voir la « *normzweckorientierte Interessenabwägung* » soutenue en particulier par la doctrine allemande : ZÄCH, Kontrolle, p. 136 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 193 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 633).
- 121** Enfin, l'ambivalence des pratiques stratégiques des entreprises et les difficultés liées à la preuve de l'abus rendent les entreprises dominantes vulnérables à des **plaintes tactiques** de concurrents. L'application de l'art. 7 LCart sert à protéger la concurrence efficace et les consommateurs, mais elle ne doit pas porter atteinte, en l'absence d'abus, à la liberté contractuelle et à la capacité concurrentielle des entreprises en position dominante. De purs litiges contractuels entre l'entreprise dominante et ses partenaires commerciaux ne doivent pas être indûment travestis dans des contestations de droit de la concurrence (RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 835 ; RITTNER, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Art. 26 Abs. 2 GWB, p. 299).
- 122** S'agissant de la **charge de la preuve**, l'autorité de concurrence ou le plaignant dans une action civile doivent démontrer l'existence d'une position dominante, ainsi que le caractère abusif du comportement incriminé, en mettant en exergue l'effet anticoncurrentiel d'entrave ou d'exploitation de ce comportement. Il appartient ensuite à l'entreprise dominante de contester le caractère abusif de sa pratique en faisant état de considérations commerciales légitimes (nécessité objective ou gains d'efficacité) qui justifieraient cette pratique. C'est en dernière analyse à l'autorité de concurrence d'effectuer une mise en balance des effets anticoncurrentiels apparents et des gains d'efficience allégués et démontrés, afin d'apprécier si le comportement en cause est abusif ou objectivement justifié (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 31 ; KORAH, Competition-Guide, p. 139 ; *supra* N 108 et 117). Cette répartition du fardeau de la preuve correspond à celle adoptée en droit antitrust américain (*supra* N 63). A notre sens, elle devrait aussi être suivie en droit suisse (*supra* N 108).

D. Exceptions à l'application de l'article 7 LCart

- 123** L'application de l'art. 7 LCart ou de l'art. 102 TFUE n'est pas exclue par le seul fait que l'absence ou la limitation de la concurrence est favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, en particulier celles octroyant un droit exclusif à l'entreprise en cause (ATF 129 II 497, c. 3.3 ; CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 49-53 ; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P,

non encore publié, pts 80-85 ; CJCE, arrêt *Commission et France c/Ladbroke Racing* du 11.11.1997, aff. C-359/95 P et C-379/95 P, Rec. 1997, p. I-6265, pt 33 ; TPI, arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, aff. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pts 147 s.). Le comportement abusif d'entreprises publiques, d'entreprises au bénéfice d'un monopole de fait ou de droit ou d'entreprises agissant dans le cadre d'une réglementation de marché étatique peut, en règle générale, faire l'objet d'un examen au regard des règles du droit de la concurrence (Mess-LCart, p. 520 ; de même, en droit de l'Union européenne, CJCE, arrêt *Job Centre II*, aff. C-55/96, Rec. 1997, p. I-7119, pts 21-27). Cette règle est toutefois assortie de **trois restrictions**, à savoir d'une condition préalable tenant à la nature d'entreprise de l'entité en cause (*infra* N 126), et de deux exceptions proprement dites à l'application du droit de la concurrence qui concernent, d'une part, le caractère non autonome du comportement d'entreprises opérant dans le cadre d'un ordre de marché étatique (*infra* N 127 s.) et, d'autre part, le comportement d'entreprises investies de tâches publiques (*infra* N 129 s.).

Lorsque la restriction à la concurrence est le fait d'une mesure étatique, la cible d'une enquête de la Comco est déplacée de l'entreprise vers l'Etat. En outre, les pouvoirs de la Comco sont modifiés. La Comco ne peut prendre de décision et ne dispose que d'une compétence de **surveillance** (cf. LCart 45-47 et LMI 8-10) ou d'un **droit de recours** (cf. LMI 9 II^{bis}) (Mess-LCart, p. 529 ; Mess-LMI, p. 1252 et 1256 ; CLERC, *Marchés*, p. 462-470 ; ZWALD, *BGBM*, N 141 ; ZÄCH, *Rolle*, p. 66-82 ; p. ex. pour les marchés publics, *supra* N 46).

Pour des raisons pratiques d'économie de procédure, les autorités de la concurrence en Suisse comme dans l'Union européenne examinent à titre préalable, 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.

1. *Entreprise contre puissance publique*

L'application de l'art. 7 LCart présuppose que la position dominante soit détenue par une **entreprise** au sens de l'art. 2 I LCart (cf. LCart 2 I et LCart 4 II N 34-38). Il faut vérifier, d'une part, que l'activité contestée est de nature économique – consistant à offrir des biens ou des services sur le marché – et, d'autre part, que cette activité ne se rattache pas, ou est en tout cas détachable d'autres activités exercées au titre d'une mission de **puissance publique** par l'entité (Secrétariat Comco, DPC 2007/4, p. 517, *Armasuisse*, ch. 19-22 ; CJCE, arrêt *SELEX Sistemi Integrati c/Commission* du 26.03.2009, aff. C-113/07 P, Rec. 2009, p. I-2207, pts 69 s. ; arrêt *MOTOE* du 01.07.2008, aff. C-49/07, Rec. 2008, p. I-4892, pts 22-24 ; arrêt *FENIN c/Commission* du 11.07.2006, aff. C-205/03 P, Rec. 2006, p. I-6295, pts 25-27 ; TPI, arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, aff. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pts 107-109, 121 s., 125).

2. *Régime de marché ou de prix de caractère étatique ou absence de caractère indépendant du comportement*

La première **exception** expresse à l'application de la LCart est prévue par l'**art. 3 I/a LCart**. Elle concerne les cas où l'entreprise concernée est soumise, pour son activité, à un régime de marché ou de prix de caractère étatique. La réserve de l'art. 3 I/a LCart est toutefois d'interprétation **restrictive** puisqu'elle ne concerne que les dispositions de droit

public qui excluent certains biens ou services de la concurrence. En d'autres termes, il ne suffit pas qu'un régime de marché ou de prix de caractère étatique soit instauré : ce n'est que si le régime de marché ou de prix de caractère étatique est incompatible avec la LCart que cette loi ne s'applique pas au comportement d'une entreprise dans un secteur réglementé (cf. LCart 3 I ; ATF 129 II 497, c. 3.3.1 ; Secrétariat Comco, DPC 2011/2, p. 248, *Markt für Hörgeräte*, ch. 41-69 ; DPC 1997/2, p. 132, *Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève*, ch. 14-18 ; DPC 1997/2, p. 138, *Post PTT – Adressaktualisierungen*, ch. 13 ss ; DPC 1998/4, p. 562, *Tarifs pratiqués par les Hôpitaux universitaires de Genève [HUG] en matière de soins ambulatoires*, ch. 10-21 ; DPC 2000/1, p. 1, *Lokoop AG vs. SBB*, ch. 14 ; DPC 2000/2, p. 153, *Watt/Migros – EEF*, ch. 26). Une telle réserve peut découler tant du droit fédéral que du droit cantonal ou communal (ATF 129 II 497, c. 3.3.4 ; Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 562, *Tarifs pratiqués par les Hôpitaux universitaires de Genève [HUG] en matière de soins ambulatoires*, ch. 12-23). L'art. 3 I LCart ne saurait se résumer à l'adage *lex specialis derogat generali* (cf. LCart 3 I N 21 s. ; ATF 137 II 199, c. 3.4 ; TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 3).

- 128 L'art. 3 I/a LCart constitue, à notre avis, une expression particulière de l'inapplicabilité du droit de la concurrence à l'entreprise lorsque le **comportement** anticoncurrentiel n'est pas **attribuable** à cette dernière, mais à l'Etat directement. Il faut que le régime de marché ou de prix prescrive à l'entreprise le comportement abusif en cause, sans que l'entreprise dispose d'une marge de liberté. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que « *massgebliche Unternehmensqualität setze wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit voraus* » (ATF 127 II 32, c. 3c et d ; Mess-LCart, p. 534 s.). En **droit de l'Union européenne**, l'art. 102 TFUE ne vise que des comportements anticoncurrentiels qui ont été **adoptés par les entreprises de leur propre initiative**. Si un comportement anticoncurrentiel est imposé à une entreprise par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de la part de l'entreprise, l'art. 102 TFUE n'est pas d'application. Dans une telle situation, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause dans des comportements autonomes des entreprises. En revanche, l'art. 102 TFUE peut s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises. La responsabilité particulière qui incombe à l'entreprise en position dominante de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur concerne précisément les comportements, actifs ou d'omission, que cette entreprise décide de sa propre initiative de mettre en œuvre (CJUE, arrêt *TeliaSonera* du 17.02.2011, aff. C-52/09, non encore publié, pts 49-53 ; arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pts 80-85 ; CJCE, arrêt *Commission et France c/Ladbroke Racing* du 11.11.1997, aff. C-359/95 P et C-379/95 P, Rec. 1997, p. I-6265, pts 33 s.). Ainsi, la seule circonstance que Deutsche Telekom aurait été incitée, par les interventions du régulateur allemand des télécommunications, à maintenir en application ses pratiques tarifaires conduisant à la compression des marges de ses concurrents au moins aussi efficaces ne saurait, en tant que telle, en rien éliminer sa responsabilité au titre de l'art. 102 TFUE, dès lors que Deutsche Telekom disposait d'une marge de manœuvre pour modifier ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés (CJUE, arrêt *Deutsche Telekom/Commission* du 14.10.2010, aff. C-280/08 P, non encore publié, pts 84-95).

3. *Obstacle à l'accomplissement d'une tâche d'intérêt général de nature industrielle ou commerciale*

La seconde exception à l'application de la LCart découle de l'**art. 3 I/b LCart**. 129

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 publique** 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 ; cf. LCart 3 I/b). La réserve de l'art. 3 I/b LCart s'inspire de celle de l'art. 106 § 2 TFUE (STOFFEL, Kartellgesetz 1996, p. 115). L'art. 106 § 2 TFUE est une disposition d'exception qui prévoit l'inapplication des règles de concurrence lorsque le comportement abusif de l'entreprise au bénéfice d'un droit exclusif est indispensable à l'accomplissement de la mission d'intérêt économique général dont elle est chargée (CJCE, arrêt *Corsica Ferries France*, aff. C-266/96, Rec. 1998, p. I-3949, pts 42-46). Les « tâches publiques » réservées à l'art. 3 I/b LCart correspondent ainsi aux « **services d'intérêt économique général** » de l'art. 106 § 2 TFUE. Il s'agit des activités de service **marchand** remplissant des missions d'intérêt général (les services d'intérêt général non marchands relèvent de la puissance publique et sont déjà exclus de la définition d'une « entreprise »), *i. e.* les **services publics de nature industrielle et commerciale** comme les services en matière de réseaux de transport, d'énergie et de communications (voir la Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, COM(2000) 580, JO 2001 C 17/4, pts 28-30 ; et la jurisprudence relative à l'art. 106 § 2 TFUE ; pour les services d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, voir LMI 5 N 71-74).

La dérogation à l'application des règles de concurrence prévue par l'art. 3 I/b LCart, 130

comme celle prévue par l'art. 106 § 2 TFUE, est d'**interprétation restrictive** et n'entre en compte qu'à la **double condition**, d'une part, que l'entreprise ait été investie par les pouvoirs publics de la gestion d'un service d'intérêt économique général de nature industrielle ou commerciale et, d'autre part, que l'application des règles de concurrence fasse échec à l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à cette entreprise (CJCE, arrêt *Ambulanz Glöckner* du 25.10.2001, aff. C-475/99, Rec. 2001, p. I-8089, pts 51-65 ; TPI, arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pt 227). Selon le Tribunal fédéral, il est « suffisant – mais nécessaire – que le secteur concerné ne soit pas soumis au droit de la concurrence selon une interprétation ordinaire de la réglementation spéciale en cause » (ATF 129 II 497, c. 3.3.2). Le comportement abusif d'une entreprise dominante titulaire d'un droit exclusif n'échappe au droit de la concurrence que si cette exemption est indispensable à l'entreprise pour remplir la mission de service public qui lui a été confiée, et qui serait autrement mise en échec. En d'autres termes, l'application des règles de concurrence au comportement en cause n'est écartée que si elle mettait l'entreprise dominante dans l'impossibilité d'exercer sa mission de service public dans des conditions économiquement acceptables (CJCE, arrêt *Ambulanz Glöckner* du 25.10.2001, aff. C-475/99, Rec. 2001, p. I-8089, pts 51-65 ; TPI, arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pt 228). Le comportement de l'association des médecins des districts de Zurich et Dietikon échappe ainsi à l'application de la LCart, car l'association exerce une tâche publique, les services de soins d'urgence, qui lui a été déléguée par la ville de Zurich (Secrétariat Comco, DPC 1998/2, p. 198, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, ch. 18-20).