

Commentaire de l'article 7 alinéa 2 LCart

Art. 7

Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante

² Sont en particulier réputés illicites :

- a. le refus d'entretenir des relations commerciales (p.ex. refus de livrer ou d'acheter des marchandises) ;
- b. la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales ;
- c. le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables ;
- d. la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé ;
- e. la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique ;
- f. le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.

Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

² Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht :

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre) ;
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen ;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato

² Costituiscono in particolare pratiche del genere :

- a. il rifiuto di relazioni commerciali (p. es. il blocco della consegna o dell'acquisto) ;
- b. la discriminazione di partner commerciali in materia di prezzi o di altre condizioni commerciali ;
- c. l'imposizione di prezzi inadeguati o di altre condizioni commerciali inadeguate ;
- d. la vendita sotto prezzo o ad altre condizioni commerciali diretta contro determinati concorrenti ;
- e. la limitazione della produzione, dello smercio o dello sviluppo tecnico ;
- f. la subordinazione della conclusione di contratti all'assunzione o alla fornitura di ulteriori prestazioni da parte del partner.

Bibliographie

Cf. la bibliographie de l'art. 7 I LCart.

Plan

	N
III. Liste exemplative de comportements abusifs (art. 7 II LCart)	1
A. Refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 II/a LCart)	1

	N
1. Origine	1
2. Généralités	4
3. Refus abusif d'entretenir des relations commerciales	15
a) Position dominante	16
b) Restriction de concurrence	19
c) Absence de justification objective	50
4. Refus d'accès à une « facilité essentielle »	66
a) Doctrine des facilités essentielles	67
b) Application en droit européen	68
c) Application en droit suisse	73
5. Refus de contracter relatif à un objet protégé par un droit de propriété intellectuelle	78
B. Discrimination de partenaires commerciaux (art. 7 II/b LCart)	86
1. En général	86
a) Discrimination directe et indirecte	90
b) Restriction de la concurrence	93
c) Justification par des considérations commerciales légitimes	104
d) Nature des conditions commerciales légitimes	108
2. Enseignements de la théorie économique	110
3. Politique de rabais sur les prix	117
a) Rabais de fidélité et rabais conditionnels	119
b) Rabais de quantité et gains d'efficacité	131
4. La compression des marges	135
5. Subventions croisées	144
6. Cloisonnement des marchés	148
C. Conditions commerciales inéquitables (art. 7 II/c LCart)	151
1. Généralités	151
2. Caractère inéquitable	166
a) Prix inéquitable	167
b) Conditions commerciales inéquitables	176
3. Imposition	179
4. Barrières à l'accès	184
5. Typologie	185
a) Clause portant atteinte à la nature même du contrat	185
b) Exonération ou limitation de responsabilité	186
c) Verrouillage du marché avant sa libéralisation	187
d) Clause d'achat exclusif dans les contrats de distribution	188
e) Restrictions liées à la qualité dans les contrats de distribution	189
f) Durée du contrat	191
D. Pratiques prédatrices (art. 7 II/d LCart)	192
1. Généralités	192
2. Analyse des coûts et test de « sacrifice »	203
3. Stratégie prédatrice	212
4. Eviction d'un concurrent déterminé aussi efficace que l'entreprise en position dominante	217
5. Possibilité de récupération des pertes	221
6. Décision d'interdiction et mesures correctives	231
E. Limitation de la production, des débouchés ou du développement technologique (art. 7 II/e LCart)	233
1. Limitation de la production	242
2. Limitation des débouchés	244
3. Limitation du développement technique	250
a) Limitation du développement technique de l'entreprise	250
b) Utilisation abusive de droits de propriété intellectuelle	252
c) Autres cas	260
F. Affaires liées (art. 7 II/f LCart)	261
1. Généralités	261
2. Conditions	272

	N
a) Position dominante sur un marché	273
b) Subordination de la vente d'un produit	274
c) Existence de deux produits distincts	275
d) Effet anticoncurrentiel	278
e) Justifications	282
3. Rabais multiproduits	289
G. Autres cas	294
1. Octroi d'un droit exclusif impliquant une situation d'« abus automatique »	295
2. Action en justice abusive et emploi abusif du processus décisionnel étatique . . .	302

III. Liste exemplative de comportements abusifs (art. 7 II LCart)

A. Refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 II/a LCart)

1. Origine

- 1 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 CJCE (CJCE, arrêt *Commercial Solvents c/Commission*, « *Zoja* », [■ ■ dans tous les arrêts européens cités, la date manque] 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).

- 2 L'art. 7 II/a LCart vise un comportement qui était saisi sous l'ancien droit par deux dispositions, l'art. 6 II/a aLCart-1985 (refus de livrer) et l'art. 6 II/b aLCart-1985 (refus d'acheter). L'art. 7 II/a et l'art. 7 II/b LCart utilisent une systématique différente de celle de l'aLCart-1985, mais sans introduire de différence de fond. L'art. 6 II/a et l'art. 6 II/b aLCart-1985 se référaient chacun simultanément au refus d'entretenir des relations commerciales et aux conditions commerciales discriminatoires, mais en se fondant, pour l'art. 6 II/a aLCart-1985, sur l'action d'une entreprise dominante du côté de l'offre (refus de livrer et discrimination à l'égard des acheteurs) et, pour l'art. 6 II/b aLCart-1985, sur celle d'une entreprise dominante du côté de la demande (refus d'acheter et discrimination à l'égard de fournisseurs). En revanche, l'art. 7 II/a et l'art. 7 II/b LCart s'appliquent chacun simultanément aux entreprises dominantes du côté de l'offre et de la demande, mais distinguent entre le refus d'entretenir des relations commerciales (art. 7 II/a) et les conditions commerciales discriminatoires (art. 7 II/b). Cette interdiction a été appliquée à plusieurs reprises sous l'empire de l'ancien droit (HOMBURGER, KG, Art. 6 N 42, 49).

- 3 La formulation large de l'art. 7 II/a LCart regroupe en une seule disposition les deux états de fait de l'art. 22 II/b et c AP-LCart qui visaient, d'une part, le refus de relations commerciales envers des partenaires commerciaux potentiels, sans raison objective et, d'autre part, la rupture ou la restriction de relations commerciales avec des partenaires commerciaux actuels, sans respecter une période transitoire appropriée. La seconde hypothèse visait particulièrement la rupture ou la restriction abrupte des relations contractuelles entre un fournisseur et un distributeur, par la partie au contrat qui jouissait d'une position dominante faisant d'elle une source, respectivement un débouché, important pour l'autre partie (Rapp-AP LCart ad art. 22 II/b AP-LCart, p. 25).

2. Généralités

- 4 Une entreprise en position dominante peut choisir librement ses partenaires commerciaux, sa politique de marketing, ses partenaires contractuels, son réseau de fournisseurs et son

système de distribution. Elle peut aussi disposer selon sa volonté de ses équipements et installations, ou de ses produits et services protégés par des droits de propriété intellectuelle. L'art. 7 II/a LCart ne confère pas aux concurrents d'une entreprise dominante un droit d'accès au marché en cause et il n'impose pas une obligation générale de contracter à charge de l'entreprise dominante. Ce n'est qu'en cas d'**abus** qu'une obligation de contracter peut être mise à charge de l'entreprise dominante (Mess-LCart, p. 558 s.; BORER, KG, Art. 7 N 11 ss; Comco, DPC 1999/2, p. 204, *Teleclub AG c/Cablecom AG*, ch. 32; Secrétariat Comco, DPC 2000/1, p. 8, *Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo*, ch. 18; DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*, ch. 37; Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] - Valet Parking*, ch. 108). Un équilibre doit être tracé entre les garanties fondamentales de la propriété et de la liberté économique (art. 26, 27 et 35 Cst), d'une part, et la protection de la concurrence efficace (art. 96 Cst) d'autre part (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 202; WAELBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 598).

L'obligation de contracter est un des sujets les plus controversés en droit de la concurrence. Plusieurs arguments plaident pour la protection du principe de la liberté contractuelle dans une économie de marché ainsi que pour la prescription d'un devoir de contracter uniquement dans des circonstances exceptionnelles et dans des conditions restrictives (ROTH/ROSE, *Competition*, N 10-125). L'obligation généralisée de contracter imposée aux entreprises en position dominante réduit leur motivation à investir et à innover : leurs concurrents ou d'autres partenaires commerciaux, en ayant la possibilité de se fournir en produits ou d'avoir accès à des infrastructures essentielles ou à des nouvelles technologies, pourront profiter de ces investissements consentis par les entreprises dominantes. L'octroi de l'accès ou d'un droit de se fournir a un impact négatif sur les investissements et sur la concurrence effective dans le long terme (WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 697; ROTH/ROSE, *Competition*, N 10-125). Toute disposition ou pratique décisionnelle doit, en règle générale ainsi qu'en pratique, préserver l'incitation de l'entreprise dominante à investir dans la production et le développement de ses produits ou ses infrastructures. Concernant les investissements initiaux consentis par l'entreprise en position dominante, une différenciation doit être faite ici entre les infrastructures développées grâce aux investissements publics ou l'intervention de l'Etat par l'octroi de droits exclusifs, d'une part, et celles développées grâce à des investissements privés, d'autre part : si dans le premier cas l'accès non discriminatoire est une mesure cohérente (WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 698; A. VAN ROOIJEN, *Investments*, p. 83), une approche plus stricte s'impose dans le partage d'infrastructures ou de ressources privées. Cette distinction explique en partie l'approche différente entre les Etats-Unis, où les investissements privés jouent un rôle plus important dans les infrastructures, et l'Europe. En outre, les conditions relatives à un refus abusif doivent sauvegarder l'incitation des concurrents à investir dans la production et le développement de nouveaux produits ou de nouvelles infrastructures. La condition de l'indispensabilité du produit refusé et de l'absence de la possibilité de dupliquer l'infrastructure ou le produit en question par le partenaire demandant l'accès a pour objectif de prendre en compte ces considérations. Enfin, l'imposition d'un devoir de contracter implique la détermination des conditions de livraison ou d'accès, une tâche pour laquelle les tribunaux et les autorités de concurrence ne sont pas bien équipés.

Le refus d'entretenir des relations commerciales (*die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen*; *il rifiuto di relazioni commerciali*; *refusal to deal*) est un cas de pratique d'**entrave**. Il n'y a d'**abus** que lorsque le refus d'entretenir des relations commerciales restreint de manière significative la concurrence effective sur un marché accessoire, un marché en

amont ou en aval (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 345 ss ; DPC 2006/4, p. 642, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 108 ; Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*, ch. 37). Le refus peut affecter les concurrents actuels ou potentiels de l'entreprise dominante, ou les partenaires commerciaux actuels ou potentiels qui ne se trouvent pas dans une relation de concurrence avec l'entreprise dominante. Les partenaires commerciaux peuvent être tant des fournisseurs que des clients de l'entreprise dominante. Selon que l'entreprise dominante se trouve du côté de l'offre ou de la demande, il y a refus de vendre à des clients (*Liefersperre*) ou refus d'acheter des produits ou services à des fournisseurs (*Bezugsperre*).

- 7 Le refus d'entretenir des relations commerciales est apprécié de la même manière selon qu'il affecte la livraison de produits ou la fourniture de services. Il s'agit en principe d'un produit ou service intermédiaire, utilisé en tant que matière première ou produit (composante) intermédiaire pour fabriquer un produit final, ou encore des services complémentaires comme les conseils à la clientèle (v. DPC 2001/1, p. 95, *Intensiv SA*, ch. 55 ss ; BORER, KG, Art. 7 N 12). Le refus de livrer des marchandises ou des services à un revendeur n'est considéré comme abusif que dans des circonstances exceptionnelles. Le refus doit porter sur une demande explicite venant d'un partenaire commercial ; de simples pourparlers peuvent être jugés insuffisants pour retenir un refus de la part de l'entreprise en position dominante (v. Comco, DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*, ch. 39 ; DPC 2011/2, p. 335, *Avis du 25 janvier 2010 adressé au tribunal administratif du canton de Berne*, ch. 75). Le refus d'entretenir des relations commerciales peut toutefois être explicite ou implicite (indirect) (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 309) : le refus peut ainsi consister en un retard à répondre ou à livrer ou encore dans l'application de conditions commerciales excessives, en disproportion évidente avec les services à rendre. Enfin, la réduction de la quantité de produits ou services fournis est assimilée au refus d'entretenir des relations commerciales (Comco, DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. 106).
- 8 Il est d'usage de distinguer entre rupture des relations commerciales avec des partenaires actuels et refus de nouer des relations avec de nouveaux partenaires (partenaires ou concurrents potentiels) : dans le premier cas, la rupture des relations avec des partenaires commerciaux **actuels** de l'entreprise dominante les entrave dans leur exercice de la concurrence ou risque de les exclure du marché en cause. Dans le second cas, le refus de l'entreprise dominante de nouer des relations commerciales avec de **nouveaux** partenaires commerciaux peut engendrer pour ces derniers un obstacle rendant plus difficile ou même impossible l'**accès au marché** (Mess-LCart, p. 565 ; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 653 et N 663 ss ; Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 306 ss ; Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*, ch. 38). Une autre distinction pertinente consiste à différencier entre le refus de contracter avec **tous** les partenaires commerciaux actuels ou futurs, et le refus qui touche uniquement **certains** d'entre eux (certains partenaires actuels ou nouveaux). Dans le premier cas, l'entreprise dominante traite de manière **égale** ses partenaires commerciaux : elle interrompt la fourniture de biens ou de services – notamment afin de réserver la distribution de ses biens et services à elle-même ou ses filiales – ou entend continuer à exploiter à l'interne ses produits ou services intermédiaires et à ne pas les commercialiser sur le marché. Dans le deuxième cas, l'entreprise dominante traite de manière **inéga**le les partenaires commerciaux : bien qu'elle offre sur le marché les produits ou services en question, soit elle décide de rompre les relations commerciales avec certains

de ses clients, soit elle refuse de nouer des relations commerciales avec des clients supplémentaires.

Selon les circonstances du cas d'espèce, un refus d'entretenir des relations commerciales peut soit relever de l'état de fait générique de l'art. 7 II/a, soit constituer un élément de comportements abusifs spécifiques visés par d'autres clauses de l'art. 7 II LCart. La limitation par l'entreprise dominante de sa propre production, de ses débouchés ou de son développement technique ou de ceux de ses partenaires commerciaux peut notamment intervenir par le biais d'un refus de contracter de la part de l'entreprise dominante (cf. art. 7 II/e LCart, *infra* N 252, 259). Les pratiques d'affaires liées impliquent aussi nécessairement un refus de l'entreprise de contracter pour une seule des prestations (le produit « liant ») qu'elle entend commercialiser de manière liée, refus qui peut s'avérer abusif selon les circonstances (cf. art. 7 II/f LCart, *infra* N 268 ; Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]* ; DPC 1998/3, p. 377, *Swisscom – Centrex*, ch. 1, 5, 8, 14, 16 s. Dans ce dernier cas, le refus de Swisscom d'installer le système de communication « Centrex » lorsque l'installation comportait des composants qui ne se trouvaient pas dans son propre assortiment [mais provenaient de fournisseurs ou installateurs concurrents] aurait constitué un comportement abusif, à moins d'être justifié par le fait que les composants de tiers causaient des dérangements à l'intégrité technique du réseau Centrex. L'enquête a été close par l'engagement de Swisscom d'offrir le système Centrex à tous les clients, indépendamment de l'origine, du fabricant et de l'installateur des composants de l'installation du client, sous réserve d'une conformité de ces composants aux spécifications techniques de l'OFCOM). Un refus discriminatoire d'entretenir des relations commerciales – par lequel l'entreprise dominante refuse de contracter avec certaines entreprises alors qu'elle entretient des relations commerciales avec d'autres entreprises se trouvant dans les mêmes circonstances – peut relever tant de l'art. 7 II/a LCart que de l'art. 7 II/b LCart, qui vise les conditions commerciales discriminatoires. Selon une conception restrictive, l'art. 7 II/b LCart présuppose qu'un contrat ait été conclu ou, au moins, négocié avec l'imposition de conditions discriminatoires, de sorte qu'un refus discriminatoire de contracter relèverait de l'art. 7 II/a LCart. Selon une autre conception, un refus discriminatoire de contracter fausse les conditions de la concurrence entre la victime du refus et les autres entreprises présentes sur le marché en cause, de sorte qu'il relève de l'art. 7 II/b LCart (respectivement de l'art. 102/c TFUE ; en ce sens WAELBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 557 et 596). La Comco se rallie à cette seconde interprétation (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]* ; v. aussi Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 138, ch. 15-18, *Post PTT – Adressaktualisierungen*, où le Secrétariat de la Comco a qualifié d'abus selon l'art. 7 II/b LCart la décision de La Poste de fournir les données relatives aux changements d'adresse de personnes domiciliées en Suisse uniquement à sa filiale à 100 %, DCL, et d'exclure toute livraison à d'autres sociétés ; v. aussi *infra* N 144 et *infra* LCart 7 II/b N 164). L'application conjointe de l'art. 7 II/a LCart et des autres dispositions de l'art. 7 II LCart a pour conséquence l'application des conditions de ses autres dispositions (art. 7 II/b, f ou e LCart). Dans les cas de refus de contracter pur, les conditions de l'art. 7 II/a LCart s'appliquent, notamment la condition relative à l'indispensabilité (v. *infra* N ■■■).

Lorsque le refus d'une entreprise dominante d'entretenir des relations commerciales est considéré comme abusif, cette entreprise a l'obligation de contracter. La Comco ou les tribunaux civils sont compétents pour fixer le prix des prestations fournies (ATF 129 II 497, c. 6.5.9). La détermination du prix à payer pour les prestations fournies reste une question délicate. La Comco a déterminé dans le cas *ETA* les quantités et un prix plafond (Comco, 10

DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*), mais a refusé d'intervenir sur l'augmentation des prix par le biais de mesures provisionnelles, jugeant que le refus de fournir n'a pas le même effet sur la concurrence effective que l'augmentation des prix (ATF 130 II 139, c. 3). Le Tribunal fédéral semble approuver le point de vue selon lequel « il incombe aux parties de se mettre d'accord sur un prix équitable »; il précise ensuite que « si une entreprise en position dominante imposait un prix inéquitable, une nouvelle procédure pourrait être ouverte sur ce point devant les autorités de la concurrence » (ATF 129 II 497, c. 6.5.9).

- 11 L'application du droit de la concurrence au comportement d'une entreprise en position dominante peut être exclue soit si l'activité de l'entreprise est soumise à un régime de marché ou de prix de caractère étatique (art. 3 I/a LCart; cf. *supra* N 100-102), soit si cette application faisait obstacle à l'accomplissement en droit ou en fait de la tâche d'intérêt général impartie à cette entreprise par l'attribution d'un monopole ou d'un autre droit exclusif (art. 3 I/b LCart et art. 106 § 2 TFUE, cf. *supra* N 103 s.). En outre, une entreprise dominante ne peut se voir imposer un devoir d'accès lorsqu'une loi spéciale exclut l'accès à cette infrastructure (TF, arrêt du 16.02.2007, 4C.404/2006, c. 4.2.).
- 12 En **droit américain**, la liberté d'entretenir des relations commerciales est un élément de base de la liberté du commerce. Même un monopoleur a le droit de choisir librement ses clients. L'obligation de contracter est une exception, imposée uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Dans le cas *Trinko*, les juges ont adopté une approche très restrictive, en particulier en raison de l'existence d'une réglementation sectorielle relative à l'accès aux infrastructures de télécommunication. Après avoir rejeté l'argument des plaignants relatif à une obligation plus large en vertu du droit de la concurrence, la Cour suprême a rappelé son rôle dans l'application du droit de la concurrence : « *The Sherman Act is indeed the «Magna Carta of free enterprise», but it does not give judges carte blanche to insist that a monopolist alter its way of doing business whenever some other approach might yield greater competition* » (*Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 [2004] 305 F.3d 89). Par ailleurs, selon un principe fondamental du droit antitrust, les règles de concurrence ont pour but « *to protect competition, not competitors* » (*Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 [1962]). Les raisons de cette approche restrictive, applicables dans d'autres juridictions, sont résumées dans le passage suivant : « *Firms may acquire monopoly power by establishing an infrastructure that renders them uniquely suited to serve their customers. Compelling such firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law, since it may lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both to invest in those economically beneficial facilities* » (*Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 [2004] 305 F.3d 89).
- 13 Le droit antitrust américain ne connaît que deux types de cas dans lesquels une entreprise en position de monopole peut être contrainte de conclure : la théorie des *essential facilities* (*infra* N 147-156) et les comportements prédateurs. Le refus de conclure est anticoncurrentiel lorsque l'entreprise renonce ainsi à des opportunités de gain et s'impose des coûts à elle-même en vue d'en imposer de plus élevés à ses concurrents à des fins anticoncurrentielles (*Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 105 S. Ct. 2847 [1985]; Fox, *Monopolization*, p. 999 s.). Nous trouvons ici le test appliqué aux pratiques de sous-enchère (*profit sacrifice test*). Une entreprise ne peut abuser de son monopole sur un premier marché pour « lever » son pouvoir sur un second marché (*Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 [1992], qui a toutefois été jugée comme une affaire de

tying illégal, et non de refus de contracter abusif). Le refus de conclure peut être admis si le but recherché par l'entreprise dominante est de choisir ses clients et de décider du meilleur moyen de les servir ; en revanche, une telle conduite n'est pas admissible si « elle a pour effet de réduire la concurrence et d'augmenter par là même les prix demandés à la clientèle ou de dégrader d'une autre manière l'ensemble prix/services qui leur est offert » (Fox, Monopolization, p. 999-1001).

En droit de l'**Union européenne**, l'obligation d'entretenir des relations commerciales n'est ordonnée que dans des circonstances particulières. Compte tenu des liens étroits entre les droits suisse et européen de la concurrence, nous allons traiter ensemble l'approche des autorités suisses et européennes de la concurrence quant au refus d'entretenir des relations commerciales. **14**

3. Refus abusif d'entretenir des relations commerciales

L'interdiction visée à l'art. 7 II/a LCart comporte trois conditions cumulatives. En premier lieu, l'entreprise doit disposer d'une position dominante sur le marché (*infra* section a). Le refus d'entretenir des relations commerciales doit ensuite entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantager les partenaires commerciaux au sens de l'art. 7 I LCart (ATF 129 II 497, c. 6.5.1 ; *infra* section b). Enfin, le refus d'entretenir des relations commerciales ne doit reposer sur aucune raison commerciale légitime (Mess-LCart, p. 558 s. ; Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 249 ss, 308 ss ; *infra* section c). **15**

a) Position dominante

L'entreprise s'engageant dans un refus de contracter doit détenir une position dominante sur le marché du produit ou du service refusé. Il ne peut pas y avoir d'abus lorsque le produit ou le service en question est offert par d'autres entreprises ayant la capacité de faire face à la demande du marché et que le partenaire commercial a le choix de se fournir auprès de celles-ci. La position dominante est appréciée en fonction d'une définition classique du marché pertinent (art. 4 II LCart). Font partie du marché pertinent tous les produits substituables. Lorsque le produit ou le service refusé n'est pas offert séparément sur le marché, la délimitation du marché pertinent se réfère à un marché « potentiel », en référence à la demande des entreprises demandant ledit accès (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 335 ; CJCE, arrêt *IMS Health*, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039, pts 43 et 44 : il suffit qu'un marché potentiel, voire hypothétique, puisse être identifié et qu'il existe, pour le produit ou le service refusé, une demande effective de la part d'entreprises qui entendent offrir des services sur un marché voisin). **16**

L'abus ne doit pas nécessairement avoir des effets négatifs sur le marché sur lequel l'entreprise détient une position dominante, car l'effet de l'abus ainsi que la restriction de la concurrence effective qui en résulte aura lieu sur un autre marché accessoire, en amont ou en aval. Un tel marché voisin doit en principe être défini séparément ; une délimitation séparée d'un marché accessoire peut se révéler superflue lorsque le refus de fournir concerne l'accès à une infrastructure essentielle (HATZOPOULOS, *Essential Facilities*, p. 351 ss). Le groupe SIX était en position dominante sur plusieurs marchés voisins : sa filiale Multipay était en position dominante sur le marché des services inhérents à l'acquisition des transactions effectuées par les commerçants avec des cartes de crédit (marché *acquiring*), avec une part de marché voisinant 70-80 % ; sa filiale Card Solution **17**

détenait une forte position sur le marché des terminaux de cartes de paiement avec la fonction dynamique de conversion de paiements en monnaie étrangère, bien qu'elle n'était pas en position dominante (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 249 ss, 279 et 294). En refusant de fournir des informations quant à l'interopérabilité des terminaux concurrents avec ses propres services de transactions *acquiring*, le groupe SIX entendait transférer la position dominante détenue sur le marché principal de *acquiring* sur celui des terminaux de paiements, en favorisant ainsi le développement de sa filiale Card Solutions au détriment de ses concurrents (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 279).

- 18** Une position dominante peut se révéler également dans la forme d'une situation de dépendance économique envers l'entreprise qui offre le produit ou le service en cause (v. Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 136 et 295). Toutefois, l'existence d'une situation de dépendance économique n'est constatée que dans des circonstances particulières (cf. LCart 4 II N ■■■). Les conditions de l'existence d'un refus abusif doivent être interprétées de manière encore plus restrictive dans ces cas, les risques d'atteinte à la liberté contractuelle et au fonctionnement de la concurrence effective étant beaucoup plus importants. En dehors des cas de rupture abrupte et injustifiée des relations contractuelles avec un partenaire commercial existant ayant procédé à des investissements spécifiques aux produits et services mis en cause, l'obligation de contracter ne devrait être ordonnée que dans des circonstances très exceptionnelles et pour une durée limitée.

b) Restriction de la concurrence

1) Refus de nouer des relations commerciales avec tout nouveau partenaire

- 19** Le refus de contracter avec tout nouveau concurrent concerne les cas dans lesquels l'entreprise en position dominante utilise le produit ou le service intermédiaire uniquement à l'interne, que ce soit par elle-même ou par une de ses filiales. Il s'agit en principe d'un produit ou d'un service, d'un droit de propriété intellectuelle ou d'une infrastructure, utilisé comme une matière première ou une composante destinée à être incorporée dans des produits ou des services finaux. La commercialisation de produits finaux n'est en principe pas couverte par l'interdiction du refus d'entretenir des relations commerciales avec de nouveaux partenaires, sauf dans des circonstances exceptionnelles (v. *infra* N ■■■). En effet, une entreprise est libre de recourir à des revendeurs ou de se charger elle-même de la mise sur le marché de ses biens ou ses services.
- 20** Lorsque l'entreprise en position dominante n'a jamais offert un bien intermédiaire sur le marché ou n'a jamais ouvert une infrastructure ou l'utilisation d'une propriété intellectuelle ou réelle aux tiers, la question se pose dans quelle mesure le droit de la concurrence doit prescrire l'obligation de fournir aux tiers pour ouvrir le marché en aval aux concurrents ou encore créer de nouveaux marchés pour des produits qui n'existaient pas avant l'accès. Un consensus se dégage dans la littérature contre l'obligation de fournir un bien intermédiaire qui permettrait aux concurrents de répliquer les biens ou les services (finaux) offerts par l'entreprise en position dominante [■■■]. Celle-ci n'est pas obligée d'offrir un bien utilisé en interne pour pouvoir créer de la concurrence ou introduire une concurrence effective sur son propre marché (le marché en aval du produit final). De même, elle n'est en principe pas obligée de fournir ses biens intermédiaires aux partenaires commerciaux non-concurrents, qui offrent des produits ou services finaux n'étant pas

en concurrence avec les produits finaux de l'entreprise dominante (autre marché en aval constitué d'un produit final non substituable avec le produit final de l'entreprise dominante).

Le cas où un partenaire potentiel entend utiliser le bien intermédiaire en cause pour offrir un nouveau produit ou un nouveau service final, non offert sur le marché par l'entreprise en position dominante ou par d'autres fournisseurs, constitue une situation particulière faisant l'objet d'une jurisprudence très restrictive en droit européen (CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743 ; arrêt *IMS Health*, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039). Le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle se trouvant dans une position dominante est censé être protégé davantage contre l'application du droit de la concurrence : il devrait pouvoir restreindre l'utilisation de sa technologie à sa guise, y compris la possibilité de ne pas l'utiliser à l'interne ou pour certains domaines d'utilisation (v. *infra* N ■■).

L'analyse de la restriction de la concurrence causée par le refus de contracter comporte deux composantes : premièrement, le produit ou service refusé doit être nécessaire pour l'activité envisagée du partenaire commercial et, deuxièmement, le refus de ce produit ou service indispensable restreint de manière considérable la concurrence effective. Ces deux composantes étant étroitement liées, nous allons les présenter ensemble ci-dessous.

aa) Caractère indispensable

Pour être qualifié d'abus, le refus doit porter sur un produit ou service **nécessaire** ou **indispensable** à l'exercice d'une concurrence effective sur le marché accessoire en amont ou en aval. Selon la pratique récente de la Comco, le produit ou service en question doit être **objectivement nécessaire** à l'exercice d'une concurrence **effective** sur le marché (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 308 et 332 ; Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*, ch. 45). La fourniture des produits, des services ou des informations doit être nécessaire pour l'activité du partenaire commercial et son refus doit l'entraver dans son exercice de la concurrence. Lorsque le refus n'a que peu d'impact sur l'activité en question, il ne saurait y avoir d'abus de position dominante dans la forme de refus de contracter (Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 77, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*, ch. 61 : le refus de livrer les documents techniques sur l'utilisation de certaines pièces de rechange n'avait pas d'impact sur l'exercice de la concurrence par les réparateurs indépendants).

Cette condition ne requiert pas l'impossibilité pour tout concurrent de rester sur le marché ou d'y entrer : un produit ou service est considéré comme nécessaire lorsqu'il n'existe aucun substitut qu'un concurrent pourrait utiliser afin d'éviter les conséquences négatives d'un tel refus à long terme, y compris en produisant (dupliquant) lui-même le produit ou le service en cause (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 332).

En conséquence, il ne doit exister en premier lieu aucun produit substituable sur le marché. Par exemple, la Comco a considéré que la décision de Swisscom de ne plus louer de lignes en cuivre dans la boucle locale aux prestataires concurrents ne constituait pas un refus ou une rupture abusive de contracter, car Swisscom offrait toujours un autre service (la simple capacité de transmission) qui, bien qu'imparfaitement substituable, permettait aux concurrents d'assurer les connexions dans la boucle locale (Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, ch. 58-63 ; la Comco a souligné

en outre que le refus de location du câble de cuivre dans la boucle locale s'inscrivait dans le cadre de la problématique de l'« *unbundling* » que la ComCom était appelée à trancher). Cette condition implique que le partenaire commercial ne puisse pas se procurer auprès d'une source alternative le bien ou service dont il a besoin pour son activité. Du côté de la demande, le refus d'acheter peut, bien que cela soit moins fréquent en pratique, être abusif lorsque le fournisseur actuel ou potentiel de l'entreprise en position dominante n'a pas d'autre débouché pour ses biens ou services que cette entreprise (TERCIER/VENTURI, Ententes, p. 78 ; sur la puissance d'achat, v. LCart 4 II N 163-168). Le produit ou service de remplacement n'a pas à constituer un substitut parfait, ni même à faire partie du même marché pertinent (sur la définition du marché de produit, LCart 4 II N 57-71 ; v. CJCE, arrêt *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff. C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791, pts 34-36 et 43 ; Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, ch. 58-60).

- 26 En deuxième lieu, doivent exister des obstacles techniques, réglementaires ou économiques, pour produire ou dupliquer le produit ou le service en question (v. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 125). Il doit être impossible ou déraisonnablement difficile, pour le partenaire, de produire lui-même (ou en collaboration avec d'autres entreprises de la branche) le produit ou service dont il a besoin (CJCE, arrêt *Oscar Bronner c/Media-print*, aff. C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791, pts 41-46). Cette double exigence est importante, car l'accès facilité aux produits et infrastructures d'une autre entreprise (dominante) a deux effets négatifs : premièrement, cet accès réduit l'incitation de l'entreprise dominante à investir et à innover, et deuxièmement, cet accès réduit l'incitation à investir et à innover de l'entreprise requérante, au détriment de la concurrence effective et des consommateurs.

bb) Restriction à la concurrence effective

- 27 Quant au degré de **restriction de la concurrence**, la sortie du marché du partenaire commercial ou le risque de faillite ne sont pas nécessaires. L'approche adoptée par la Comco rejette la thèse selon laquelle le produit doit être indispensable pour pouvoir être actif sur le marché voisin en aval, ce qui impliquerait la suppression de toute concurrence sur ce dernier marché (*contra* BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 125, pour lesquels le refus de contracter doit rendre impossible l'activité commerciale sur le marché en aval). Suivant la même logique, la condition selon laquelle le refus doit faire obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs (CJCE, arrêt *IMS Health*, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039, pt 52 ; arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743) n'est pas reprise par la Comco.
- 28 Dans le cas des terminaux de paiement avec fonction de conversion (*SIX*), le produit lui-même (les informations d'interface permettant l'interopérabilité entre les terminaux de paiement avec fonction de conversion, d'une part, et les services d'*acquiring*, d'autre part) était indispensable pour permettre le fonctionnement des terminaux d'un concurrent avec le service de conversion de monnaie (DCC) offert par l'entreprise en position dominante sur le marché de services d'*acquiring* : dans ce sens, les informations d'interface étaient indispensables pour permettre l'interopérabilité entre deux produits différents. L'interopérabilité n'était pourtant pas indispensable pour offrir des terminaux avec la fonction DCC sur le marché en aval. Le concurrent pouvait offrir ses services aux autres entreprises sur le marché d'*acquiring*, mais le refus du groupe SIX de permettre l'interopérabilité avec une fonction fréquemment utilisée lui empêchait d'avoir accès à une grande partie du marché de services *acquiring* offerts aux commerçants, *i.e.* aux

commerçants ayant un contrat d'*acquiring* avec SIX (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 332 ss). L'impact de ce refus sur le chiffre d'affaires annuel du concurrent était d'environ 20 % (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 340). En d'autres termes, il s'agissait d'un cas de vente couplée, où l'entreprise dominante lie techniquement deux services différents offerts par ses propres filiales (art. 7 II/f LCart, *infra* N ■■■ ss). Le partenaire commercial demandeur est déjà actif sur un marché voisin, et le refus de l'entreprise en position dominante de fournir les informations d'interface ne supprime donc pas la concurrence, mais l'entrave de manière significative.

Pour être qualifié d'abusif, le refus d'entretenir des relations commerciales doit restreindre de manière significative la concurrence effective, soit entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantager les partenaires commerciaux dans l'exercice de la concurrence au sens de l'art. 7 I LCart (ATF 129 II 497, c. 6.5.1). En droit suisse, la suppression de toute concurrence sur le marché concerné n'est donc pas une condition pour interdire un refus abusif d'entretenir des relations commerciales. Selon la lettre de l'art. 7 I LCart, un comportement n'est pas abusif uniquement dans la situation où les concurrents sont complètement exclus de la concurrence. Il suffit que le comportement ait pour effet d'entraver un concurrent, entrave résultant dans une restriction de la concurrence effective (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 346). La Comco a explicitement rejeté l'application généralisée de la condition relative à la suppression de la concurrence – applicable en principe aux demandes d'accès à des infrastructures essentielles –, aux autres cas de refus de contracter (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 349). La restriction de la concurrence **efficace** de la part de concurrents présents sur le marché en aval suffit. Ce faisant, la Comco étend les conditions applicables au refus de fournir des informations d'interface à tous les cas de refus d'entretenir des relations commerciales avec les nouveaux concurrents. 29

L'approche retenue en droit suisse quant au degré de restriction de la concurrence diffère, sur le plan terminologique, de la jurisprudence en droit de l'Union européenne. Selon la jurisprudence européenne, l'art. 102 TFUE (ex-art. 82 TCE) s'applique dès lors que « le refus en cause risque de, ou soit de nature à, éliminer toute concurrence effective sur le marché ». Sur ce point, le Tribunal précise que « les expressions «risque d'élimination de la concurrence» et «de nature à éliminer toute concurrence» sont, en effet, indistinctement utilisées par le juge communautaire en vue de refléter la même idée, à savoir celle selon laquelle l'art. 82 CE 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 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. [...] [I]l 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'art. 82 CE, 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*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pts 561 et 563). Ces considérants suggèrent qu'en droit de 30

l'Union européenne, la condition relative à l'élimination ou la suppression de la concurrence renvoie à l'élimination de la concurrence **effective** de la part de concurrents tant actuels que potentiels, et non pas à l'absence de toute concurrence supposant l'absence de toute présence concurrentielle sur le marché voisin en aval. Si du point de vue terminologique il existe une différence entre « suppression », d'une part, et « restriction » ou « entrave », d'autre part, la référence à la *concurrence effective* en tant que notion juridique indéterminée reposant sur une multitude de facteurs économiques rend cette différence terminologique exempte de conséquences pratiques.

- 31 Comme indiqué plus haut, la condition relative à l'obstacle créé pour un **nouveau produit**, bien qu'il existe une demande des consommateurs pour ce produit (c'est-à-dire l'obstacle à la création d'un nouveau marché), n'est pas reprise dans la pratique actuelle, une des raisons étant simplement qu'à notre connaissance un tel cas n'a pas encore été soumis à la Comco ou aux tribunaux suisses. En outre, cette condition n'a fait son apparition en droit de l'Union européenne qu'en relation avec l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 334). Le cas *SIX* commenté ci-dessus (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*) est un cas particulier en ce que les informations d'interface (produit refusé) constituent certes un produit à part, mais leur unique fonction est de permettre l'interopérabilité entre deux ou plusieurs produits existants. Lorsque l'entreprise en position dominante lie techniquement (*technical bundling* ; v. Art. 7 II/f N ■■) un service pour lequel elle est en position dominante (dans le cas *SIX*, le service de *acquiring*) avec un autre de ses produits (dans le cas *SIX*, les terminaux de paiement ainsi que la fonction de conversion), elle abuse de cette position si cette pratique restreint significativement la concurrence sur un des marchés concernés. Cette entrave réduit la capacité concurrentielle des concurrents, en réduisant également le choix pour les consommateurs. Dans l'affaire *Microsoft*, le refus de Microsoft de fournir des informations d'interface a été également jugé abusif (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601 ; *WHISH/BAILEY*, Competition, p. 800 ss). La perte de parts importantes de marché par les concurrents et leur marginalisation, d'une part, et la réduction de l'innovation sur le marché en aval qui en résulte, d'autre part, ont été considérées comme suffisantes pour conclure au risque de suppression de concurrence.
- 32 La condition de l'indispensabilité reste la même lorsque l'entreprise en position dominante (intégrée verticalement) n'offre le produit ou le service requis qu'à sa filiale. Un tel refus de nouer des relations commerciales avec d'autres partenaires commerciaux n'est abusif que si le produit ou service en question est indispensable pour l'exercice d'une concurrence effective sur le marché accessoire, en amont ou en aval (Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*, ch. 44 : la publicité sur le site <www.switch.ch> n'a pas été considérée comme nécessaire pour l'activité d'hébergement de sites en Suisse). En outre, le fait que l'entreprise dominante sur le marché en amont offrait ce service à sa filiale n'a pas été considéré comme établissant un abus dans la forme de la discrimination des partenaires commerciaux pour la simple raison que le nouveau concurrent n'était pas entravé dans l'exercice de la concurrence sur le marché en aval (Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 87, *Switch/Switchplus*, ch. 49 ss).

2) Rupture de toutes les relations commerciales existantes

- 33 En principe, les entreprises dominantes sont libres d'organiser leurs activités, y compris de se retirer d'un marché particulier. Comme dans les autres cas de refus, un tel retrait

n'est abusif que s'il restreint la concurrence au sens de l'art. 7 I LCart (Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 108 ; DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. 107). Dans l'hypothèse d'une intégration verticale, la décision d'interrompre les relations commerciales est susceptible de causer un préjudice concurrentiel important aux partenaires commerciaux. Ainsi, la Comco considère que l'entreprise en position dominante ne doit pas interrompre les relations commerciales dans le but d'exclure ses partenaires commerciaux du marché, ou simplement suite à sa décision d'entrer sur le marché en amont ou en aval (Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 108 ; DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, p. 107).

Si les mêmes conditions sont appliquées pour apprécier les effets d'une rupture ou d'un refus de nouvelles relations commerciales, elles sont toutefois interprétées de manière **plus stricte** dans les cas de **rupture** de relations commerciales existantes que dans ceux de refus de nouer de telles relations ; les motifs justificatifs sont également moins nombreux (ROTH/ROSE, Competition, N 10-128). En effet, alors que les effets d'un refus sont évalués de manière prospective, ceux d'une rupture sont basés sur une comparaison de la concurrence passée et présente sur le marché. De plus, des relations commerciales créent au cours du temps une situation de dépendance du partenaire commercial concurrent envers l'entreprise dominante (ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 201). 34

L'entreprise dominante sur un marché et qui est, par là même, en mesure de contrôler les activités d'autres entreprises présentes sur un marché voisin, abuse de sa position dominante si elle refuse, sans motif valable, de livrer un produit ou de fournir un service sur le marché où elle occupe déjà une position dominante, aux entreprises dont les activités se situent sur le marché voisin sur lequel elle pénètre et avec lesquelles elle entrerait en concurrence, lorsque le produit ou service est indispensable à l'activité des entreprises en cause et que la rupture des relations commerciales risque d'exclure celles-ci de la concurrence (abus sur le marché dominé produisant des effets sur un marché voisin ; *supra* N 57). Ainsi, l'entreprise qui dispose d'une position dominante sur le marché de la fabrication d'un produit de base et qui entend entrer elle-même sur le marché des produits dérivés ne peut interrompre ses fournitures du produit de base à ses clients qui produisaient jusque-là le produit dérivé, car elle élimine ainsi toute concurrence de la part de ses clients (CJCE, arrêt *Commercial Solvents c/Commission*, « Zoja », aff. jtes 6-7/73, Rec. 1974, p. 223, pts 23-29). 35

La rupture de relations commerciales ou le refus de contracter peut être abusif aussi bien lorsque l'entreprise dominante se réserve à elle-même (CJCE, arrêt *Commercial Solvents c/Commission*, « Zoja », aff. jtes 6-7/73, Rec. 1974, p. 223, pts 23-29) que lorsqu'elle réserve à une entité membre de son groupe une activité auxiliaire sur un marché voisin. Le refus de la chaîne de télévision RTL de diffuser des opérations de télémarketing utilisant un autre standard téléphonique que celui du régisseur publicitaire appartenant au groupe RTL, équivalait à un refus de fournir le service de diffusion aux autres entreprises de télémarketing en éliminant celles-ci de la concurrence (CJCE, arrêt *CBEM c/CLT et IPB*, « Télémarketing », aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261, pts 26 s. ; ROTH/ROSE, Competition, N 10-127). La décision de La Poste de fournir les données relatives aux changements d'adresse de personnes domiciliées en Suisse uniquement à sa filiale à 100 %, DCL, et d'exclure toute livraison à d'autres sociétés, est abusive (Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 138, *Post PTT – Adressaktualisierungen*, ch. ch. 15-18, qui analyse toutefois le comportement sous l'angle de l'art. 7 II/b LCart). Selon DALLAFIOR, faute de motif objectif, l'entreprise 36

dominante doit traiter les entreprises indépendantes se situant en amont ou en aval du marché sur lequel elle dispose d'une position dominante de la même manière que les entités économiques appartenant à son propre groupe (DALLAFIOR, Art. 7 KG, N 103). Il nous paraît qu'une telle exigence ne vaut qu'aux conditions supplémentaires que le refus ou la rupture de relations contractuelles portent sur un produit ou service indispensables et puissent résulter en une exclusion de l'entreprise requérante de la concurrence.

- 37 La rupture ou le refus arbitraire peut reposer sur la volonté de l'entreprise dominante sur un marché d'entrer et d'étendre sa puissance sur un marché voisin – soit connexe, soit situé en amont ou en aval (intégration verticale) –, en écartant des entreprises indépendantes présentes sur ce marché voisin ou en empêchant l'entrée de nouveaux concurrents sur ce marché voisin. L'**intégration verticale** peut légitimement permettre à l'entreprise dominante d'exploiter des effets de synergie, en recourant à ses propres produits ou services, ou à ceux d'une entreprise membre du groupe. Une entreprise dominante a en particulier le droit de restructurer son réseau de distribution, de s'intégrer verticalement, ou d'éliminer certains de ses clients au cours du temps, mais elle doit tenir compte du degré particulier de dépendance de ses partenaires commerciaux du fait que ceux-ci ne disposent que de peu de sources alternatives. Il peut y avoir abus notamment si l'entreprise dominante interrompt soudainement ou sans avis préalable ses relations commerciales avec un client, sans pouvoir de surcroît invoquer une raison commerciale légitime (HILDEBRAND, Analysis, p. 61).
- 38 Une intégration verticale en amont ou en aval n'accroît pas en soi la puissance d'une entreprise sur le marché. Ce n'est que si cette intégration réduit, dans les circonstances du cas d'espèce, la possibilité pour les tiers de s'approvisionner à d'autres sources suffisantes et compétitives, ou de distribuer leurs produits ou services ou d'accéder de quelque manière aux activités en cause qu'elle produit un effet d'exclusion sur ces tiers (WALBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 239 ; cf. LCart 4 II, N 131). En outre, la rupture de relations commerciales par une entreprise dominante, motivée par une volonté d'intégration verticale, ne porte pas nécessairement préjudice aux consommateurs dans une structure de marché compétitive. L'entreprise dominante ne va entrer dans un marché situé en amont ou en aval que si elle pense être en mesure de produire le produit final de manière plus efficace que ses concurrents actuellement actifs sur le marché, sans quoi elle en subirait les conséquences négatives. Un refus de livrer peut ainsi simultanément être favorable aux consommateurs et nuire à un concurrent qui se verrait éliminé du marché. L'affaire *Zoja* susmentionnée (cf. *supra* N 133 ; CJCE, arrêt *Commercial Solvents c/Commission*, « *Zoja* », aff. jtes 6-7/73, Rec. 1974, p. 223) tendrait à indiquer que la CJCE, pour garantir la structure concurrentielle du marché, donne la préférence à la protection des concurrents plutôt qu'à celle des consommateurs (HILDEBRAND, Analysis, p. 62 s.).
- 39 En Suisse, la Comco a considéré que la cessation complète des livraisons d'ébauches par ETA, en position dominante sur le marché des ébauches mécaniques produites en Suisse, après une période transitoire de quatre ans devait être qualifiée de refus abusif d'entretenir des relations commerciales. Pour de nombreux concurrents, la cessation des livraisons sur une période aussi courte aurait risqué d'exclure les concurrents du marché dès lors qu'aucun autre fournisseur ne pouvait remplacer ETA sur une aussi courte période. ETA s'est engagée à poursuivre les livraisons d'ébauches jusqu'à fin 2008 dans le même volume qu'en 2002, puis dans un volume réduit jusqu'en 2010. Cette période supplémentaire devait permettre l'émergence de productions alternatives à ETA (Comco, DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*).

La rupture progressive d'ETA est examinée par la Comco en soulignant les raisons historiques de la place prépondérante de ETA sur le marché : l'association des producteurs d'ébauche, créée pour garantir les livraisons à toute l'industrie, avait été achetée par Swatch lors de la crise des années 1980 (Comco, DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. ch. 109). Ces développements historiques expliquaient dans une certaine mesure les relations de dépendance entre les producteurs de mouvements mécaniques et ETA, fournisseur d'ébauches (Comco, DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. 109 et 127). A cause de la rupture des livraisons d'ébauche, les producteurs de mouvements complets risquaient la faillite et donc la sortie du marché (Comco, DPC 2005/1, p. p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. 126). Le refus de livrer d'ETA causait à ses clients un désavantage concurrentiel important en ce que leur existence était mise en danger par cette rupture (Comco, DPC 2005/1, p. p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. 130). Une autre condition pour la rupture des relations commerciales constitue la durée insuffisante laissée aux clients pour s'adapter (Comco, DPC 2005/1, p. 128, *ETA SA Manufacture Horlogère Suisse*, ch. 139 et 140). Ainsi, la Comco reconnaît la liberté des entreprises dominantes de réorganiser leur production en s'intégrant verticalement ; toutefois, une telle intégration peut restreindre de manière significative la concurrence effective sur le marché en aval si elle est effectuée soudainement, sans laisser un temps d'adaptation suffisant aux entreprises en aval (Comco, DPC 2011/3, p. 400, *Swatch Group Lieferstopp*, ch. 47).

Les entreprises bénéficiant d'un **monopole légal** ou d'autres **droits exclusifs** abusent de leur position dominante si elles se réservent un marché en amont ou en aval en refusant l'accès à un produit indispensable aux autres entreprises. Est abusive l'extension du monopole de l'établissement et de l'exploitation du réseau téléphonique au marché des appareils téléphoniques, sans justification objective, en confiant à l'entreprise détenant le monopole le soin de formaliser les spécifications techniques et l'agrément des terminaux de télécommunications concurrents (CJCE, arrêt *GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, Rec. 1991, p. I-5941, pts 24-28 ; même conclusion en ce qui concerne l'extension du monopole sur le réseau téléphonique aux services de télécommunications in : CJCE, arrêt *Espagne e.a. c/Commission*, aff. jtes C-271/90, C-281/90 et C-289/90, Rec. 1992, p. I-5833, pt 36). L'entreprise exploitant l'aéroport de Francfort, qui détenait un monopole sur le marché de la fourniture d'installations aéroportuaires destinées à l'atterrissage et au décollage des avions, abusait de sa position dominante en se réservant, sans nécessité objective, les services d'assistance en escale (manutention des bagages, opération des pistes, fourniture de carburant, services postaux et de fret, entretien, restauration, etc.) qui constituaient un service complémentaire et auxiliaire sur un marché voisin, mais distinct du marché dominé. FAG a abusé de son pouvoir de fournisseur exclusif d'installations aéroportuaires en refusant à des prestataires indépendants ainsi qu'aux compagnies aériennes elles-mêmes le droit d'exercer des prestations d'assistance, respectivement d'auto-assistance, et en obligeant les compagnies aériennes à lui acheter les services d'assistance dont elles avaient besoin (décision *FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG*, 98/190/CE, IV/34.801, JOCE 1998 L 72, p. 30 ; cf. aussi *infra* LCart 7 II/f, N 280).

En Suisse, la Comco a examiné un cas similaire. L'Aéroport de Zurich a abusé de la position dominante qu'il détenait en raison d'une concession octroyée par la Confédération. Toutefois, la liberté dont l'Aéroport jouissait en vertu de cette concession de sous-traiter ou de fournir lui-même certains services n'excluait pas l'application de la LCart (Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 40 ss). Au contraire, l'intervention de la Comco est à approuver justement en raison de la position

privilegiée de l'Aéroport rendue possible par une concession de droit public qui le protégeait de la concurrence. L'Aéroport de Zurich avait résilié le contrat avec deux entreprises et ne leur avait plus accordé les autorisations nécessaires pour pouvoir venir récupérer les voitures des passagers à l'Aéroport pour les parquer à l'extérieur de l'aire de l'Aéroport à un prix plus avantageux (« *off airport-Valet Parking* »), une activité exercée pendant plus de quarante ans. L'Aéroport voulait empêcher ce système afin de mieux utiliser ses propres parkings. La Comco a examiné le risque d'éviction des concurrents. Elle souligne d'abord la situation de dépendance des concurrents qui louent des infrastructures à l'Aéroport : la résiliation du contrat de location d'infrastructures cause un préjudice particulièrement grave aux concurrents ayant concentré leurs activités autour de services en relation avec ceux de l'Aéroport (Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 111 et 116). Ensuite, elle relève l'intention de l'Aéroport d'exclure la concurrence des deux autres fournisseurs de services de parking « *off airport* », qui suffit à constater le caractère abusif du refus de contracter (Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 112). L'exclusion des concurrents du marché voisin « *off parking* » supprimait un avantage pour les consommateurs, lesquels étaient obligés de recourir aux parkings internes de l'Aéroport à un prix plus élevé (Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 112).

- 43 L'appréciation d'une rupture ou d'un refus de contracter portant sur des pièces de rechange, un service après-vente, ou tout autre produit ou service qui doit être techniquement compatible avec le produit ou service principal fourni par l'entreprise en cause, dépend de la définition du marché de produit déterminant. Lorsque les **produits primaire et secondaire** forment deux marchés distincts, le refus de l'entreprise dominante sur le marché secondaire de fournir ce produit secondaire à un concurrent peut, selon les circonstances, s'avérer abusif. Lorsque les produits primaire et secondaire forment un seul **marché-système**, et que l'entreprise en cause ne dispose pas d'une position dominante pour les produits primaires, le refus de contracter portant sur les produits secondaires n'est pas abusif, faute de position dominante sur le marché-système (cf. LCart 4 II N 67-71). Les autorités de concurrence européennes ont jugé que l'entreprise qui dispose d'une position dominante dans la fabrication des pièces de rechange compatibles avec ses propres caisses enregistreuses commet un abus si elle refuse de livrer ces pièces de rechange à une entreprise de réparation indépendante à qui elle les fournissait auparavant, car elle entend se réserver l'entretien et la réparation de ses machines pour assurer la qualité de ce service, et cela alors que, en raison du système de distribution étanche mis en place par le fabricant, le réparateur ne peut se procurer ailleurs les pièces de rechange et risque ainsi de perdre une part importante de son activité économique (CJCE, arrêt *Hugin c/Commission*, aff. 22/78, Rec. 1979, p. 1869, pts 11-14 ; arrêt contesté en raison de la définition très limitée du marché de produit retenue pour admettre une position dominante, cf. LCart 4 II, N 68). En Suisse, sous l'empire de l'ancien droit, la Commission des cartels a admis qu'un atelier de réparation doit nécessairement disposer des pièces de rechange pour automobiles fabriquées par une entreprise dominante (Publ. CCSPR 1978, p. 88 ss). Par contre, sous l'empire du nouveau droit, la Comco, approuvée par la CoRe, a reconnu l'existence d'un marché-système regroupant la vente des appareils de photo Minolta et la réparation ultérieure de ces appareils. Minolta ne disposant que d'une part de 24 % du marché de la vente des appareils photo en Suisse et faisant face à un nombre important de concurrents, elle ne disposait pas d'une position dominante sur le marché-système. *A fortiori*, son refus de livrer à l'avenir des pièces de rechange aux réparateurs indépendants ne pouvait consti-

tuer un abus de position dominante (Comco, DPC 1999/2, p. 247, *Minolta*, ch. 27-40 ; confirmé par la CoRe, DPC 2000/4, p. 716, ch. 5.1 à 6 ; critique : ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 148 s. ; cf. LCart 4 II N 71). De telles pratiques peuvent aussi constituer des « affaires liées » selon l'art. 7 II/f LCart (*infra* N 273).

3) Refus d'entretenir des relations commerciales avec certains partenaires commerciaux

Dans l'hypothèse où l'entreprise dominante offre sur le marché le produit ou le service en question, mais qu'elle refuse d'entretenir des relations commerciales avec un nouveau client, les conditions de constatation d'une pratique abusive sont moins strictes. Il s'agit d'examiner si l'entreprise en position dominante refuse d'entretenir des relations commerciales de manière discriminatoire, en causant un désavantage concurrentiel à son partenaire, sans qu'une raison commerciale puisse justifier le refus et l'inégalité de traitement (art. 7 II/a et 7 II/b LCart). Premièrement, l'entreprise dominante doit opérer une discrimination directe ou indirecte des partenaires commerciaux. Deuxièmement, ce traitement discriminatoire doit causer un désavantage concurrentiel important aux partenaires avec lesquels l'entreprise refuse d'entretenir des relations commerciales, c'est-à-dire entraver la position concurrentielle d'une partie des partenaires commerciaux de cette entreprise par rapport aux autres (v. art. 7 II/b LCart ; TPI, arrêt *Clearstream*, aff. T-301/04, Rec 2009 p. II-3155, pt 192 ; ROTH/ROSE, *Competition*, N 10-141 ; VAN BAEL/BELLIS, *Competition*, p. 837). **44**

Ainsi, SWIFT, coopérative détenue par 2000 banques, disposait d'une position dominante du fait qu'elle était le seul acteur détenant un réseau de transmission et de traitement de données offrant des connexions à destination d'établissements bancaires situés partout dans le monde. SWIFT était accusée d'abuser de sa position dominante en réservant l'accès à son réseau aux seules banques membres et en refusant cet accès à La Poste, entreprise publique française, refus d'accès qui équivalait à l'exclusion *de facto* l'entité requérante du marché des virements internationaux, ainsi qu'en fixant des critères d'admission injustifiés et en appliquant ceux-ci de façon discriminatoire à La Poste (l'affaire a été réglée à l'amiable par un engagement formel de SWIFT d'accorder un accès complet à toute entité remplissant les critères fixés par l'Institut monétaire européen pour l'admission aux systèmes de paiement domestiques : La Poste/SWIFT + GUF, IV/36.120, JOCE 1997 C 335, p. 3 et XXVII^e Rapport sur la politique de concurrence – 1997, pt 68 ; v. aussi Communication relative à l'application des règles de concurrence de la Communauté européenne aux systèmes de virement transfrontaliers, JOCE 1995 C 251/3). La Commission européenne a considéré abusif le refus par la compagnie aérienne Sabena de donner accès à son système de réservation informatisé à la compagnie London European, au motif que les tarifs aériens pratiqués par cette compagnie étaient trop bas. Ce refus avait eu pour effet de dissuader London European de s'implanter sur la ligne Bruxelles-Luton (*London European – Sabena*, 88/589/CEE, IV/32.318, JOCE 1988 L 317, p. 47, pts 28-30). **45**

En l'absence d'un motif justificatif, un refus discriminatoire de contracter ou une rupture discriminatoire des relations commerciales peut être abusif. Tel est le cas lorsque l'entreprise dominante refuse d'entretenir des relations commerciales avec un partenaire commercial, ou interrompt celles-ci, alors qu'elle a conclu ou qu'elle poursuit des contrats similaires dans des conditions comparables avec d'autres entreprises, et lorsque le produit ou service en cause est indispensable à l'exercice des activités de l'entreprise requérante, de sorte que celle-ci risque d'être exclue de la concurrence (*British Midland/Aer Lingus*, 92/213/CEE, IV/33.544, JOCE 1992 L 96, p. 34, pt 26 ; TPI, arrêt *Tiercé Ladbroke* **46**

c/Commission, aff. T-504/93, Rec. 1997, p. II-923, pts 130-133 ; sur l'application de l'art. 7 II/a ou de l'art. 7 II/b LCart, supra N 121 et infra N 164). Alors que la Commission européenne admet un abus dès que le refus de contracter rend plus difficile l'accès au marché pour les concurrents existants ou les nouveaux entrants (*British Midland/Aer Lingus*, 92/213/CE, IV/33.544, JOCE 1992 L 96, p. 34, pts 25-30), la CJCE exige que le refus empêche une telle entrée ou ait pour effet d'exclure l'entreprise victime de la concurrence.

- 47 En Suisse, la Comco a considéré comme abusif l'appel lancé par l'association des médecins du canton de Zurich à ses membres de boycotter l'assurance-maladie NOVA LIGHT de SWICA, offrant un choix limité de prestataires de soins en échange d'une réduction de 10 % des primes. Le refus de contracter était apparemment abusif selon l'art. 7 II/a LCart, car il pouvait résulter dans le retrait d'un nouveau produit d'assurance du marché et car il pouvait infliger à SWICA un désavantage dans la concurrence avec les autres compagnies d'assurance (mesures provisoires ordonnées in: Comco, DPC 1998/1, p. 31, *SWICA*, ch. 13-19 ; enquête suspendue du fait de l'engagement de SWICA de cesser le boycott : Comco, DPC 1999/3, p. 484, *Markt für Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Zürich*, ch. 11-15).
- 48 Dans un autre cas, le Secrétariat de la Comco a analysé les allégations d'abus en relation avec les pièces de rechange pour ascenseurs sous l'angle du refus de contracter (art. 7 II/a LCart) et la discrimination (art. 7 II/c LCart) (Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 77, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*, ch. 55). En rejetant les allégations de refus et de discrimination, le Secrétariat a relevé que l'entreprise livrait en principe les réparateurs indépendants en respectant son propre code de conduite ; l'enquête n'a pas constaté d'entrave systématique et disproportionnée dans la forme de refus de livrer des pièces de rechange contre les réparateurs indépendants (Secrétariat Comco, DPC 2011/1, p. 77, *Service- und Wartungsabonnemente für Aufzüge*, ch. 56 et 77).
- 49 En droit de l'Union européenne, l'art. 102 TFUE n'a pas été appliqué au refus de livrer des produits à un revendeur, à l'exception des restrictions des importations parallèles (J. GOYDER, *Distribution*, p. 45 ; sur la restriction des importations parallèles, v. KORAH, *Competition-Guide*, p. 182 ss) ; les entreprises sont libres de choisir leurs distributeurs ou de se charger elles-mêmes de la distribution. En droit suisse, le refus discriminatoire d'entretenir des relations commerciales peut porter également sur la distribution de produits finis : un grossiste ne doit pas traiter de manière discriminatoire ses clients revendeurs (v. O. KIENER, *Marktmachtmissbrauch am Beispiel der Kündigung von Vertriebsverträgen*, Zurich 2002, *Vertriebsverträgen*, p. 251 ss). Un refus de livrer peut être considéré comme illicite en application des règles sur les accords (art. 5 LCart) et en absence d'une position dominante. Par exemple, le refus de certains fabricants et grossistes de produits vétérinaires de livrer les pharmacies en produits vétérinaires a été considéré comme un accord illicite au sens de l'art. 5 I LCart. Ce refus infligeait un désavantage concurrentiel aux pharmaciens par rapport aux vétérinaires (Comco, DPC 2004/4, p. 1040, *Vertrieb von Tierarzneimitteln*).

c) Absence de justification objective

- 50 Le refus doit être **arbitraire**, c'est-à-dire ne reposer sur **aucune justification objective** (*legitimate business reasons*) (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 408 ; CJCE, arrêt *CBEM c/CLT et IPB*, « *Télémarketing* », aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261, pts 26 s. ; arrêt *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff.

C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791, pts 38 et 41 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 854 s.). Ceci implique également que ce refus n'est pas proportionnel, dans le sens qu'il n'existait pas d'autre manière de prendre en compte les motifs justificatifs, moins dommageable pour la concurrence (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 409). L'entreprise en position dominante agit en principe d'une manière objectivement justifiable si elle ne se comporte pas différemment d'une entreprise n'ayant pas d'influence sur le marché (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 408 ; CoRe, DPC 2004/3, p. 884, c. 4.5.2 ; v. aussi Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 175).

Dans le cadre de l'appréciation des motifs justificatifs objectifs, il convient de prendre en compte la nécessité de sauvegarder l'incitation pour l'entreprise dominante de continuer à investir dans le lancement de nouveaux produits ou dans l'amélioration des produits existants, dans la construction de nouvelles infrastructures ou la maintenance des infrastructures existantes, ou encore l'incitation à investir dans la recherche et le développement technologique (v. Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 410 et 447 ss). Dans le cas *SIX*, les efforts consentis par *SIX* dans le développement d'une interface entre plusieurs produits n'ont pas été considérés si importants pour pouvoir refuser l'accès aux informations d'interface afin de sauvegarder son incitation à innover. En effet, dans la majorité des cas concernant les programmes d'interface, le succès d'un produit ou d'un service nécessitant cette interface pour fonctionner avec d'autres produits ne dépend pas de la qualité ou de l'innovation en relation avec l'interface elle-même, mais dépend de la qualité des produits complémentaires que l'interface vise à rendre interopérables. Dans le cas concret, la Comco relève que le succès des terminaux du groupe *SIX* s'expliquait en premier lieu par la position forte que *SIX* avait sur les services de *acquiring*, et non pas de la supériorité et donc des investissements de *SIX* sur un des produits complémentaires : l'accès aux informations d'interface n'allait donc pas réduire l'incitation à investir ou à innover de *SIX* en relation avec les produits complémentaires en cause tout en sauvegardant, voire en augmentant, l'incitation des concurrents à investir et à innover sur le marché en aval (des terminaux) (v. Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 447 ss, en particulier 460 et 468).

A notre sens, la sauvegarde de l'incitation à investir et à innover devrait être prise en compte à la fois lors de l'analyse de l'existence d'une restriction à la concurrence et lors de l'appréciation des raisons justificatives objectives. A la nécessité de sauvegarder l'incitation de l'entreprise dominante à investir, il convient d'ajouter l'incitation à investir de l'entreprise requérante d'accès : si cette dernière obtient l'accès aux produits ou aux infrastructures d'une autre entreprise, elle n'aura aucun intérêt à investir pour dupliquer ce produit ou cette infrastructure au détriment de la concurrence effective. C'est pour cette raison que la condition de l'impossibilité pour l'entreprise requérante de produire ou de dupliquer le bien ou l'infrastructure en question devrait être examinée de manière approfondie.

Si le refus est inspiré par un motif anticoncurrentiel, le fait qu'il a aussi un objectif légitime ne suffit pas nécessairement à le justifier (*BBI/Boosey & Hawkes*, 87/500/CEE, IV/32.279, JOCE 1987 L 286, p. 36, pt 19, où l'arrêt des livraisons par un fabricant d'instruments de musique à un distributeur qui s'était lancé lui-même dans la production d'instruments concurrents était abusif, en dépit de la justification alléguée de retard par le distributeur dans le paiement de commandes antérieures ; *Waelbroeck/Frignani*,

Commentaire, N 558). Le lancement par des caisses-maladie du canton de Berne d'une assurance privée avec un choix limité d'hôpitaux, pour une prime réduite par rapport à une assurance privée laissant un libre choix de l'hôpital, impliquait un refus de contracter avec les hôpitaux non sélectionnés. Ce refus était toutefois commercialement justifié, car il s'agissait d'une réaction des assureurs privés face au marché, *i. e.* aux assurés qui renonçaient de plus en plus à conclure des assurances privées complémentaires en raison des primes trop élevées (Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, ch. 99, douteux sous l'angle de l'art. 7 II/a LCart en raison de l'absence de concurrence entre les caisses-maladie et les hôpitaux). Une foire qui dispose d'une surface limitée pour les stands peut sélectionner les exposants en fonction de la conception qu'elle a choisie pour l'exposition en cause, et refuser de contracter avec une entreprise ne correspondant pas à cette conception (en l'espèce, les fabricants devaient exposer uniquement leur propre production, alors que l'entreprise refusée voulait aussi exposer des produits de tiers ; Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 14, *Schweizer Spielemesse St. Gallen*, ch. 6, 35-38, douteux sous l'angle de l'art. 7 II/a LCart en raison de l'absence de situation concurrentielle entre la foire et les exposants).

aa) Préservation ou augmentation des parts de marché

- 54 L'objectif abusif poursuivi par l'entreprise dominante peut être de plusieurs types. La rupture arbitraire des relations commerciales peut ainsi relever uniquement de la volonté de l'entreprise dominante de préserver ou augmenter ses parts de marché au détriment d'un concurrent. Le Tribunal fédéral a précisé que le fait pour une entreprise en position dominante de sauvegarder « une part de marché à la suite de l'arrivée de nouveaux concurrents ne saurait être considéré comme une raison pour exclure la concurrence. Au contraire, c'est précisément le but du droit des cartels que les parts de marché relatives des différents offreurs puissent subir des modifications par le biais de la concurrence » (ATF 129 II 497, c. 6.5.5). Enfin, la poursuite de l'objectif de la maximisation des profits de l'entreprise dominante n'est pas considérée comme un motif justificatif (Comco, DPC 2006/4, p. 625, *Flughafen Zürich AG [Unique] – Valet Parking*, ch. 199).
- 55 Etait abusif le refus par Aer Lingus d'accorder l'interligne (émission d'un seul billet d'avion pour des segments de vol sur des compagnies aériennes différentes) à un concurrent existant, British Midland, après que cette dernière compagnie eut ouvert une nouvelle route importante, alors même que l'interligne est une pratique courante dans le transport aérien, qu'Aer Lingus l'avait accordé à British Midland jusque-là et l'accorde encore à d'autres compagnies et que son refus ne repose sur aucun motif autre que la crainte de perdre des parts de marché. La Commission a considéré la pratique abusive en dépit du fait que le refus de contracter avait seulement pour effet de rendre plus difficile l'accès au marché, mais non d'exclure British Midland de la concurrence (*British Midland/Aer Lingus*, 92/213/CEE, IV/33.544, JOCE 1992 L 96, p. 34, pts 25-30).

bb) Contrainte spatiale ou technique, pénurie

- 56 La rupture ou le refus d'entretenir des relations commerciales peut être justifié par des **nécessités techniques ou commerciales** (CJCE, arrêt *CBEM c/CLT et IPB*, « *Télémarketing* », aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261, pt 26). Le manque de capacité disponible constitue un motif justificatif objectif (ATF 129 II 497, c. 6.5.4, qui a considéré que l'obligation d'acheminer l'électricité d'un tiers aussi en cas de capacités insuffisantes ou inexistantes du réseau porterait atteinte au propriétaire du réseau, qui serait empêché de l'utiliser pour

desservir sa propre clientèle ; v. aussi Comco, DPC 2011/2, p. 335, *Avis du 25 janvier 2010 adressé au tribunal administratif du canton de Berne*, ch. 69). L'entreprise en position dominante n'a aucune obligation d'augmenter ses capacités de production ou de distribution pour pouvoir fournir des produits ou des services à de nouveaux clients. L'organisateur d'une foire peut limiter le nombre d'exposants en raison de la **place limitée** disponible, en se fondant sur des critères de choix objectifs (Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 14, *Schweizer Spielmess St. Gallen*, ch. 35-39). Dans le commerce de détail, le refus par une entreprise de distribution en position dominante d'acheter le produit d'un fabricant doit être évalué de cas en cas ; il peut notamment être justifié par la nécessité physique et commerciale de n'offrir qu'une gamme limitée de produits (SCHMIDHAUSER, *Nachfragemacht*, p. 848).

Une **pénurie** justifie qu'un fournisseur en position dominante réduise ses livraisons à la clientèle, pour autant que la **réduction** s'applique soit linéairement à tous les clients, soit repose sur des critères de priorité de satisfaction des commandes objectifs et non discriminatoires, qui respectent les règles gouvernant une concurrence loyale entre opérateurs économiques. Un coefficient de réduction des commandes plus élevé pour les clients occasionnels que pour la clientèle traditionnelle constitue notamment un critère objectif et non discriminatoire (CJCE, arrêt *B. P. c/Commission*, aff. 77/77, Rec. 1978, p. 1513, pts 29-34 ; TPI, *BPB Industries et British Gypsum c/Commission*, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, pt 94 ; Mess-LCart, p. 566 ; MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 57).

La rupture de relations commerciales peut être justifiée par la nécessité pour une entreprise dominante d'adapter son réseau de fournisseurs et ses canaux de distribution aux **modifications des circonstances intervenant sur le marché**. 58

cc) Nécessité d'efforts supplémentaires en raison des nouvelles relations

En principe, une entreprise en position dominante n'a pas le devoir d'améliorer ses services existants ou de consentir à des investissements supplémentaires pour pouvoir offrir et assurer la livraison d'un produit ou d'un service aux tiers. Cette approche vise à éviter le *free riding* et à s'assurer que les autres entreprises requérantes d'accès n'obtiennent pas un produit ou service sans contribuer à son développement. Toutefois, le fait que le tiers requérant puisse profiter de la fourniture d'un service complémentaire existant, par exemple la formation des clients des deux entreprises, a été jugé insuffisant pour justifier le refus de fournir des informations d'interface (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 420). 59

dd) Contrats de distribution

Certains contrats de distribution, tels les accords de vente exclusive ou d'achat exclusif (art. 6 I/c LCart), les licences exclusives, les contrats de distribution sélective ou de franchise, impliquent nécessairement des refus ciblés d'entretenir des relations commerciales. Une entreprise dominante peut aussi conclure de tels contrats, lorsqu'ils sont justifiés notamment par des économies de coût de transaction ou par l'efficacité accrue qu'ils permettent (Mess-LCart, p. 558 s. ; VON BÜREN, *Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 29). Une entreprise dominante peut aussi restreindre le choix de ses distributeurs pour des motifs relevant d'une politique de qualité, notamment en sélectionnant ses revendeurs en fonction de critères objectifs relatifs aux qualifications du revendeur, de son personnel et de 60

ses installations. Les critères de choix contenus dans les contrats de distribution doivent être objectifs, non discriminatoires et respecter le principe de proportionnalité (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 158-161 ; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 841, qui se réfère aux accords de distribution sélective ; J. GOYDER, *Distribution*, p. 153 s.). Ainsi, le fait que les distributeurs louaient les films à gros succès commercial (« *blockbusters* ») exclusivement à certaines salles de cinéma était justifié par des raisons commerciales légitimes : le choix était effectué en fonction de la capacité des salles de cinéma à attirer un public le plus large possible, et en conséquence à réaliser le chiffre d'affaires espéré pour des *blockbusters*. Cette capacité dépendait de critères objectifs, tels que la réputation de la salle de cinéma auprès du public en fonction de sa programmation antérieure, la capacité de la salle quant au nombre de places, la situation géographique de la salle dans la ville ainsi que la qualité des installations techniques (Secrétariat Comco, DPC 2000/4, p. 571, *Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt*, ch. 49-60).

ee) Prestations insatisfaisantes du cocontractant

- 61 La rupture de relations commerciales peut être justifiée quand les prestations économiques du cocontractant deviennent objectivement **insuffisantes**, lorsque le cocontractant **viole ses obligations contractuelles**, par exemple en nouant des liens étroits avec un concurrent de l'entreprise dominante (v. les mesures défensives, *infra* N 145 s.), lorsque la **solvabilité** du cocontractant est douteuse ou son insolvabilité manifeste (*British Midland/Aer Lingus*, 92/213/CEE, IV/33.544, JOCE 1992 L 96, p. 34, pt 26), lorsque le partenaire commercial n'effectue pas les paiements à temps (CoRe, DPC 2004/3, p. 859, c. 4.5), lorsqu'un distributeur ne présente pas ou plus les **qualifications** nécessaires ou lorsque le **client modifie sa politique d'achat ou de livraison** au point que l'entreprise dominante ne peut plus y souscrire pour des motifs d'ordre économique.

ff) Mesures défensives et représailles

- 62 En principe, il n'y a aucune obligation pour l'entreprise dominante de subventionner les concurrents (Décision de la Commission du 29 juillet 1987 relative à une procédure d'application de l'art. 86 du traité CEE [IV/32.279 – *BBI/Boosey & Hawkes* : mesures conservatoires], JO 1987 L 286, p. 36-43, *ch.* 19 : « Un producteur dominant n'est pas tenu de subventionner la concurrence. Dans le cas où un client transfère son activité principale à la promotion d'une marque concurrente, il se pourrait que même un fabricant dominant soit en droit de revoir ses relations commerciales avec ce client et moyennant un préavis suffisant, de résilier toute relation spéciale. » ; VAN BAEL/BELLIS, *Competition*, p. 837). Toutefois, les modalités de refus de contracter doivent respecter le principe de proportionnalité.
- 63 La justification d'une rupture des relations commerciales à titre de mesure défensive dépend des circonstances du cas d'espèce et du respect du principe de proportionnalité. L'entreprise dominante a le droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaqués, mais la riposte doit être raisonnable et proportionnée à la menace ou à l'attaque, compte tenu de la puissance économique des entreprises en présence. Ainsi, l'entreprise dominante pour la fourniture d'un produit – bénéficiant du prestige d'une marque connue et appréciée des consommateurs – ne saurait, au nom de la préservation de l'intégrité de son système de distribution, cesser ses livraisons à un distributeur ayant participé à une opération de promotion d'un produit concurrent, lorsque ce distribu-

teur est un client ancien et respectant les usages commerciaux et lorsque les commandes de ce distributeur ne présentent par ailleurs aucun caractère anormal. Le refus de livrer constitue une mesure disciplinaire par laquelle l'entreprise dominante entend dissuader les petites et moyennes entreprises en relations commerciales avec elle de donner la préférence aux produits concurrents et qui porte gravement atteinte à l'indépendance de ces entreprises (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 184-188 et 190-193. V. aussi les procédures judiciaires abusives, *infra* N 288). De même, l'interception du courrier reposté de type ABA (courrier originaire du pays A, acheminé par des sociétés privées dans le pays B pour y être posté, puis réacheminé par le système postal classique dans le pays A) par l'office postal détenant un monopole dans le pays de destination A constitue un abus de position dominante. Cette mesure défensive est disproportionnée, car l'office postal du pays de destination peut couvrir les frais engendrés par la distribution du courrier ABA par d'autres moyens que l'interception, tels le recouvrement des frais auprès des expéditeurs (TPI, arrêt *IECC c/Commission*, aff. jtes T-133 et 204/95, Rec. 1998, p. II-3645, pts 94-102). L'arrêt des livraisons par un fabricant d'instruments de musique dominant à un distributeur qui s'était lancé lui-même dans la production d'instruments concurrents était abusif, en dépit de la justification alléguée de retard par le client dans le paiement de commandes antérieures. La Commission a estimé qu'un tel refus allait au-delà de la légitime défense des intérêts du fabricant (*BBI/Boosey & Hawkes*, 87/500/CEE, IV/32.279, JOCE 1987 L 286, p. 36, pt 19).

Il y a abus lorsque l'entreprise dominante boycotte un **partenaire contractuel** parce que celui-ci a **fait valoir** à son encontre des **droits** contractuels, comme une garantie, ou le respect de ses droits de propriété intellectuelle. L'ancienne Commission des cartels a décidé qu'une entreprise dominante peut refuser de faire paraître des annonces publicitaires pour ses produits dans un journal dont l'attitude rédactionnelle est si hostile qu'elle réduirait à néant ou diminuerait considérablement les perspectives de succès des annonces. Le seuil à partir duquel une attitude rédactionnelle critique constitue un motif justifiant l'interruption de l'insertion d'annonces doit être apprécié de cas en cas (refus des importateurs d'automobiles d'insérer dans le *Tages Anzeiger*, Publ. CC 1981, p. 41 ss ; NOBEL, *Anzeigensperre*, p. 88-101). Peut aussi constituer un abus, selon les circonstances du cas d'espèce, le refus d'une entreprise publiant un magazine qui détient une position dominante dans une branche de publier les annonces publicitaires de certains des fabricants ou distributeurs actifs sur ce marché (Publ. CCSPR 1993/4, p. 135-150, *SMASH*).

Le fait que le partenaire demandeur ait une position dominante ne constitue pas un motif objectif et suffisant qui permettrait à l'entreprise en position dominante d'interdire l'accès à son marché (ATF 129 II 497, c. 6.5.8). **65**

4. Refus d'accès à une « facilité essentielle »

L'art. 7 II/a LCart peut notamment trouver application lorsque la position dominante de l'entreprise découle de son contrôle sur une « facilité essentielle » (« *wesentliche Einrichtungen* » ; « *essential facilities* ») (ATF 129 II 497, c. 6.5.1 ; Secrétariat Comco, DPC 1997, p. 308, *Telecom PTT/Flexnet*, ch. 23 ; HÜBSCHER/RIEDER, *Facilities*, p. 439-447 ; SCHINDLER, *Wettbewerb* ; ZÄCH, *Kontrolle*, N 667 ; BORER, KG, Art. 7 N 13 ; DUCREY, *Einfluss*, p. 286 s. ; PALASTHY, *Verweigerung*, p. 301-303 ; cf. LCart 4 II N 138-143). Le Tribunal fédéral se réfère à des équipements ou à des installations, détenus uniquement par l'entreprise dominante, indispensables à la fourniture d'une prestation (ATF 129 II 497, c. 6.5.1). **66**

a) Doctrine des facilités essentielles

- 67 La doctrine des *essential facilities* ou *bottleneck monopoly* est basée en droit américain sur la Section 2 du *Sherman Act*. Une obligation de contracter existe, selon la doctrine des *essential facilities*, à cinq conditions : le contrôle d'une installation ou infrastructure ou équipement par une entreprise en position de monopole ; l'impossibilité pratique ou économique pour un concurrent de reproduire l'installation ; le refus de l'entreprise au bénéfice du monopole de permettre l'utilisation de l'installation par un concurrent ; le fait que l'accès du concurrent à cette facilité est nécessaire pour que la concurrence s'exerce et le fait que le monopoleur peut en assurer l'accès sans porter préjudice à ses propres services ; ainsi que l'absence de raison commerciale légitimant un refus d'accès (aff. *United States v. Terminal Railroad*, 224 US 383 [1912]; *Otter Tail Co. v. United States*, 410 U.S. 366 [1973]; *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*, 708 F.2d 1081, cert. denied 464 U.S. 891 [1983]; *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 708 F.2d 1509 [1983], affirmed 105 S. Ct. 2847 [1985]). La doctrine des *essential facilities* n'est appliquée en droit américain que dans des cas très limités (FOX, *Monopolization*, p. 999 s.; SCHINDLER, *Wettbewerb*, p. 9-33).

b) Application en droit européen

- 68 La Commission européenne, mais surtout la doctrine en matière de **droit européen** de la concurrence, tendent à qualifier de cas d'application de la théorie des *essential facilities* tous les refus abusif d'entretenir des relations commerciales par une entreprise dominante (ROTH/ROSE, *Competition*, N 10-135). La Commission s'exprime ainsi : « Une entreprise en situation de position dominante pour la mise à disposition d'une installation essentielle, qui utilise elle-même cette installation (c'est-à-dire des installations ou des équipements sans l'utilisation desquels les concurrents ne peuvent servir leur clientèle), et qui refuse à d'autres entreprises l'accès à ces installations sans raison objective ou ne le leur accorde qu'à des conditions moins favorables que celles qu'elle réserve à ses propres services, commet une infraction à l'article 86 si les autres conditions prévues audit article sont réunies » (Commission européenne, *Sea Containers/Stena Sealink*, 94/19/CE, IV/34.689, JOCE 1994 L 15, p. 8, pt 66). La notion de facilité essentielle recouvre non seulement, *stricto sensu*, une installation, infrastructure ou équipement, mais aussi, plus largement tout produit ou service fourni par l'entreprise dominante, dont l'utilisation est une condition indispensable pour avoir accès à un marché voisin du marché dominé et pour lequel il n'existe aucun substitut réel ou potentiel (v. p. ex. le refus de licence sur un bien protégé par un droit de propriété intellectuelle [CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pts 53-56] ou le cas de refus d'accès à un système de portage de quotidiens à domicile [CJCE, arrêt *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff. C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791, pts 23-47]; ROTH/ROSE, *Competition*, N 10-136; VAN BAEL/BELLIS, *Competition*, p. 845 s.). Dans sa jurisprudence en matière de refus abusif de contracter, la Cour de justice n'a en revanche encore jamais repris expressément la théorie des *essential facilities*, ni dans son acception étroite issue du droit antitrust américain, ni, de surcroît, dans l'extension que lui a parfois donnée la doctrine. Elle a toutefois développé au cours des années une casuistique des cas et conditions auxquels un refus d'entretenir des relations commerciales ou une rupture de celles-ci par une entreprise en position dominante est abusif (cf. *infra* N 154 et, en dernier lieu, CJCE, arrêt *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff. C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791, pts 23-47; ég. SCHINDLER, *Wettbewerb*, p. 101-119).

Enfin, le contrôle des refus abusifs d'entretenir des relations commerciales n'offre aucune protection aux entreprises qui n'ont simplement pas trouvé en temps utile un partenaire commercial alternatif à l'entreprise dominante ou ont tardé à mettre en place leur propre structure. Ainsi, la CJCE n'a pas considéré comme abusif le refus, par une entreprise de presse détenant une part très importante du marché des quotidiens en Autriche et qui exploitait l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet Etat membre, de donner accès audit système, contre une rémunération appropriée, à l'éditeur d'un quotidien concurrent. Même si le système de portage à domicile des quotidiens constituait un marché distinct de celui de la vente des périodiques en magasins et en kiosques ainsi que de la livraison par voie postale, ces derniers modes de distribution de quotidiens constituaient des substituts suffisants – bien qu'imparfaits et moins avantageux. En outre, le demandeur du service n'avait pas établi qu'il existait des obstacles techniques, réglementaires ou même économiques qui fussent de nature à rendre impossible, ni même déraisonnablement difficile, pour tout éditeur de quotidiens, de créer, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile. Il n'avait en particulier pas établi qu'un tel système ne serait pas économiquement rentable en raison du faible tirage du ou des quotidiens à distribuer (CJCE, arrêt *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff. C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791, pts 34-36 et 41-46).

Lorsqu'un refus apparemment abusif de contracter (ou tout autre comportement abusif) est le fait d'un « organisme public » ou d'une entité privée au bénéfice d'un monopole légal, il faut préalablement vérifier l'**assujettissement de l'entité en cause et de son comportement aux règles du droit de la concurrence**. Cet examen porte successivement sur trois points. D'abord, il faut vérifier que l'entité réponde à la notion d'entreprise, c'est-à-dire que l'activité en cause est de nature économique et qu'elle est détachable d'autres activités éventuellement exercées au titre d'une mission de puissance publique par l'entité (TPI, arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, aff. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pts 107-109, 121 s., 125 ; cf. LCart 4 II, N 36-38). Ensuite, même si l'application de l'art. 102 TFUE ou de l'art. 7 LCart 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 monopole légal à l'entreprise en cause (TPI, arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, aff. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pts 147 s.), il faut encore vérifier que le comportement incriminé est adopté de manière autonome et indépendante par l'entreprise. Si le comportement est imposé à l'entreprise par la réglementation étatique lui conférant son droit exclusif ou son monopole, il y a « abus automatique » de la part de l'entreprise et c'est la mesure étatique elle-même qui est anti-concurrentielle (CJCE, arrêt *Bodson c/Pompes funèbres des régions libérées*, aff. 30/87, Rec. 1988, p. 2479, pt 26 ; cf. *supra* N 99 et *infra* N 282-287).

Le caractère **abusif du refus** d'accès à une facilité essentielle est apprécié selon les conditions posées par l'art. 7 II/a LCart en cas de refus ou rupture arbitraire de relations commerciales. Le refus est abusif (i) lorsqu'il porte sur une installation ou infrastructure indispensable à l'activité économique du concurrent, (ii) pour laquelle il n'existe pas de substitut actuel ou potentiel, et (ii) lorsque le refus risque d'empêcher, respectivement d'exclure, toute concurrence de la part de l'entreprise requérante et (iii) qu'il est arbitraire, c'est-à-dire qu'il ne repose sur aucune justification objective (v. CJCE, arrêt *Oscar Bronner c/Mediaprint*, aff. C-7/97, Rec. 1998, p. I-7791). Lorsque ces quatre conditions sont remplies, on peut dresser la typologie suivante des refus abusifs d'accès à une installation essentielle :

- Le refus ou la rupture des relations commerciales portant sur une installation essentielle est abusif lorsqu’il permet à l’entreprise dominante de se réserver à elle-même ou de réserver à des membres de son groupe, sans nécessité objective, une activité auxiliaire sur un **marché voisin, mais distinct**, activité qui pourrait être exercée par une entreprise tierce, au risque d’empêcher ou d’éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise. Ce type de comportement abusif peut relever tantôt de la clause générale de l’**art. 7 II/a**, tantôt de l’interdiction spécifique de l’**art. 7 II/e LCart** (*Port de Rodby*, 94/119/CE, JOCE 1994 L 55, p. 52, pts 12-16 ; *Sea Containers/Stena Sealink*, 94/19/CE, IV/34.689, JOCE 1994 L 15, p. 8, pts 66 s. ; *Irish Continental Group/CCI Morlaix [Port de Roscoff]*, XXV^e Rapport sur la politique de concurrence – 1995, p. 126 ; TPI, arrêt *European Night Services [ENS] e.a. c/Commission*, aff. jtes T-374, 375, 384 et 388/94, Rec. 1998, p. II-3141, pts 208 s. ; CJCE, arrêt *CBEM c/CLT et IPB*, « Télémarketing », aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261 ; cf. ég. art. 7 II/e LCart et CJCE, arrêt *Tiercé Ladbroke c/Commission*, aff. T-504/93, Rec. 1997, p. II-923, pts 130-133).
- Le refus ou la rupture des relations commerciales portant sur une installation essentielle est abusif lorsque l’entreprise dominante ne parvient **pas à satisfaire la demande** pour un service ou produit existant (limitation de ses propres débouchés relevant du cas spécifique de l’art. 7 II/e LCart ; CJCE, arrêt *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979, pts 29-31 ; arrêt *Job Centre II*, aff. C-55/96, Rec. 1997, p. I-7119, pts 31-35).
- Le refus d’accès à une installation essentielle est abusif lorsqu’il constitue un moyen de **discrimination** injustifié de l’entreprise dominante à l’égard de certains partenaires commerciaux, alors qu’elle a accordé ou continue à accorder ce même accès à d’autres entreprises se trouvant dans des conditions équivalentes (TPI, arrêt *Tiercé Ladbroke c/Commission*, aff. T-504/93, Rec. 1997, p. II-923, pts 124-130 *a contrario*).
- Le refus d’accès à la facilité essentielle est abusif lorsqu’il permet à l’entreprise dominante **d’empêcher ou de retarder l’arrivée d’un nouveau produit** ou service qui formerait un marché dérivé, en excluant ainsi un concurrent du marché. Cette jurisprudence, qui relève plutôt de l’art. 7 II/e LCart, n’a toutefois été appliquée à ce jour par la CJCE que dans le cas particulier où le refus abusif est le fait d’une entreprise dominante exerçant une prérogative d’exclusivité découlant d’un droit de propriété intellectuelle (CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pts 53 s. ; sur le refus abusif de contracter par le titulaire d’un droit de propriété intellectuelle, *infra* N 157-161).

72 En matière de télécommunications, la Communication de la Commission européenne relative à l’application des règles de concurrence aux accords d’accès dans le secteur des télécommunications apporte des éclaircissements précieux sur le chapitre des infrastructures essentielles (« Access Notice », JOCE 1998 C 265, p. 2 ; v. aussi Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l’accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu’à leur interconnexion (directive « accès », JO 2002 L 108, p. 7). Le refus d’accès à ses installations par l’opérateur dominant est abusif (1) lorsqu’il s’agit d’une infrastructure essentielle, (2) que la capacité disponible est suffisante pour fournir l’accès, (3) que l’entreprise dominante qui contrôle l’infrastructure ne parvient pas à satisfaire la demande pour un service ou produit existant, ou empêche la création de nouveaux produits ou services, ou entrave la concurrence sur un marché de produits ou services existant, (4) que l’entreprise qui sollicite l’accès est disposée à payer une redevance raisonnable et non discriminatoire, et à respecter toute condition d’accès non discriminatoire et (5) qu’il n’existe aucune raison objective de refuser l’accès (« Access Notice » précitée, pts 87-98). L’Access Notice oblige

aussi les opérateurs en position dominante à faire preuve d'efficacité à l'égard des demandeurs d'accès, car des retards indus et inexplicables ou injustifiés dans la réponse à des demandes d'accès peuvent constituer un abus (« Access Notice », pt 95).

c) Application en droit suisse

Ni la Comco ni le Tribunal fédéral n'ont pris position sur la reprise des conditions de la doctrine des *essential facilities* telle qu'appliquée en droit américain, la Comco ayant exprimé toutefois son scepticisme à ce sujet (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 349; v. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 147). Dans sa pratique initiale, le Secrétariat de la Comco a considéré de manière pragmatique qu'il y a « comportement illicite au sens de l'article 7 LCart lorsqu'une entreprise en position dominante refuse de donner accès contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une entreprise concurrente, dès lors que, sans cet accès, celle-ci ne serait pas en mesure, pour des motifs de fait ou de droit, d'exercer une activité sur le marché situé en aval et que ce marché n'est pas exposé à une concurrence efficace » (Comco, DPC 2000/1, p. 29, *BKW/FMB Energie AG*, ch. 25; Secrétariat Comco, DPC 2000/2, p. 153, *Watt/Migros-EEF*, ch. 42: refus d'un opérateur de réseau électrique, verticalement intégré sur les marchés de la production, du transport et de la distribution d'électricité, de donner accès à son réseau à un fournisseur d'électricité concurrent, en empêchant ce dernier de faire transiter ses livraisons de courant électrique vers ses clients finaux). La Comco a suivi, dans sa décision, la position du Secrétariat et a considéré que le refus des EEF de laisser transiter l'électricité de son concurrent Watt sur son réseau électrique constituait un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart, tout en laissant ouverte la question de savoir si ce comportement tombait sous le coup de l'art. 7 II/a LCart ou uniquement de l'art. 7 I LCart (Comco, DPC 2001/2, p. 255, *Watt/Migros – EEF*, ch. 206 s.). Le Tribunal fédéral a confirmé cette approche: en empêchant son concurrent (Watt) d'utiliser son réseau d'électricité, EEF exclut la possibilité pour son concurrent d'accéder au marché de la fourniture de courant électrique parce que « pour des raisons juridiques et économiques, il n'est pratiquement pas possible pour Watt de construire elle-même un réseau de transport parallèle ». Pour le Tribunal fédéral, EEF « utilise sa position de fait dominante, qu'elle tire de son réseau de transport, pour ne pas devoir s'ouvrir à la concurrence. Son comportement est donc directement dirigé contre une possible instauration de la concurrence et exclut, dans le résultat, toute concurrence entre les fournisseurs d'énergie. Ce comportement doit donc être qualifié d'abusif, dans la mesure où il ne peut pas être justifié par des motifs objectifs. » (ATF 129 II 497, c. 6.5.3).

Dans un avis récent, la Comco a présenté les conditions d'application comme étant l'existence d'une infrastructure nécessaire et non duplicable et le refus d'utilisation de cette infrastructure contre rémunération sans explication raisonnable (Comco, DPC 2011/2, p. 302, *Avis pour le Tribunal du Canton de Vaud [L'Etivaz]*, ch. 34). Un producteur de fromage demandait l'accès à une coopérative gérant une cave d'affinage d'une certaine capacité, accès qui lui permettrait de remplir les conditions du cahier des charges de l'AOC « L'Etivaz ». La Comco a recommandé au juge cantonal de rejeter la demande en relevant, premièrement, qu'il existait d'autres caves avec les caractéristiques exigées par l'AOC « L'Etivaz », deuxièmement, que l'extension de la capacité de la cave utilisée par le producteur serait possible et, troisièmement, que le producteur en question pouvait solliciter une autre AOC fromagère (par exemple « Gruyère »). En d'autres termes,

l'utilisation de l'infrastructure en question n'était pas indispensable pour la continuation de l'activité du fromager ; elle semblait tout au plus faciliter l'activité choisie par le producteur lui-même.

- 75 Il convient, à notre avis, de s'en tenir à une acception stricte de la doctrine des *essential facilities*, basée sur les deux conditions cumulatives d'une position dominante résultant du contrôle sur une facilité essentielle *stricto sensu* (installation, infrastructure ou équipement indispensable ; cf. LCart 4 II N 143) et d'un refus abusif d'accès qui risque de supprimer ou qui entrave de manière substantielle la concurrence effective (ATF 129 II 497, c. 6.5.3 ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 146). La doctrine des *essential facilities* est ainsi un cas spécial de refus d'accès abusif selon l'art. 7 II/a LCart. Qualifier extensivement tout produit ou service ayant fait l'objet d'un refus d'accès abusif d'*essential facility* crée une confusion terminologique qui engendre de vains débats doctrinaux entre les tenants des théories antitrust américaine et européenne.
- 76 Ainsi, un refus ou une rupture de relations commerciales n'est abusif qu'à la condition préalable qu'il soit le fait d'une **entreprise dominante** selon l'**art. 4 II LCart**. Dans les cas d'application de la doctrine des *essential facilities*, la position dominante découle du contrôle exercé par une entreprise sur une **installation essentielle** ou infrastructure essentielle ou équipement essentiel (cf. LCart 4 II N 138-143. Lorsque la position dominante résulte du contrôle sur un produit ou service indispensable à l'accès à un marché voisin, mais qui ne constitue pas une installation essentielle *stricto sensu*, un refus d'accès relève des conditions générales de l'art. 7 II/a LCart, déjà exposées plus haut). Une installation est essentielle lorsque son utilisation est une condition indispensable à l'entreprise requérante pour avoir accès à un marché voisin de celui sur lequel l'entreprise est dominante et qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel à cette installation (SCHINDLER, Wettbewerb, p. 120-139). Il peut s'agir d'infrastructures telles qu'un terminal portuaire ou un aéroport (v. pour un exemple en droit européen, *Port de Rodby*, 94/119/CE, JOCE 1994 L 55, p. 52, pts 12-16 ; TPI, arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, aff. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pts 147-152). On trouve aussi des situations d'*essential facilities* dans les industries de réseau, comme les télécommunications, l'énergie, l'eau et les chemins de fer. Ces réseaux sont souvent (encore) protégés par des droits exclusifs, de sorte que le refus d'y donner accès par le titulaire du droit peut avoir pour effet d'exclure les concurrents sur les marchés situés en aval (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 89 ; WAELBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 598 ; BORER, KG, Art. 7 N 13 ; en ce qui concerne les télécommunications, v. *infra* N 156).
- 77 L'entreprise dominante qui refuse abusivement l'accès à une installation essentielle se voit imposer une **obligation de contracter**, selon des **conditions conformes au marché** ou aux conditions usuelles de la branche (art. 13/b et art. 29-30 LCart). En pratique, les difficultés liées à l'obligation d'accès ne concernent pas tant le principe de l'accès à la facilité essentielle, mais plutôt la tarification de cet accès (BORER, KG, Art. 7 N 14). Ainsi, en matière de télécommunications, la tarification de l'interconnexion est fixée de manière très détaillée dans la réglementation sectorielle, sur la base des coûts moyens prospectifs à long terme (cf. *infra* N 201). De même, l'une des questions sensibles dans le cadre de la libéralisation du marché de l'électricité est celle de l'indemnisation des « coûts échoués » (« *stranded costs* ») supportés par les entreprises historiques du secteur électrique.

5. Refus de contracter relatif à un objet protégé par un droit de propriété intellectuelle

Le refus de contracter par le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle n'est abusif que dans des cas doublement exceptionnels. D'une part, la simple **détention** d'un droit de propriété intellectuelle est caractérisée par le caractère exclusif du droit conféré à son titulaire et n'engendre en règle générale pas, en tant que telle, une présomption de position dominante. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, où l'objet protégé par le droit de propriété intellectuelle constitue lui-même un marché, parce qu'il n'existe pas de produit ou service substituable, que le titulaire du droit occupe une position dominante (CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pts 46, 50-58 ; CJCE, arrêt *IMS Health*, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039 ; LCart 4 II N 144 s. et les arrêts cités ; VAN BAEL/BELLIS, *Competition*, p. 845 s. ; WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 797 ss). Il faut aussi considérer l'hypothèse où l'ensemble des fabricants de produits substituables détiendraient une position dominante collective (ZÄCH, *Kodak-Urteil*, p. 279). D'autre part, un abus ne peut résulter de la seule détention d'un droit de propriété intellectuelle, mais seulement, et exceptionnellement, des conditions et modalités d'**exercice** de ce droit (sur la validité en droit suisse de la distinction entre « substance » et « exercice » d'un droit de propriété intellectuelle, v. BSK KG-HILTY, Art. 3 II N 13 ss ; é.g. JOVANOVIĆ, *Lizenzverweigerung* : une license obligatoire n'empiète pas sur la substance des droits de propriété intellectuelle).

La retenue dans l'intervention du droit de la concurrence s'explique par le fait que la législation sur la propriété intellectuelle a pris en compte les considérations relatives aux investissements et au besoin de sauvegarder les incitations à innover. De plus, le détenteur des droits de propriété intellectuelle n'a en principe aucune obligation de les utiliser (v. HOVENKAMP/JANIS/LEMLEY, *Refusal*, p. 2 s.). L'intervention du droit de la concurrence a pour objectif de régler de cas en cas les conséquences nuisibles de l'utilisation de la protection des droits de propriété intellectuelle, tout en reconnaissant qu'il n'existe pas de contradiction entre les objectifs d'efficacité dynamique (innovation) poursuivies par ces deux législations (sur la complémentarité des droits de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence, v. DREXL, *Refusal to License*, p. 648, 661 s. ; BSK KG-HILTY, Art. 3 II N 15). Les droits de propriété intellectuelle limitent la concurrence par l'imitation en stimulant la concurrence par la substitution (DREXL, *Refusal to License*, p. 653-655). Dans certaines circonstances toutefois, la présomption selon laquelle les droits de propriété intellectuelle contribuent à l'efficacité par l'innovation n'est pas confirmée par la réalité économique. Il s'agit, d'une part, de défaillances inhérentes à la réglementation des droits de propriété intellectuelle, lorsque l'étendue de la protection accordée à un droit de propriété intellectuelle est trop large (p. ex., CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743) et, d'autre part, de défaillances du marché externes au système des droits de PI, qui peuvent se produire en présence de standards techniques, d'effets de réseau ou de situations de lock-in (p. ex., CJCE, arrêt *IMS Health*, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039 ; TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601 ; DREXL, *Refusal to License*, p. 651-655 et 662). Enfin, bien que l'argument principal qui justifie une telle retenue vise à protéger les investissements consentis par l'entreprise dominante et partant l'innovation, une autre approche consiste à traiter tous les droits de propriétés, physiques ou intellectuelles, de manière identique : selon une telle approche, une obligation de contracter a le même effet potentiellement négatif sur l'innovation et les droits de propriété intellectuelle ne méritent pas une meilleure protection (RITTER, *Refusal to deal*, p. 291 ss ; HATZOPOULOS, *Essential Facilities* p. 369 ss, avec références).

- 80 L'exercice d'un droit de propriété intellectuelle n'est restrictif de concurrence que si la restriction n'est pas inhérente à la protection de la substance même, c'est-à-dire de l'objet spécifique du droit de propriété intellectuelle. En règle générale, la faculté pour le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de refuser d'accorder une licence, d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le brevet, la marque, le droit d'auteur ou le modèle est inhérente à la substance même de son droit exclusif (cf. art. 3 II LCart ; CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pts 49-56 ; ROTH/ROSE, Competition, N 10-129 s. ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 845 s. ; v. MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 119). Il en résulte que le **simple refus** du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'accorder une licence à un concurrent, même en contrepartie de redevances raisonnables, n'est pas, à lui seul, abusif (CJCE, arrêt *Volvo c/Veng*, aff. 238/87, Rec. 1988, p. 6211, pts 7-8 ; arrêt *CICRA e.a. c/Renault*, aff. 53/87, Rec. 1988, p. 6039, pt 15-18).
- 81 Toutefois, les conditions et modalités d'exercice d'un refus de licence peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif (*infra* N 159 s.). Par ailleurs, l'entreprise dominante du fait de sa titularité d'un droit de propriété intellectuelle sur un objet qui constitue lui-même un marché peut avoir d'autres pratiques abusives, comme la discrimination de certains partenaires commerciaux (art. 7 II/b LCart ; p. ex. interdiction des importations parallèles de logiciels Microsoft afin de préserver une politique de prix différenciés entre le Canada et la Communauté européenne, TPI, arrêt *Micro Leader c/Commission*, aff. T-198/98, Rec. 1999, p. II-3989, pts 54-56), l'application de conditions commerciales inéquitables (p. ex., redevance de licence trop élevée, art. 7 II/c LCart), la restriction de ses propres débouchés ou de ceux de ses concurrents, ou la restriction du développement technique de ses concurrents (art. 7 II/e LCart), ou l'imposition d'affaires liées (art. 7 II/f LCart) (CJCE, arrêt *Volvo c/Veng*, aff. 238/87, Rec. 1988, p. 6211, pt 9).
- 82 Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un refus de concéder une licence d'un droit de propriété intellectuelle à tout nouveau partenaire est **abusif**. Constitue une telle circonstance le fait que le **refus de concéder une licence** d'un droit de propriété intellectuelle, (i) porte sur un produit ou service qui est indispensable pour l'exercice de l'activité exercée ou envisagée par l'entreprise requérante, (ii) en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, et (iii) que le refus empêche la requérante d'entrer sur le marché ou d'y rester *ou* qu'il empêche la requérante de mettre au point un produit nouveau, malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière des consommateurs, (iv) de sorte qu'il exclut toute concurrence effective sur le marché de la part de l'entreprise requérante, et (v) lorsque ce refus n'est pas justifié par des considérations objectives. Dans de tels cas, le titulaire du droit de propriété intellectuelle peut être contraint d'accorder une licence, contre une rémunération équitable (CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pts 49-56 ; arrêt *IMS Health*, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039 ; TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601 ; ROTH/ROSE, Competition, N 10-131 s. ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 851 s.). A notre avis, un refus de concéder une licence d'un droit de propriété intellectuelle peut être considéré abusif dans d'autres circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque la technologie se transforme en un standard dans l'industrie ou lorsque des effets de réseau ou d'autres caractéristiques du marché font qu'une autre technologie concurrente ne peut pas se développer pour assurer une concurrence effective sur le marché (v. *infra* N 85).

En application de la jurisprudence *Magill*, la Commission européenne a considéré que le refus d'IMS de concéder une licence à un concurrent pour utiliser sa base de données constituait à première vue un abus de position dominante. IMS occupe une position dominante en Allemagne où sa base de données sur les ventes et les prescriptions de produits pharmaceutiques, protégée par un droit d'auteur, est devenue *de facto* une norme nationale de l'industrie pharmaceutique. Il est très peu vraisemblable que les concurrents d'IMS réussissent à développer et à commercialiser une base de données alternative, et cela sans violer les droits d'auteur d'IMS. En l'absence de substitut actuel ou potentiel, le refus de licence par IMS ne peut être justifié objectivement et est susceptible de verrouiller le marché à de nouveaux entrants potentiels et d'éliminer toutes perspectives de concurrence en Allemagne. Compte tenu de ces circonstances exceptionnelles, ainsi que du risque de préjudice grave et irréparable pour les deux concurrents actuels d'IMS qui étaient dans une situation financière très précaire, la Commission a ordonné des mesures provisoires enjoignant à IMS de concéder la licence à ses concurrents actuels dans des conditions non discriminatoires et commercialement raisonnables (*NDC Health/IMS HEALTH*, 3.7.2001, COMPD3/38.044). Toutefois, cette mesure provisoire a été suspendue par ordonnance du Président du Tribunal de première instance (TPI, ordre *IMS Health Inc. c/Commission*, aff. T 184/01 R, Rec. 2005, p. II-0817).

La Cour de justice s'est exprimée sur demande préjudicielle dans le cadre d'une procédure séparée devant un tribunal allemand (CJCE, arrêt *IMS Health*, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039 ; ROTH/ROSE, Competition, N 10-131 s. ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 837). Dans son jugement, la Cour reprend les conditions de la jurisprudence *Magill* précitée sur les circonstances exceptionnelles : « Il ressort de cette jurisprudence que, pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé. » (CJCE, arrêt *IMS Health*, aff. C-418/01, Rec. 2004, p. I-5039, pt 38, nous soulignons). La question de savoir si ces trois conditions sont suffisantes *et* nécessaires a été laissée ouverte par le Tribunal dans l'affaire *Microsoft*, mais elle n'est pas dénuée d'intérêt (VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 850 ss) : ces trois conditions cumulatives sont suffisantes pour justifier l'octroi d'une licence obligatoire, dans le sens que lorsque ces circonstances sont réunies, une licence obligatoire peut être octroyée. Si ces conditions ne sont pas nécessaires, cela implique que d'autres circonstances exceptionnelles peuvent justifier l'octroi d'une licence obligatoire. Il s'agissait de la position de la Commission européenne dans l'affaire *Microsoft* (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 316 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 851). L'enjeu est important en particulier concernant la condition relative à l'apparition d'un nouveau produit : si cette condition est appliquée strictement, lorsque les concurrents sont déjà présents sur un marché, l'octroi d'une licence n'est pas nécessaire et n'empêche pas l'apparition d'un nouveau produit, et en outre il n'exclut pas toute concurrence de la part desdits concurrents. La fonction de cette condition est de ne pas permettre aux concurrents de dupliquer les produits offerts par le titulaire du droit de propriété intellectuelle (WHISH/BAILEY, Competition, p. 799 s.).

Le Tribunal n'a pas tranché cette question, mais a effectué une application large des trois conditions de l'arrêt *IMS Health*. Dès lors que le comportement de Microsoft remplissait les conditions d'un abus illicite d'octroyer des informations d'interface, le Tribunal n'a

pas jugé nécessaire de trancher ladite question (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 336 et 691). Le Tribunal a jugé premièrement que, pour établir l'indispensabilité de l'interopérabilité, il suffisait pour la Commission d'établir « qu'il était nécessaire que les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents de Microsoft soient en mesure d'interopérer avec l'architecture de domaine Windows sur un pied d'égalité avec les systèmes d'exploitation Windows pour serveurs de groupe de travail pour pouvoir être commercialisés *de manière viable* sur le marché » (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 421, nous soulignons). Il ajoute que l'absence d'une interopérabilité suffisante a pour effet de renforcer la position concurrentielle de Microsoft sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, car cette absence conduit les consommateurs à utiliser son système d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de préférence à ceux de ses concurrents (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 422). Deuxièmement, le Tribunal confirme que l'élimination de la concurrence se réfère à l'élimination de la concurrence *effective*, et non pas de toute concurrence sur le marché (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 563, en précisant 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 »). Troisièmement, le Tribunal interprète très largement la condition relative à l'apparition d'un nouveau produit : « La circonstance relative à l'apparition d'un produit nouveau [...] ne saurait constituer l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs au sens de l'article 82, second alinéa, sous b), CE. Ainsi qu'il ressort du libellé de cette disposition, un tel préjudice peut survenir en présence d'une limitation non seulement de la production ou des débouchés, mais aussi du développement technique » (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pts 647 ss ; v. MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 120). Ce faisant, le Tribunal confirme la thèse de la Commission selon laquelle le refus d'interopérabilité restreint la concurrence au sens de l'art. 102 TFUE non seulement si celle-ci empêche l'apparition de tout nouveau produit sur le marché, mais aussi lorsqu'un tel refus empêche le développement technique des produits existants des concurrents au préjudice des consommateurs (Art. 3 II N 13 ss ; v. MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 120 ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 148). Cette interprétation large de ladite condition résulte en pratique de la renonciation de cette condition dans les cas similaires à celui de Microsoft : à notre sens, des circonstances exceptionnelles justifiant l'octroi d'une licence obligatoire peuvent exister en dehors des trois conditions cumulatives énoncées dans la jurisprudence *IMS Health*, notamment lorsqu'un refus de livrer des informations concerne des informations d'interface ayant pour but d'assurer l'interopérabilité entre deux ou plusieurs produits complémentaires avec un autre produit indispensable d'une entreprise dominante.

B. Discrimination de partenaires commerciaux (art. 7 II/b LCart)

1. En général

- 86 L'art. 7 II/b LCart interdit à une entreprise dominante de pratiquer des prix ou autres conditions commerciales qui, sans raison objective, défavorisent certains partenaires commerciaux par rapport à d'autres en leur causant un préjudice concurrentiel (« *die Diskriminierung von Handelspartnern* » ; « *la discriminazione di partner commerciali* » ; « *discrimination between trading partners* »).

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 (ex-art. 82/c TCE) (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). Il utilise une systématique différente de celle de l'aLCart-1985, mais sans introduire de différence de fond (cf. *supra* N 112 ; pour des cas d'application, v. HOMBURGER, KG, Art. 6 N 43, 44 et 50). 87

L'art. 7 II/b LCart constitue d'abord une pratique d'**entrave** et indirectement une pratique d'**exploitation** par laquelle l'entreprise dominante applique des conditions commerciales discriminatoires à un ou quelques-uns de ses partenaires commerciaux par rapport aux autres. Le préjudice causé à un partenaire commercial du fait des conditions commerciales discriminatoires n'a pas à atteindre un **degré** tel que ces conditions commerciales soient en elles-mêmes **inéquitables** selon l'**art. 7 II/c LCart**. En revanche, des conditions commerciales inéquitables peuvent être appliquées soit uniformément à tous les partenaires commerciaux de l'entreprise en position dominante, soit de manière discriminatoire uniquement à certains d'entre eux (*infra* LCart 7 II/c N 188). Par ailleurs, un **refus discriminatoire d'entretenir des relations commerciales** ou une rupture discriminatoire de celles-ci relève également de l'art. 7 II/b LCart. Le Secrétariat de la Comco a considéré que La Poste commettait une discrimination abusive selon l'art. 7 II/b LCart en livrant les données relatives à l'actualisation des adresses exclusivement à sa filiale DCL, à l'exclusion de toute entreprise tierce : Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 138, *Post PTT – Adressaktualisierungen*, ch. 15-18 ; cf. *supra* LCart 7 II/a N 121 et 144). La Comco a considéré comme discrimination abusive le refus de SIX de fournir les informations nécessaires relatives à l'interface DCC aux autres fournisseurs de terminaux (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 484 ss). Enfin, des rabais discriminatoires, qui relèvent généralement de l'art. 7 II/b LCart, ne sont visés par l'interdiction de **pratiques prédatrices** de l'**art. 7 II/d LCart** qu'à la condition supplémentaire que le prix pratiqué soit inférieur aux coûts (*infra* LCart 7 II/d N 227-232). 88

Il y a une pratique discriminatoire abusive à trois conditions cumulatives. En premier lieu, l'entreprise dominante met en œuvre une discrimination, directe ou indirecte, de ses partenaires commerciaux (*infra* N ■■■ ss). En deuxième lieu, cette discrimination entraîne une restriction de la concurrence au sens de l'art. 7 I LCart (*infra* N ■■■ ss). En troisième lieu, le traitement différencié n'est pas justifié par des considérations commerciales légitimes (*infra* N ■■■ ss). 89

a) Discrimination directe et indirecte

L'art. 7 II/b LCart vise les cas de **discrimination directe et indirecte** (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 486 ; BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 206 ss). Il va ainsi au-delà de l'art. 22 II/a AP-LCart qui ne concernait que l'hypothèse d'une discrimination directe (« 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 »). Il y a une discrimination **directe** lorsque l'entreprise dominante applique des conditions commerciales distinctes, par exemple une politique de prix différenciés, à des partenaires commerciaux se trouvant dans des conditions équivalentes. L'entreprise dominante doit traiter de la même manière des partenaires commerciaux qui se trouvent, à son égard, dans une situation similaire, compte tenu de leurs prestations (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 223-234). Une entreprise abuse, par exemple, de sa position dominante si elle 90

offre des prix avantageux aux clients d'une entreprise concurrente sans faire bénéficier de cet avantage sa propre clientèle se trouvant dans une situation comparable (CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pts 153-160; *ROTH/ROSE*, Competition, N 10.081 ss). Le devoir de traitement non discriminatoire s'étend uniquement aux prestations équivalentes ou similaires : l'entreprise en position dominante n'est pas obligée de traiter tous ses partenaires commerciaux ou ses clients de manière égale (*WHISH/BAILEY*, Competition, p. 761). Ces entreprises ne sauraient être assimilées à des entités étatiques et continuent par conséquent de bénéficier de la liberté contractuelle.

- 91 Pour déterminer s'il y a discrimination directe, le critère déterminant n'est pas le caractère identique des prestations, mais leur équivalence, en fonction des particularités des produits ou services et du marché en cause (*VENTURI/FAVRE*, Concurrence, p. 29; *RUFFNER*, Verhaltensweisen, p. 842). Il faut notamment tenir compte de la structure des coûts de l'entreprise dominante et de ses partenaires commerciaux pour apprécier si l'application de prix ou conditions commerciales différentes est justifiée. Ainsi, les prix offerts par Télécom PTT pour des lignes louées permettant le raccordement à l'internet ne discriminaient pas entre les destinataires externes de ce service et les entités contrôlées par Télécom PTT (en l'espèce *Blue Window*). Les différences entre le prix calculé par le plaignant et celui offert par Télécom PTT résultaient de l'utilisation d'une base de calcul différente, Télécom PTT facturait séparément les frais d'installation et de hardware (Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 311, *Schulen ans Internet*, ch. 29-31). L'appréciation doit avoir lieu en fonction des circonstances du cas d'espèce. Le lancement par Energie de l'Ouest-Suisse (EOS) d'une campagne de subventionnement des seules pompes à chaleur multifluides, à l'exclusion des pompes à chaleur monofluides, n'était pas discriminatoire, car la subvention était limitée dans le temps et dans son montant, et car les pompes à chaleur monofluides avaient connu historiquement de sérieux dysfonctionnements en raison de la complexité de leur installation (Secrétariat Comco, DPC 1997/1, p. 29, *Action Promopac/pompes à chaleur*, ch. 15-19). Les tarifs discriminatoires des assurances étaient justifiés par la différence de la structure des coûts des hôpitaux privés et publics (Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahl-freiheit*, ch. 100 ss).
- 92 La discrimination est **indirecte** lorsque l'application des mêmes conditions commerciales, par exemple un rabais de fidélité, a pour effet pratique de **prériter** les partenaires commerciaux qui se trouvent dans une situation différente, sans justification objective (Mess-LCart, p. 567; *DROLSHAMMER*, Wettbewerbsrecht, p. 73; v. pour un exemple Comco, DPC 2004/2, p. 449, *ErfahrungsMedizinisches Register [EMR]: Eskamed AG*, ch. 114 ss: application de manière non différenciée de l'exigence relative à une certaine expérience pour l'inscription de thérapeutes sur la liste de Eskamed reconnue par les assurances complémentaires; Secrétariat Comco, DPC 2007/3, p. 382, *Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit*, ch. 100; Comco, DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ch. 159 ss: application de conditions identiques aux entreprises qui devaient apporter des changements aux textes introduits dans les publications de Documed et aux entreprises qui pouvaient publier les textes existants inchangés; sur les rabais, v. *infra* N 180-184). En revanche, il n'y a pas discrimination indirecte lorsque l'application de conditions commerciales uniformes a pour effet de **favoriser** les partenaires commerciaux qui se trouvent pratiquement dans une situation moins bonne, par exemple en accordant à de petits partenaires commerciaux les mêmes conditions de faveur qu'aux partenaires commerciaux plus importants. Une telle attitude stimule la concurrence entre les partenaires

commerciaux de l'entreprise dominante, en favorisant l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché. L'application des mêmes standards de qualité pour la certification des produits fabriqués par des entreprises différentes ne constitue pas une discrimination (indirecte), car cela aurait pour conséquence de renoncer aux standards uniformes de qualité (Secrétariat Comco, DPC 2007/3, p. 382, *Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit*, ch. 127), de tels standards ayant pour objectif d'augmenter la transparence sur le marché et, partant, d'augmenter la concurrence (ch. 75). En pratique, les cas de discrimination directe sont les plus fréquents.

b) Restriction de la concurrence

Une discrimination opérée par l'entreprise dominante peut affecter tant ses partenaires commerciaux que ses propres concurrents. En d'autres termes, un comportement discriminatoire peut restreindre la concurrence soit sur le marché de l'entreprise dominante (*primary line competition*; *concurrence sur le marché principal*), soit sur celui de l'entreprise victime de la discrimination (*secondary line competition*; *concurrence sur le marché accessoire, en aval ou en amont*), soit sur les deux marchés (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 842). Ainsi les rabais de fidélité, qui opèrent des discriminations entre partenaires commerciaux, ont aussi pour effet d'entraver l'accès des concurrents de l'entreprise dominante aux partenaires commerciaux de celle-ci (Comco, DPC 2004/2, p. 449, *ErfahrungsMedizinisches Register [EMR]: Eskamed AG*, ch. 67 [effet négatif nié]; Comco, DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT – Fachhändlerverträge*, ch. 37 s.).

Lorsqu'un comportement abusif discrimine les partenaires commerciaux et affecte simultanément les concurrents de l'entreprise dominante, il relève à la fois de l'art. 7 II/b LCart et de l'art. 7 II/e LCart (restriction abusive des débouchés; *infra* N 254). La Comco a ainsi décidé que des rabais de fidélité abusifs constituaient simultanément une discrimination de partenaires commerciaux (art. 7 II/b LCart) et une restriction des débouchés d'entreprises concurrentes (art. 7 II/e LCart) (Comco, DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT – Fachhändlerverträge*, ch. 38; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 211 s.; *infra* N 182).

En droit suisse, tout comme en droit de l'Union européenne (v. *infra* N ■■9), une pratique discriminatoire qui affecte uniquement la concurrence entre l'entreprise dominante et ses **propres concurrents** (*primary line competition*) relève en principe de l'art. 7 II/b LCart (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 493; DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ch. 141; *contra* BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 203 et 204) mais devrait être analysée à la lumière des conditions générales de l'art. 7 I LCart (TAF, DPC 2010/2, p. 329, *Publigroupe*, c. 8.1.5.1): le comportement discriminatoire de l'entreprise dominante doit entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice. Elle peut relever également d'un autre cas particulier de l'art. 7 II LCart, en particulier de l'art. 7 II/e LCart.

L'inégalité de traitement pratiquée par une entreprise dominante est abusive selon l'art. 7 II/b LCart si elle désavantage le partenaire commercial touché (acheteur ou fournisseur) par rapport aux tiers concurrents, sans justification objective (Mess-LCart, p. 567). En cela, l'**art. 7 II/b LCart** vise, comme l'art. 102 TFUE (ex-art. 82/c TCE) (WÄELBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 585), les discriminations qui faussent les conditions de concurrence **entre les partenaires commerciaux** (acheteurs ou fournisseurs) de l'entreprise dominante (*secondary line competition*). La discrimination des partenaires commerciaux peut affecter la concurrence sur un marché secondaire tant en amont (*i.e.* le

marché où les fournisseurs de l'entreprise se livrent à une concurrence), qu'en aval (*i.e.* le marché des clients de l'entreprise dominante). Le partenaire discriminé doit se trouver dans une relation de concurrence avec le groupe de partenaires par rapport auquel il a été traité de manière inégale, en d'autres termes leurs produits ou services sur le marché en aval doivent se trouver sur le même marché. Si les partenaires traités de manière différente ne se trouvent pas dans une relation de concurrence sur le marché en aval, d'une part leur situation n'est pas équivalente et, d'autre part, les conditions commerciales distinctes appliquées par l'entreprise dominante ne leur causent pas de préjudice concurrentiel par rapport à leurs concurrents.

- 97 Une entreprise abuse de sa position dominante si elle discrimine entre ses partenaires commerciaux en fonction de la qualité et le nombre de clients de ces derniers. La Comco a considéré que l'absence de rémunération des intermédiaires professionnels qui ne travaillaient qu'avec un annonceur constituait une discrimination entre ceux-ci et les intermédiaires professionnels ayant plusieurs clients, car cette politique désavantageait ces intermédiaires en ne leur permettant pas d'opérer sur le marché aux mêmes conditions que les autres. Cette discrimination risquait également d'augmenter les barrières à l'entrée pour les nouveaux intermédiaires professionnels souhaitant entrer sur ce marché (Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*, ch. 199, décision confirmée par le TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 7.3.1). Dans l'affaire *Eskamed*, après avoir nié les effets négatifs sur le marché de l'entreprise dominante, la Comco a examiné l'impact des pratiques discriminatoires d'*Eskamed* sur le marché où opéraient ses partenaires commerciaux (Comco, DPC 2004/2, p. 449, *ErfahrungsMedizinisches Register [EMR]: Eskamed AG*, ch. 72 ss). La Comco a considéré que l'exclusion des physiothérapeutes du registre ouvrant la possibilité à ceux-ci d'être reconnus par les assurances complémentaires constituait une discrimination par rapport aux autres thérapeutes et les désavantageait (ch. 87); en outre, la limitation de l'inscription sur trois méthodes thérapeutiques discriminait entre les thérapeutes qui étaient capables de pratiquer plus de trois méthodes et ceux qui n'avaient de formation que pour une ou trois méthodes thérapeutiques, en restreignant ainsi la concurrence entre thérapeutes (ch. 95); enfin, l'exigence de la preuve d'un nombre important d'heures de pratique, appliquée de manière non différenciée pour tous les thérapeutes, pourrait mener à une discrimination entre ceux dont la formation exigeait une certaine pratique et les autres, en augmentant également le coût de nouvelles entrées (ch. 117 s.). Dans l'affaire *Documed* (Comco, DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*), celui-ci avait opéré une discrimination entre les grandes et les petites entreprises en fonction de leurs commandes, tout en se réservant la possibilité de négocier les prix de manière individuelle et de discriminer également entre les grandes entreprises (ch. 142 ss). L'absence d'un tarif uniforme a été considérée dans ce cas comme entraînant une discrimination des partenaires commerciaux. Une autre pratique discriminatoire résidait dans l'application de tarifs identiques aux entreprises dont les textes pouvaient être publiés sans changement par rapport à celles dont les textes devaient être corrigés par *Documed* (ch. 159 ss).
- 98 Selon l'analyse suivie par la Comco, le partenaire subissant une pratique discriminatoire souffre nécessairement d'un désavantage compétitif par rapport à ses concurrents (v. Comco, DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ch. 140). La condition relative au désavantage des partenaires commerciaux prévue par l'art. 7 I LCart est considérée comme satisfaite sans autre examen (v. pour une critique BSK KG-AM-STUTZ/REINERT, Art. 7 N 218 s.). Le désavantage des partenaires commerciaux fait référé-

rence à un préjudice concurrentiel éprouvé par ceux-ci ; si la quantification d'un tel préjudice n'est pas nécessaire, l'analyse concurrentielle doit se pencher au moins abstraitement sur le mécanisme du désavantage concurrentiel et le risque qui en résulte en termes de distorsion de la concurrence. Tout d'abord, le partenaire discriminé doit se trouver dans une relation de concurrence avec le groupe de partenaires par rapport auquel il a été traité de manière inégale (v. supra N ■■■). Ensuite, la différence de traitement doit causer un désavantage substantiel : par exemple, si la différence du prix payé par le partenaire désavantagé constitue une faible partie des coûts, il ne saurait y avoir de désavantage concurrentiel au sens de l'art. 7 I LCart. Enfin, lorsque les partenaires désavantagés peuvent se fournir auprès d'un autre fournisseur dans des meilleures conditions, la concurrence effective a un effet disciplinant sur les opérateurs ce qui rend superflue toute intervention des autorités de la concurrence (dans ce sens CoRe, DPC 2005/3, p. 505, c. 5.4.2). La discrimination des partenaires commerciaux peut également consister en une entrave à l'accès au marché de certains partenaires ; dans ce cas, l'effet restrictif est substantiel (v. Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*, ch. 215, décision confirmée par le TAF, DPC 2010/2, p. 329).

En droit de l'Union européenne, la Cour de justice a jugé que l'art. 102 TFUE (ex-art. 82 TCE) vise à protéger tant les conditions de concurrence sur le marché en amont de l'entreprise dominante que celles sur le marché en aval (CJCE, arrêt *British Airways*, aff. C-95/04 P, Rec. p. I-2331, pt 143). S'agissant de l'affectation du marché en aval où se livrent une concurrence les partenaires commerciaux de l'entreprise en position dominante, la Cour de justice ajoute qu'« il importe, pour que les conditions d'application de l'article 82, second alinéa, sous c), CE soient réunies, de constater que le comportement de l'entreprise en position dominante sur un marché non seulement est discriminatoire, mais encore qu'il tend à fausser ce rapport de concurrence, c'est-à-dire à entraver la position concurrentielle d'une partie des partenaires commerciaux de cette entreprise par rapport aux autres » (CJCE, arrêt *British Airways*, aff. C-95/04 P, Rec. p. I-2331, pt 144 ; TPI, arrêt *Clearstream Banking*, aff. T-301/04, Rec. 2009, p. II-3155, pt 192). Du point de vue du standard de la preuve, la preuve d'une détérioration effective quantifiable de la position concurrentielle des partenaires commerciaux pris individuellement n'est pas nécessaire (CJCE, arrêt *British Airways*, aff. C-95/04 P, Rec. p. I-2331, pt 145 ; TPI, arrêt *Clearstream Banking*, aff. T-301/04, Rec. 2009, p. II-3155, pt 192).

Dans l'hypothèse classique où les conditions commerciales discriminatoires ont pour effet de fausser la concurrence entre les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante sur le marché accessoire, en aval ou en amont (*secondary line injury*), il n'est pas nécessaire que le fournisseur en position dominante et le partenaire commercial soient présents sur le même marché. Typiquement, le comportement abusif **a lieu sur le marché dominé**, mais produit ses **effets sur un autre marché** (cf. supra N 57). Il suffit ainsi que le partenaire commercial se trouve, du fait de la position dominante du fournisseur, dans une situation de dépendance économique par rapport à celui-ci, et que le produit ou service proposé par le fournisseur soit nécessaire à l'exercice de son activité (CJCE, arrêt *Aéroports de Paris c/Commission*, aff. T-128/98, Rec. 2000, p. II-3929, pt 165).

Les pratiques discriminatoires des entreprises dominantes **intégrées verticalement** 101 peuvent restreindre la concurrence sur les deux échelons du marché où l'entreprise dominante est présente. Il incombe à celle-ci un devoir de traiter de manière égale ses partenaires commerciaux qui se trouvent en concurrence avec ses filiales afin de ne pas affecter la

concurrence sur des marchés accessoires, ou des marchés en amont ou en aval (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 488 ; DPC 2007/3, p. 400, *Swisscom ADSL*, ch. 16 ss ; DPC 1997/2, p. 161, *Telecom PTT – Blue Window* ; DPC 2004/2, p. 407, *Swisscom ADSL*, ch. 142 ss ; DPC 2002/3, p. 440, *ADSL-Angebot der Swisscom AG*, ch. 43). Le traitement discriminatoire des concurrents d'une filiale peut avoir lieu de manière directe, en appliquant des conditions commerciales différentes pour des prestations équivalentes, ou de manière indirecte, en appliquant des conditions identiques à des prestations différentes.

- 102** Les devoirs d'une entreprise intégrée verticalement ne s'étendent toutefois pas au-delà du devoir général de l'entreprise dominante de traiter de manière égale ses partenaires commerciaux : il n'y a de traitement discriminatoire que si, premièrement, les prestations offertes aux concurrents de ses filiales sont équivalentes avec celles fournies à ses propres filiales. Deuxièmement, ce traitement discriminatoire désavantage les concurrents sur le marché en aval ou en amont. Enfin, ce traitement discriminatoire n'est pas justifié par des considérations commerciales légitimes. Cette dernière condition doit être appliquée largement pour ces entreprises, afin de prendre en compte les besoins internes d'organiser librement leurs activités (de production ou de commercialisation).
- 103** Les pratiques de l'entreprise dominante intégrée verticalement doivent être examinées selon les conditions applicables aux pratiques discriminatoires sur un marché accessoire (*secondary line discrimination*). Ainsi, en droit de l'Union européenne, les mêmes conditions s'appliquent à la discrimination par une entreprise non intégrée verticalement de ses partenaires commerciaux et au traitement discriminatoire des concurrents de sa filiale par une entreprise intégrée verticalement (TPI, arrêt *Clearstream Banking*, aff. T-301/04, Rec. 2009, p. II-3155, pts 192 à 194). En d'autres termes, la seule circonstance que l'entreprise dominante est intégrée verticalement ne lui impose pas un devoir absolu de traiter les concurrents de ses filiales de manière égale (v. BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 224, qui défendent au contraire l'idée qu'une entreprise intégrée verticalement doit pouvoir appliquer des conditions différentes aux autres partenaires commerciaux ; ég. VENTURI/FAVRE, Concurrence, p. 30 ; CANDREIA, Konzerne, N 558). Les concurrents d'une filiale d'une entreprise dominante intégrée verticalement peuvent être désavantagés ou entravés dans l'exercice de la concurrence même lorsque l'entreprise intégrée applique les mêmes conditions commerciales que celles appliquées à ses filiales : ce comportement peut s'avérer abusif si les concurrents risquent d'être entravés dans l'exercice de la concurrence ou s'ils sont empêchés d'accéder au marché, comme dans le cas de la compression des marges (v. *infra* N ■■ ss). Il convient de noter enfin que les entreprises intégrées verticalement au bénéfice d'un monopole légal sur un marché sont en outre soumises aux dispositions réglementaires interdisant les subventions croisées (v. *infra* N ■■ ss).

c) Justification par des considérations commerciales légitimes

- 104** L'art. 7 II/b LCart ne prescrit pas une égalité de traitement absolue. L'inégalité de traitement dont est victime un partenaire commercial de l'entreprise dominante est abusive seulement si, d'une part, elle résulte de l'application de **critères discriminatoires** et que, d'autre part, ces critères ne sont **pas** objectivement justifiés par des **considérations commerciales légitimes** (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 485). Dans cette mesure, l'entreprise en position dominante est limitée dans sa liberté contractuelle (CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81,

Rec. 1983, p. 3461, pt 90). En pratique, la distinction entre l'absence de critères discriminatoires et l'existence de considérations commerciales légitimes se révèle difficile, l'existence de celles-ci conduisant à conclure à l'absence de ceux-là (p. ex. Secrétariat Comco, DPC 1997/1, p. 30, *Action Promopac/pompes à chaleur*, ch. 15-19, dont il ne ressort pas clairement si l'absence d'abus résulte de l'application d'un critère non discriminatoire ou d'une justification fondée sur des considérations commerciales légitimes). Lorsque l'inégalité est fondée sur des considérations commerciales légitimes, celles-ci ne constituent pas une discrimination abusive au sens de l'art. 7 II/b LCart. Les considérations commerciales légitimes comprennent les considérations économiques ou d'autres considérations liées à la qualité, la sécurité des produits ou d'autres contraintes techniques liées à la capacité des infrastructures. Par exemple, le Secrétariat Comco a considéré que les exigences de rentabilité justifiaient l'exclusivité octroyée aux cinémas équipés de grandes salles (Secrétariat Comco, DPC 2000/4, p. 571, *Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt*, ch. 46 ss). L'utilisation de méthodes efficaces de facturation peut également constituer un motif légitime de traitement différencié des partenaires commerciaux (Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 229).

Une stratégie commerciale légitime de l'entreprise dominante peut justifier une inégalité de traitement (Mess-LCart, p. 566 s. ; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 842 ; VON BÜREN, *Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 29). La **justification** d'une différence de traitement peut notamment résulter d'**économies d'échelle** en matière de commercialisation, de transport et de distribution, notamment du fait de **contre-prestations dissemblables du partenaire commercial**, lorsque celui-ci acquiert auprès de l'entreprise dominante un volume de biens ou services inférieur à celui de tiers concurrents. Une différence de prix peut aussi être justifiée par une **qualité différente** des produits vendus, de sorte qu'il n'y a pas d'inégalité de traitement. Le classement des cliniques privées et des hôpitaux publics bernois dans des catégories différentes d'assurance semi-privée, correspondant respectivement à un choix libre de l'hôpital et à des primes plus élevées ou à un choix restreint accompagné de primes réduites, n'était pas discriminatoire. Il était justifié par les coûts inférieurs qu'engendrent les hôpitaux publics pour les compagnies d'assurance, en raison du financement partiel de ces hôpitaux par des subventions étatiques (Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahl-freiheit*, ch. 100, 104 s., 108). Les conditions commerciales plus favorables accordées aux entreprises membres du groupe par rapport à celles extérieures à ce groupe peuvent être justifiées par des effets de **synergie** (MEIER-HAYOZ, *Kartellrecht*, p. 364).

Un alignement de prix défensif peut justifier l'application de conditions commerciales discriminatoires : une entreprise dominante peut consentir à l'un de ses clients des prix plus bas, alignés sur ceux pratiqués par un concurrent, afin de conserver ce client (CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, ch. 156). Mais la protection de la position concurrentielle d'une entreprise dominante doit à tout le moins, pour être légitime, être fondée sur des critères d'**efficacité économique et présenter un intérêt pour les consommateurs**. N'est pas légitime une stratégie de prix différenciée par laquelle une entreprise dominante octroie des remises sélectives et discriminatoires à certains de ses clients exposés à la concurrence du fait de leur position frontalière sur le marché. En droit de l'Union, de telles remises discriminatoires empêchent le développement du libre jeu de la concurrence sur le marché et en faussent les structures, tant à l'égard des partenaires commerciaux de l'entreprise dominante que des consommateurs (TPI, arrêt *Irish Sugar c/Commission*, aff. T-228/97, Rec. 1999, p. II-2969, points 188-189).

105

106

107 Toutefois, une stratégie de prix différenciés est légitime si elle doit permettre à l'entreprise dominante d'ouvrir un nouveau marché (BORER, KG, Art. 7 N 16). Lors d'une **pénurie**, un fournisseur en position dominante peut réduire différemment ses livraisons à la clientèle traditionnelle et aux clients occasionnels, pour autant qu'il applique des critères de priorité de satisfaction des commandes objectifs et non discriminatoires, qui respectent les règles gouvernant une concurrence loyale entre opérateurs économiques. Tel n'est pas le cas d'un critère fondé sur la fidélité de la clientèle, qui distingue entre les clients qui s'approvisionnent exclusivement auprès de l'entreprise dominante et ceux qui commercialisent également des produits achetés auprès de certains de ses concurrents (CJCE, arrêt *B. P. c/Commission*, aff. 77/77, Rec. 1978, p. 1513, pts 29-34 ; TPI, arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/Commission*, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, pt 94 ; CJCE, arrêt *British Airways*, aff. C-95/04 P, Rec. p. I-2331 ; GOYDER/ALBORS-LLORENS, *Competition*, p. 330-333).

d) Nature des conditions commerciales discriminatoires

108 Les conditions commerciales discriminatoires se trouvent généralement dans un **contrat conclu**. La question de savoir si des conditions contractuelles discriminatoires contenues dans une offre soumise par une entreprise dominante à son partenaire commercial, en vue de la conclusion d'un contrat, remplissent déjà l'état de fait de l'art. 7 II/b, lorsqu'aucun contrat n'est en définitive conclu, est contestée. Elle a été résolue par l'affirmative par la Comco alors que la CoRe s'est montrée plus restrictive et que le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte (Comco, DPC 1999/3, p. 422, *Schweizerische Meteorologische Anstalt*, ch. 101-105 ; annulation par la CoRe, DPC 2000/3, p. 461, c. 3.2.2.c ; annulation du jugement de la CoRe par le TF, DPC 2001/1, p. 210, c. 3g). En droit de l'Union, un contrat formel ou exécutoire n'est pas nécessaire pour conclure à l'existence d'un accord à caractère exclusif (Trib., arrêt *Tomra*, aff. T-155/06, Rec. 2010 [non encore publié], pt 59). A notre avis, exiger du partenaire commercial qu'il conclue le contrat aux conditions commerciales discriminatoires offertes aux seules fins de pouvoir s'en plaindre constituerait un détour inutile (v. l'argument similaire soulevé par le plaignant, Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 391, *Erdöl-Vereinigung vs. Telekurs-Gruppe*, ch. 28 s.). Tout au plus peut-on exiger du partenaire commercial qu'il démontre avoir **tenté en vain de négocier** les conditions commerciales discriminatoires offertes par l'entreprise dominante.

109 Les **prix et conditions commerciales** discriminatoires doivent être compris au **sens large** (TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 8.1.5.1 ; BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 213 ss). La discrimination de partenaires commerciaux peut résulter soit de conditions contractuelles, soit d'un traitement de fait inégal. Elle peut porter non seulement sur le prix ou ses composants (rabais, bonus, escompte), mais aussi sur d'autres conditions commerciales ayant des conséquences économiques, comme des délais de livraison ou de paiement plus longs, des conditions de garantie différentes ou la fourniture de marchandises ou services de moindre qualité à certains partenaires commerciaux (Mess-LCart, p. 566 ; MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 58). La décision d'Aéroport de Paris de redistribuer le trafic passagers entre les aéroports de Paris en réservant l'exclusivité de l'aérogare Ouest à la compagnie nationale Air France et en regroupant les vols concurrents dans l'aérogare Sud, plus ancienne et ne disposant pas des capacités nécessaires pour accueillir la totalité de ce trafic, constituait une discrimination abusive (XXXVI^e Rapport sur la politique de concurrence – 1996, p. 158). Il y a discrimination lorsqu'une brasserie refuse à un grossiste-dépositaire la faculté de se fournir en bière directement auprès d'elle,

bien que ce grossiste remplisse les conditions pour une livraison directe, mais le renvoie à se fournir en bière auprès de grossistes-dépositaires concurrents. Serait aussi discriminatoire la fixation par la brasserie de marges différenciées selon les dépositaires, sans justification commerciale légitime (Secrétariat Comco, DPC 1999/1, p.57, *Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren*, ch. 27 s.).

2. Enseignements de la théorie économique

Du point de vue économique, la discrimination par les prix est le fait de faire porter des prix différents aux groupes de clients ayant une élasticité-prix de leur demande différente (MARTIN, *Industrial Economics*, p. 406 ; RIDYARD, *Price Discrimination*, p. 287). Ces prix différenciés tendent à s'approcher du prix de réserve des clients (c.-à-d. le prix maximal que les clients sont disposés à payer pour le produit). La question de savoir si les clients ou consommateurs se trouvent dans une situation semblable est évaluée par rapport à l'utilité que tirent ces clients de l'utilisation du produit et, partant, du prix dont ils sont prêts à s'acquitter. Cette analyse diffère de l'examen de la situation des partenaires commerciaux en droit de la concurrence, qui se base sur les caractéristiques externes (taille des partenaires commerciaux, leur présence dans un échelon déterminé du marché) en présumant souvent l'égalité de situation des partenaires commerciaux. A la différence de l'analyse juridique privilégiant par principe l'égalité entre concurrents, l'analyse économique apporte une contribution importante dans la compréhension des incitations des entreprises à discriminer, la distinction entre pratiques efficaces et pratiques ayant un effet anti-concurrentiel, et les effets sur le bien-être de la collectivité. 110

La théorie économique distingue trois formes de discrimination. On se trouve en présence de discrimination parfaite (*perfect price discrimination* ou *first degree price discrimination*) lorsque l'entreprise en position dominante est capable de soustraire de chaque client le maximum de ce qu'il est prêt à payer (BISHOP/WALKER, *Competition*, N 6-030 ; CARLTON/PERLOFF, *Industrial Organization*, p. 280). Cette forme de discrimination est rare en pratique, les autres conditions pour discriminer – à savoir la connaissance du prix de réserve de chaque client ainsi que la limitation de la revente des produits ou services (VAN DEN BERGH/CAMESASCA, *Competition*, p. 255 ; CARLTON/PERLOFF, *Industrial Organization*, p. 274 ■■ ; CHURCH/WARE, *Industrial Organization*, p. 160 ■■) – étant difficiles à satisfaire. La quantité produite est optimale et donc efficace, cependant la discrimination a pour effet de redistribuer au profit de l'entreprise dominante la totalité du surplus du consommateur (VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, *Antitrust*, p. 344 ; CARLTON/PERLOFF, *Industrial Organization*, p. 289). 111

La discrimination du second degré (*second-degree price discrimination*) se réfère aux prix fixés en relation avec les quantités vendues ou aux tarifs dits binômes, soit un tarif composé d'un prix fixe et d'un montant proportionnel à la consommation effectuée par le client (BISHOP/WALKER, *Competition*, N 6-030 ; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, *Competition*, p. 256 ; VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, *Antitrust*, p. 344 ; CARLTON/PERLOFF, *Industrial Organization*, p. 297 ; CHURCH/WARE, *Industrial Organization*, p. 166). Cette consommation révèle l'utilité que l'utilisateur tire du bien en question. Les pratiques commerciales utilisées à cette fin sont les ventes liées ou le *metering*. 112

Lorsque l'entreprise est capable de former des groupes de consommateurs avec des demandes similaires et d'empêcher les reventes entre les différents groupes, elle peut pratiquer la discrimination au troisième degré (*third-degree price discrimination* ou *group* 113

pricing ; v. BISHOP/WALKER, Competition, N6-030 ; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, Competition, p. 256 s. ; VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, Antitrust, p. 344 ss). Celle-ci charge un prix différent selon l'appartenance à un groupe prédéterminé (par exemple, les prix réduits pour les jeunes ou les retraités, les différents prix d'abonnement selon les horaires d'utilisation, les différents tarifs des billets d'avions, les rabais octroyés aux consommateurs ayant une carte de fidélité). Les conséquences sur le bien-être dépendent de l'effet de la discrimination sur la quantité offerte : lorsque la quantité offerte est la même ou plus faible qu'en situation de monopole non discriminant, le monopole discriminant produit des inefficiences ; en revanche, le bien-être est plus élevé lorsque le monopole discriminant offre une quantité supérieure (VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, Antitrust, p. 347 ss ; CARLTON/PERLOFF, Industrial Organization, p. 289 ss), ce qui est souvent le cas de ce type de discrimination.

- 114** La discrimination par les prix est un moyen efficace pour couvrir des coûts fixes importants. L'analyse classique basée sur le coût marginal ne prend pas en considération ces coûts (RIDYARD, Price Discrimination, p. 287). Lorsque le prix du marché est égal au coût marginal à court terme, il ne permet pas de couvrir les coûts fixes de l'entreprise. Dans ces hypothèses, une entreprise devra appliquer un prix linéaire dépassant le coût marginal pour certains de ses produits, ou pratiquer sur les unités marginales vendues des baisses de prix, autrement dit discriminer ses partenaires commerciaux. Ce système permettant à l'entreprise de couvrir les coûts fixes et d'augmenter ses profits est utilisé surtout dans les industries de réseaux, caractérisées par des coûts fixes importants. Une entreprise multiproductrice peut maximiser son profit en appliquant des prix différents selon l'élasticité de prix de la demande correspondante (cf. sur le *Ramsey Pricing* CHURCH/WARE, Industrial Organization, p. 788 ss ; VISCUSI/HARRINGTON/VERNON, Antitrust, p. 415 ss).
- 115** L'effet de la discrimination par les prix sur le bien-être de la collectivité est ambigu. La discrimination parfaite, par exemple, ne diminue pas le bien-être de la collectivité ; en revanche, elle cause une redistribution des revenus en faveur des producteurs, le surplus des consommateurs étant totalement soustrait (CARLTON/PERLOFF, Industrial Organization, p. 289). Les effets des deux autres modes de discrimination, à savoir la discrimination au premier et second degré, sont plus difficiles à évaluer. Le prix pratiqué dans l'hypothèse de la discrimination de troisième degré dépasse le coût marginal pour une partie des consommateurs, ce qui indique une diminution de la quantité offerte. Dans une telle hypothèse, il y a une perte de bien-être (CARLTON/PERLOFF, Industrial Organization, p. 289). Toutefois, l'application de prix différenciés permet en vérité de satisfaire les besoins d'un groupe de consommateurs qui ne pouvait pas être servi auparavant en appliquant un prix unique. Il y aura ainsi une augmentation de la quantité offerte, ce qui indique une amélioration du bien-être de la société (SCHMALENSEE, Price Discrimination, p. 246).
- 116** Ces enseignements généraux se concentrent sur l'effet des prix discriminatoires sur les consommateurs finals ou les partenaires de l'entreprise pratiquant lesdites pratiques en soulignant que l'effet sur le bien-être peut être positif ou négatif. Lorsque les prix discriminatoires augmentent la disponibilité des biens pour un groupe de consommateurs qui aurait été autrement exclu ou stimulent la demande du marché, ceux-ci permettent d'améliorer le bien-être général de la collectivité, ce qui doit être pris en compte dans l'examen des effets de ces pratiques sous l'angle de l'art. 7 II/b LCart et 102/c TFUE, en particulier lors de l'appréciation du désavantage concurrentiel subi par les partenaires commerciaux sur un marché en aval ou en amont ainsi que des possibles gains d'efficience.

3. Politiques de rabais sur les prix

Les politiques de rabais sur les prix pratiquées par les entreprises dominantes constituent l'un des cas les plus fréquents de pratique discriminatoire abusive. Pour déterminer l'éventuel caractère abusif, il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances, notamment les critères et modalités d'octroi des rabais, et d'examiner si le rabais tend, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès au marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée. Le caractère faussé de la concurrence résulte du fait que l'avantage financier octroyé par l'entreprise en position dominante ne repose pas sur une contrepartie économiquement justifiée, mais tend à empêcher l'approvisionnement des clients de cette entreprise dominante auprès de concurrents. Une des circonstances peut ainsi consister en ce que la pratique en cause prend place dans le cadre d'un plan de l'entreprise en position dominante ayant pour but d'éliminer un concurrent (en droit suisse : CoRe, DPC 1998/4, p. 655, ch. 5.1 ; en droit européen : TPI, arrêt *Irish Sugar c/Commission*, aff. T-228/97, Rec. 1999, p. II-2975, pt 114, confirmé par CJCE, aff. C-497/99 P, Rec. 2001, p. I-5333 ; TPI, arrêt *Tomra*, aff. T-155/06, Rec. 2010 [non encore publié], pts 33 ss). Un fournisseur en position dominante ne peut octroyer de rabais qu'en **contrepartie de gains d'efficience** réalisés soit sous forme d'économie de coûts (p. ex. grosses commandes permettant au fournisseur de produire des lots de produits importants), soit sous forme d'autres avantages supplémentaires qui en découleraient pour lui, mais non pour inciter à ou récompenser la fidélité (*Virgin/British Airways*, 2000/74/CE, IV/D-2/34.780, JOCE 2000 L 30, p. 1, pts 100 s. ; dans un sens proche en droit suisse, CoRe, DPC 1998/4, p. 655, c. 5.2 ; cf. *infra* N 181). Les rabais plus importants consentis par Swisscom pour la location de lignes en gros (c.-à-d. aux fournisseurs de télécommunications concurrents) que pour la location aux utilisateurs finals étaient justifiés notamment par des différences dans les coûts de distribution entre ces deux types de partenaires commerciaux (Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, ch. 68).

Les autorités de concurrence européennes considèrent généralement comme abusives les pratiques des entreprises dominantes comportant des rabais de fidélité (*infra* N 182) ou des ristournes dépendant d'objectifs de vente (*infra* N 183). En revanche, de purs rabais de quantité ne sont en principe pas discriminatoires (*infra* N 184). La position des autorités de concurrence suisses est proche de celle des autorités européennes, bien que moins tranchée. La CoRe a considéré qu'il n'était *a priori* pas exclu que non seulement des rabais de quantité, mais aussi des rabais fondés sur des critères qualitatifs puissent être justifiés, lorsqu'ils sont la contrepartie de véritables prestations et qu'ils ne restreignent pas la possibilité de choisir des produits concurrents (CoRe, DPC 1998/4, p. 655, c. 5.2).

a) Rabais de fidélité et rabais conditionnels

Selon les autorités de concurrence suisse et européenne, des rabais de fidélité ou conditionnels abusifs constituent simultanément une discrimination de partenaires commerciaux (art. 7 II/b LCart, respectivement art. 102 TFUE [ex-art. 82/c TCE] – *secondary line competition*) et une restriction des débouchés d'entreprises concurrentes (art. 7 II/e LCart, respectivement art. 82/b TCE – *primary line competition*) (Comco, DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT – Fachhändlerverträge*, ch. 38 ; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 211 s. ; CJCE.

arrêt *Suiker Unie et autres c/Commission*, aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113 et 114/73, Rec. 1975, p. 1663, pts 518-527 ; SCHRÖTER, Art. 86, N 172 ; *supra* N 166).

- 120** Sont illicites les **rabais de fidélité** (« *Treuerabatte* » ; « *loyalty rebates* ») octroyés par l'entreprise dominante aux clients qui ne s'approvisionnent qu'auprès d'elle pour un certain pourcentage ou pour la totalité de leurs besoins du produit ou service en cause, indépendamment de la quantité achetée, et qui renoncent à se fournir auprès de producteurs concurrents. Les remises de fidélité sont abusives, d'une part, car elles discriminent les partenaires commerciaux entre eux et, d'autre part, car elles tendent à empêcher, par l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents. En droit de l'Union européenne, constituent des rabais de fidélité les « remises liées à la condition que le client – quel que soit par ailleurs le montant, considérable ou minime, de ses achats – s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante » (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pts 89 s. ; v. pour une vue d'ensemble FAELLA, *Rebates*, p. 375-410). Les rabais de fidélité ont pour effet de lier un client à une entreprise en position dominante en empêchant ainsi les autres concurrents d'approvisionner les clients de cette entreprise. Ces rabais s'examinent de la même manière et ont les mêmes effets d'éviction que les accords d'exclusivité.
- 121** Des effets d'éviction sont susceptibles de se produire lorsque l'entreprise en position dominante fournit des clients nombreux en leur octroyant des avantages liés à cette exclusivité : l'effet de l'exclusivité s'apprécie par rapport à l'ensemble de ces accords, notamment par rapport à la part de marché que représentent ces clients pris collectivement (Orientations UE Art. 82 TCE, § 34). Plus cette part de marché est importante, plus les rabais de fidélité accordés en échange d'une exclusivité auront pour effet d'empêcher l'expansion de concurrents existants ou l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché. Dans l'affaire *Tomra*, le Tribunal a rappelé qu'une part de marché « liée » par des accords d'exclusivité de l'ordre de 40 % était suffisamment importante pour être susceptible d'avoir un effet d'exclusion des concurrents (TPI, arrêt *Tomra*, aff. T-155/06, Rec. 2010 ■■■■, pt 243 ; la Cour ne s'est pas encore exprimée sur le pourvoi de *Tomra* sous le numéro aff. C-549/10 P). Toutefois, le Tribunal a affirmé que les concurrents devraient pouvoir se livrer une concurrence par les mérites pour l'ensemble du marché et pas seulement pour une partie de celui-ci et que, par conséquent, l'entreprise en position dominante ne pouvait pas justifier ces pratiques d'exclusivité par la démonstration que la partie du marché susceptible d'être conquise est encore suffisante pour faire place à un nombre limité de concurrents, eu égard à la taille de viabilité minimale requise pour opérer sur le marché en cause (TPI, arrêt *Tomra* précité, pts 238-241). Enfin, la probabilité de l'éviction est plus grande lorsque les acheteurs sont pour au moins une partie de leur demande dépendants de l'entreprise en position dominante soit car son produit est incontournable (par exemple une marque forte), soit parce que les autres fournisseurs font face à des contraintes de capacité et ne peuvent de ce fait pas augmenter leur production (Orientations UE Art. 82 TCE, § 36).
- 122** Les **ristournes dépendant d'objectifs de vente** (rabais d'objectif ; « *Zielrabatte* » ; « *target rebates* ») définis individuellement pour chaque client, et sur une période de référence relativement longue, produisent le même effet que des rabais de fidélité (effet de fidélisation). En effet, le client qui s'approvisionne également auprès d'un concurrent n'atteint plus son objectif de vente auprès du fournisseur dominant et perd ainsi le bénéfice du rabais. Pour compenser la perte de ce rabais, le fournisseur concurrent est contraint de consentir un rabais sur un volume de ventes moins important et donc d'offrir une ristourne

qui, en termes relatifs par rapport à ce volume, représente un pourcentage très élevé. Les rabais d'objectifs constituent en règle générale un abus de position dominante, car ils ont pour objet de lier les clients au fournisseur dominant qui les octroie et d'empêcher l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents (Comco, DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT – Fachhändlerverträge*, ch. 32-38 ; en droit de l'Union européenne : CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pts 92-101 ; arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pts 71-74 et 82 ; arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/Commission*, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, pt 120 ; TPI, arrêt *Irish Sugar c/Commission*, aff. T-223/97, Rec. 1999, p. II-2969, pt 197 ; arrêt *Tomra*, aff. T-155/06, Rec. 2010 ■■■, pts 208 ss ; ROTH/ROSE, Competition, N 10-091 s. ; GOYDER/ALBORS-LLORENS, Competition, p. 329-333 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 820 ; WHISH/BAILEY, Competition, p. 729s). Un fournisseur en position dominante ne peut octroyer de rabais qu'en contrepartie de gains d'efficacité réalisés et non pour récompenser la fidélité. Ainsi, la Commission européenne a condamné la pratique de British Airways (B. A.) de faire dépendre le montant des commissions payées aux agences de voyages du montant de l'augmentation des ventes de billets B. A. par rapport aux ventes de l'année précédente, ce qui avait pour effet d'entraver la concurrence des compagnies aériennes étrangères sur un marché récemment libéralisé. Ces commissions ne pouvaient aucunement être justifiées par des gains d'efficacité pour B. A. puisqu'une agence de voyages inefficace ne vendant qu'un nombre faible de billets B. A. pouvait néanmoins prétendre à la commission maximale si ses ventes de billets B. A. avaient augmenté par rapport à l'année précédente (*Virgin/British Airways*, 2000/74/CE, IV/D-2/34.780, JOCE 2000 L 30, p. 1, pts 97-102 ; CJCE, arrêt *British Airways*, aff. C 95/04 P, Rec. p. I-2331, pt 68).

Ces remises incitent l'acheteur à s'approvisionner auprès d'une seule entreprise et visent ainsi à changer le comportement des acheteurs, ce qui explique la nouvelle terminologie de « rabais conditionnels » utilisée par la Commission européenne dans ses orientations (UE Art. 82 TCE, § 37 ss). Comme expliqué ci-dessus (N ■■■■), les rabais conditionnels comportent deux éléments de référence : une période donnée et un seuil de quantité achetée au-delà duquel l'entreprise aura droit à un rabais. Le rabais peut ensuite s'appliquer soit à la totalité des achats effectués durant la période déterminante (c.-à-d. la quantité en deçà et au-delà du seuil défini à l'avance), auquel cas il s'agit de **rabais rétroactifs**, soit uniquement sur les unités qui dépassent le seuil de quantité prédéfini : la Commission parle dans ce cas de **rabais progressifs**. Enfin, leur caractère individuel les distingue des schémas de rabais qui prennent comme référence un seuil de quantité général qui s'applique à tous les partenaires commerciaux de l'entreprise en position dominante. En particulier, l'effet de fidélisation sera très important si le seuil est fixé par rapport aux besoins totaux du client ou d'un volume cible individualisé (UE Art. 82 TCE, § 45). La capacité de l'entreprise dominante à mettre en œuvre des seuils adaptés à chaque partenaire dépend de sa compréhension des besoins de ce dernier ; une connaissance exacte de ces besoins n'est pourtant pas nécessaire, un seuil individualisé pouvant être déterminé en se basant sur les ordres passés, sur les prévisions du partenaire ainsi que la connaissance du secteur par l'entreprise en position dominante (Trib., arrêt *Tomra*, aff. T-155/06, Rec. 2010 ■■■■, pts 76-82 ; v. pour une critique de cet arrêt FEDERICO, *Rebates*, p. 139-141). A cet égard, il convient de préciser que les remises accordées sur facture en fonction du volume d'une seule commande n'entraînent pas d'effet fidélisant (TPI, arrêt *Michelin II*, aff. T-203/01, Rec. 2003 p. II-4071, pt 85) et sont considérées comme licites à moins que le taux de remise ne soit appliqué systématiquement de manière discriminatoire.

123

- 124 En général, l'analyse vise à évaluer d'une part l'**effet de fidélisation** de ces pratiques et d'autre part l'**effet d'éviction** sur les concurrents actuels ou potentiels du fournisseur dominant. La Cour de justice a précisé que, « pour juger de l'éventuel caractère abusif, dans le chef d'une entreprise en position dominante, d'un système de rabais ou de primes qui ne constituent ni des rabais ou primes de quantité ni des rabais ou primes de fidélité [...], il convient, d'abord, de vérifier si ces rabais ou primes peuvent produire un effet d'éviction, c'est-à-dire s'ils sont à même, d'une part, de rendre plus difficile, voire impossible, l'accès au marché pour les concurrents de l'entreprise en position dominante et, d'autre part, de rendre plus difficile, voire impossible, pour ses cocontractants, le choix entre plusieurs sources d'approvisionnement ou partenaires commerciaux » (CJCE, arrêt *British Airways*, aff. C-95/04 P, Rec. p. I 2331, pt 68). Tant pour les rabais de fidélité qu'*a fortiori* pour les rabais conditionnels, ce qui est décisif est l'effet d'éviction sur le marché.
- 125 La probabilité d'éviction des concurrents est plus importante si les rabais représentent un **pourcentage élevé** du prix total. Ainsi, l'effet de fidélisation s'accroît lorsque l'objectif de vente (le seuil à atteindre) est élevé et que la période de référence est longue. Il va de soi que le niveau de rabais est plus important si ceux-ci s'appliquent rétroactivement à toute la quantité achetée par un client. Par effet miroir, c'est le même niveau de rabais ou d'autres avantages que les autres concurrents doivent égaler pour pouvoir attirer le même client de l'entreprise dominante (UE art. 82 TCE, § 41). En cas de rabais progressifs, le prix que le concurrent devrait appliquer correspond à son prix, déduction faite du rabais que peut octroyer l'entreprise en position dominante sur les achats supplémentaires envisagés.
- 126 La **période de référence** en elle-même ne permet pas de conclure à l'existence d'un effet d'éviction en l'absence d'autres facteurs comme un taux élevé de rabais et un seuil qui déclenche le droit à ces rabais (v. la discussion de MEIER-RIGAUD, *Rebates*, p. 276, pour qui le seuil et le taux du rabais rétroactif ainsi que la quantité déjà achetée par le client sont des données nécessaires et suffisantes pour apprécier les coûts de changements pour les clients ; la période de référence seule ne permet pas de tirer des conclusions quant à l'effet d'éviction du schéma de rabais appliqué). Des rabais rétroactifs octroyés sur toutes les ventes réalisées pendant la période de référence fixée à un an ont été considérés comme abusifs (TPI, arrêt *Michelin II*, aff. T-203/01, Rec. 2003 p. II-4071, pt 95 ; v. pour une critique WAELBROECK, *Rebates*, p. 149-171). Si une période de référence de trois mois ne saurait être imposée (TPI, arrêt *Michelin II*, aff. T-203/01, Rec. 2003 p. II-4071, pt 85), l'effet de fidélisation des rabais rétroactifs se renforce proportionnellement avec la longueur de la période de référence. Toutefois, c'est l'effet sur le choix des acheteurs qui est déterminant, eu égard également aux autres conditions relatives à l'octroi du rabais. Dans les principes régissant les commissions des agences de voyages adoptés suite à l'examen de la politique de rabais de British Airways, la Commission a accepté une période de référence de six mois pourvu que les objectifs ne fussent pas fixés sur la base des ventes effectuées au cours d'une précédente période, que les rabais augmentaient de manière linéaire et que ce taux reflétait soit les économies de coûts, soit la valeur ajoutée des services fournis par les agences de voyages (Commission, IP/99/504 du 14 juillet 1999). Il va de même d'une période de référence d'une année lorsque l'objectif à atteindre n'est pas fixé par rapport aux ventes annuelles effectives, mais sur le volume de vente envisagé ; l'acheteur ne perd pas l'avantage de rabais lorsqu'il ne réalise pas le volume des ventes envisagé (TPI, arrêt *Michelin II*, aff. T-203/01, Rec. 2003 p. II-4071, pt 82). Les rabais progressifs ou les rabais octroyés « par tranche » induisent moins d'effet de fidélisation – même si le taux de

la tranche supérieure augmente – car le taux de rabais s'applique uniquement sur les ventes supplémentaires qui dépassent le seuil et non pas sur l'ensemble des achats (rabais progressifs). Le partenaire ne perd pas le rabais pour les tranches inférieures et reste libre de s'approvisionner auprès d'un autre fournisseur (TPI, arrêt *Michelin II*, aff. T-203/01, Rec. 2003 p. II-4071, pt 87).

La Commission entend appliquer, en plus de l'analyse des facteurs augmentant l'effet de fidélisation et en présence de données disponibles, un test basé sur les critères de la prédation. Ainsi, si les entreprises peuvent démontrer que leur prix, déduction faite des rabais octroyés, reste supérieur au coût marginal moyen à long terme – qui correspond à la moyenne de tous les coûts fixes et variables d'une entreprise – leur politique de rabais est peu susceptible d'avoir un effet d'éviction, car un concurrent aussi efficace pourra égaler ces prix (UE Art. 82 TCE, § 43 ; *WHISH/BAILEY*, Competition, p. 735 s.). En revanche, un schéma de rabais qui résulte en un prix inférieur au coût évitable moyen (c.-à-d. la moyenne des coûts que l'entreprise dominante aurait pu éviter si elle n'avait pas produit une unité supplémentaire) est capable d'évincer même un concurrent aussi efficace, et sera considéré comme illicite (UE Art. 82 TCE, § 44). Il reste les cas où le prix, déduction faite des rabais, est supérieur à la moyenne des coûts évitables mais en-dessous du coût marginal moyen à long terme : à l'instar de l'analyse de la prédation, la Commission examinera d'autres facteurs permettant de conclure à un risque important d'éviction des concurrents aussi efficaces, à savoir la capacité des concurrents à disputer l'ensemble de la demande de leurs acheteurs (UE Art. 82 TCE, § 44). 127

Intel est un des cas traités par la Commission après l'adoption de ses orientations sur l'art. 102 TFUE et dans lequel la Commission adopte le test de prédation même en présence de rabais de fidélité (décision de la Commission C[2009] 3726 du 13 mai 2009 dans l'affaire COMP/C-3/37.990, *Intel* : un résumé de la décision est publié au JO 2009 C 227, p. 13-17 ; Intel a introduit un appel auprès du Tribunal sous le numéro d'affaire T-286/09). Intel avait accordé des rabais aux grands équipementiers informatiques à la condition que ceux-ci lui achètent exclusivement des processeurs Intel ou à la condition qu'ils achètent à Intel une proportion allant de 80 à 95 % des processeurs destinés à être intégrés dans leurs produits. De même, Intel avait octroyé des paiements au plus grand distributeur européen d'ordinateurs de bureau, à la condition que ce dernier vende exclusivement des ordinateurs équipés de processeurs Intel, paiements qui avaient un effet équivalent aux rabais conditionnels. La Commission a examiné si un concurrent – présumé aussi efficace qu'Intel – devait proposer ses produits à un coût inférieur au coût moyen évitable pour pouvoir indemniser un équipementier pour la perte d'un rabais que lui aurait accordé Intel pour une partie de ses besoins (la part disputable). Eu égard à l'importance des rabais et paiements octroyés par Intel, la Commission a démontré qu'un concurrent aussi efficace aurait dû offrir ses produits en dessous de son coût moyen évitable pour pouvoir atteindre une taille minimum efficiente (décision de la Commission précitée, pt 1574). Par conséquent, les rabais octroyés étaient capables d'évincer un concurrent aussi efficace et, partant, illicites. 128

Les cas traités par la Comco en **droit suisse** n'offrent pas suffisamment d'indications sur les éléments à prendre en considération pour apprécier les effets anticoncurrentiels des rabais. Cependant, la Comco doit démontrer que les rabais incitent les acheteurs à s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise dominante et que l'importance du rabais octroyé est telle que celui-ci bloque les canaux de distribution pour les concurrents (CoRe, DPC 1998/4, p. 655, c. 5.2). Par exemple, une différence de 2 % entre les rabais 129

octroyés aux différents partenaires commerciaux n'a pas été jugée suffisante pour déduire un effet fidélisant capable d'évincer les concurrents (CoRe, DPC 1998/4, p. 655, c. 5.2). En particulier, une telle différence pourrait se justifier par des prestations supplémentaires effectuées par les partenaires en question (l'argument lié à la **qualité** des prestations). La délimitation entre rabais de quantité et de fidélité a été examinée dans l'affaire *Swisscom-ADSL* (Comco, DPC 2004/2, p. 407, *ADSL-Angebot der Swisscom*, ch. 146 ss ; CoRe, DPC 2005/3, p. 505 ; *infra* N ■■■), affaire qui présente des éléments de la pratique de la compression des marges (*infra* N 46).

- 130** Le caractère abusif des rabais de fidélité n'est pas supprimé, mais au contraire renforcé par l'adjonction d'une « **clause anglaise** », par laquelle les acheteurs s'engagent à communiquer à l'entreprise dominante toute offre plus avantageuse qui leur est faite par la concurrence et sont libres, si l'entreprise dominante n'aligne pas ses prix sur ladite offre, de s'approvisionner auprès des concurrents. Une telle clause met à disposition de l'entreprise dominante des informations précieuses sur la stratégie de ses concurrents et lui confère le pouvoir de décider, en alignant ses prix ou non, si elle admet de faire jouer la concurrence. L'obtention, par une entreprise dominante, auprès d'entreprises dont elle entend s'attacher la clientèle, de renseignements sur les conditions consenties par un concurrent ne saurait être considérée comme un moyen normal de concurrence lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'un plan visant à l'élimination de ce dernier (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461, pts 102-108 ; CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pt 148).

b) Rabais de quantité et gains d'efficacité

- 131** En revanche, de purs **rabais de quantité** (« *Mengenrabatte* »), liés exclusivement au volume des achats auprès d'un producteur dominant, et accordés à l'ensemble des acheteurs, ne sont généralement pas discriminatoires (CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pts 71-86 ; Trib., arrêt *Tomra*, aff. T-155/06, Rec. 2010 [non encore publié], pts 212-214, 213 : « un système de rabais dont le taux de la remise augmente en fonction du volume acheté ne violera pas l'article 82 CE, sauf si les critères et les modalités d'octroi du rabais font apparaître que le système ne repose pas sur une contrepartie économiquement justifiée, mais tend, à l'instar d'un rabais de fidélité et d'objectif, à empêcher l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents » ; Comco, DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT – Fachhändlerverträge*, ch. 32-38). On ne saurait toutefois considérer que les rabais liés à des volumes d'achat sont *a priori* conformes au droit de la concurrence ; ils doivent aussi être justifiés par tout fournisseur dominant sur la base de gains d'efficacité (VAN DE WALLE DE GHELCKE/VAN HEES, *Competition*, p. 89). Le Tribunal a rappelé que l'appréciation du système de rabais devra prendre en compte un ensemble de circonstances, en particulier les critères et les modalités d'octroi des rabais afin d'examiner si les rabais tendent à restreindre le choix de l'acheteur en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, ou à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en octroyant ainsi un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie (Trib., arrêt *Tomra*, aff. T-155/06, Rec. 2010 [non encore publié], pt 214). En particulier, les modalités de calcul de ces rabais ne doivent pas se traduire par l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes. Il est de l'essence même d'un système de rabais de quantité que les plus importants acheteurs ou utilisateurs d'un produit ou d'un service bénéficient de prix moyens unitaires plus faibles

ou, ce qui revient au même, de taux moyens de réduction supérieurs à ceux qui sont consentis aux acheteurs ou aux utilisateurs moins importants de ce produit ou service. Même en cas d'une progression linéaire des taux de rabais en fonction des quantités avec un rabais maximal, le taux moyen de réduction augmente (ou le prix moyen diminue) mathématiquement, dans un premier temps, dans une proportion supérieure à l'augmentation des achats et, dans un second temps, dans une proportion inférieure à l'augmentation des achats, avant de tendre à se stabiliser vers le taux maximal de rabais. Ce seul fait ne permet pas de déduire que le système est discriminatoire. Néanmoins, lorsque les seuils de déclenchement des différentes tranches de rabais conduisent à réserver le bénéfice de rabais, ou de rabais supplémentaires, à certains partenaires économiques, tout en leur donnant un avantage économique non justifié par les éventuelles économies d'échelle qu'ils permettent au fournisseur de réaliser par rapport à leurs concurrents, un tel système de rabais de quantité entraîne l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes. Peuvent constituer, à défaut de justifications objectives, des indices d'un tel traitement discriminatoire un seuil de déclenchement du système élevé ne pouvant concerner que quelques partenaires particulièrement importants de l'entreprise en position dominante, ou l'absence de linéarité de l'augmentation des taux de rabais avec les quantités (CoRe, 2005/3, p. 505, c. 5.4.2). Ainsi, le système de rabais de quantité lié au nombre d'atterrissages pratiqué par les aéroports portugais était discriminatoire, car la progression des taux était sensiblement plus importante pour la tranche la plus élevée que pour les tranches précédentes, ce qui, à défaut de justification objective, faisait conclure que le rabais octroyé à cette dernière tranche (qui ne bénéficiait *de facto* qu'aux deux compagnies aériennes portugaises) était excessif par rapport aux rabais octroyés dans les tranches précédentes (CJCE, arrêt *Portugal c/Commission*, aff. C-163/99, Rec. 2001, p. I-2613, pts 50-57).

En droit suisse, la Comco a condamné les pratiques de Swisscom AG qui abusait de sa position dominante sur le marché de gros des services à large bande en discriminant les opérateurs de services ADSL par rapport à sa société-fille Bluewin AG. Swisscom Fixnet avait mis en place un système de rabais dont la dernière tranche ne bénéficiait *de facto* qu'à sa société-fille Bluewin (rabais préférentiels; « *bevorzugende Rabatt* »; Comco, DPC 2004/2, p. 407, *ADSL-Angebot der Swisscom*, ch. 146 ss, décision confirmée concernant les rabais par CoRe, 2005/3, p. 505, mais annulée sur d'autres points et renvoyée à la Comco pour nouvelle décision, Comco DPC 2007/3, p. 420, *Swisscom ADSL*, enquête classée en raison de l'abandon du système de rabais par Swisscom). Bluewin bénéficiait d'un rabais de l'ordre de 20 %, contrairement à ses concurrents qui ne pouvaient obtenir en application de ce schéma qu'un rabais de 7 % (ch. 148). Le rabais octroyé à Bluewin n'était pas justifié par des économies d'échelle (ch. 156). La CoRe a considéré que les petits concurrents (notamment les Internet Service Providers) contribuaient eux aussi à la réalisation des économies d'échelle par Swisscom Fixnet, ce qui ne justifiait pas des rabais discriminatoires à leur égard (CoRe, 2005/3, p. 505, c. 5.4.3). De notre point de vue, ce cas doit être interprété dans le contexte de l'intégration verticale de Swisscom Fixnet et le risque de compression de marge des concurrents de Bluewin qui en résultait. Car si les achats effectués par les petits concurrents contribuent également à la réalisation des économies d'échelle, il est indéniable que les grands clients contribuent dans une proportion plus grande, ce qui devrait justifier l'octroi de rabais à un taux supérieur. En absence d'intégration verticale ou d'autres raisons qui pourraient amener à soupçonner une discrimination fondée sur des critères non objectifs, les entreprises doivent être libres d'organiser leur système de rabais donnant des incitations appropriées à ses partenaires

132

commerciaux à acheter ou consommer davantage afin de réaliser des gains d'efficacité : octroyer un rabais plus important à un grand acheteur ne devrait pas être considéré comme discriminatoire.

- 133** La prise en compte des gains d'efficacité n'est rien d'autre qu'un examen approfondi des conditions de rabais pour distinguer, d'une part entre rabais efficaces ou de quantité et ceux entraînant des effets d'éviction, mais également, d'autre part, pour s'assurer que les rabais ayant une certaine probabilité d'entraîner des effets d'éviction ne se traduisent par des avantages de coûts ou autres avantages pour les consommateurs, auquel cas ils ne devraient pas être interdits. Les entreprises peuvent donc présenter des arguments justificatifs en relation avec les gains d'efficacité. Dans l'affaire *British Airways*, la Cour a confirmé le bien-fondé du test basé sur la pesée des effets négatifs et positifs sur la concurrence, en jugeant qu'il « importe de déterminer si l'effet d'éviction qui résulte d'un tel système, 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 ce système 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, ledit système doit être considéré comme abusif » (CJCE, arrêt *British Airways*, aff. C 95/04 P, Rec. p. I 2331, pt 86).
- 134** Toutefois, si théoriquement l'exigence que les schémas de rabais correspondent aux économies de coûts réalisées par les entreprises en position dominante est défendable, du point de vue pratique les entreprises ne peuvent pas mettre en place un système de rabais qui correspond à la contribution de chaque acheteur aux économies d'échelle réalisées par cette entreprise. En outre, la préférence pour des systèmes de rabais linéaires ne se justifie pas par la réalisation des économies d'échelle (RIDYARD, *Price Discrimination* ; v. dans le même sens, CoRe, DPC 2005/3, p. 505, c. 5.4.2), qui dépendent de la fonction (non linéaire) de production de l'entreprise en question. Enfin, si toutes les entreprises contribuent à atteindre des gains d'efficacité, certaines d'entre elles, de par leur volume d'achat plus important, peuvent contribuer davantage, ce qui devrait justifier des taux plus importants de remise. La Commission annonce au moins deux mesures à prendre afin de rendre le système de rabais susceptible d'être acceptable du point de vue du droit de la concurrence : premièrement, l'utilisation des schémas standards de rabais, dans lesquels les objectifs de volume sont fixés pour tous les clients, ou au moins pour des groupes bien identifiables de ceux-ci. Les objectifs (seuils) fixés de manière individuelle doivent être évités. Deuxièmement, préférer les rabais progressifs aux rabais rétroactifs (Orientations UE Art. 82 TCE, § 44). Enfin, des périodes de référence qui ne dépassent pas trois à six mois sont susceptibles d'être acceptées plus facilement.

4. La compression des marges

- 135** Pour une entreprise intégrée verticalement ayant une position dominante dans un marché en amont, la compression de marge (« *margin squeeze* » ou « *price squeeze* » ; « *Preis-Kosten-Schere* ») consiste à appliquer un prix de vente élevé pour un produit intermédiaire à ses clients et concurrents, prix qui ne permet pas à ces derniers d'avoir une marge suffisante pour survivre ou soutenir la concurrence dans le marché en aval. La compression de marge est le fait d'une entreprise active dans plusieurs échelons de marché (entreprise intégrée verticalement). La marge de l'entreprise dans son ensemble est constituée à la fois des profits obtenus dans le marché en amont et de ceux réalisés dans le marché en aval, contrairement à ses concurrents non intégrés qui ne peuvent compter que sur la marge réa-

lisée sur le marché en aval. Pour constituer un abus de position dominante, l'entreprise doit être dominante dans le marché en amont ou offrir un produit indispensable pour l'activité en aval.

La Comco a défini la compression de marge comme une pratique d'une entreprise intégrée verticalement consistant à fixer un prix de détail peu élevé par rapport au prix de gros pratiqué, ayant comme résultat que les concurrents aussi efficaces ne puissent faire suffisamment de profits pour pouvoir rester sur le marché (Comco, DPC 2005/1, p. 54, *Swisscom Directories AG*, ch. 270 ; Secrétariat Comco, DPC 2004/2, p. 357, *Produktebiindel « Talk & Surf »*, ch. 58 ss). 136

La compression de marge peut être analysée sous l'angle de différents cas d'abus si les conditions respectives sont remplies (v. p. ex. SPECTOR, *Margin Squeeze*, p. 1-8). Premièrement, le prix élevé du produit offert sur le marché en amont peut constituer un prix excessif. Suivant la même logique, ce prix élevé peut être une variante dissimulée du refus d'entretenir des relations commerciales dans la forme de prix exorbitants. En outre, le prix insuffisant appliqué au niveau du marché en aval peut constituer un prix prédateur risquant d'exclure du marché les concurrents actifs dans ce marché. Enfin, la compression des marges peut être considérée comme une pratique discriminatoire de l'entreprise dominante intégrée verticalement ayant des effets sur le marché en amont ou sur le marché en aval, l'abus pouvant consister dans une discrimination par les prix des concurrents par rapport à l'entité intégrée de l'entreprise. La définition et les conditions d'application d'une pratique consistant à comprimer les marges varient selon l'approche suivie. 137

En **droit de l'Union**, la compression de marge constitue une pratique abusive indépendante lorsque l'écart entre les prix de gros des produits intermédiaires et ceux de détail aux clients finals est soit négatif, soit insuffisant pour couvrir les coûts spécifiques desdits produits intermédiaires que l'entreprise dominante doit supporter pour la fourniture de ses propres produits de détail aux clients finals, de sorte que cet écart ne permet pas à un concurrent aussi efficace que cette entreprise d'entrer en concurrence avec elle pour la fourniture desdits produits aux clients finals (CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pt 32 ; Orientations UE Art. 82 TCE, § 80 ; WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 754 ss). La Cour a précisé que le caractère abusif est lié à l'existence même de la compression des marges, de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire d'établir que le prix de gros est excessif ou que le prix de détail est prédateur (CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pt 34 ; arrêt *Deutsche Telekom*, aff. C-280/08 P, Rec. 2010 [non encore publié], pts 167 et 183). Le critère central en droit européen est l'effet d'éviction qu'entraîne cette pratique pour ses concurrents aussi efficaces, actuels ou potentiels (CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pts 31 et 39 ; arrêt *Deutsche Telekom*, aff. C-280/08 P, Rec. 2010 [non encore publié], pt 177) : la compression des marges des concurrents devrait être à même de rendre plus difficile, voire impossible, l'accès au marché concerné par ces concurrents (CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pt 63 ; arrêt *Deutsche Telekom*, aff. C-280/08 P, Rec. 2010 [non encore publié], pt 253). La Cour précise qu'un effet anticoncurrentiel potentiel est considéré comme suffisant, confirmant par là un standard de preuve proche de la probabilité, tout en rappelant qu'en l'absence du moindre effet, soit lorsque l'accès des concurrents n'est pas rendu plus difficile par la compression des marges, cette dernière ne saurait être qualifiée d'abus (CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pts 64 et 66 ; arrêt *Deutsche Telekom*, aff. C-280/08 P, Rec. 2010 [non encore publié], pt 254). 138

- 139** L'arrêt *TeliaSonera* a précisé la définition de la compression des marges en tant que pratique abusive indépendante. Dès lors que la compression des marges résulte de l'écart entre les prix de gros et ceux pour les prestations de détail, le niveau de ces prix en tant que tels est sans importance (CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pt 98). En particulier, cette compression peut 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. En effet, ayant le contrôle du niveau de prix de gros ou de détail tout en étant intégrée verticalement, l'entreprise dominante ne subit pas nécessairement des pertes. Par conséquent, les tests relatifs à une sous-enchère ne sont pas pertinents (v. CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pt 99 et 101). La Cour rejette également l'application des conditions relatives à la pratique du refus de contracter à la compression de marges : si conceptuellement l'application de conditions très désavantageuses (par exemple des prix excessifs) à ses partenaires commerciaux pourrait équivaloir de facto à un refus de contracter, il ne saurait être question d'appliquer les conditions restrictives concernant le refus de contracter aux autres pratiques consistant à appliquer des conditions commerciales désavantageuses pour les concurrents (CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pt 58). En toute bonne logique, puisqu'il ne s'agit pas d'appliquer les conditions relatives au refus de fourniture à la pratique de compression de marge, le caractère indispensable du produit de gros ne constitue pas une condition indépendante et nécessaire, mais devrait être pris en compte lors de l'appréciation des effets anticoncurrentiels sur le marché : lorsque l'accès à la fourniture du produit de gros est indispensable pour la vente du produit de détail, l'effet anticoncurrentiel, au moins potentiel, d'une compression des marges est probable, car les concurrents au moins aussi efficaces ne pouvant opérer sur le marché de détail qu'à des marges réduites, voire à perte en subissant ainsi un désavantage concurrentiel. En revanche, lorsque le produit de gros n'est pas indispensable, l'effet anticoncurrentiel est peu probable, sauf circonstances particulières (CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pts 70 ss). Par exemple, lorsque l'entreprise dominante a une position extrêmement importante sur le marché de gros ou que les autres fournisseurs ne disposent pas de capacités de production, la pratique de compression des marges pourrait évincer les concurrents du marché de détail.
- 140** Pour apprécier l'effet d'éviction d'une compression de marge, la Cour distingue entre deux situations. Lorsque la marge est négative (le prix de gros est supérieur au prix de détail), l'effet d'éviction est considéré comme probable, et par conséquent démontré, compte tenu du fait que les concurrents seraient obligés de vendre à perte. En revanche, en présence d'une marge positive, il est nécessaire de démontrer que la compression des marges est susceptible de rendre plus difficile pour les concurrents l'exercice de leur activité (CJCE, arrêt *TeliaSonera*, aff. C-52/09, Rec. 2011 [non encore publié], pts 73 et 74) compte tenu des circonstances du cas en espèce.
- 141** Une des questions fondamentales est de savoir si le calcul de la marge disponible et l'appréciation de ses effets d'éviction devrait être effectué en se référant aux coûts de l'entreprise dominante ou aux coûts de ses concurrents. Dans le premier cas, l'entreprise dominante est présumée être efficiente et le test part de l'hypothèse selon laquelle une compression de marge pourrait évincer un concurrent hypothétique aussi efficace (test du concurrent aussi efficient). Le test de l'entreprise aussi efficiente offre une sécurité juridique aux entreprises en position dominante dans leur analyse *ex ante* : si l'écart entre le prix de gros et de détail leur permet une marge suffisante compte tenu de leurs coûts de gros et/ou de détail, ces entreprises ne peuvent être tenues pour responsables d'une pra-

tique abusive de compression de marge. En effet, l'entreprise en position dominante ne connaît pas les coûts des concurrents et ne peut dès lors pas calculer leur marge. Le désavantage de ce test est qu'une entreprise dominante moins efficiente qu'un concurrent ne peut invoquer son inefficience pour pouvoir justifier des prix de gros plus élevés. Enfin, ce test ne permet pas d'apprécier les effets concrets sur les concurrents de l'entreprise en position dominante. Dans le deuxième cas de figure, les prix de l'entreprise dominante sont comparés avec les prix des concurrents qui risquent d'être évincés, en examinant l'effet effectif sur les concurrents, partant le risque d'éviction, tout en acceptant que les concurrents n'ont pas le même niveau d'efficience que l'entreprise dominante (test dit du concurrent raisonnablement efficient).

Pour réduire les erreurs d'intervention, la solution idéale serait d'effectuer les deux tests : calculer la marge concrète de l'entreprise dominante et celle des concurrents. La compression de marge devrait être considérée comme illicite lorsque ces deux marges ne sont pas considérées comme suffisantes. Il s'agit de la méthode suivie en **Suisse** dans l'affaire *Preispolitik Swisscom ADSL* (Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*). En premier lieu, le test vise à examiner si les activités de l'entreprise dominante sont profitables au niveau du marché de détail, eu égard aux prix pratiqués au niveau de gros. Lorsque les activités sur le marché de détail ne sont pas profitables, il est peu probable que les concurrents puissent être profitables sur ce marché. En deuxième lieu, le test étudie les marges des concurrents : si ceux-ci ne sont pas jugés suffisants, l'entreprise en position dominante commet un abus dans la forme de compression de marges (Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 223 ss). La Comco ne différencie pas entre la marge négative et la marge insuffisante, car les deux tests ont démontré que les coûts des concurrents et ceux de Swisscom (composés du prix de gros et des autres coûts de fonctionnement sur le marché de détail) dépassent le prix sur le marché de détail, ce qui résulte en une perte pour les opérateurs de services de connexion Internet à haut débit (Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 225 ss). Trois éléments entrent en ligne de compte pour calculer la profitabilité des opérateurs : le prix de gros pratiqué par l'entreprise en position dominante, le prix de détail pratiqué sur le marché, ainsi que les coûts de détail encourus par tous les opérateurs. L'existence d'une marge positive donc entre le prix de gros et le prix de détail ne permet pas en soi d'exclure la possibilité d'une pratique de compression de marges : une différence de 19.45 % entre le prix de gros et celui de détail a été jugé insuffisante par la Comco (Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*, ch. 277, 281 ; l'Ofcom avait conclu qu'une marge de 23 à 30 % entre le prix de gros et le prix de détail aurait été appropriée). Dans d'autres cas, la différence entre le prix de gros et le prix final appliqué par Swisscom étant positive et suffisante, le Secrétariat et la Comco ont nié l'existence d'une compression de marges (Secrétariat Comco, DPC 2004/2, p. 357, *Produktebündel « Talk & Surf »*, ch. 58 ss ; Comco, DPC 2005/1, p. 54, *Swisscom Directories AG*, ch. 270 ss).

En droit américain, la compression de marge est considérée comme une pratique abusive uniquement si l'entreprise a un devoir de fournir sur le marché en amont **et** si le prix appliqué en aval par l'entreprise intégrée verticalement est prédateur (*Pacific Bell Telephone Company, DBA AT&T California v. linkLine Communications, Inc.* 555 U.S. ■■■ [2009] : « *If there is no duty to deal at the wholesale level and no predatory pricing at the retail level, then a firm is certainly not required to price both of these services in a manner that preserves its rivals' profit margins.* ») La Cour suprême a répondu par la négative à la question de savoir si une entreprise intégrée verticalement pouvait engager sa responsabilité en vertu du droit antitrust en compressant les marges de ses concurrents, lorsque celle-

ci n'avait aucune obligation de fournir envers ceux-ci (*Pacific Bell Telephone Company, DBA AT&T California v. linkLine Communications, Inc.* 555 U.S. ■■ [2009]). L'approche américaine diffère sensiblement de celle suivie en droit suisse et en droit de l'Union européenne. Les raisons principales résident en ce que le droit antitrust américain ne connaît pas l'abus dans la forme des prix inéquitables et que le refus de fournir n'est considéré comme illicite que dans des circonstances exceptionnelles. La solution concernant la compression de marges s'inscrit donc dans un ensemble cohérent qui privilégie la protection du processus concurrentiel sur la protection des concurrents (v. SIDAK, Price Squeeze ; D. CARLTON, Price Squeeze). Ainsi, la Cour rappela, d'une part, que « *Simply possessing monopoly power and charging monopoly prices does not violate § 2* » et, d'autre part, que « *a firm with no duty to deal in the wholesale market has no obligation to deal under terms and conditions favorable to its competitors.* » En rejetant l'intervention au niveau du prix de gros, le droit américain exclut une responsabilité qui se fonde sur une hypothétique compression de marge définie elle aussi en référence au prix de gros. Un abus dans la forme de la compression de marge ne peut donc se baser que sur l'existence de prix prédateurs au niveau du prix de détail et un refus de fournir au niveau de gros.

5. Subventions croisées

- 144** Lorsqu'une entreprise est au bénéfice d'un monopole légal ou de fait pour une partie de ses activités et qu'elle exerce au surplus d'autres activités en concurrence avec des tiers, elle ne peut abaisser artificiellement le prix de ses produits ou services soumis à la concurrence en leur affectant une partie des revenus provenant de l'activité sous monopole légal (**subventions croisées** ; « *Quersubventionierung* » ; « *cross-subsidies* »). Les conditions commerciales exceptionnellement favorables résultant de subventions croisées peuvent être soit discriminatoires (art. 7 II/b LCart) ou même prédateurs (art. 7 II/d LCart ; *infra* N 242), soit inéquitables (art. 7 II/c LCart ; *infra* N 188), selon que l'entité distincte exerçant les activités soumises à concurrence bénéficie d'une indépendance de comportement envers l'entité exerçant l'activité sous monopole, ou qu'elle voit au contraire sa ligne d'action contrôlée par le monopoleur ou par le biais d'une entité intégrée au groupe du monopoleur (cf. LCart 4 II N 51-53). Ainsi, une entreprise publique, propriétaire d'un port de commerce, qui exonère du paiement des taxes portuaires ses propres services de ferry applique de ce fait à ses autres partenaires commerciaux des conditions inégales pour des prestations équivalentes si elle n'affecte pas, dans sa comptabilité, une somme équivalant au montant total des taxes portuaires normalement dues à la partie de son activité relative à l'exploitation de ses services de ferry. En l'absence d'une comptabilité transparente, les prix pratiqués par l'entreprise publique pour ses services de ferry, qui sont anormalement bas par rapport à ceux pratiqués par des entreprises de ferry concurrentes, constituent un indice que cette affectation n'a pas eu lieu. L'entreprise publique commet aussi un abus si elle exonère du paiement des taxes portuaires, à titre de réciprocité, des services de ferry de certains de ses partenaires commerciaux et qu'il apparaît que le montant total des taxes normalement dues par ces derniers pour l'utilisation des installations portuaires de l'entreprise publique au cours d'une période déterminée est supérieur à la somme normalement due par celle-ci pour les services portuaires qu'elle a reçus, au cours de la même période, dans les ports de ses partenaires commerciaux (CJCE, arrêt *GT-Link*, aff. C-242/95, Rec. 1997, p. I-4449, pts 41-43). Deutsche Bahn agissait abusivement en demandant des prix par kilomètre plus élevés pour les transports à partir de ports belges et néerlandais que pour ceux à partir de ports allemands. Selon les plaignants,

l'objectif de Deutsche Bahn était de favoriser sa filiale spécialisée dans le transport de conteneurs en Allemagne (TPI, arrêt *Deutsche Bahn c/Commission*, aff. T-229/94, Rec. 1997, p. II-1689, pts 86-96). Les accords d'accès conclus entre un opérateur de **télécommunications** dominant (souvent l'opérateur historique) et des opérateurs concurrents peuvent faire l'objet de discriminations diverses, notamment en ce qui concerne la tarification, les délais, l'accès technique, l'acheminement, la numérotation (Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, « *Access Notice* », JOCE 1998 C 265, p. 2, pts 120-127 ; Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion [directive « accès »], JO 2002 L 108, p. 7).

En droit suisse, le contrôle des subventions croisées par le biais de la LCart constitue un substitut imparfait du mécanisme relatif au contrôle des subventions étatiques mise en œuvre en droit de l'Union en tant que contrôle des aides d'Etat (Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 215 ss). Dans le cadre de la collaboration entre les émissions Kassensturz et Puls de la télévision suisse alémanique (SF DRS) et la revue *saldo* éditée par Consuprint AG, la SF DRS ne faisait pas bénéficier Consuprint de subventions croisées. D'une part, une comparaison montrait que les prestations prévues dans le contrat entre SF DRS et Consuprint étaient rémunérées à un multiple du prix convenu dans un contrat antérieur entre la SF DRS et K-Tip ; d'autre part, les indications données par la revue à but non lucratif *saldo* quant à son financement ne laissaient apparaître aucune indication de subventions croisées (Secrétariat Comco, DPC 2000/1, p. 8, *Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo*, ch. 16 s.). L'enquête de la Comco dans le domaine des assurances-maladie a nié l'existence de subventions croisées et du financement de l'assurance-maladie de base par les profits de l'assurance complémentaire, toute en invitant les requérants à saisir le surveillant des prix (Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 215 ss). Ce renvoi est justifié d'une part par le fait que les primes de l'assurance obligatoire sont réglementées et d'autre part par le fait que la subvention des activités de service public (ici le financement de l'assurance de base) par les profits du secteur ouvert à la concurrence n'affecte pas la concurrence efficace. Cette dernière question n'a pas fait l'objet d'une réflexion par la Comco. 145

La Comco a été appelée à enquêter à plusieurs reprises sur d'éventuelles discriminations dans le cadre de la libéralisation des **télécommunications**. Dans l'affaire *Blue Window*, Télécom PTT a discriminé les exploitants privés d'accès ou de services Internet à deux égards. D'une part, Télécom PTT a indûment avantage son propre service « Blue Window » en mettant à sa disposition exclusive le numéro 0-842 de la Swissfirstline et en n'informant pas suffisamment les autres fournisseurs d'accès ou de services Internet. L'ouverture ultérieure aux autres fournisseurs, à la suite de mesures provisionnelles décidées par la Comco, n'a pas pu compenser l'avantage de *first mover* de Blue Window (bénéfice réputationnel d'avoir lancé l'innovation en premier). D'autre part, Télécom PTT a fait bénéficier son service Blue Window de subventions croisées, illégales, dont le bénéfice n'a pas pu être corrigé entièrement. (Comco, DPC 1997/2, p. 161, *Telecom PTT/Blue Window*, ch. 40-64 ; en revanche, le Tribunal fédéral a refusé d'ordonner des mesures provisionnelles de droit civil au motif que l'interdiction de subventions croisées n'était pas violée et que l'obligation de tenir une comptabilité séparée imposée par la Comco permettait un contrôle suffisant ; TF, arrêt du 20.12.1996, 4C.452/1996, sic ! 1997, p. 38-42 avec commentaire de R. H. WEBER). Une autre enquête préalable a conclu que les prix offerts 146

par Télécom PTT aux écoles pour des lignes louées destinées au raccordement à l'internet ne discriminaient pas entre les destinataires externes de ce service et les entités contrôlées par Télécom PTT (en l'espèce Blue Window), de sorte qu'il n'y avait pas de subventions croisées (la discrimination alléguée résultait de l'utilisation d'une base de calcul différente par le plaignant et par Télécom : Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 311, *Schulen ans Internet*, ch. 29-31). De même, Télécom PTT vendait les données des annuaires aux mêmes conditions à sa direction « clientèle privée » et à sa filiale « Blue Window » qu'aux entreprises privées concurrentes, de sorte qu'il n'y avait pas de traitement discriminatoire (Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 131, *Télécom PTT – données des annuaires téléphoniques*, ch. 6-12). Enfin, lors de la modification de son offre en matière de lignes louées (suppression de certains services et hausse des prix), Swisscom n'a pas favorisé ses propres services ou filiales par rapport aux opérateurs concurrents, de sorte qu'il n'y avait pas de discrimination (Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, ch. 69, 71-73). La Comco a nié la subvention croisée entre les services de Swisscom et les activités de sa filiale Bluewin sur le marché de gros de l'accès Internet à large bande puisque les activités de sa filiale étaient bénéficiaires (Comco, DPC 2004/2, p. 407, *ADSL-Angebot der Swisscom*, ch. 171).

- 147** Pour remédier de manière effective à des pratiques de subventions croisées, il faut au moins que l'entreprise en cause tienne une **comptabilité séparée** pour ses activités soumises à la concurrence et pour celles protégées par un monopole (Secrétariat Comco, DPC 1997/1, p. 44, *Telecom PTT/Blue Window* ; Secrétariat Comco, DPC 1997/2, p. 150 s., *Bundesgesetz über Meteorologie und Klimatologie*). En particulier, la comptabilité séparée doit faire apparaître tous les éléments de coûts nécessaires à l'activité soumise à concurrence. Il est même recommandé que l'entreprise en cause mène les deux types d'activité sous la forme d'**entités juridiquement distinctes** (Secrétariat Comco, DPC 1997/1, p. 38 s. *Meteorologische Dienstleistungen/SMA* ; en droit européen, v. la Directive 1999/64/CE de la Commission du 23 juin 1999 modifiant la directive 90/388/CEE en vue de garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes, JOCE 1999 L 175, p. 39). Dans l'affaire concernant l'actuelle MétéoSuisse, le Tribunal fédéral a de surcroît indiqué qu'une personnalité juridique propre de l'entité menant les activités soumises à concurrence serait nécessaire pour conférer à cette entité la qualité « d'entreprise » et pour lui assurer la qualité pour recourir (ATF 127 II 32 c. 2h, 3d et 3f, DPC 2001/1, p. 210).

6. Cloisonnement des marchés

- 148** En **droit de l'Union**, le niveau de tolérance à partir duquel une différence de prix devient significative et injustifiable est fixé à un niveau très bas lorsque la discrimination fait partie d'une politique claire de **cloisonnement des marchés** qui va à l'encontre de l'objectif de réalisation du marché commun, en particulier en isolant les marchés des différents Etats membres (HILDEBRAND, *Analysis*, p. 57). L'application de prix différenciés repose le plus souvent sur une segmentation du marché sur une base géographique ou en fonction des groupes-cibles de clients. « En pratiquant des prix différents dans ces territoires, l'entreprise dominante peut chercher à optimaliser sa position en tenant compte de circonstances locales qui, pour des raisons historiques, culturelles ou concurrentielles, impliquent que les clients dans un territoire sont disposés à payer plus que les clients dans d'autres territoires » (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 123). Une entreprise domi-

nante ne peut toutefois tirer profit d'une discrimination en matière de prix que s'il existe des **barrières à l'accès** aux différents segments de marchés, de sorte que le partenaire commercial discriminé ne dispose pas d'alternatives suffisantes. De telles barrières peuvent notamment consister en une interdiction de revente entre les différents segments d'un marché, stipulée dans des contrats de distribution, ou en une prohibition des importations parallèles figurant dans des contrats de licence de droits de propriété intellectuelle.

Ainsi, United Brands abusait de sa position dominante en vendant ses bananes à des prix différents à ses distributeurs, en fonction de leur Etat membre de provenance, alors même que les autres conditions de transaction étaient les mêmes pour tous les distributeurs (même qualité de bananes fournies à tous les distributeurs, livraison unique pour tous les distributeurs au port de débarquement en Europe, taxes d'importation et frais de transport vers chaque Etat membre à charge des distributeurs). Le cloisonnement des marchés était renforcé par une clause contractuelle interdisant la revente entre distributeurs et par la livraison de quantités de bananes systématiquement inférieures à celles commandées. (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 204-234; ROTH/ROSE, *Competition*, N 10-086; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 843). Le fait que les consommateurs étaient disposés à payer plus pour les bananes dans certains Etats ne justifiait pas la discrimination de prix au niveau du commerce de gros, car seuls les distributeurs supportent les aléas du marché des consommateurs (CJCE, arrêt *United Brands* précité, ch. 228). Le bien-fondé économique de cet argument a été critiqué à juste titre par la doctrine qui considère qu'il relève plus de la justice distributive que du droit de la concurrence (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 124). Le rôle fondamental joué en droit européen par l'objectif de protection du marché intérieur ressort particulièrement de la décision *Coupe du monde de football*, où la Commission a constaté que les modalités de vente des billets d'entrée favorisaient les ressortissants français et étaient discriminatoires pour les spectateurs résidant hors de France (p. ex. obligation d'indiquer une adresse postale en France pour la livraison des billets). La Commission a considéré que la notion d'abus peut s'appliquer également à des situations dans lesquelles le comportement de l'entreprise dominante cause un préjudice immédiat aux intérêts des consommateurs, et malgré l'absence de toute incidence de ce comportement sur la structure de la concurrence dans le marché en cause. La notion d'abus n'exige pas nécessairement que l'auteur de l'abus ait retiré un avantage financier ou concurrentiel de l'abus, notamment lorsque l'abus s'est traduit par une discrimination à l'égard des consommateurs domiciliés hors de France (*Coupe du monde de football 1998*, 2000/12/CE, IV/36.888, JOCE 2000 L 5, p. 55, points 100 et 102).

En Suisse, le Tribunal fédéral a jugé que l'exception de l'art. 3 II LCart ne s'applique pas lorsqu'une entreprise détentrice d'un droit de propriété intellectuelle, par le biais combiné de contrats de distribution et de ses droits de propriété intellectuelle, isole le marché suisse des marchés étrangers présentant des conditions économiques et juridiques comparables et où les biens en cause ont été mis en circulation avec l'accord de la détentrice suisse du brevet, en s'adjugeant ainsi un monopole de l'importation des biens sous brevet. Dans cette hypothèse, la restriction de la concurrence ne découle en effet pas exclusivement de la législation sur les brevets (art. 3 II LCart), mais aussi du principe de territorialité de l'ordre juridique suisse. L'entreprise détentrice d'un brevet acquiert une position dominante lorsqu'elle **cloisonne artificiellement le marché suisse**, en érigeant des barrières à l'accès sous la forme d'une **interdiction des importations parallèles** empêchant toute concurrence actuelle ou potentielle. L'entreprise qui cloisonne le marché suisse aux fins notamment d'y pratiquer des prix discriminatoires ou inéquitables, viole l'art. 7 II/c LCart.

149

150

Une différence de prix importante entre la première mise en circulation du produit sous brevet en Suisse et à l'étranger est un indice d'abus, pour autant que les conditions économiques et juridiques sur les deux marchés suisse et étranger soient comparables (ATF 126 III 129, c. 9, DPC 2000/1, p. 122, c. 9). A notre avis, l'arrêt *Kodak* n'implique pas que toute interdiction d'importations parallèles par le titulaire d'un brevet constituerait *ipso facto* un abus de position dominante. Plusieurs conditions doivent être remplies. (i) Il faut d'abord que le détenteur du brevet dispose d'une position dominante. Ce n'est que dans des cas exceptionnels, où l'objet protégé par le droit de propriété intellectuelle constitue lui-même un marché, parce qu'il n'existe pas de produit ou service substituable, que le titulaire du droit occupe une position dominante. Une autre hypothèse est celle où les fabricants de produits substituables détiendraient ensemble une position dominante collective (ZÄCH, *Kodak-Urteil*, p. 279 ; cf. LCart 4 II N 144 s. et les arrêts cités). (ii) Lorsque la position dominante d'un titulaire d'un brevet est avérée, le cloisonnement du marché ne constitue pas à lui seul un comportement abusif. Il faut que l'entreprise en cause abuse de sa position au sens de l'art. 7 LCart, par exemple en pratiquant des prix discriminatoires ou inéquitables par rapport aux marchés étrangers comparables. (iii) Enfin, le Tribunal fédéral considère qu'une interdiction des importations parallèles en vue de pratiquer en Suisse des prix discriminatoires ou inéquitables n'est abusive qu'à la double condition que le produit sous brevet ait été mis en circulation sur le marché étranger par ou avec l'accord de la détentrice du brevet et que le marché étranger présente des conditions économiques et juridiques comparables au marché suisse. Selon ZÄCH, à l'avis duquel nous nous rallions, cette seconde condition repose sur deux sous-conditions. D'une part, le détenteur du brevet doit avoir pu fixer librement le prix du produit sous brevet lors de sa mise en circulation dans l'Etat étranger, ce qui exclut l'hypothèse où ce prix aurait été fixé administrativement (p. ex. organisme de sécurité sociale fixant le prix des médicaments). D'autre part, l'Etat étranger doit disposer d'une législation permettant d'accorder des brevets et offrant à ces brevets une protection juridique comparable au standard suisse ou européen (ZÄCH, *Kodak-Urteil*, p. 277).

C. Conditions commerciales inéquitables (art. 7 II/c LCart)

1. Généralités

- 151** L'imposition de conditions commerciales inéquitables est l'une des conséquences les plus nuisibles de la détention d'une position dominante. L'analyse d'une situation de monopole montre clairement les effets dommageables pour le bien-être de la collectivité : la quantité offerte sur le marché est inférieure à celle en situation de concurrence, en faisant perdre à la collectivité une perte nette. Les prix ou conditions commerciales inéquitables (« *unangemessene Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen* » ; « *prezzi o altre condizioni commerciali inadeguate* » ; « *unfair prices or other unfair conditions of trade* ») constituent une pratique d'**exploitation** de la part de l'entreprise disposant d'une position dominante, qui extrait ainsi une rente de la position qu'elle détient sur le marché. « Il ne s'agit pas à proprement parler d'une pratique anticoncurrentielle, c'est-à-dire d'une pratique visant à éliminer la concurrence, mais d'une pratique rendue possible par l'absence de concurrence et consistant à exploiter les opérateurs situés soit en aval, soit en amont » (WÄELBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 542).
- 152** L'art. 7 II/c LCart utilise une terminologie différente de celle de l'art. 6 II/b *if.* aLCart-1985 (« exigence excessive en matière de prix ou de conditions de faveur »), sans que

cela paraît impliquer de modification quant au fond. L'art. 7 II/c condamne les conditions « inéquitables » (« *unangemessen* » ; « *inadeguato* » ; « *unfair* »), alors que l'ancienne réglementation exigeait des conditions commerciales « excessives » (« *unzumutbar* »). De plus, l'art. 6 II/b *i.f.* aLCart-1985 se fondait sur une « exigence » (« *Fordern* »), alors que l'art. 7 II/c LCart est basé sur « l'imposition » (« *Erzwingung* » ; « *imposizione* » ; « *imposition* ») (sur l'art. 6 II/b *i.f.* aLCart-1985, v. HOMBURGER, KG, Art. 6 N 51 s.).

L'art. 7 II/c LCart constitue une reprise quasi littérale de l'art. 82/a TCE (« imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables »). Une terminologie identique n'implique pas nécessairement une interprétation conforme au droit européen, ni un contenu identique à celui-ci. Le Tribunal fédéral a précisé que le droit suisse de la concurrence doit être interprété de manière autonome du droit européen (ATF 137 II 199, c. 4.3.1). 153

La difficulté d'établir le caractère inéquitable d'un prix ainsi que le caractère dirigiste de l'art. 82/a TCE, qui permet aux autorités de concurrence de réglementer directement le comportement des entreprises, expliquent que les autorités de concurrence communautaires n'appliquent que rarement cette disposition. 154

Le **droit antitrust américain** ne connaît pas d'équivalent à l'art. 7 II/c LCart et considère que, en l'absence d'autres actions anticoncurrentielles, le marché suffit à réguler de tels comportements : si une entreprise dominante fixe ses prix à des niveaux élevés, de nouvelles entreprises sont incitées à intervenir sur le marché. « *Setting a high price may be a use of monopoly power, but it is not in itself anticompetitive. There is probably no better way to guarantee that its dominance will be challenged than by greedily extracting the highest price it can [...]. If a firm has taken no action to destroy competition it may be unfair to deprive it of the ordinary opportunity to set prices at a profit-maximizing level. [...] such judicial oversight of pricing policies would place the court in a role akin to that of a public regulatory commission* » (*Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak*, 603 F.2d 263, 294 [1979] ; Fox, *Monopolization*, p. 993). La Cour Suprême a confirmé cette position dans l'affaire *Trinko* : « *The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful ; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts <business acumen> in the first place ; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct* » (*Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 [2004] 305 F.3d 89). Par conséquent, un prix monopolistique n'est considéré comme illicite que s'il résulte d'un comportement d'éviction. 155

Une partie des raisons de l'approche non interventionniste aux Etats-Unis peuvent être mis en avant dans toute juridiction (v. WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 718 ss ; ég. BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 312). Premièrement, le marché lui-même est capable de corriger les prix excessifs, car les nouveaux entrants feront baisser les prix à un niveau concurrentiel, ce qui privilégie une approche de *laissez-faire*. Deuxièmement, un contrôle des prix peut affecter l'innovation et les investissements des entreprises en position dominante. Troisièmement, il est difficile d'établir quel serait le prix « concurrentiel » ou le prix que l'entreprise dominante devrait appliquer et il est tout aussi difficile et coûteux de mettre en œuvre lesdites mesures (v. M. GAL, *Monopoly pricing*, p. 343-384 ; A. EZRACHI/D. GILO, *Excessive Prices*, p. 249-267 ; EVANS/PADILLA, *Excessive prices*, p. 97-122 ; 156

KËLLEZI, Mesures correctives, p. 214 ss ; v. également OCDE, *Excessive prices*, contribution de l'Union européenne, 17 octobre 2011, DAF/COMP/WP2/WD[2011]54, p. 4).

- 157** En **droit de l'Union européenne**, la Commission européenne met en avant trois raisons pour intervenir contre les prix excessifs (OCDE, *Excessive prices*, contribution de l'Union européenne, 17 octobre 2011, DAF/COMP/WP2/WD[2011]54, p. 2 s.). En premier lieu, le texte de l'art. 102/a TFUE et son objectif montrent que cette disposition considère comme abusif le fait d'imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables. En deuxième lieu, l'objectif du droit européen de la concurrence est de sauvegarder le bien-être des consommateurs. Ceci implique une intervention directe contre les pratiques d'exploitation ainsi qu'une intervention indirecte contre les pratiques d'éviction. Enfin, la Commission rappelle qu'à la différence du droit américain, le droit de l'Union européenne ne couvre pas l'acquisition d'une position dominante ou la monopolisation du marché ; les possibilités d'intervention sur les pratiques d'éviction sont moindres, ce qui explique les approches différentes. Les cas d'intervention de la Commission ne sont toutefois pas nombreux (WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 720 ; v. cependant HUBERT/COMBET, *Abuse*, p. 44-51).
- 158** L'abus visé par l'art. 7 II/c LCart réside dans les **conditions commerciales elles-mêmes** ; il s'agit d'une pratique d'**exploitation**, qui se caractérise par l'intensité du préjudice infligé au partenaire commercial. Les conditions commerciales inéquitables peuvent être imposées soit de manière discriminatoire à l'un ou à certains des partenaires commerciaux de l'entreprise dominante, soit uniformément à tous ses partenaires commerciaux. En revanche, dans la pratique d'entrave condamnée par l'**art. 7 II/b LCart**, qui vise les conditions commerciales discriminatoires, l'abus résulte de la **discrimination** entre les conditions commerciales imposées à un partenaire commercial par rapport à celles pratiquées pour d'autres partenaires se trouvant dans une situation comparable (TERCIER/VENTURI, *Ententes*, p. 78 ; *supra* LCart 7 II/b N 164). Des **subventions croisées**, par lesquelles une entreprise dominante offre des conditions commerciales plus avantageuses à une entreprise « affiliée » qu'à des partenaires commerciaux tiers, peuvent être soit discriminatoires (*supra* LCart 7 II/b N 174-176), soit inépuisables (LCart 7 II/c), selon que l'entité ainsi favorisée dispose ou non d'une indépendance de comportement face à l'entreprise dominante (cf. LCart 4 II N 53).
- 159** De par leur nature d'exploitation, les conditions commerciales inéquitables se distinguent aussi des **comportements prédateurs** condamnés par l'**art. 7 II/d LCart**, qui sont ciblés contre un ou des concurrents déterminés et qui relèvent des pratiques d'entraves (*infra* LCart 7 II/d N 224 et 236).
- 160** Une obligation d'approvisionnement exclusif imposée par une entreprise dominante à ses distributeurs peut, selon les circonstances, être abusive. Lorsque tel est le cas, l'abus consiste pour partie en l'imposition de conditions commerciales inéquitables (*infra* N 215), mais il relève surtout d'une pratique d'entrave : la **limitation des débouchés commerciaux** des fournisseurs concurrents (**LCart 7 II/e**, *infra* N 255).
- 161** Dans le cadre d'une pratique de **jumelage** (**art. 7 II/f LCart**, *infra* N 265 ss, en particulier N 269), par laquelle une entreprise subordonne la conclusion de contrats portant sur un produit pour lequel elle dispose d'une position dominante à l'acceptation ou à la fourniture d'une prestation supplémentaire, la clause relative à cette prestation supplémentaire (le « produit lié ») peut, selon les circonstances, être inéquitable. Ainsi, le refus par une entreprise dominante d'honorer la garantie dont bénéficient ses appareils en cas

d'utilisation avec ceux-ci de produits consommables produits par d'autres fabricants constituait simultanément une condition inéquitable et un moyen indirect de mettre en œuvre une pratique de jumelage (TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pts 27 et 101). En Suisse, le Secrétariat de la Comco a considéré qu'une pratique par laquelle les Chemins de fer fédéraux (CFF) n'offraient que de manière liée diverses prestations de service en gare pouvait constituer simultanément un jumelage selon l'art. 7 II/f et des conditions inéquitables selon l'art. 7 II/c LCart. Cette pratique empêchait l'entreprise Lokoop, active dans le transport de colis pour La Poste, d'accomplir elle-même certaines de ces prestations ou de les faire accomplir à un prix plus avantageux par un concurrent des CFF (Secrétariat Comco, DPC 2000/1, p. 1, *Lokoop AG vs. SBB*, ch. 37-39). A notre avis, la clause relative au produit « lié » ne peut être automatiquement qualifiée d'inéquitable, en raison du seul fait que son acceptation est imposée. Selon les conditions posées par l'art. 7 II/c LCart, le caractère inéquitable doit résider dans les conditions commerciales elles-mêmes qui sont attachées à la fourniture du produit « lié ». La vérification du caractère équitable ou non doit être effectuée de cas en cas, selon les critères généraux développés ci-après (*infra* N 196-211).

La notion de **conditions commerciales** est la même que celle prévue à l'art. 7 II/b LCart. 162 Elle recouvre aussi bien le prix que d'autres restrictions à la liberté d'action que l'entreprise dominante le marché impose à ses partenaires (Mess-LCart, p. 567 ; *supra* LCart 7 II/b N 169). Il peut notamment s'agir de conditions d'achat, de livraison, de paiement ou de publicité (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 214).

Les **prix inadéquats** peuvent être exagérément **élevés** ou **bas**, selon que l'entreprise dominante se trouve du côté de l'offre ou de la demande (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 214). 163

L'entreprise en position dominante du côté de la **demande** (puissance d'achat) peut abuser 164 de sa position pour obtenir des prix particulièrement bas, une redevance de licence particulièrement basse, des rabais particulièrement élevés ou des délais de paiement exceptionnellement longs, assimilables à des crédits sans intérêts consentis par les fournisseurs (Mess-LCart, p. 567 ; CJCE, arrêt *CICCE c/Commission*, aff. 298/83, Rec. 1985, p. 1105, pts 21-29). Sont aussi potentiellement inéquitables l'exigence d'une avance par les fournisseurs des investissements ou des frais publicitaires à consentir par l'entreprise dominante, ou l'obligation de payer une taxe d'enregistrement (SCHMIDHAUSER, *Nachfragemacht*, p. 108 ss). AAMS, qui disposait d'un réseau de distribution en gros de cigarettes en Italie, à travers lequel elle écoulait tant des cigarettes qu'elle produisait elle-même que des cigarettes d'autres producteurs étrangers, imposait des clauses abusives pour l'accès à son réseau de distribution par les producteurs concurrents en limitant à deux fois par an la possibilité d'introduire en Italie de nouvelles marques de cigarettes et en plafonnant le volume de cigarettes de marques nouvelles qui pouvait être vendu au cours de l'année de lancement (*Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*, 98/538/CE, IV/36.010-F3, JOCE 1998 L 252, p. 47, points 35-37). Dans l'affaire *Eurofima*, réglée de manière informelle, la Commission européenne a considéré comme excessive la condition – imposée par un important acheteur de matériel ferroviaire et contenue dans un appel d'offres pour un marché de développement portant sur un nouveau type de matériel roulant – selon laquelle l'adjudicataire devait conférer au pouvoir adjudicateur un droit d'usage illimité sur les brevets résultant de la recherche, sans paiement d'aucune redevance de licence. La Commission a demandé que la clause soit restreinte à un droit d'usage gratuit par le pouvoir adjudicateur pour ses propres besoins, alors que toute licence à un tiers était soumise à l'agrément de l'adjudicataire et au versement d'une redevance à ce dernier (*Eurofima*, C.M.L.R. 1973 D 217 s.).

165 Dans le secteur de la **distribution de biens de consommation**, les grands distributeurs peuvent utiliser leur puissance d'achat pour négocier des rabais importants ou d'autres avantages avec les producteurs. Ils peuvent notamment exiger le versement d'une avance (« *slotting allowance* » ou « *key money* ») pour accepter de vendre le ou les produits d'un fabricant ou pour donner à celui-ci un emplacement de choix sur les étalages. Un grand distributeur peut demander une exclusivité pour un produit, en empêchant ainsi la vente de ce produit aux concurrents du distributeur, ou empêcher la vente à certains types de concurrents seulement (hard discounters, p. ex.), ou contraindre le fabricant à produire aussi des biens sous la propre marque du distributeur. Cette puissance d'achat peut indéniablement être un facteur néfaste pour les fournisseurs, mais son impact sur le bien-être économique global (« *social welfare* ») est ambigu. A court terme, la puissance d'achat résulte en une réallocation des rentes entre le distributeur et le producteur, mais elle devrait avoir une incidence neutre ou favorable sur le bien-être des consommateurs. Le simple rééquilibrage des rôles entre les différents acteurs économiques sur le marché, avec des gagnants et des perdants, ne justifie pas en lui-même une intervention des autorités de concurrence ; il est caractéristique d'une économie de marché. A long terme, en revanche, la puissance d'achat pourrait restreindre la concurrence horizontale entre distributeurs (p. ex., lorsqu'un distributeur puissant empêche un fabricant de fournir ses concurrents actuels ou potentiels), ou empêcher l'accès au marché de nouveaux producteurs ou éliminer ceux-ci du marché, avec des conséquences négatives pour les consommateurs en termes de prix, de choix de produits et de qualité de service. Les effets du comportement d'une entreprise disposant d'une puissance d'achat dépendent des circonstances de chaque cas d'espèce et du pouvoir sur le marché détenu par les distributeurs concurrents et par les producteurs, dont dépendra le pouvoir relatif de négociation des parties. L'utilisation des règles sur l'abus de position dominante pour contrôler la puissance d'achat reste très limitée en pratique, principalement en raison du fait que la part de marché des détaillants accusés de disposer d'une puissance d'achat est généralement bien inférieure aux seuils classiquement admis comme fondant une présomption de position dominante (cf. LCart 4 II N 110-113). En définitive, la question qui affleure dans le débat en matière de puissance d'achat est celle du rôle du droit de la concurrence. Si la concurrence exige des concurrents, protéger les concurrents n'équivaut pas toujours à protéger la concurrence. Ainsi, la puissance d'achat peut avoir des effets négatifs évidents sur certaines entreprises de production et sur celles de vente au détail, tout en étant simultanément favorable aux consommateurs. La concurrence doit être protégée comme une institution en soi, qui vise l'efficacité économique, ce qui a pour effet de protéger automatiquement le consommateur. La protection de la concurrence protège aussi les concurrents, mais seulement ceux qui répondent avec efficacité aux besoins des consommateurs (MAITLAND-WALKER, *Buyer Power*, p. 170 ss ; OCDE, *Buying Power*, p. 11-14 et 98-106 ; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 216).

2. Caractère inéquitable

166 La qualification de conditions commerciales comme **inéquitables** dépend des **circonstances du cas d'espèce** (Mess-LCart, p. 567). L'art. 7 II/c LCart n'exige pas d'une entreprise dominante qu'elle pratique un « juste prix », ce qui serait contraire au modèle de l'économie de marché. Le droit de la concurrence n'intervient que si la formation des prix par le (libre) jeu de l'offre et de la demande, et par le jeu de la concurrence, est entravée (ZÄCH, *Kartellrecht*, N 693 p. 336).

a) Prix inéquitable

Le caractère inéquitable d'un prix peut être établi soit selon la **méthode relative**, soit selon la **méthode absolue** (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pt 252 ; BORER, KG, Art. 7 N 20), soit par référence avec une **réglementation étatique** des prix dans le secteur en cause (CJCE, arrêt *Ahmed Saeed Flugreisen e.a. c/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, aff. 66/86, Rec. 1989, p. 803, pt 43). ZÄCH propose en outre de distinguer selon que le prix contesté est appliqué à certains ou à tous les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante. Lorsque l'entreprise dominante applique le même prix à tous ses partenaires commerciaux, l'éventuel caractère inéquitable doit être apprécié en fonction des critères de l'art. 13 LSPr. Lorsque l'entreprise applique des prix différents selon les partenaires, des comparaisons de prix sont possibles ; si les différences de prix ne reposent pas sur un motif commercial légitime, les prix les plus élevés sont inéquitable (ZÄCH, Kartellrecht, N 695 p. 337). Dans cette seconde hypothèse, le prix différencié non justifié constitue, à notre avis, une discrimination abusive selon l'art. 7 II/b LCart (cf. *supra* N 162 ss), mais il n'est pas nécessairement inéquitable selon l'art. 7 II/c LCart.

En droit suisse, l'intervention contre un **prix inéquitable** peut être le fait aussi bien de la Comco que du Surveillant des prix. L'art. 3 III LCart règle les rapports entre les deux réglementations et autorités (cf. LCart 3 III ; cf. aussi *supra* Art. 3 LCart N ■■■) : en pratique, l'examen du caractère abusif des prix pratiqués par une entreprise dominante est effectué en premier lieu par le **Surveillant des prix** (MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 134 s.), en particulier lorsqu'il s'agit de prix réglementés (sur la compétence du Surveillant des prix, v. DIETRICH/BÜRGI, Preisüberwacher ; BORER, Art. 3 N 17 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 al. 3 N 2-4), qui applique les critères prévus aux art. 12-13 LSPr (art. 16 II LSPr). Les éléments d'appréciation mentionnés à l'**art. 13 LSPr** pour apprécier si un prix a été augmenté ou maintenu abusivement correspondent aux deux méthodes utilisées en droit européen : la **méthode relative** (p. ex., art. 13 I/a LSPr : l'évolution des prix sur des marchés comparables ; cf. *infra* N 199) et la **méthode absolue** (p. ex., art. 13 I/b/c/d LSPr : nécessité de réaliser des bénéfices équitables, évolution des coûts, prestations particulières des entreprises ; cf. *infra* N 200).

Selon la **méthode relative**, le caractère inéquitable peut être déterminé par comparaison avec **les conditions qui résulteraient d'une concurrence efficace** sur le marché en cause (« *als-ob Wettbewerb* » ; SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 375 ; BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 302 s.). Il peut aussi être déduit d'une **comparaison** avec les prix et autres conditions commerciales pratiquées sur un **autre marché géographique** où la concurrence fonctionne pour le même produit, par exemple dans un Etat voisin (« *Vergleichsmarkt* »). Il faut toutefois que la comparaison soit effectuée sur une base homogène, en tenant compte des particularités de chaque marché, en prenant en compte également la parité du pouvoir d'achat (TAF, DPC 2010/2, p. 242, c. 12.6.2) ; en d'autres termes, il faut comparer ce qui est comparable (CJCE, arrêt *Bodson c/Pompes funèbres des régions libérées*, aff. 30/87, Rec. 1988, p. 2479, pt 31 ; CJCE, arrêt *Procédure pénale contre Tournier*, aff. 395/87, Rec. 1989, p. 2521, pts 38-46 ; CJCE, arrêt *Lucazeau e.a. c/SACEM*, aff. jtes 110/88, 241/88 et 242/88, Rec. 1989, p. 2811, pts 21-33 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 807 ss ; HOMBURGER, KG, Art. 6 N 90). Une comparaison des prix pratiqués par l'entreprise dominante dans plusieurs territoires n'est pas concluante à elle seule ; il faut encore examiner si les coûts de revient de l'entreprise dominante varient selon ces territoires (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978,

p. 207, pts 256-266). En droit européen, le fardeau initial de la preuve incombe à la Commission ou au plaignant qui doit apporter l'indice d'un abus de position dominante par la différence sensible de prix résultant d'une comparaison effectuée sur une base homogène. Il appartient ensuite à l'entreprise dominante de se disculper en prouvant que cette différence se fonde sur des divergences objectives entre la situation sur le marché en cause et celle prévalant sur le marché ayant servi de base à la comparaison (CJCE, arrêt *Ministère public c/Tournier*, aff. 395/87, Rec. 1989, p. 2521, pt 38). En revanche, une partie de la doctrine suisse soutient, sur la base de l'art. 8 CC, que la Comco ou le plaignant sur le plan civil supporte toute la charge de la preuve du caractère comparable de la situation sur les deux marchés (DALLAFIOR, Art. 7 KG, N 117).

- 170** A défaut de marché comparable, le caractère inéquitable est apprécié selon la **méthode absolue**. Les conditions commerciales sont équitables lorsqu'elles sont dans un **rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation de l'entreprise dominante** (BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 305). Le caractère inéquitable d'un prix peut notamment être mesuré en comparant le prix de vente du produit avec les coûts de production ou le prix de revient, comparaison d'où se dégage l'importance de la marge bénéficiaire. S'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé, il faut examiner s'il y a imposition d'un prix inéquitable soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents (Mess-LCart, p. 567 ; CJCE, arrêt *General Motors c/Commission*, aff. 26/75, Rec. 1975, p. 1367, pts 16-23 ; CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 248-253 ; CJCE, arrêt *British Leyland c/Commission*, aff. 226/84, Rec. 1986, p. 3263, pts 26-32 ; CJCE, arrêt *Kanal 5 Ltd et TV 4 AB c/STIM*, C-52/07, Rec. 2008, p. I-9275, pt 28 ; ROTH/ROSE, Competition, N 10-109 ; GOYDER/ALBORS-LLORENS, Competition, p. 317 ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 807 ; VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 30 ; TERCIER/VENTURI, Ententes, p. 78). Ainsi, l'appréciation des tarifs excessivement élevés imposés par une compagnie aérienne en position dominante nécessite une prise en compte des coûts à long terme supportés par le transporteur, tout en prenant en considération à la fois les besoins des consommateurs, la nécessité d'une rémunération satisfaisante du capital, la situation concurrentielle du marché, y compris les tarifs pratiqués par d'autres compagnies aériennes exploitant la liaison, et la nécessité d'empêcher tout dumping (CJCE, arrêt *Ahmed Saeed Flugreisen e.a. c/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, aff. 66/86, Rec. 1989, p. 803, pts 42-44). Des tarifs excessifs sont abusifs car inéquitables envers les voyageurs. En revanche, des tarifs excessivement bas pratiqués afin d'éliminer du marché des compagnies concurrentes relèveraient de l'art. 7 II/d LCart. L'entreprise bénéficiant d'un monopole concédé par l'Etat exploite sa position dominante lorsqu'elle exige des utilisateurs des redevances disproportionnées par rapport à la valeur économique de la prestation fournie et aux frais effectivement encourus (CJCE, arrêt *Centre d'insémination de la Crespelle*, aff. C-323/93, Rec. 1994, p. I-5077, pts 23-27). Les hausses de tarif pratiquées par Swisscom pour les lignes louées étaient justifiées par les nouvelles données dont l'entreprise disposait quant à ses coûts et revenus (Secrétariat Comco, DPC 1999/3, p. 375, *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, ch. 64-67). Le tarif imposé par les assureurs-maladie aux médecins pratiquant dans les hôpitaux privés bernois, basé sur le catalogue officiel des prestations hospitalières et avec une augmentation de 55 % de la valeur du point de base, n'était pas inéquitable. En effet, on pouvait présumer que les points tarifaires prévus par le catalogue officiel couvraient en moyenne les coûts. De plus, l'insuffisance des données disponibles obligeait à fixer le tarif selon une évaluation approximative, basée sur les coûts additionnés d'une marge appropriée

(Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, ch. 110-113).

Lorsque l'entreprise dominante opère dans un secteur réglementé, la **réglementation sectorielle** en matière d'obligations comptables, de structure des coûts et de tarification constitue un point de référence objectif pour mesurer le caractère excessif du prix exigé (CJCE, arrêt *Ahmed Saeed Flugreisen e.a. c/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, aff. 66/86, Rec. 1989, p. 803, pt 43 ; Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion [directive « accès »], JO 2002 L 108, p. 7). Ainsi, les opérateurs de télécommunications qui sont puissants sur le marché doivent donner accès à leurs réseaux fixes aux prestataires de services de télécommunications en appliquant une tarification de l'interconnexion en fonction des coûts (Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, JO 2002 C 165, p. 3) ; point 2.2 let. b du *Reference Paper on Regulatory Principles* joint aux Listes d'engagements nationales annexées au Quatrième Protocole sur les télécommunications de base, <http://www.wto.org/english/news_e/pres97_e/refpap-e.htm> ; art. 11 I de la Loi fédérale du 30.4.1997 sur les télécommunications [LTC], RS 784.10 ; art. 34 de l'ordonnance du 6.10.1997 sur les services de télécommunication [OST], RS 784.101.1). Les réglementations sectorielles prévoient une méthode de calcul détaillée, FL-LRAIC, basée sur le coût différentiel moyen à long terme prospectif. Dans l'intervalle nécessaire aux organes réglementaires nationaux et aux opérateurs pour élaborer des modèles permettant de calculer ces coûts, les redevances d'interconnexion sont déterminées dans l'UE sur la base de la « meilleure pratique actuelle » (« *best current practice* »), en se basant sur les redevances d'interconnexion des trois Etats membres les moins chers (Recommandation 98/195/CE de la Commission du 8 janvier 1998 concernant l'interconnexion dans un marché des télécommunications libéralisé [Partie 1 – Tarification de l'interconnexion], JOCE 1998 L 73, p. 42, modifiée par JOCE 1998 L 228, p. 30).

Une **marge bénéficiaire** importante ne permet pas de déduire automatiquement l'existence d'un prix inapproprié ; une telle conclusion ne peut être faite qu'à la lumière des circonstances du cas d'espèce, par exemple compte tenu des frais de recherche et de développement ou d'acquisition d'un droit de propriété intellectuelle consenti par l'entreprise dominante. Même en cas de concurrence efficace, un nouveau brevet, un nouveau « know-how » ou une nouvelle méthode de fabrication peut permettre à une entreprise de réaliser pendant un certain temps un bénéfice important (HOMBURGER, KG, Art. 6 N 91). Le titulaire d'un **droit de propriété intellectuelle** peut fixer le prix du produit protégé par le droit ou la redevance de licence à un niveau supérieur à celui pratiqué pour le même objet par des fabricants indépendants, car il peut légitimement prétendre à une rémunération pour les dépenses engendrées par la recherche et le développement. En revanche, il exerce abusivement son droit exclusif si le prix est fixé à un niveau inéquitable (CJCE, arrêt *Volvo c/Veng*, aff. 238/87, Rec. 1988, p. 6211, pt 9 ; CJCE, arrêt *CICRA e.a. c/Renault*, aff. 53/87, Rec. 1988, p. 6039, pt 17).

Un écart important entre les prix pratiqués par une entreprise dominante pour un produit et ceux pratiqués par ses concurrents peut aussi être justifié par des **structures de coûts différentes** (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, points 256-266). En revanche, l'entreprise dominante qui peut se permettre le luxe de

l'inefficacité, car elle n'est pas soumise à la pression concurrentielle, ne saurait invoquer sa propre lourdeur administrative ou ses frais de fonctionnement élevés pour justifier le maintien d'un prix lui procurant une rente de monopole (CJCE, arrêt *Ministère public c/Tournier*, aff. 395/87, Rec. 1989, p. 2521, pt 42).

- 174 Inversement, un prix peut être excessif même si les profits ne le sont pas. Lorsque le prix pratiqué ne dépasse pas les coûts supportés par l'entreprise dominante, y compris une marge bénéficiaire raisonnable, il peut néanmoins être excessif s'il s'avère que les coûts supportés par l'entreprise dominante sont supérieurs à ceux d'autres firmes qui offrent le même produit ou service sur un marché comparable (CJCE, arrêt *Lucazeau e.a. c/SACEM*, aff. jtes 110/88, 241/88 et 242/88, Rec. 1989, p. 2811, pts 21-33). La prépondérance ainsi donnée par la CJCE à la méthode relative sur la méthode absolue s'explique notamment par la difficulté inhérente à l'évaluation du caractère inéquitable d'un prix selon la méthode absolue (*infra* N 204).
- 175 L'**appréciation des coûts de production**, même à l'aide des méthodes d'analyse économique les plus récentes, peut s'avérer très **difficile**, en particulier lorsque les coûts fixes doivent être alloués entre plusieurs produits ou lorsque les prix de transfert entre les filiales d'un groupe ne reflètent pas les coûts (HILDEBRAND, *Analysis*, p. 54). De même, lorsque le produit en cause est protégé par un droit de propriété intellectuelle (p. ex. un médicament), il est argumenté que son prix devrait non seulement incorporer les coûts nécessaires à sa recherche et son développement, mais aussi être augmenté d'un facteur permettant à l'entreprise de couvrir les coûts d'autres R&D ayant avorté. Plus généralement, il est très difficile de dire quel niveau de prix un produit ou un service atteindrait dans un marché plus compétitif. Cette difficulté à laquelle se heurtent les réglementations de prix étatiques, qui fixent des prix *pro futuro*, est encore accentuée dans les cas d'application de l'art. 7 II/c LCart, qui consistent en une réglementation *ex post* des prix, par une condamnation des prix excessifs imposés dans le passé.

b) Conditions commerciales inéquitables

- 176 La vérification du caractère équitable ou non des conditions commerciales implique une **pondération** des intérêts de l'entreprise dominante, de la gravité de l'atteinte à la liberté commerciale des partenaires commerciaux et des entraves éventuelles à la concurrence de tiers. Conformément au **principe de proportionnalité**, il faut que les intérêts de l'entreprise dominante et l'atteinte à la liberté de concurrence des partenaires commerciaux, voire d'entreprises concurrentes tierces, soient dans un rapport raisonnable. Il convient d'abord de se demander si et dans quelle mesure les clauses litigieuses sont nécessaires à l'activité de l'entreprise dominante et à l'amortissement du capital investi par celle-ci. En d'autres termes, les conditions commerciales sont équitables lorsqu'elles sont justifiées par des « **considérations commerciales légitimes** » de l'entreprise dominante. Ensuite, l'entreprise dominante ne doit pas dépasser la mesure **raisonnable** et ne pas franchir les limites de ce qui est **indispensable** à son activité (CJCE, arrêt *BRT c/SABAM*, aff. 127/73, Rec. 1974, p. 313, pt 11 ; JUNOD MOSER, *Conditions générales*, p. 240 s.). Les conditions commerciales inéquitables sont exceptionnellement favorables à l'entreprise dominante et **particulièrement injustes** pour les partenaires commerciaux dont la capacité concurrentielle est gravement atteinte.
- 177 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). L'obligation de fournir des décomptes et des factures détaillées imposées par les assureurs-maladie aux hôpitaux bernois impliquait des coûts administratifs plus élevés pour ceux-ci, mais elle était justifiée par les structures de coûts peu claires et par l'absence des données indispensables à une comparaison fiable des coûts, de sorte qu'elle ne constituait pas une condition commerciale inéquitable (Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, ch. 123). Les conditions auxquelles la Fédération internationale de football (FIFA) assujettissait l'homologation des ballons de football pour les matchs officiels n'étaient pas abusives, dès lors que les critères d'homologation étaient fixés de manière objective en fonction d'exigences qualitatives et techniques liées à l'usage des ballons, que l'homologation était ouverte à tous les fournisseurs de ballons aux mêmes conditions, et que l'homologation n'était pas subordonnée à la conclusion d'un accord de sponsoring (Comco DPC 1998/4, p. 567, *Homologation und Sponsoring von Fussbällen*, ch. 27 s., où la Comco a appliqué par analogie les critères de sa *CommSponsoring*). De même, la politique d'homologation des machines à affranchir le courrier poursuivie par La Poste n'était pas abusive, car tout appareil remplissant des critères objectifs prédéfinis pouvait être approuvé (Secrétariat Comco, DPC 1998/4, p. 545, *Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen*, ch. 13-15).

Bien que l'art. 7 II/c LCart constitue une pratique d'exploitation, le caractère inéquitable des conditions commerciales est **aggravé** lorsque celles-ci constituent aussi une **entrave importante à la capacité concurrentielle de tiers sur le marché** (Mess-LCart, p. 567 ; TERCIER/VENTURI, Ententes, p. 79 ; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen p. 59 ; DALLAFIOR, Art. 7 KG, N 122). Lorsque les conditions commerciales en cause affectent à la fois les partenaires commerciaux et les concurrents de l'entreprise dominante, celle-ci a une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à la concurrence résiduelle déjà affaiblie sur le marché (CJCE, arrêt *Michelin c/Commission*, aff. 322/81, Rec. 1983, p. 3461, pt 57). Dans une telle hypothèse, le simple fait que les moyens auxquels recourt l'entreprise dominante soient également adoptés par des entreprises non dominantes opérant sur le même marché ne suffit pas à les soustraire à l'application de l'art. 102 TFUE ou de l'art. 7 LCart (JUNOD MOSER, Conditions générales, p. 241 s.). A notre avis, 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 *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 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 76 ; HILDEBRAND, Analysis, p. 56 et 60 ; cf. *supra* N 65). Le Secrétariat de la Comco a considéré au contraire 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, qui cite SCHMIDHAUSER, Art. 7 KG, N 40).

178

3. Imposition

Les conditions commerciales inéquitables doivent être « imposées » (« *die Erzwingung* » ; « *l'imposizione* » ; « *the imposition* ») au partenaire commercial par l'entreprise dominante qui abuse de sa force, en recourant ou menaçant de recourir à des moyens de pression que

179

lui confère sa puissance sur le marché. Le contrôle des abus de position dominante n'a pas pour but de protéger un partenaire commercial qui s'est seulement laissé duper par une entreprise dominante (Mess-LCart, p. 568 ; Comco, DPC 1997/4, p. 490, *Recymet SA*, ch. 72-77 : pas d'abus en l'absence de pression, les partenaires contractuels ayant choisi de contracter avec Batrec en raison de la proximité géographique de l'entreprise, des prix concurrentiels offerts, de la qualité et du professionnalisme du service ainsi que de la bonne collaboration antérieure). Il n'est toutefois pas nécessaire que le partenaire commercial ait contracté sous l'empire d'une crainte fondée au sens des art. 29-30 CO (VENTURI/FAVRE, *Concurrence*, p. 33). Les exigences quant à la contrainte exercée par l'entreprise dominante ne doivent pas être trop élevées. Il suffit que l'entreprise dominante fasse pression (*Druck*), même de manière implicite, sur le partenaire commercial (MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 59).

180 Le Tribunal fédéral considère que le critère de l'imposition possède une signification distincte ; cet élément ne découle pas de l'existence même d'une position dominante (ATF 137 II 199, c. 4.3.4, JdT 2011 I 157 ; v. pour une discussion M. AMSTUTZ, *Anmerkung*, sic ! 2011/9, p. 530 ss, et pour une critique, W. A. STOFFEL, *Contrainte*, p. 545 ss ; v. pour une critique de la position du TAF dans cette affaire, confirmé par le TF, HEINEMANN, *Direkte Sanktionen* ; WEBER, *Erzwingung*). Pour comprendre le raisonnement du Tribunal fédéral, il convient de placer l'affaire Swisscom dans son contexte : la Comco avait considéré que Swisscom imposait à ses partenaires commerciaux (c.-à-d. aux deux autres opérateurs de téléphonie mobile en Suisse) des tarifs de terminaison excessives (inéquitables au sens de l'art. 7 II/c LCart) ; une sanction de 300 millions de francs a été prononcée à l'encontre de Swisscom (Comco, DPC 2007/2, p. 241, *Terminierung Mobilfunk* ; TAF, DPC 2010/2 p. 242). Toutefois, les deux autres opérateurs, bien qu'ils eussent la possibilité de saisir la Comcom pour lui demander de réguler les tarifs de Swisscom, avaient renoncé à agir. La ComCom ne pouvant pas se saisir d'office, la Comco est intervenue d'office pour réduire les tarifs pratiqués par Swisscom. Le Tribunal fédéral constate donc que les deux autres opérateurs avaient le choix de payer les tarifs pratiqués ou de saisir la Comcom, d'où selon lui l'absence d'« imposition » de la part de Swisscom (ATF 137 II 199, c. 5.5). Ce faisant, le Tribunal fédéral rejette l'argument selon lequel l'élément d'« imposition » reflète un simple lien de causalité entre la position dominante et un niveau de prix inéquitable, ce qui l'amène à traiter l'imposition en tant qu'élément comportemental distinct de cette pratique abusive (ATF 137 II 199, c. 4.3.3 et 4.3.4). En effet, le Tribunal fédéral part de la prémisse que les conditions inéquitables peuvent être acceptées de manière volontaire par des partenaires commerciaux, par exemple pour des raisons économiques, et que ces conditions ne vont pas nécessairement à l'encontre de l'intérêt économique de ces derniers. Il précise que pour remplir cette exigence, les partenaires commerciaux ne doivent pas être en mesure de trouver des solutions de rechange ou ne doivent avoir rien à dire sur la pression économique exercée par l'entreprise dominante dans la forme de conditions commerciales inéquitables (ATF 137 II 199, c. 4.3.4).

181 A notre avis, en dehors des circonstances particulières entourant une réglementation sectorielle comme dans l'affaire *Swisscom* (ATF 137 II 199), l'« imposition » fait d'abord et surtout référence à la position dominante de l'entreprise, et ne constitue pas une exigence de « comportement abusif qualifié » de la part de celle-ci (sur les critères comportementaux pour la définition de la position dominante, cf. LCart 4 II, N ■■■■) ; cet élément correspond à la notion de « comportement indépendant » des entreprises en position dominante, indépendance rendue possible par leur position sur le marché et leur pouvoir de

marché correspondant. Ces entreprises sont des faiseurs de prix (*price makers*) en ce sens qu'elles ont le pouvoir de déterminer le prix du marché et de l'« imposer » à leurs partenaires commerciaux. L'« imposition » ne constitue donc pas un élément distinct du comportement abusif en dehors des circonstances particulières du cas ou celles découlant d'une réglementation sectorielle (v. dans ce sens le jugement du TAF, DPC 2010/2 p.242, c. 12.5.1, précité). De plus, en droit de la concurrence l'interprétation téléologique ou fonctionnelle doit prévaloir sur les interprétations littérale et systématique (dans ce sens, WEBER, *Erzwingung*, p. 4). Celui-ci ne pourrait s'adapter aux comportements des entreprises si le texte de la loi était interprété de manière formaliste, sans tenir compte du fonctionnement du marché. La position dominante permet à l'entreprise jouissant d'une telle position de se comporter de manière indépendante de ses concurrents et de ses partenaires commerciaux en fixant unilatéralement des conditions commerciales imméritées (par exemple des prix excessifs) et, ce faisant, en les imposant à ces derniers.

Bien que le Tribunal fédéral ait rejeté l'interprétation conforme au droit de l'Union européenne, la doctrine relative à l'art. 102 II/a TFUE (ex-art. 82 TCE) revêt une importance particulière en ce qu'elle se réfère à la compréhension du comportement d'une entreprise en position dominante et de ses partenaires commerciaux : l'utilisation du terme « imposer » s'explique par le fait qu'il s'agit d'une condition commerciale imposée par une entreprise dominante à un partenaire par hypothèse plus faible (WÆLBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 542) ; l'imposition relève de l'analyse de la « normalité » du comportement de l'entreprise dominante (« le recours à des moyens [...] qui gouvernent la concurrence normale »), en ce sens qu'il serait impensable que l'entreprise dominante ait pu imposer les clauses contractuelles en cause si sa conduite avait été dictée par les lois du marché (JUNOD MOSER, *Conditions générales*, p. 240 s. ; *Tetra Pak II*, 92/163/CEE, IV/31.043, JOCE 1992 L 72, p. 1, pt 146). Le terme « imposition » explique simplement le caractère indépendant du comportement de l'entreprise dominante. Il importe peu que le partenaire commercial ait été d'accord ou non avec les conditions commerciales abusives de l'entreprise dominante. Les effets négatifs pour la concurrence se produisent même si le partenaire commercial y consent (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 215).

182

Enfin, on ne saurait déduire du terme d'« imposition », par opposition à celui d'« exigence » utilisé par l'aLCart-1985, que l'abus ne peut avoir lieu qu'au stade des relations contractuelles. Il suffit que l'entreprise dominante ait tenté d'imposer des conditions commerciales inéquitables durant les négociations précontractuelles et que le partenaire commercial ait renoncé à conclure le contrat pour cette raison (DALLAFIOR, *Art. 7 KG*, N 92). Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'élément de l'« imposition » implique que les conditions contractuelles soient acceptées par les partenaires commerciaux contre leur volonté ou que celles-ci soient contre leurs intérêts commerciaux (ATF 137 II 199, c. 4.3.5). A notre avis, ces distinctions ignorent le contexte dans lequel est exercé le pouvoir économique à la base d'une position dominante : les partenaires des entreprises jouissant d'une telle position n'ont d'autre choix que de conclure avec ces entreprises pour continuer leur activité. Ceux-ci continueront d'avoir des relations commerciales avec les entreprises dominantes même si les conditions commerciales atteignent un niveau très excessif, pour autant qu'ils puissent continuer leur propre activité commerciale. Cependant, le fait que les partenaires commerciaux continuent à conclure avec l'entreprise dominante pour poursuivre leur activité ne permet pas de conclure que les conditions imposées par cette entreprise ne sont pas excessives. On ne peut exiger de ceux-ci qu'ils choisissent d'interrompre leur activité pour pouvoir prouver que les conditions étaient inéquitables ou que les prix appliqués étaient excessifs.

183

4. Barrières à l'accès

- 184** Une partie de la doctrine, à laquelle nous nous rattachons, considère qu'une pratique abusive sous la forme de conditions commerciales inéquitables n'a de chance de succès – et en conséquence qu'un contrôle des prix/conditions commerciales par le droit de la concurrence ne se justifie – qu'en présence de **hautes barrières à l'entrée** sur le marché (v. également la position de la Commission européenne, OCDE, *Excessive prices*, contribution de l'Union européenne, 17 octobre 2011, DAF/COMP/WP2/WD[2011]54, p. 10 : « *This recognises that even though in many markets prices may be temporarily high, due to a mismatch of demand and supply or the exercise of market power, it is preferable to give market forces the time to play out and entry and expansion to take place, thereby bringing prices back to more normal levels* » ; v. ég. BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 312). L'art. 12 LSPr nous paraît aller dans le même sens en prévoyant qu'un prix ne peut être abusif que si le niveau des prix sur le marché n'est pas le résultat d'une concurrence efficace. Il y a en particulier concurrence efficace, selon l'al. 2 de cette disposition, « lorsque d'autres sources d'approvisionnement s'offrent aux acheteurs, cela à des prix comparables et sans qu'il en résulte pour eux des efforts considérables », c'est-à-dire lorsque les barrières à l'accès au marché sont basses. Dans les autres cas, un prix excessif pratiqué par une entreprise dominante entraînera en principe l'entrée sur le marché de concurrents qui estimeront pouvoir offrir le même produit ou service de manière plus efficace et conquérir ainsi des parts de marchés (KORAH, *Competition-Guide*, p. 203 ; v. aussi la position du droit antitrust américain *supra* N 187) ; en conséquence, le prix du marché baissera. Cependant, tel n'est pas toujours le cas. L'existence de barrières à l'entrée constitue un élément central de l'analyse, cependant celle-ci ne saurait être érigée en condition nécessaire pour l'intervention des autorités de la concurrence, qui doivent évaluer la situation de cas en cas. L'examen du marché, de l'entreprise en position dominante et de l'entrant permettra d'évaluer la probabilité d'une baisse de prix durable suite à de nouvelles entrées. En effet, les nouveaux entrants prennent en compte le prix qu'ils pourraient appliquer après leur entrée sur le marché : si l'entreprise dominante est beaucoup plus efficace que les entrants, ou si l'industrie est caractérisée par des économies d'échelle ou de réseau, l'entrée d'une petite entreprise en marge du marché n'aura pas d'impact suffisant sur le prix du marché ; celle-ci risque de suivre l'entreprise dominante (*price follower*). Aussi, si l'entreprise dominante est peu efficace, l'entrant pourrait compter sur une collusion tacite et les prix ne baisseront pas (v. EZRACHI/GILO, *Excessive Prices*, p. 249-267).

5. Typologie

a) Clause portant atteinte à la nature même du contrat

- 185** L'imposition aux locataires de machines d'emballage de payer d'emblée au moment de la livraison un montant représentant la quasi-totalité des loyers présents et futurs et équivalant pratiquement à un prix de vente, doublée d'une interdiction de sous-location, lie indûment le locataire au fabricant de la machine, en imposant une lourde perte financière pour le locataire qui mettrait fin prématurément à son contrat, et constitue une condition commerciale inéquitable en rendant le contrat de location assimilable au niveau de la contrepartie financière exigée du locataire à un contrat de vente, mais sans conférer au locataire les droits afférents à la propriété (*Tetra Pak II*, 92/163/CE, IV/31.043, JOCE 1992 L 72, p. 1, pts 135 et 137).

b) Exonération ou limitation de responsabilité

L'obligation faite par le fabricant en position dominante à ses distributeurs de n'utiliser que des pièces de rechange d'origine lors de réparations constitue une condition commerciale inadéquate, à moins que cette exigence ne soit techniquement nécessaire. Elle a pour effet de fermer l'accès d'autres entreprises au marché de la maintenance et de la réparation. Le refus par l'entreprise dominante d'honorer la garantie dont bénéficient ses appareils en cas d'utilisation avec ceux-ci de produits consommables produits par d'autres fabricants est abusif (TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pts 27 et 101). Dans un tel cas, le refus de garantie est un moyen indirect de mettre en œuvre une autre pratique abusive, celle du **jumelage** (art. 7 II/f LCart ; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 221 ; cf. *infra* N 269). **186**

c) Verrouillage du marché avant sa libéralisation

Une entreprise au bénéfice d'un monopole légal ne peut pas, au moyen de contrats comportant des clauses inéquitables, verrouiller le marché avant l'ouverture prochaine de celui-ci à la concurrence. Etait ainsi abusive la conclusion par l'aéroport de Francfort (FAG) de contrats à long terme (trois à dix ans) portant sur l'assistance à l'escale en piste avec un grand nombre de compagnies aériennes, en échange de ristournes substantielles. Une telle politique contractuelle aurait eu pour effet de « verrouiller » le marché de l'assistance en escale et de maintenir dans les faits l'essentiel du monopole de FAG. Pour mettre fin à l'infraction et permettre l'accès au marché, FAG a dû s'engager à renoncer à l'avenir à des tels contrats pluriannuels et conférer aux compagnies aériennes un droit de résiliation des contrats existants sans aucune pénalité de quelque forme que ce soit. La Commission n'a admis au titre de l'art. 102 TFUE (ex-art. 82 TCE) que des contrats annuels renouvelables automatiquement sauf préavis de six mois (communiqué de presse du 8. 9. 1998, IP/98/794 ; cette pratique abusive aurait en outre eu pour effet de priver de ses effets la décision de la Commission du 14. 1. 1998, *FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG*, 98/190/CE, IV/34.801, JOCE 1998 L 72, p. 30, cf. *supra* N 137 et *infra* N 280). **187**

d) Clause d'achat exclusif dans les contrats de distribution

Les clauses d'exclusivité imposées par une entreprise dominante dans ses accords de distribution peuvent, selon les circonstances, être abusives. Lorsque tel est le cas, les clauses d'achats exclusifs peuvent être analysées comme des conditions commerciales inéquitables pour les distributeurs, mais elles constituent principalement une **restriction des débouchés** pour les fournisseurs concurrents (LCart 7 II/e LCart, *infra* N 255). Un fournisseur abuse de sa position dominante lorsqu'il conclut avec les détaillants – fût-ce à leur demande – des accords d'**approvisionnement exclusif** qui contraignent ceux-ci à se fournir, pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins, auprès de l'entreprise dominante, soit que l'obligation soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais (sur les rabais, v. LCart 7 II/b, *supra* N 180-184). En effet, la conclusion de contrats de fourniture exclusive avec un opérateur disposant d'une position dominante sur un marché constitue une entrave à l'accès d'autres fournisseurs au marché (TPI, arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/Commission*, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, pts 66-68). L'entreprise en position dominante qui bénéficie d'un contrat d'exclusivité assorti d'une possibilité de dérogation soumise à son accord est tenue de faire un usage raisonnable du droit de veto qui lui est reconnu par l'accord pour l'accès de tiers au marché (TPI, arrêt *Compagnie maritime belge transports*, aff. jtes T-24, 25, **188**

26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pts 108 s.). Lorsqu'un producteur de glaces disposant d'une position dominante met des congélateurs gratuitement à disposition des détaillants et en assure sans frais la maintenance, à condition que les détaillants n'y entreposent que des glaces dudit producteur, il incite les détaillants à s'approvisionner exclusivement auprès de lui. Une telle clause rend toute entrée et toute expansion sur le marché en cause plus difficile pour les concurrents de l'entreprise dominante ; elle nuit également aux intérêts des détaillants qui ne peuvent plus choisir librement leurs sources d'approvisionnement, ni la manière d'utiliser le plus efficacement leur espace de vente ; enfin, le choix de produits offerts aux consommateurs s'en trouve restreint (*Van den Bergh Foods Limited*, IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436, JOCE 1998 L 246, p. 1, c. 262-271). La Commission européenne a estimé abusif et a obtenu l'abandon dans l'Union européenne du programme de distribution exclusive de Visa International qui interdisait aux banques affiliées au réseau Visa d'émettre des cartes considérées comme concurrentes en Europe, mais les autorisait à émettre les cartes alliées MasterCard, Diners Club et JCB. La disposition aurait restreint la concurrence entre les systèmes mondiaux de cartes de crédit, en empêchant les systèmes de cartes concurrents d'accorder des licences à la très grande majorité des banques européennes. Elle aurait aussi restreint la concurrence entre les banques en rétrécissant l'éventail de produits que celles-ci seraient en mesure d'offrir à leurs clients (IP/96/585 ; XXVI^e Rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence – 1996, pt 63 et p. 156 s.).

e) Restrictions liées à la qualité dans les contrats de distribution

- 189** Un fournisseur en position dominante peut imposer à ses distributeurs des restrictions motivées par une politique de qualité, mais il ne saurait mettre en place des entraves dont le résultat dépasse l'objectif de qualité à atteindre. L'interdiction imposée par le fournisseur dominant aux grossistes de revendre les produits en dehors de leur marché local respectif constitue une exploitation abusive en ce qu'elle empêche les grossistes de développer leur chiffre d'affaires, et donc leur pouvoir de négociation envers le fournisseur, en limitant les débouchés au préjudice des consommateurs et en cloisonnant les marchés (CJCE, arrêt *United Brands c/Commission*, aff. 27/76, Rec. 1978, p. 207, pts 158-161). AAMS, qui disposait d'un réseau de distribution en gros de cigarettes en Italie – à travers lequel elle écoulait tant des cigarettes qu'elle produisait elle-même que des cigarettes d'autres producteurs étrangers –, imposait des clauses abusives pour l'accès à son réseau de distribution en obligeant les producteurs étrangers à soumettre leurs cigarettes à un contrôle de qualité effectué par elle-même et à lui payer un montant forfaitaire pour ces contrôles. Ce contrôle n'était pas nécessaire : AAMS n'était pas susceptible d'encourir une responsabilité du fait de cigarettes non conformes aux réglementations, dès lors que le producteur était connu (*Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*, 98/538/CE, IV/36.010-F3, JOCE 1998 L 252, p. 47, pt 46).
- 190** L'association disposant d'un monopole sur les données nécessaires aux entreprises de software pour développer des programmes de devis et de calcul de prix abuse de sa position dominante en soumettant l'octroi d'une licence d'utilisation de ses données à un test préalable de compatibilité des programmes. D'une part, la nécessité du test est contestable dans la mesure où les fabricants de logiciels ont intérêt, pour garantir le succès commercial des logiciels, à en assurer la compatibilité avec les normes de l'association. D'autre part, l'association, qui produit également ses propres logiciels et est ainsi en concurrence avec les fabricants de software indépendants, conserve le pouvoir de décision quant à la

compatibilité des logiciels soumis et acquiert de ce fait des informations sur le savoir-faire technique et les secrets d'affaires des fabricants indépendants concurrents (Secrétariat Comco, DPC 1998/3, p. 369, *Devisierungs-, [Vor] Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB*, ch. 35-46 : violation simultanée de l'art. 7 II/c et e LCart).

f) Durée du contrat

Les contrats de durée excessive empêchent le partenaire contractuel de saisir d'éventuelles opportunités se présentant sur le marché, en particulier dans un secteur où la technologie évolue rapidement, et rendent plus difficile la pénétration des concurrents de l'entreprise dominante sur le marché (*Tetra Pak II*, 92/163/CEE, IV/31.043, JOCE 1992 L 72, p. 1, pt 140). **191**

D. Pratiques prédatrices (art. 7 II/d LCart)

1. Généralités

Les stratégies prédatrices visées à l'art. 7 II/d LCart correspondent à l'art. 6 II/c aLCart-1985 (sous-enchères en matière de prix ou de conditions dirigées contre un concurrent déterminé ; cf. HOMBURGER, KG, Art. 6 N 64-71) et à l'interdiction correspondante déduite de l'art. 102 TFUE (ex-art. 82 TCE) par la CJCE (CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pts 63-150). **192**

Les baisses de prix ou l'octroi d'autres conditions commerciales favorables sont la caractéristique d'un marché concurrentiel et constituent un comportement souhaitable du point de vue des consommateurs. La concurrence sur les prix, en particulier, ne doit pas être paralysée : « *Cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition* » (*Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp*, 475 U.S. 574, 594 ; 106 S. Ct. 1348 [1986]). C'est précisément pour éviter de dissuader la concurrence par les prix que le droit américain a restreint les circonstances dans lesquelles les réductions de prix peuvent être qualifiées de prédatrices (*Pacific Bell Telephone Company, v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. [2009]). La concurrence par les prix ou d'autres conditions commerciales constitue un indice de l'existence d'une concurrence efficace que la LCart vise à sauvegarder et est par conséquent dans l'intérêt du bien-être de la collectivité (Comco, DPC 2004/4, p. 1002, *Cornèr Banca/Telekurs AG*, ch. 49). En conséquence, une pratique ne doit être reconnue comme prédatrice que dans des conditions strictes et après un examen minutieux de l'ensemble des données économiques pertinentes (KORAH, Competition-Guide, p. 189 ss ; BORER, KG, Art. 7 N 24 ; ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 209). **193**

Une pratique de prix prédatrice permet à une entreprise dominante, moyennant un sacrifice financier temporaire, d'écartier à terme un concurrent existant ou de décourager l'entrée sur le marché d'un concurrent potentiel, de manière à pouvoir ensuite imposer à ses partenaires contractuels des prix supérieurs à ceux que permettrait une situation concurrentielle. Le facteur temporel est un élément central de cette pratique abusive, qui produit ses effets parce que l'entreprise dominante a la solidité financière ou commerciale nécessaire pour prendre le temps d'éliminer ses concurrents (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 94). La pratique prédatrice est caractérisée par : **194**

- 1) des réductions de prix limitées au marché sur lequel le concurrent est présent ou menace d'entrer ;
- 2) des niveaux de prix non rémunérateurs ;

- 3) une intention spécifique d'éliminer un concurrent déterminé ou de lui « donner une leçon »;
- 4) une durée limitée à la période nécessaire pour atteindre le résultat souhaité ;
- 5) l'assurance que les conditions du marché permettront au prédateur de récupérer le sacrifice financier consenti, une fois le concurrent éliminé, en augmentant à nouveau les prix à leur niveau antérieur ou à un niveau proche de celui-ci ou au-delà de ce niveau (Waelbroeck/Frignani, Commentaire, N 546).

- 195** Le Secrétariat de la Comco a présenté les conditions générales de la sous-enchère dans l'affaire Radio- und TV-Markt St. Gallen (Secrétariat Comco, DPC 2002/3, p. 431, *Radio- und TV-Markt St. Gallen*, ch. 6). Ces conditions n'ont pas été remises en cause par la Comco (Comco, DPC 2004/4, p. 1002, *Cornèr Banca/Telekurs AG*, ch. 49). Premièrement, l'entreprise dominante doit adopter un comportement prédateur systématique pendant une certaine durée. Deuxièmement, ce comportement doit être dirigé contre un ou plusieurs concurrents actuels ou potentiels. Dans l'ensemble, ces concurrents doivent être plus fragiles que l'entreprise en position dominante. Troisièmement, l'entreprise en position dominante, en offrant ses produits ou services en dessous de ses coûts, ne vise pas à maximiser sa profitabilité à court terme. Quatrièmement, l'entreprise en position dominante doit être en mesure d'augmenter ses prix après la sortie du marché du concurrent visé par ses pratiques prédatrices ou suite au changement du comportement de ce dernier (Secrétariat Comco, DPC 2002/3, p. 431, *Radio- und TV-Markt St. Gallen*, ch. 6). La sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales consiste dans un premier temps à évincer un ou plusieurs concurrents du marché ou à bloquer leur développement, pour profiter de l'affaiblissement de la concurrence et augmenter les prix dans un deuxième temps (Comco, DPC 2004/4, p. 1002, *Cornèr Banca/Telekurs AG*, ch. 49).
- 196** Les pratiques prédatrices peuvent porter sur les **prix**, sur la **quantité** offerte, ou sur d'**autres conditions commerciales**. Les prix prédateurs consistent, lorsque l'entreprise dispose d'une position dominante du côté de l'offre, en des **sous-enchères** (« *Unterbietung von Preisen* » ; « *vendita sotto prezzo* » ; « *under-cutting of prices* »). Les autres conditions commerciales prédatrices (« *sonstigen Geschäftsbedingungen* » ; « *altre condizioni commerciali* » ; « *other conditions* ») peuvent consister en des rabais spéciaux, des délais de paiement particulièrement longs, des crédits sans intérêts consentis par les fournisseurs à l'entreprise dominante ou d'autres conditions préférentielles (Comco, DPC 2004/4, p. 1002, *Cornèr Banca/Telekurs AG*, ch. 49). Il faut en outre que ces conditions commerciales s'inscrivent dans le cadre d'un plan prédatrice visant à écarter un concurrent (*infra* N ■■■).
- 197** Lorsqu'une entreprise dispose d'une position dominante du côté de la demande, la pratique de prix d'achat exagérément élevés ou **surenchères** (*Überbietung* ; *predatory bidding* ou *over bidding*), afin de mettre la main sur de grandes quantités d'un produit donné ou d'accaparer un marché, peut s'avérer prédatrice (Comco, DPC 1997/4 p. 490, *Recymet SA*, ch. 79 s. ; Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 1, *APERTO-Geschäfte*, ch. 25-30). Les concurrents de l'entreprise dominante voient alors leurs sources d'approvisionnement disparaître et les prix monter (Mess-LCart, p. 568 s.). En **droit américain**, les mêmes conditions s'appliquent à la sous-enchère et à la surenchère (*predatory bidding*) : l'entreprise doit appliquer des prix en dessus du prix en encourant des pertes à court terme, pour pouvoir les récupérer avec une forte probabilité à long terme (*Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 [2007]). La Cour suprême a noté toutefois que la surenchère présente un risque moindre pour les consommateurs, puisque

l'entreprise ayant une puissance d'achat du côté de la demande n'augmente pas nécessairement les prix finals aux consommateurs sur le marché en aval pour compenser les pertes encourues sur le marché d'achat des matières premières. La Cour a ainsi précisé qu'une surenchère sur le marché d'achat en amont ne constitue une pratique illicite que si la surenchère conduit l'entreprise à pratiquer une sous-enchère sur le marché de vente en aval (*Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S.312 [2007]: « *only higher bidding that leads to below-cost pricing in the relevant output market will suffice as a basis for liability for predatory bidding.* »).

La pratique prédatrice doit être **ciblée** (« dirigée contre un concurrent déterminé »; « *gegen bestimmte Wettbewerber gerichtet* »; « *directa contro determinati concorrenti* »; « *directed against a specific competitor* »), c'est-à-dire opérée de manière sélective contre un ou quelques concurrents déterminés que l'entreprise dominante entend discipliner, exclure du marché ou empêcher d'entrer sur le marché (Secrétariat Comco, DPC 2002/3, p. 431, *Radio- und TV-Markt St. Gallen*, ch. 6). La vente par Denner SA, un grand distributeur, d'une série d'articles alimentaires à des prix inférieurs aux prix pratiqués habituellement ne constituait pas une violation de l'aLCart-1962 car elle n'était pas destinée à éliminer un concurrent particulier, mais seulement à améliorer la position de l'entreprise sur le marché (ATF 107 II 277, c. 6). L'art. 7 II/d LCart constitue une pratique d'**entrave**, qui a pour but d'augmenter les coûts des concurrents (« *raising rivals' costs* ») (RUFFNER, *Grundlagen*, p. 213; TERCIER/VENTURI, *Ententes*, p. 79). Une **stratégie prédatrice** nuit directement aux **concurrents**, qui sont exclus ou empêchés d'entrer sur le marché, et indirectement aux **consommateurs**, qui paient en définitive plus cher pour un choix appauvri (Mess-LCart, p. 568). En outre, une stratégie prédatrice couronnée de succès permet à l'entreprise dominante de « faire un exemple » et d'acquérir ainsi une réputation d'auteur d'entraves efficace, propre à décourager d'autres concurrents potentiels d'entrer sur le marché (RUFFNER, *Grundlagen*, p. 210 s.; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 835). Ainsi, l'interdiction des pratiques prédatrices protège directement les relations horizontales, en évitant que la structure de la concurrence ne soit atteinte par l'élimination délibérée d'un concurrent. Ce n'est qu'indirectement que les partenaires commerciaux, y compris les consommateurs, qui se trouvent en relation verticale avec l'entreprise dominante, se trouvent protégés contre la hausse ultérieure des prix par le « prédateur » (WÆLBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 546).

Le caractère ciblé de la pratique prédatrice, qui est dirigée contre un ou des concurrents déterminés et qui relève des pratiques d'entrave, permet de distinguer cet abus des **conditions commerciales inéquitables** de l'**art. 7 II/c LCart** qui constituent une pratique d'exploitation (*supra* N ■■■■).

La LCart n'a pas pour but de promouvoir des pratiques commerciales loyales, ce qui est l'objet de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241; BORER, KG, Art. 7 N 23). Les prix prédatrices peuvent aussi constituer une **pratique déloyale** au sens de l'**art. 3 If LCD**. Cette dernière disposition considère illicite l'offre réitérée, au-dessous du prix coûtant, de marchandises ou de prestations, ayant pour effet de tromper la clientèle sur les capacités de l'offrant ou celles des concurrents de celui-ci. La vente par Denner SA, un grand distributeur, d'une série d'articles alimentaires à un prix inférieur au prix pratiqué habituellement ne constituait pas une violation de la LCD car elle n'impliquait pas de tromperie sur les capacités de son auteur, ni de dénigrement de l'activité des concurrents (ATF 107 II 277, c. 4; HOMBURGER, KG, Art. 6 N 66). Le prix prédatrice condamné par l'art. 3 If LCD est celui qui vise à tromper la

clientèle, alors que celui condamné par l'art. 7 II/d LCart doit s'inscrire dans un plan destiné à écarter un concurrent déterminé. En outre, l'art. 7 II/d LCart ne contient pas de présomption expresse, contrairement à l'art. 3 I/f LCD qui présume qu'il y a prix prédatore en cas de prix de vente inférieur au prix coûtant pour des biens comparables ; les prix en dessous des coûts totaux ne constituent une sous-enchère au sens de l'art. 7 II/d LCart que s'ils font partie d'un plan stratégique pour évincer un concurrent déterminé (Comco, DPC 2004/4, p. 1002, *Cornèr Banca/Telekurs AG*, ch. 50).

- 201** La littérature économique a étudié les conditions ainsi que les conséquences sur le bien-être de la collectivité, sans pour autant arriver à des conclusions suffisamment homogènes sur tous ces éléments pour pouvoir les transformer en conditions d'application légales. De manière générale, la sous-enchère est définie comme une stratégie qui consiste à baisser les prix pour pouvoir exclure un concurrent du marché ou intimider un concurrent potentiel pour ensuite augmenter ses prix lorsque les concurrents quittent le marché (BISHOP/WALKER, *Competition*, N 6-084 ; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, *Competition*, p. 280 s. ; CARLTON/PERLOFF, *Industrial Organization*, p. 334). Selon un premier courant très influent de l'École de Chicago, une pratique de sous-enchère ne serait pas rationnelle, car les pertes encourues dans la première phase ne pourront pas être récupérées : les prix élevés appliqués dans la deuxième phase attireront d'autres entrées, ce qui provoquera une baisse du prix du marché. Ces arguments rappellent ceux invoqués pour mettre en avant la brièveté des prix excessifs et les forces correctrices inhérentes au marché. Les théories économiques modernes se sont concentrées sur les circonstances d'une politique de prédation rationnelle et crédible qui se différencie de la concurrence normale par les prix ; elles ne se concentrent pas sur les structures de coûts, mais sur les circonstances qui rendent la sous-enchère profitable et crédible. De manière générale, l'aptitude de l'entreprise dominante à faire face à des pertes pour une longue période doit être mise en parallèle avec la capacité de l'entreprise concurrente visée par la pratique prédatrice à résister à cette pratique pendant la même période et rester sur le marché. L'aptitude à s'engager dans des pratiques prédatrices et les achever avec succès dépend de la capacité financière de l'entreprise en position dominante à supporter des pertes relativement importantes pendant une période suffisamment longue pour exclure les concurrents du marché. De plus, cette entreprise « prédatrice » devrait bâtir une réputation d'hostilité envers les nouveaux entrants ; à défaut, une fois les prix augmentés, les nouveaux concurrents empêcheraient la récupération des pertes à long terme en faisant pression sur les prix. Du point de vue de l'entreprise concurrente visée par la sous-enchère, il doit être impossible de faire face à une baisse durable du prix du marché. Il doit y avoir ainsi une asymétrie entre la capacité de l'entreprise qui pratique la sous-enchère et celle de ses rivaux. En outre, la décision de l'entreprise concurrente de rester sur le marché en faisant des sacrifices ou de continuer ses efforts afin d'entrer sur le marché dépend de son (in)certitude quant à la réaction agressive de l'entreprise en position dominante (réputation d'hostilité). La réussite, et donc la rationalité, d'une stratégie de sous-enchère est plus vraisemblable sur les marchés caractérisés par des effets de réseaux et des courbes d'apprentissage : les pratiques de prédation ne permettent pas aux concurrents existants ou aux nouveaux entrants d'acquérir une taille suffisante (une échelle minimum efficiente) (VAN DEN BERGH/CAMESASCA, *Competition*, p. 281-289 ; CHURCH/WARE, *Industrial Organization*, p. 662). Ces considérations économiques impliquent que les tests basés sur les coûts de l'entreprise dominante ne sont ni nécessaires, ni suffisants, pour démontrer l'existence d'une pratique de sous- ou surenchère (CHURCH/WARE, *Industrial Organization*, p. 662).

De nombreux « tests prédateurs » (« *predatory tests* ») ont été développés, d'abord en droit antitrust américain, puis dans la pratique des autorités européennes de la concurrence, afin de diagnostiquer un comportement prédateur. La méthode la plus connue est celle de AREEDA/TURNER qui considèrent comme prédateur le prix qui ne permet pas à l'entreprise de couvrir la moyenne de ses coûts variables, alors qu'est licite le prix qui couvre les coûts variables, sans toutefois couvrir les coûts totaux (AREEDA/TURNER, Pricing, p. 697 ss). Toutefois, aucun test n'a permis de dégager de règle *per se*, de sorte qu'une **analyse économique complète** s'impose toujours dans chaque cas d'espèce. L'existence de barrières à l'accès au marché, la part de marché détenue par l'entreprise dominante, le plan prédateur et la sélectivité du comportement prédateur, l'analyse des coûts de production ainsi que les possibilités de récupération des pertes y jouent un rôle essentiel (CARSTENSEN, Pricing, p. 928-971 ; MASTROMANOLIS, Strategies, p. 211-224 ; SHEPHERD, Market, p. 1-28 ; RUFFNER, Grundlagen, p. 211 s. ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 844). Le test prédateur appliqué doit en tout cas prendre en compte les éléments suivants : l'analyse des coûts (*infra* N ■■■■), l'existence d'une stratégie prédatrice (*infra* N ■■■■), l'effet d'éviction d'un concurrent déterminé, les possibilités de récupération des pertes (*infra* N ■■■■) et la structure du marché (*infra* N ■■■■).

2. Analyse des coûts et test de « sacrifice »

Il n'y a en tout cas pas sous-enchère lorsque les prix nets offerts par l'entreprise en cause sont supérieurs à ceux de ses concurrents (Secrétariat Comco, DPC 1997/3, p. 308, *Telecom PTT/Flexnet*, ch. 25). L'art. 7 II/d LCart ne contient pas de présomption expresse de prix prédateur, contrairement à l'art. 3 I/f LCD (*supra* N ■■■■). Une application de l'art. 7 II/d LCart calquée sur la pratique communautaire pourrait conduire à admettre une présomption de fait d'abus lorsque les prix pratiqués sont inférieurs à la moyenne des coûts variables (DALLAFIOR, Art. 7 KG, N 135 ; *infra* N ■■■■). En cas de position dominante du côté de la demande, la vérification d'une éventuelle surenchère repose aussi sur une analyse des coûts (p. ex., pas de surenchère in : Comco, DPC 1997/4, p. 490, *Recymet SA*, ch. 79 s.). Ainsi, les loyers pour les magasins Aperto dans les gares étaient fixés par les CFF en pourcentage du chiffre d'affaires réalisé. Ce pourcentage était plus élevé pour les magasins Aperto de type mixte, qui vendent à la fois des articles de presse et des denrées alimentaires, car ces magasins réalisent des chiffres d'affaires plus élevés que ceux vendant exclusivement des denrées alimentaires. Le choix par les CFF d'un exploitant pour un magasin Aperto de type mixte reposait non seulement sur le critère économique du loyer offert, mais aussi sur d'autres critères objectifs, comme le concept du magasin, la qualification professionnelle du candidat et son expérience dans la vente de produits de presse. La connaissance du « hit parade » des journaux et magazines permet en particulier à un candidat de mieux composer son assortiment, ce qui garantit ensuite un chiffre d'affaires plus élevé, et en conséquence un loyer plus élevé. En conséquence, l'exploitant de kiosques à journaux Kiosk AG, à qui les CFF avaient jusque-là adjugé la gérance de tous les magasins mixtes Aperto sauf un, remplissait mieux les critères de sélection précités, sans qu'il y ait d'indice que Kiosk AG avait offert des loyers exagérément élevés pour écarter la concurrence (Secrétariat Comco, DPC 1998/1, p. 1, *APERTO-Geschäfte*, ch. 25-30).

La plupart des autorités de concurrence, aussi bien américaines qu'européennes, ont suivi le test proposé par AREEDA/TURNER et qualifient de prédateurs les **prix inférieurs à la moyenne des coûts variables**, c'est-à-dire les coûts qui varient en fonction des quantités

produites (AREEDA/TURNER, Pricing, p. 697 ss ; BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 356). Une entreprise dominante n'a en effet aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie au moins des coûts variables afférents à l'unité produite (CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pts 71 s. ; ROTH/ROSE, Competition, N 10-071 ss ; GOYDER/ALBORS-LLORENS, Competition, p. 320 et 232 s. ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 831 ss).

- 205** En droit de l'Union européenne, la CJUE a consacré deux méthodes d'analyse différentes lorsqu'il s'agit de vérifier si une entreprise a pratiqué des prix prédateurs. En premier lieu, les **prix inférieurs à la moyenne des coûts variables** sont toujours considérés comme abusifs, car, comme indiqué ci-dessus, ils ne pourraient être expliqués que par une stratégie prédatrice (*supra* N ■■■■). Aucune autre analyse n'est nécessaire pour prouver un effet négatif sur la concurrence. En s'exprimant sur la différence entre l'objet et l'effet d'une pratique abusive, le Tribunal a soutenu que « la démonstration de l'objet et de l'effet anticoncurrentiel peut, le cas échéant, se confondre » et cela notamment en matière de pratiques de prix en dessous du coût variable moyen (TPI, arrêt *France Télécom c. Commission*, aff. T-340/03, Rec. 2007 p. II-107, pt 195). En second lieu, les **prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables**, ne doivent être considérés comme abusifs que lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un **plan d'élimination d'un concurrent**. Ces prix peuvent écarter du marché des entreprises qui, en raison d'une capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite (CJCE, arrêt *AKZO c/Commission*, aff. C-62/86, Rec. 1991, p. I-3359, pts 71 s. ; arrêt *France Télécom SA c. Commission*, aff. C-202/07 P, Rec. 2009 p. I-2369, pts 29 ss, ROTH/ROSE, Competition, N 10-079 ; GOYDER/ALBORS-LLORENS, Competition, p. 320 s. et 323 s. ; VAN BAEL/BELLIS, Competition, p. 831 ss).
- 206** La Commission se réfère également aux pertes qui auraient pu être évitées ou aux « pertes évitables », d'où sa préférence à se référer au coût évitable moyen, qui, contrairement au coût variable moyen, prend en compte les coûts irrécupérables liés par exemple aux capacités excédentaires créées pour soutenir la stratégie de prédation (Orientations UE Art. 82 TCE, § 64 et 65). Toutefois, dans la plupart des cas, le coût variable moyen est identique au coût évitable moyen.
- 207** En **droit suisse**, la Comco se base également sur l'analyse des coûts et des sacrifices consentis par l'entreprise en position dominante. Dans l'affaire *Cornèr Banca*, la Comco a écarté l'existence d'une pratique prédatrice après avoir constaté que l'entreprise dominante opérait de manière profitable sur le secteur en question, tout comme son concurrent. La Comco s'est fondée sur la structure des coûts de ce dernier pour arriver à la conclusion qu'il n'y avait pas de raison de soutenir que l'entreprise dominante avait une structure de coût différente de son concurrent. Au contraire, eu égard à sa taille et partant de la possibilité de réaliser des économies d'échelle, celle-ci pouvait avoir des coûts moins élevés que son concurrent, ce qui lui permettait d'avoir une marge plus importante que son concurrent (Comco, DPC 2004/4, p. 1002, *Cornèr Banca/Telekurs AG*, ch. 53). Une pratique prédatrice ne pouvait donc pas être présumée.
- 208** L'**analyse des coûts** relatifs à un produit ou service fourni par une entreprise n'est pas aisée. De plus, une entreprise dominante peut réaliser des économies de coût du fait de sa taille et ainsi offrir son produit ou son service à des conditions plus favorables (RUFFNER,

Verhaltensweisen, p. 843 ; VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 30). Plus fondamentalement, la présomption selon laquelle une vente à un prix inférieur à la moyenne des coûts variables repose nécessairement sur une stratégie prédatrice, est contestée. Une entreprise dominante peut renoncer temporairement à réaliser un profit, sans qu'il faille nécessairement y voir un comportement anticoncurrentiel. La pratique temporaire d'un prix inférieur aux coûts variables peut être justifiée, par exemple en réponse à une guerre des prix lancée par un concurrent (SPRINER, Justification, p. 251 ss). En cas de surcapacités sur le marché, l'entreprise dominante doit pouvoir s'aligner sur un niveau général de prix déprimé, dans l'attente que la situation économique s'améliore (WÄELBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 547). Une entreprise peut temporairement ne même pas couvrir ses coûts variables lorsqu'elle liquide un stock de produits démodés ou lorsqu'elle lance un nouveau produit sur le marché. Des produits ne valent pas toujours ce qu'ils ont coûté, notamment lorsqu'ils sont techniquement dépassés, démodés ou que leur acquisition initiale par l'entreprise reposait sur une erreur de jugement commercial. Selon certains commentateurs, il n'est pas abusif de vendre de tels produits à un prix inférieur à leur coût variable historique (KORAH, Competition-Guide, p. 190). Compte tenu des objections relatives au premier test appliqué par la CJCE, qui semble admettre un abus *per se* en cas de prix inférieur à la moyenne des coûts variables, il faut, à notre sens, vérifier dans chaque cas l'existence supplémentaire d'un plan prédatrice, tel qu'exigé par la CJUE dans son second test prédatrice (*supra* N ■■■■ et *infra* N ■■■■), ainsi que l'existence de la capacité à récupérer les pertes (*infra* N ■■■■).

Lorsque l'entreprise dominante opère dans un secteur réglementé, la **réglementation sectorielle** en matière d'obligations comptables, de structure des coûts et de tarification constitue un point de référence objectif pour mesurer le coût de revient d'un produit ou d'un service (CJCE, arrêt *Ahmed Saeed Flugreisen e.a. c/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, aff. 66/86, Rec. 1989, p. 803, pt 43 ; Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, « Access Notice », JOCE 1998 C 265, p. 2, pt 116 ; Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion [directive « accès »], JO 2002 L 108, p. 7 ; cf. *supra* LCart 7 II/c N ■■■■). Ainsi, les opérateurs de télécommunications dominants sur le marché doivent offrir l'interconnexion à leurs réseaux fixes aux prestataires de services de télécommunications concurrents en appliquant une tarification de l'interconnexion en fonction des coûts. Les réglementations sectorielles prévoient à cet effet des méthodes de calcul détaillées, basées sur les coûts additionnels à long terme (art. 11 I LTC ; art. 54 OST ; cf. *supra* N ■■■■).

209

La condition d'un prix inférieur aux coûts, qui caractérise la pratique prédatrice, permet de distinguer cet abus des **conditions commerciales discriminatoires** de l'**art. 7 II/b LCart** (*supra* N ■■■■). Dans ce dernier cas, le caractère abusif de la stratégie est clair si l'entreprise dominante offre pendant une certaine durée à la clientèle de certains concurrents ses produits ou services à des prix objectivement injustifiables, tout en maintenant ses prix antérieurs pour son ancienne clientèle, sans qu'il soit nécessaire que les rabais sélectifs constituent une sous-enchère (*Eurofix-Bauco/Hilti*, 88/138/CE, IV/30.787 et 31.488, JOCE 1988 L 65, p. 19, pt 80).

210

Selon l'approche des pertes évitables suivie par la Commission européenne, la notion de « sacrifice » couvre toute stratégie qui conduit à court terme à des recettes nettes inférieures à celles auxquelles on aurait pu s'attendre si l'entreprise en position dominante avait

211

adopté un comportement économiquement raisonnable, soit une stratégie rationnelle et viable ; il s'agit de déterminer si l'entreprise dominante a subi une perte qui aurait pu être évitée (Orientations UE Art. 82 TCE, § 65). Par conséquent, le test de sacrifice ne se limite pas aux prix inférieurs, mais constitue un cadre d'analyse pour toute autre pratique prédatrice susceptible d'être adoptée par les entreprises. Bien qu'un tel test soit plus proche de la définition économique de la sous-enchère, il est confronté à la difficulté de délimiter ce que constitue une perte évitable par rapport à une rentabilité économique rationnelle : le contrefactuel (le « *counterfactual* ») est difficilement déterminable et constitue une source d'erreur.

3. Stratégie prédatrice

- 212** Le test permettant de déduire une stratégie prédatrice abusive ne peut pas être basé exclusivement sur les coûts, mais il doit comporter une composante comportementale résultant de la stratégie anti-compétitive de l'entreprise dominante (HILDEBRAND, *Analysis*, p. 68 s. ; XVI^e Rapport sur la politique de la concurrence, 1987, points 334-336). La sous-enchère au sens de l'art. 7 II/d LCart doit, dans chaque cas, faire partie d'un **plan prédatrice** dirigé contre un concurrent (BALDI, *Konzeption*, p. 279 ; BORER, KG, Art. 7 N 24). Il y a abus si l'entreprise dominante utilise sa capacité financière pour abaisser ses prix ou offrir d'autres conditions commerciales particulièrement avantageuses afin soit de **discipliner** un concurrent actuel déterminé, soit de **exclure** du marché, soit d'**empêcher des concurrents potentiels d'entrer** sur ce marché, et de se comporter ultérieurement de manière encore plus indépendante sur le marché (MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 60 ; ROTH/ROSE, *Competition*, N 10-079). L'exigence d'une stratégie prédatrice introduit un **élément subjectif** qui est en soi étranger à la notion d'abus de position dominante (*supra* N 66). De ce fait, la stratégie prédatrice ne suppose pas nécessairement que soit prouvée une intention prédatrice. Une telle exigence test serait excessive et malaisée déjà en raison du fait qu'il est inhérent à la lutte concurrentielle que beaucoup de concurrents souhaiteraient la disparition de leurs rivaux. En outre, la preuve directe d'une intention prédatrice est très difficile à apporter car les entreprises dominantes prennent généralement garde de ne pas adresser de menaces à leurs concurrents et de ne pas conserver la trace de mémoires internes détaillant des plans prédateurs (KORAH, *Competition-Guide*, p. 193 ; VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 95 ; BORER, KG, Art. 7 N 24).
- 213** La preuve de l'existence d'un plan prédatrice peut être déduit du **comportement** de l'entreprise dominante (RUFFNER, *Grundlagen*, p. 209 s.). La preuve directe peut consister en des documents de l'entreprise dominante démontrant clairement une stratégie prédatrice ou en des éléments démontrant l'existence de menaces concrètes d'agissements prédateurs (Orientations UE Art. 82 TCE, § 66). Cette preuve demande une **appréciation globale des circonstances entourant le cas concret** (Mess-LCart, p. 568). Ainsi, l'utilisation par une conférence maritime de « navires de combat » destinés à éliminer un armateur indépendant par une baisse sélective de prix est abusive. Par cette pratique, la conférence maritime désigne comme navires de combat ceux dont les dates de départ sont les plus proches de celles des navires de l'armateur concurrent, même sans modifier pour autant ses horaires, fixe pour ces navires des tarifs différents de ceux appliqués ordinairement par les compagnies parties à la conférence et qui sont identiques ou inférieurs aux tarifs annoncés par leur concurrent, et supporte la baisse de revenu qui en résulte. Dans les procès-verbaux du comité de la conférence maritime, il était en outre question de « se débarrasser » de l'armateur indépendant (TPI, arrêt *Compagnie maritime belge*

transports, aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pts 138-153, confirmé par l'arrêt *Compagnie maritime belge transports e.a. c/Commission*, aff. jtes C-395 et 396/96 P, Rec. 2000, p. I-1365, pts 117-120).

Des « **prix-ciseaux** », ou « compression des marges » (*price squeeze*), pratiqués par une entreprise dominante peuvent, selon les circonstances, être prédateurs (sur les subventions croisées, *supra* N ■■■). Tel est le cas lorsqu'une entreprise dominante tant sur le marché d'une matière première que sur celui d'un produit dérivé réduit la marge entre sa matière première et son produit dérivé au point de vendre elle-même le produit dérivé à un prix ne reflétant plus ses propres coûts de transformation et de reconditionnement, de manière à évincer les concurrents sur le marché du produit dérivé (*Napier Brown – British Sugar*, 88/518/CEE, IV/30.178, JOCE 1988 L 284, p. 41, point 66). En droit suisse, la compression des marges est considérée comme une pratique abusive en l'absence de sous-enchère (Comco, DPC 2010/1, p. 116, *Preispolitik Swisscom ADSL*; v. *infra* ■■■). En **droit de l'Union européenne**, la Cour a précisé que la compression des marges peut être considérée comme une pratique abusive indépendamment de la question de savoir si les prix de gros et les prix de détail appliqués sont, en eux-mêmes, excessifs ou prédateurs et donc abusifs. Il suffit que l'écart entre ceux-ci revête un caractère non équitable, à savoir que l'écart est soit négatif, soit insuffisant pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'entreprise en position dominante pour la prestation de ses propres services, de sorte qu'il ne permette pas à un concurrent aussi efficace que celle-ci d'entrer en concurrence avec elle pour la fourniture des services d'accès aux abonnés (CJCE, arrêt *Deutsche Telekom AG*, aff. C-280/08 P, pt 183). 214

Une sous-enchère sur les prix ou sur d'autres conditions commerciales, dirigée contre un ou des partenaires commerciaux déterminés, est notamment abusive si les **moyens** utilisés par l'entreprise dominante sont **sans rapport avec ses prestations** (Mess-LCart, p. 568). 215

Le caractère ciblé et l'inclusion dans un plan prédateur qui caractérisent la pratique d'entrave condamnée par l'art. 7 II/d LCart distinguent aussi cette dernière des **conditions commerciales inéquitables** de l'art. 7 II/c LCart, qui relèvent de l'exploitation (cf. art. 7 II/c LCart, N 189). En raison des difficultés de la preuve du plan prédateur, il est en pratique souvent plus simple de démontrer que les conditions commerciales en cause tombent dans le cadre d'un autre état de fait de l'art. 7 II LCart, en particulier l'art. 7 II/c (HOMBURGER, KG, Art. 6 N 67 ; DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, p. 74). 216

4. Eviction d'un concurrent déterminé aussi efficace que l'entreprise en position dominante

L'intervention au niveau des prix bas expose au risque non négligeable de freiner la concurrence par les prix provenant de concurrents efficaces tout en protégeant les concurrents inefficaces au détriment des consommateurs. L'objectif du droit de la concurrence étant de protéger la concurrence et non les concurrents, le critère du concurrent aussi efficace a été développé : ce critère est utilisé comme point de référence – au moins du point de vue théorique – pour réduire le risque d'intervention excessive sur le marché. En principe, les pratiques d'exclusion dont font partie la sous- ou surenchère ne sont considérées comme abusives que lorsqu'elles sont capables d'exclure ou d'entraver un concurrent au moins aussi efficace que l'entreprise en position dominante. Un concurrent aussi efficace est capable de faire face à la concurrence de l'entreprise en position dominante, sauf si cette dernière emploie des moyens qui ne correspondent pas à la concurrence par le 217

mérite. L'éviction des concurrents moins efficaces ne devrait constituer une base d'intervention que dans des circonstances particulières, notamment lorsque la pratique risque d'entraver l'expansion d'un nouvel entrant.

- 218** En droit suisse, la Comco ne s'est pas exprimée sur la référence au niveau d'efficacité des concurrents. Le Secrétariat de la Comco exige que les concurrents doivent être plus fragiles que l'entreprise en position dominante pour voir aboutir une pratique prédatrice (Secrétariat Comco, DPC 2002/3, p. 431, *Radio- und TV-Markt St. Gallen*, ch. 6), ce qui évoque la condition relative à l'existence d'une symétrie entre l'entreprise en position dominante et son concurrent. Cependant, une telle asymétrie n'est pas nécessairement liée à l'efficacité de production, mais se réfère notamment à la puissance financière supérieure de l'entreprise en position dominante.
- 219** La Cour a confirmé le bien-fondé du test du concurrent aussi efficace dans l'affaire *Deutsche Telekom* (CJCE, arrêt *Deutsche Telekom AG*, aff. C-280/08 P, pt 199 : « une entreprise dominante ne saurait en effet écarter du marché des entreprises qui sont peut-être aussi efficaces qu'elle, mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite »). La Commission, quant à elle, a annoncé qu'elle n'interviendra que lorsque les pratiques prédatrices viseront des entreprises aussi efficaces que l'entreprise dominante (Orientations UE Art. 82 TCE, § 23 et 67), tout en reconnaissant que dans certaines circonstances un concurrent moins efficace peut exercer une contrainte qui doit être prise en considération. En particulier, elle examinera si ce concurrent moins efficace peut bénéficier d'avantages liés à la demande en absence de pratiques prédatrices qui l'empêcheraient de devenir plus efficace (Orientations UE Art. 82 TCE, § 23 ss et 67). Cette hypothèse est particulièrement plausible en présence de nouveaux concurrents ou des concurrents potentiels (v. Orientations UE Art. 82 TCE, § 68 et 69 sur la constitution de la part de l'entreprise en position dominante d'une réputation de prédatrice). L'affaire *Deutsche Lufthansa/Germania* traitée par le Bundeskartellamt présente un exemple d'intervention où la protection d'un nouveau concurrent moins efficace a permis de sauvegarder la concurrence lors de l'ouverture du secteur du transport aérien (décision du Bundeskartellamt du 18 février 2002 dans l'affaire B9-144/01, *Deutsche Lufthansa AG* : en réaction contre l'entrée de Germania sur la liaison aérienne entre Francfort et Berlin, Lufthansa avait réduit son prix de 58 % par rapport à son prix initial, ce qui risquait d'exclure Germania de ce marché. Le Bundeskartellamt a jugé cette pratique de sous-enchère illicite et a enjoint Lufthansa d'augmenter ses prix et d'appliquer une certaine différence de prix par rapport aux prix appliqués par Germania ; v. sur ce cas KELLEZI, Mesures correctives, p. 245 ss).
- 220** En principe, la référence à un concurrent aussi efficace vise à limiter la constatation d'une sous-enchère uniquement dans les cas où les coûts pratiqués par l'entreprise en position dominante ont pour effet d'exclure un concurrent aussi efficace : les coûts de l'entreprise en position dominante devraient être comparés avec les coûts du concurrent visé par la pratique de sous-enchère. Si les coûts (variables ou totaux) de l'entreprise en position dominante sont en dessous des coûts (variables ou totaux) du concurrent plaignant, ce test restreint la constatation de la sous-enchère aux seuls cas où le concurrent a la même structure de coûts, donc le même niveau d'efficacité que l'entreprise en position dominante. Cependant, l'affaire *Deutsche Telekom* relative à la compression des marges a mis en évidence un autre aspect de ce test : l'entreprise en position dominante est « présumée » efficace. Les coûts et les prix appliqués par celle-ci sont examinés pour évaluer si une entreprise efficace non intégrée verticalement aurait pu être compétitive sur le marché. La

Cour a confirmé que l'analyse des coûts et des marges peut être effectuée en s'appuyant uniquement sur les coûts et les prix appliqués par l'entreprise en position dominante, sans procéder à une comparaison avec les coûts des entreprises concurrentes. En conséquence, le test consiste en pratique à examiner si les tarifs d'une entreprise dominante risquent d'évincer du marché un opérateur économique aussi performant que cette entreprise en se fondant uniquement sur les tarifs et les coûts de cette dernière, et non sur la situation spécifique de ses concurrents, actuels ou potentiels (CJUE, arrêt *Deutsche Telekom AG*, aff. C-280/08 P, Rec. 2010 [non encore publié], pts 195 ss). Une telle approche augmente *ex ante* la sécurité juridique pour les entreprises en position dominante ; cependant, appliquée *ex post*, elle ne permet pas d'établir un risque réel d'éviction des concurrents. Lorsque les données sur les coûts des deux entreprises sont disponibles et comparables, l'analyse devrait avoir pour objectif de comparer les coûts des deux entreprises pour déterminer concrètement le risque d'éviction.

5. Possibilité de récupération des pertes

L'une des questions les plus controversées entre les pratiques antitrust américaine et européenne est celle de la possibilité de « récupération » (*recoupment*). Selon le schéma prédatore classique, l'entreprise dominante abaisse d'abord ses prix, puis, après avoir éliminé ou discipliné le concurrent visé, relève ses prix, au-dessus même de leur niveau initial, pour récupérer les pertes antérieures (récupération) et même faire un bénéfice plus grand en tirant profit de sa rente de monopole (Mess-LCart, p. 568). La sous-enchère constitue un investissement de l'entreprise en position dominante en vue de maintenir ou de renforcer son pouvoir sur le marché (BISHOP/WALKER, *Competition*, p. 308). Outre la définition des pratiques prédatrices, la question de la récupération des pertes est étroitement liée à la détermination des effets négatifs sur la concurrence ainsi qu'au standard de preuve requis pour prouver de tels effets.

221

En droit antitrust américain, il n'y a sous-enchère que si le prédateur accepte d'encourir des pertes en vue de futurs profits monopolistiques. Le plaignant doit prouver qu'il existe une probabilité réelle que l'entreprise dominante puisse récupérer ses pertes en augmentant les prix une fois la concurrence éliminée. Les profits futurs, escomptés à leur valeur au moment de la pratique prédatore, doivent être supérieurs à la taille des pertes présentes. Le plan prédatore doit avoir permis au prédateur non seulement d'acquérir un pouvoir de monopole, mais aussi de conserver ce pouvoir suffisamment longtemps pour récupérer ses pertes et retirer un profit additionnel. Lorsque l'entreprise dominante ne dispose pas d'un pouvoir suffisant pour récupérer ses pertes, il n'y a pas de pratique prédatore possible ; le droit antitrust américain protège, dans une structure de concurrence efficace, les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante, non les concurrents (*Matsushita Electric Industrial Co., Ltd et al. v. Zenith Radio Corporation et al.*, 475 U.S. 574, 106 S. Ct. 1348 [1986] ; *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 113 S. Ct. 2578 [1993] ; concernant la surenchère, cf. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 [2007] : « *Absence proof of likely recoupment, a strategy of predatory bidding makes no economic sense because it would involve short-term losses with no likelihood of offsetting long-term gains.* »).

222

En droit de l'Union européenne, la récupération des pertes n'est pas une condition nécessaire à la constatation d'une pratique abusive prédatore, bien que les conditions générales visent aussi à examiner si l'entreprise dominante a une **chance réelle de récupérer ses pertes**. Cette position a été confirmée par la CJCE, laquelle a précisé que « la démons-

223

tration d'une possibilité de récupération des pertes n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs» (CJCE, arrêt *France Télécom SA c. Commission*, aff. C-202/07 P, Rec. 2009 p. I-2369, pt 113) : une pratique de prix prédateurs doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a **risque d'élimination des concurrents**, sans attendre que cette stratégie aboutisse à l'élimination effective de ceux-ci (CJCE, arrêt *Tetra Pak II*, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pts 40-44). L'intention éliminatoire de l'entreprise en cause peut être présumée lorsque celle-ci applique des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, ce qui rend la condition relative à la récupération des pertes superflue (CJCE, arrêt *France Télécom SA c. Commission*, aff. C-202/07 P, Rec. 2009 p. I-2369, pt 110). De même, le TPI a jugé que l'utilisation par une conférence maritime de « navires de combat » destinés à éliminer un armateur indépendant est abusive, et cela même si elle n'a pas atteint l'objectif recherché (TPI, arrêt *Compagnie maritime belge transports*, aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pts 138-153 ; sur la pratique des navires de combat, *supra* N ■■■).

224 La Cour de justice a également précisé que rien n'empêche la Commission européenne d'examiner les possibilités de récupération subséquente des pertes encourues par l'entreprise en position dominante lors de la première phase de prédation (CJCE, arrêt *France Télécom SA c. Commission*, aff. C-202/07 P, Rec. 2009 p. I-2369, pt 111). En particulier, une telle analyse peut corroborer celle relative aux coûts variables moyens ou encore à établir l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent dans l'hypothèse où les prix appliqués par l'entreprise en position dominante sont supérieurs à la moyenne des coûts variables, mais inférieurs aux coûts totaux. En conséquence, la Commission est libre d'examiner la possibilité de récupération des pertes sans pour autant la considérer comme une condition d'application distincte. Une lecture attentive de la jurisprudence de la Cour confirme également la position selon laquelle l'examen de la capacité de l'entreprise en position dominante de récupérer pourrait, dans certains cas, s'avérer nécessaire. Dans l'affaire *Tetra Pak*, la Cour avait précisé qu'il n'était pas opportun, « dans les circonstances de la présente espèce, [...] d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que Tetra Pak avait une chance réelle de récupérer ses pertes. » (CJCE, arrêt *Tetra Pak II*, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pt 44 ; nous soulignons). Ainsi, la Commission a annoncé qu'elle examinera si l'entreprise en position dominante est susceptible d'être à même de relever ses prix au-delà du niveau de prix qui existait sur le marché avant le comportement prédateur adopté, ou si celle-ci est susceptible d'empêcher ou de retarder une baisse de prix (Orientations UE Art. 82 TCE, § 71). A cet égard, la Commission considère que la détermination du préjudice subi par les consommateurs n'est pas un calcul mécanique de pertes et de profits, mais que cet exercice doit prendre en compte d'autres facteurs tels que les barrières à l'entrée.

225 Le degré variable d'exigence en ce qui concerne la capacité de récupérer les pertes, traduit une divergence d'accent fondamentale entre les droits de concurrence américain et européen. Alors qu'une atteinte à la structure de la concurrence (possibilité d'élimination d'un concurrent) suffit, dans certaines circonstances, aux autorités de concurrence européennes pour présumer d'un risque médiate de préjudice pour les consommateurs et qualifier en conséquence une pratique d'abusives (CJCE, arrêt *Tetra Pak II*, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pt 44 ; arrêt *France Télécom SA c. Commission*, aff. C-202/07 P, Rec. 2009 p. I-2369, pts 111 et 112), les autorités antitrust américaines appliquent un standard de preuve plus élevé en exigeant, outre une atteinte à la structure de la concurrence, la preuve d'un préjudice direct pour les consommateurs.

En **droit suisse**, le message du Conseil fédéral semble se référer à la conception antitrust américaine selon laquelle il y a sous-enchère en cas de possibilité de récupération des pertes et de réalisation d'un profit ultérieur plus grand (Mess-LCart, p. 568). La doctrine s'exprime en faveur de la nécessité de récupérer les pertes pour conclure à une sous-enchère (VENTURI/FAVRE, Concurrence, p. 39; BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 386 avec références). Dans sa pratique, la Comco a confirmé la nécessité de démontrer la capacité de l'entreprise en position dominante d'augmenter les prix et de récupérer les pertes encourues (p. ex. Comco, DPC 2004/4, p. 1002, *Cornèr Banca/Telekurs AG*, ch. 54; Secrétariat Comco, DPC 2002/3, p. 431, *Radio- und TV-Markt St Gallen*, ch. 6) : une réduction des prix en dessous des coûts (variables) ne suffit donc pas pour démontrer l'existence d'une sous-enchère. Dans l'affaire *Cornèr Banca*, la Comco a considéré qu'il était peu probable que l'entreprise dominante puisse augmenter les prix en raison de l'entrée récente d'autres concurrents sur le marché. La concurrence de ces derniers rendrait incertaine la récupération subséquente des pertes. 226

Une telle approche doit être approuvée. En effet, la récupération des pertes permet de distinguer entre prix et pratiques concurrentielles et la sous- ou surenchère. La capacité de l'entreprise à augmenter les prix et récupérer les pertes encourues dépend de la structure et des conditions de concurrence sur le marché, en particulier du pouvoir de marché de l'entreprise, de l'existence d'un nombre suffisant de concurrents actuels, de l'absence de barrières à l'entrée ainsi que de la capacité des clients et des consommateurs à résister à l'augmentation du prix. Cette « capacité » ne doit pas être comprise comme exigeant une preuve (directe) de la récupération effective des pertes, mais comme une condition commandant un examen minutieux des conditions et de la structure du marché pour estimer la probabilité d'une récupération ultérieure. 227

L'examen de la structure du marché permet d'écartier d'emblée les stratégies prédatrices dépourvues de toute chance de succès ; un tel examen doit être effectué également lorsque les prix pratiqués par des entreprises en position dominante se situent en-dessous des prix variables moyens. La pratique de prix (ou d'autres conditions commerciales) prédatrices, habituellement assortie de pertes de gain pour l'entreprise dominante, n'a de chance de succès que sur un marché où de **substantielles barrières à l'accès subsistent**, qui empêchent les concurrents potentiels ou actuels d'entrer ou de revenir sur le marché une fois la sous-enchère terminée et les prix de nouveau relevés (Mess-LCart, p. 521, 568 ; RUFFNER, Grundlagen, p. 210 ; BALDI, Konzeption, p. 279). A l'inverse, lorsque les barrières à l'accès sont basses, il est peu probable que l'entreprise dominante puisse relever durablement ses prix après avoir éliminé son concurrent par des prix prédatrices, ce qui rend peu vraisemblable l'existence d'une stratégie prédatrice (WALBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 547). 228

Dans une analyse coûts/efficacité, la stratégie de prix prédatrices est d'autant plus efficace que l'entreprise dominante peut minimiser les pertes de gain qui y sont liées. Tel est en particulier le cas si la **part de marché** de l'entreprise dominante est beaucoup plus grande que celle de l'entreprise-cible concurrente. En outre, la stratégie prédatrice est d'autant plus efficace qu'elle a pour cible un nombre restreint de concurrents actuels disposant de faibles parts de marché, ou un petit nombre de concurrents potentiels (RUFFNER, Grundlagen, p. 210 ; RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 843). L'analyse de la structure du marché doit inclure également les caractéristiques de l'industrie en question. Lorsque l'industrie est caractérisée par des économies de réseaux ou de connaissances, ou des économies importantes d'échelle ou de gamme, les prix prédateurs pourraient avoir un impact sur la viabi- 229

lité des concurrents et l'impact négatif sur la concurrence risque d'être durable. En effet, l'affaiblissement ou l'exclusion d'un concurrent est susceptible d'être permanent en présence de pratiques prédatrices, car les concurrents ne pourront pas développer ou maintenir une taille suffisante minimale pour être rentables.

- 230** Une pratique de prix prédatrice peut être renforcée, et la récupération des coûts facilitée, si elle a lieu dans le cadre de **subventions croisées** (ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 210). En particulier, une entreprise au bénéfice d'un monopole légal ou de fait pour une partie de ses activités et qui exerce au surplus d'autres activités en concurrence avec des tiers, peut abaisser artificiellement le prix de ses produits ou services soumis à la concurrence en leur affectant une partie des revenus provenant de l'activité sous monopole légal. Dans ces secteurs, les subventions croisées sont interdites et des mesures de séparation comptables ou structurelles sont introduites précisément pour éviter le risque de sous- ou surenchère sur des marchés ouverts à la concurrence (v. p. ex. art. 18 de l'Ordonnance sur la poste [OPO ; RS 783.01] qui interdit expressément les subventions croisées et enjoint à La Poste de fournir chaque année à l'autorité de régulation la preuve que les recettes du service universel ne sont pas utilisées pour réduire le prix des services ouverts à la concurrence ; v. é.g. art. 36 al. 2 LRTV qui oblige la SSR à établir des comptes distincts pour celles de leurs activités qui servent à l'exécution du mandat de prestations lié à la concession et pour leurs autres activités commerciales ; en droit de l'Union européenne, v. la Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JO 2006 L 318, p. 17). Dans le secteur privé, les entreprises diversifiées et actives sur plusieurs marchés ont la capacité de compenser les pertes encourues sur un marché par des profits d'une autre activité, ce qui leur permet de faire face aux cycles des marchés et d'assurer leur stabilité. Les subventions croisées sont légitimes et en conséquence licites. Dans certaines circonstances, la puissance financière des entreprises diversifiées leur permet de financer des pertes pendant une période plus longue, ce qui peut faciliter les pratiques prédatrices. Toutefois, les subventions croisées ne constituent pas un indice supplémentaire de sous-enchère, ni par ailleurs une condition en soi. Les entreprises dominantes non diversifiées sont également susceptibles de pratiquer une sous- ou surenchère. Tout au plus, la possibilité de subventions croisées donne des indications sur la capacité de l'entreprise à subventionner des baisses importantes de prix. Les conditions commerciales exceptionnellement favorables résultant de subventions croisées peuvent, selon les cas, s'avérer prédatrices (art. 7 II/d LCart), discriminatoires (art. 7 II/b LCart) ou inéquitable (art. 7 II/c LCart) (cf. *supra* N ■■■■ et ■■■■).

6. Décision d'interdiction et mesures correctives

- 231** Les décisions d'interdiction de la sous- ou surenchère comprennent, outre la constatation d'une pratique abusive illicite, l'injonction à l'entreprise dominante de cesser de pratiquer des prix ou d'autres pratiques prédatrices (v. sur ce sujet KËLLEZI, Mesures correctives, p. 244 ss). Ces mesures comportementales correspondent en règle générale à l'analyse effectuée par l'autorité en question. Ainsi, si la constatation de la sous-enchère abusive a été basée sur la moyenne du coût variable ou évitable ou sur les coûts totaux, l'autorité enjoindra à l'entreprise de s'abstenir de pratiquer des prix d'éviction ne lui permettant pas de couvrir respectivement ses coûts variables, évitables ou totaux. En outre, la décision comportera l'interdiction de continuer à mettre en œuvre tout plan d'exclusion des concurrents. Lorsque l'analyse a été basée sur un différentiel de prix, la décision d'interdiction peut également imposer un niveau minimum (ou maximum) de prix.

Les mesures structurelles – telles que les désinvestissements – restent l'exception et excèdent en principe ce qui est nécessaire pour éliminer l'effet d'éviction. De telles mesures ne sont envisageables et proportionnelles que dans le cadre du contrôle des concentrations d'entreprises. Les mesures de séparation comptable ou les « coupe-feux » (*firewalls*) atteignent, selon les circonstances, les mêmes objectifs tout en restant proportionnelles. 232

E. Limitation de la production, des débouchés ou du développement technologique (art. 7 II/e LCart)

L'art. 7 II/e LCart est une disposition nouvelle en droit suisse, inconnue sous l'empire de l'ancien droit et introduite par l'art. 22 II/f AP-LCart. La disposition constitue une reprise de l'art. 102/b TFUE (ex-art. 82/b TCE) qui sanctionne « la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs ». 233

La limitation de la production, des débouchés ou du développement technologique (« *die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung* » ; « *la limitazione della produzione, dello smercio o dello sviluppo tecnico* » ; « *restrictions on production, markets or technical development* ») vise les pratiques d'**entraves** et couvre potentiellement toute pratique d'exclusion (BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 397). L'art. 7 II/e LCart revêt un rôle subsidiaire par rapport aux autres exemples de l'al. II (BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 397), et n'entre en ligne de compte qu'en application conjointe avec les autres pratiques abusives visées par cet alinéa ou lorsqu'une pratique d'exclusion n'est pas couverte par un exemple de son catalogue. La liste des pratiques d'éviction de l'art. 7 II LCart étant plus complète que celle de l'art. 102 TFUE, l'art. 7 II/e LCart est appelé à être utilisé moins fréquemment que l'art. 102/b TFUE. Ce dernier constitue une norme de référence notamment en matière de refus d'entretenir des relations commerciales ainsi que de sous-enchère. 234

L'art. 7 II/e LCart n'a pas pour objet un contrôle systématique de la production ou de la politique d'innovation des entreprises en position dominante. Le comportement de l'entreprise dominante est abusif s'il **limite artificiellement l'accès** au marché ou l'expansion des concurrents actuels, sans que cela résulte de l'évolution normale de celui-ci (Mess-LCart, p. 569 ; TERCIER/VENTURI, Ententes, p. 79 ; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, p. 61 ; BORER, KG, Art. 7 N 25 s.). L'érection de barrières stratégiques à l'accès au marché a pour but de dissuader les concurrents potentiels, en rendant vraisemblable aux yeux de ceux-ci qu'une entrée sur le marché s'accompagnerait dans chaque cas de perte (RUFFNER, Grundlagen, p. 212 ; BALDI, Konzeption, p. 280). Une limitation de la production, des débouchés ou du développement technique n'est ainsi abusive que s'il y a atteinte à la capacité concurrentielle des concurrents (Mess-LCart, p. 569). Le contrôle des abus ne saurait être une source d'obligation pour les entreprises dominantes pour créer des débouchés ou imposer un développement technique (Mess-LCart, p. 569). 235

La condition supplémentaire posée par l'art. 102/b TFUE (ex-art. 82/b TCE), selon laquelle la limitation doit avoir lieu « **au préjudice des consommateurs** », n'est pas expressément reprise en droit suisse. Une partie de la doctrine considère que l'art. 7 II/e LCart reste indéterminé en l'absence d'une référence expresse au préjudice des consommateurs (BSK KG-AMSTUTZ/REINERT, Art. 7 N 400). Cette exigence est toutefois implicite : toute pratique d'entrave qui restreint la concurrence au sens de l'art. 7 LCart cause un préjudice direct ou indirect aux consommateurs et la protection des consommateurs reste l'objectif 236

final du droit de la concurrence. Par exemple, si les pratiques prohibées par l'art. 7 II/e LCart entravent directement l'accès des concurrents au marché, elles ont pour effet indirect de créer une « pénurie » artificielle de produits qui contribuent à une hausse des prix ou au maintien du niveau des prix, au détriment des consommateurs (ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 210).

- 237** En droit de l'Union européenne, la Cour a précisé à plusieurs reprises que le préjudice subi par le consommateur réside non seulement dans le préjudice pécuniaire direct, mais également dans le préjudice indirect que représente l'atteinte à la structure de la concurrence (CJCE, arrêt *Instituto Chemioterapico Italiano*, aff. jtes 6 et 7/73, Rec. 1974 p. 223, pt 32 ; TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 664, où le Tribunal a considéré que Microsoft avait porté atteinte à la structure de concurrence effective sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs en y acquérant, grâce à une pratique abusive, une part de marché importante ; TPI, arrêt *AstraZeneca*, aff. T-321/05, pt 353 ; v. ég. CJCE, arrêt *British Airways*, aff. C-95/04 P, Rec. 2007 I-2377, pt 107, où la Cour a considéré que la Commission et le Tribunal devaient uniquement démontrer que le système de primes appliqué par British Airways avaient eu un effet restrictif sur la concurrence ; ils ne devaient pas vérifier si ledit comportement avait causé un préjudice aux consommateurs au sens de l'art. 82/b TCE).
- 238** L'absence de référence expresse au préjudice des consommateurs en droit suisse doit être comprise en ce sens que l'art. 7 II/e LCart refuse d'ériger en une condition distincte la preuve d'un préjudice effectif pour les consommateurs. Un tel procédé imposerait une charge disproportionnée aux autorités ainsi qu'aux entreprises entravées dans leur exercice de la concurrence. En outre, dans l'hypothèse où la pratique entraîne des avantages pour les consommateurs à court terme, lesdits avantages doivent être appréciés par rapport au risque qu'engendrerait une atteinte importante à la structure de la concurrence à moyen ou à long terme, et ne peuvent justifier sans autre une pratique d'exclusion. En présence de barrières à l'entrée, il est très probable que l'atteinte à la structure de la concurrence soit durable et que les consommateurs subissent des désavantages à moyen et long terme. La discussion relative au critère du préjudice aux consommateurs soulève toutefois des questions fondamentales sur les objectifs du droit de la concurrence d'une part, et la mise en œuvre desdits objectifs d'autre part, que ce soit en droit de l'Union européenne ou en droit suisse. Le critère du préjudice aux consommateurs, entendu comme un critère qui se réfère à la sauvegarde du bien-être des consommateurs (*consumer harm test*), sert à limiter l'intervention du droit de la concurrence à la protection de la concurrence effective, à l'exclusion de la protection des intérêts des concurrents uniquement (HAWK, A propos de la concurrence « par les Mérites », p. 39 ; J. GUAL/M. HELLWIG/A. PERROT/M. POLO/P. REY/K. SCHMIDT/R. STENBACK, Rapport-EAGCP). Ce test doit être effectué dans le cadre des critères relatifs à la position dominante et aux pratiques d'exclusion afin d'éviter la protection des concurrents inefficients au préjudice de la concurrence effective et des consommateurs.
- 239** L'**entreprise dominante** peut soit limiter sa propre production, ses propres débouchés ou son propre développement technologique, soit **imposer à d'autres entreprises** d'adopter de telles mesures limitatives. De telles pratiques d'entraves peuvent notamment consister dans la création de surcapacité, dans le développement de produits différenciés ciblés, dans l'innovation, la recherche et le développement ainsi que dans des contrats de longue durée (RUFFNER, Grundlagen, p. 212 s.). Les pratiques abusives peuvent aussi avoir pour but d'augmenter les coûts des entreprises rivales, par exemple par l'introduction de

normes et spécifications techniques développées par l'entreprise dominante ou par une capture réglementaire par l'entreprise dominante (RUFFNER, Grundlagen, p. 213).

Pour limiter la production, les débouchés ou le développement technique, l'entreprise dominante utilise généralement les avantages concurrentiels dont elle dispose déjà. La **preuve** d'une limitation abusive peut s'avérer très difficile, particulièrement dans les cas où la conduite peut aussi être expliquée par des raisons commerciales ou techniques (Mess-LCart, p. 569 ; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, p. 61). De même, la mise au point de **tests** concurrentiels pour apprécier les pratiques d'entraves stratégiques non axées sur le prix se révèle difficile, car ces pratiques peuvent aussi constituer des comportements concurrentiels classiques (RUFFNER, Grundlagen, p. 213 s.). 240

Comme les autres états de fait exemplatifs de l'art. 7 II LCart, la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique n'est pas abusive si elle est justifiée par des **considérations commerciales légitimes** (Comco, DPC 1999/2, p. 204, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*, ch. 37-41, confirmé sur ce point par CoRe, DPC 1999/4, p. 618, ch. 5.1.3, mais annulée faute de vraisemblance suffisante de la faisabilité technique du fonctionnement simultané de plusieurs plates-formes numériques sur le même réseau câblé ; cf. *supra* N 62 et 79-87). 241

1. Limitation de la production

Les limitations de la production peuvent porter sur les produits ou les quantités (Mess-LCart, p. 569). Une limitation de la production est abusive si elle est artificielle, c'est-à-dire si elle ne résulte pas de l'évolution du marché, mais d'une stratégie de l'entreprise dominante visant à réduire l'offre et à faire ainsi monter les prix ou à maintenir ceux-ci à un niveau élevé (Mess-LCart, p. 569 ; Secrétariat Comco, DPC 2005/3, p. 458, *Reorganisation des Biomilchmarktes*, ch. 95). Ainsi, une réduction de la production est artificielle lorsqu'elle ne repose pas sur une modification de la demande ou de l'offre du marché, mais est le résultat des efforts délibérés des entreprises pour maintenir des prix élevés (Secrétariat Comco, DPC 2005/3, p. 458, *Reorganisation des Biomilchmarktes*, ch. 95). Les prix ou conditions commerciales inéquitables de l'art. 7 II/c LCart s'accompagnent le plus souvent, pour être efficaces, d'une limitation de la production selon l'art. 7 II/e LCart (RUFFNER, Verhaltensweisen, p. 844). L'entreprise titulaire d'un droit de propriété intellectuelle commet un abus lorsqu'elle décide de ne plus produire de pièces de rechange pour un modèle sur lequel elle détient un droit exclusif et qui est encore largement en circulation, même s'il n'est plus lui-même produit (CJCE, arrêt *Volvo c/Veng*, aff. 238/87, Rec. 1988, p. 6211, point 9). Une entreprise dominante n'est toutefois pas obligée d'augmenter sa production uniquement pour satisfaire les besoins spécifiques de ses clients (RITTER/BRAUN, Competition, p. 433 ; TPI, arrêt *Industrie des Poudres Sphériques*, aff. T-5/97, Rec. 2000 II-3755, pt. 77). 242

L'entreprise dominante ne limite pas, ou pas uniquement, sa propre production, mais tente aussi de restreindre celle de ses concurrents, par exemple en les rachetant et en fermant les sites de production ou en acquérant des brevets à de pures fins de blocage (VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 30 s. ; Mess-LCart, p. 569). 243

2. Limitation des débouchés

La limitation des débouchés peut résulter soit de clauses contractuelles par lesquelles l'entreprise dominante limite le marché géographique ou le type de clients auxquels elle 244

distribue ses produits (directement ou par l'intermédiaire de ses distributeurs), soit d'actions unilatérales par lesquelles l'entreprise dominante refuse par exemple de fournir certains acheteurs ou impose autrement à ses distributeurs une restriction du marché géographique ou du cercle des acheteurs (Mess-LCart, p. 569 ; HILDEBRAND, *Analysis*, p. 56 s. ; TPI, arrêt *Bayer AG c/Commission*, aff. T-41/96, Rec. 2000, p. II-3383). La restriction des débouchés peut, par exemple, consister en ce que l'entreprise dominante ne vend pas des composants d'un appareil qu'elle produit pour empêcher d'autres constructeurs d'accéder au marché en vendant des pièces compatibles avec les siennes (refus de Hilti de fournir des chargeurs pour pistolets de scellement aux clients qui ne se fournissaient pas également en clous auprès d'elle ; *Eurofix-Bauco/Hilti*, 88/138/CE, IV/30.787 et 31.488, JOCE 1988 L 65, p. 19, pt 75). L'entreprise renforce ainsi sa position dominante (Mess-LCart, p. 569). Une entreprise en position dominante limite les débouchés des autres concurrents lorsqu'elle se réserve des capacités de transmission tout en refusant de les mettre à disposition de ses concurrents (Comco, DPC 2007/3, p. 400, *Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable*, ch. 80 et 89). Le constructeur d'un véhicule abuse de sa position lorsqu'il laisse expirer et ne renouvelle pas le certificat d'homologation pour la version à conduite à gauche d'un véhicule dans un Etat, en rendant ainsi impossible la réimportation du véhicule à partir de cet Etat par des revendeurs situés au Royaume-Uni (CJCE, arrêt *British Leyland c/Commission*, aff. 226/84, Rec. 1986, p. 3263, pts 12-21 : le but était de protéger les distributeurs britanniques agréés contre les importations parallèles provenant d'autres Etats membres). La législation nationale qui interdit toute activité de placement de main-d'œuvre par des sociétés privées et confère un droit exclusif aux bureaux de placement publics enfreint les art. 106 § 1 et 102 TFUE (ex-art. 86 § 1 et ex-art. 82 TCE) en ce qu'elle crée une situation dans laquelle les bureaux publics de placement seront nécessairement amenés à commettre un abus par le simple exercice de leur droit exclusif, car ils ne sont manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour tous les genres d'activités (CJCE, arrêt *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979, pts 29-31 ; arrêt *Job Centre II*, aff. C-55/96, Rec. 1997, p. I-7119, pts 31-35). L'entreprise en position dominante qui bénéficie d'un contrat d'exclusivité assorti d'une possibilité de dérogation soumise à son accord est tenue de faire un usage raisonnable du droit de veto qui lui est reconnu par l'accord pour l'accès de tiers au marché. L'entreprise abuse de sa position dominante lorsqu'elle exerce son veto et demande le strict respect de l'accord, dans le cadre d'un plan destiné à évincer l'unique concurrent indépendant de l'accès au marché pertinent (TPI, arrêt *Compagnie maritime belge transports*, aff. jtes T-24, 25, 26 et 28/93, Rec. 1996, p. II-1201, pts 108 s.).

- 245** Une **clause d'interdiction de concurrence** imposée par une entreprise dominante à ses distributeurs peut être constitutive d'abus lorsque, à défaut d'opérateurs indépendants à même de commercialiser sur une échelle suffisamment vaste le produit dont il s'agit, les concurrents étrangers sont pratiquement réduits à s'adresser aux distributeurs de l'entreprise dominante s'ils désirent écouler ce produit dans le territoire de vente de celle-ci, ou lorsque ladite entreprise étend la portée de l'interdiction de concurrence au-delà de ce qui correspond à la nature du rapport juridique et économique en cause. Dans cette hypothèse, la clause d'interdiction de concurrence a pour effet de décourager l'entrée de concurrents sur le marché (CJCE, arrêt *Suiker Unie et autres c/Commission*, aff. jtes 40-48, 50, 54-56, 111, 113 et 114/73, Rec. 1975, p. 1663, pt 486).
- 246** La Comco a décidé que l'octroi de **rabais de fidélité** abusifs par une entreprise dominante constituait simultanément une discrimination entre les partenaires commerciaux de cette entreprise (art. 7 II/b LCart – *secondary line competition*) et une restriction des débouchés

des entreprises concurrentes (art. 7 II/e LCart – *primary line competition*) (Comco, DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT – Fachhändlerverträge*, ch. 38 ; de même ZÄCH, Verhaltensweisen, p. 211 s. ; cf. *supra* LCart 7 II/b N 166 et 182). En droit de l'Union européenne, la CJCE a aussi jugé qu'un rabais de fidélité abusif était incompatible tant avec l'art. 102/c TFUE (ex-art. 82/c TCE) (discrimination de partenaires commerciaux) qu'avec l'art. 102/b (ex-art. 82/b TCE) (restriction des débouchés) (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 ; SCHRÖTER, Art. 86, N 172).

Les clauses d'exclusivité imposées par une entreprise dominante dans ses accords de distribution peuvent, suivant les circonstances, être abusives selon l'art. 7 II/e LCart. Elles peuvent aussi être analysées comme des conditions commerciales inéquitables (cf. *supra* LCart 7 II/c N 215). Un fournisseur abuse de sa position dominante lorsqu'il conclut avec les détaillants – fût-ce à leur demande – des accords d'**approvisionnement exclusif** qui contraignent ceux-ci à se fournir, pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins, auprès de l'entreprise dominante, soit que l'obligation soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais (sur les rabais, v. *supra* LCart 7 II/b, N 180-184). En effet, la conclusion de contrats de fourniture exclusive avec un opérateur disposant d'une position dominante sur un marché constitue une entrave inacceptable à l'accès d'autres fournisseurs au marché (CJCE, arrêt *BPB Industries et British Gypsum c/Commission*, aff. T-65/89, Rec. 1993, p. II-389, pts 66-68 ; RITTER/BRAUN, *Competition*, p. 434).

247

Après que son monopole légal a été aboli, la Fédération 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 plus livrer qu'une panoplie réduite de produits et à des conditions financières désavantageuses aux vétérinaires qui se fourniraient aussi auprès d'entreprises d'insémination concurrentes. De telles clauses contractuelles étaient abusives, car elles avaient pour but et pour effet de conserver un monopole de fait à SVKB et d'entraver l'entrée sur le marché d'entreprises concurrentes, en limitant d'emblée leurs débouchés (Comco, DPC 1999/1, p. 75, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*, ch. 9 et 67). Lorsque la brasserie Feldschlösschen-Hürlimann prescrit par contrat à ses clients restaurateurs auprès de quels grossistes-dépositaires ils doivent se fournir en bières FHH, elle limite indirectement les débouchés des autres dépositaires concurrents (Comco, DPC 1999/1, p. 57, *Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren*, ch. 29, où les dépositaires consistaient, d'une part, en une filiale à 100 % de FHH et, d'autre part, en des dépositaires indépendants).

248

Lorsqu'un producteur de glaces disposant d'une position dominante met des congélateurs gratuitement à disposition des détaillants et en assure sans frais la maintenance, à condition que les détaillants n'y entreposent que des glaces dudit producteur, il incite les détaillants à s'approvisionner exclusivement auprès de lui. Une telle clause rend toute entrée et toute expansion sur le marché en cause plus difficile pour les concurrents de l'entreprise dominante. Elle nuit également aux intérêts des détaillants qui ne peuvent plus choisir librement leurs sources d'approvisionnement, ni la manière d'utiliser le plus efficacement leur espace de vente (en constituant une condition commerciale inéquitable, LCart 7 II/c, *supra* N 215) ; enfin, le choix de produits offert aux consommateurs se trouve restreint du fait de l'obligation d'achats exclusifs (*Van den Bergh Foods Limited*, IV/34.073, IV/34.395 et IV/35.436, JOCE 1998 L 246, p. 1, c. 262-271). La Commission européenne a

249

estimé abusif et a obtenu l'abandon dans l'Union européenne du programme de distribution exclusive de Visa International qui interdisait aux banques affiliées au réseau Visa d'émettre des cartes considérées comme concurrentes en Europe, mais les autorisait à émettre les cartes alliées MasterCard, Diners Club et JCB. La disposition aurait restreint la concurrence entre les systèmes mondiaux de cartes de crédit, en empêchant les systèmes de cartes concurrents d'accorder des licences à la très grande majorité des banques européennes. Elle aurait aussi restreint la concurrence entre les banques en rétrécissant l'éventail de produits qu'elles seraient en mesure d'offrir à leurs clients (IP/96/585 ; XXVI^e Rapport de la Commission européenne sur la politique de concurrence – 1996, point 63 et p. 156 s.).

3. Limitation du développement technique

a) Limitation du développement technique de l'entreprise

- 250** Il est très difficile de démontrer qu'une entreprise abuse de sa position dominante en limitant son **propre développement technologique**. Par un tel comportement, l'entreprise s'expose en effet à un effritement de ses parts de marché et à l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents qui tireraient partie de leurs propres percées technologiques (Mess-LCart, p. 569). Les autorités de concurrence européennes ont jugé qu'il y a abus lorsqu'une entreprise dominante exploitant une installation essentielle refuse de recourir à une technologie moderne, ce qui entraîne pour les utilisateurs de l'installation un accroissement du coût des opérations et un allongement des délais d'exécution de celles-ci (CJCE, arrêt *Porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec. 1991, p. I-5889, pt 19). Une restriction de son propre développement technique par une entreprise dominante (entreprise publique jouissant d'un monopole légal) est abusive en raison des seuls coûts et délais supplémentaires occasionnés aux consommateurs, sans démontrer aucune atteinte de ce fait à la structure de la concurrence (CJCE, arrêt *Porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec. 1991, p. I-5889, pt 19). Il en résulte, en droit européen, une certaine obligation d'efficacité à la charge des entreprises dominantes (WAELEBROECK/FRIGNANI, Commentaire, N 573).
- 251** Une entreprise dominante peut aussi restreindre abusivement le **développement technologique d'autres entreprises**. Le refus par Cablecom, qui disposait d'une position dominante sur le réseau du câble TV en Suisse alémanique, de donner accès aux *head-ends* de son réseau câblé à Teleclub AG, une chaîne de télévision payante qui souhaitait transmettre des films sur une plate-forme numérique, était apparemment abusif. Cette constatation *prima facie* a conduit la Comco à ordonner à Cablecom, par mesures provisoires, d'octroyer l'accès à Teleclub. L'accès demandé par Teleclub impliquait des modifications techniques au niveau des *head-ends* du réseau câblé ainsi que l'installation des décodeurs numériques (*set-top boxes*) chez chaque abonné. Le refus opposé par Cablecom restreignait le développement technique de Teleclub, car il retardait l'introduction de la première plate-forme numérique en Suisse alémanique, et car il permettait à Cablecom de lancer la première sa propre plate-forme numérique – lancement qui était déjà planifié –, et d'imposer son propre standard technique pour les *set-top boxes*. Le refus d'accès empêchait ainsi le développement de la concurrence tant sur le marché des standards techniques pour les *set-top boxes* (software) que sur celui des programmes de télévision numérique. Les obstacles techniques et autres problèmes de configuration du réseau invoqués par Cablecom ne constituaient pas des raisons commerciales légitimant son refus d'accès, car Cablecom était au même moment en train de moderniser son réseau câblé, de sorte qu'il était prématuré d'affirmer et impossible de démontrer que l'exploitation parallèle de plu-

sieurs plates-formes numériques engendrerait des problèmes techniques. Cablecom n'avait d'ailleurs justifié son refus à Teleclub que par la considération qu'on ne pouvait attendre des abonnés au câble TV qu'ils utilisent parallèlement plusieurs *set-top boxes*, et elle n'avait invoqué des obstacles techniques qu'à partir de l'enquête de la Comco. Enfin, Teleclub s'était engagée à exécuter à ses propres frais les adaptations techniques nécessaires sur les head-ends du réseau de Cablecom (Comco, DPC 1999/2, p. 204, *Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG*, ch. 33-41 ; v. ég. Comco, DPC 2007/3, p. 400, *Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable*). Par la suite, la CoRe a cependant annulé l'octroi des mesures provisoires, faute de vraisemblance suffisante de la faisabilité technique du fonctionnement simultané de plusieurs plates-formes numériques sur le même réseau câblé. Une telle impossibilité technique, si elle était prouvée, constituerait une considération commerciale légitimant la limitation du développement technique imposée à Teleclub par le refus d'accès de Cablecom (CoRe, DPC 1999/4, p. 618, c. 5.1.3).

b) Utilisation abusive de droits de propriétés intellectuelles

Des limitations du développement technologique d'autres entreprises sont en particulier rendues possibles par l'utilisation abusive de droits de **propriété intellectuelle**. En droit européen, on ne saurait déduire de la simple titularité d'un droit de propriété intellectuelle, en dépit du caractère exclusif de ce droit, une présomption de position dominante. Celle-ci ne s'apprécie qu'en fonction du marché de produit ou service en cause (CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission*, « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. 743, pt 46 ; LCart 4 II N 144 et art. 3 II LCart). Par ailleurs, un abus de position dominante ne peut, en règle générale, résulter de la seule détention d'un droit de propriété intellectuelle, mais seulement, et dans des circonstances particulières, des conditions et modalités d'**exercice** de ce droit exclusif (cf. *supra* LCart 7 II/a N 157-161). L'exercice du droit exclusif peut donner lieu à des abus tels que le refus arbitraire de livrer des produits ou services, la fixation de prix inéquitable ou la limitation de la production ou des débouchés (CJCE, arrêt *Volvo c/Veng*, aff. 238/87, Rec. 1988, p. 6211, pt 9). De même, en droit suisse, la LCart n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle (cf. LCart 3 II ; ATF 126 III 129, c. 9a et b ; art. 3 II LCart).

252

Le simple **refus** du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'accorder une **licence** à un concurrent, même en contrepartie de redevances raisonnables, n'est pas, à lui seul, abusif, car cette restriction à la concurrence est inhérente à la substance même du droit de propriété intellectuelle (art. 3 II LCart ; CJCE, arrêt *Volvo c/Veng*, aff. 238/87, Rec. 1988, p. 6211, pts 7-8). Toutefois, exceptionnellement, un refus de licence est abusif lorsque le droit exclusif porte sur un produit ou service qui est indispensable pour l'exercice de l'activité envisagée par l'entreprise requérante, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, et de sorte que le refus empêche la requérante d'entrer sur le marché, *ou* lorsque le refus de licence concerne un produit ou service qui est indispensable pour la mise au point d'un produit nouveau dont l'apparition serait autrement entravée, malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière, et que le refus n'est pas justifié par des considérations objectives, et qu'il est de nature à empêcher ou exclure toute concurrence sur le marché dérivé au détriment des consommateurs. Dans de tels cas, le titulaire du droit de propriété intellectuelle peut être contraint d'accorder une licence, contre une rémunération équitable (CJCE, arrêt *RTE et ITP c/Commission* « *Magill* », aff. jtes C-241 et 242/91 P, Rec. 1995, p. I-743, pts 49-56 ; arrêt *IMS Health*, aff. C-418/01,

253

Rec. 2004 p. I-5039 ; MÜLLER, *Essential Facilities*, p. 237 ; cf. ég. *supra* LCart 7 II/a N 157-161). Dans l'affaire *Microsoft*, le Tribunal a clarifié le fait que la limitation quant à l'apparition d'un produit nouveau ne constituait pas l'unique paramètre permettant de déterminer si un refus de donner en licence un droit de propriété intellectuelle est susceptible de porter préjudice aux consommateurs au sens de l'art. 102/b TFUE ; un tel préjudice peut survenir en présence d'une limitation non seulement de la production ou des débouchés, mais aussi du développement technique en raison du manque d'interopérabilité entre les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail concurrents (TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, p. 647).

- 254** Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ne commet en revanche aucun abus en refusant une licence à une entreprise qui est déjà active sur une grande part du marché concerné et qui n'est pas non plus empêchée d'y poursuivre son activité, alors que le titulaire du droit lui-même est absent de ce marché et n'y a pas non plus conféré de licence à d'autres opérateurs concurrents. Le PMU français, non actif sur le marché belge, pouvait ainsi valablement refuser à la société Ladbroke une licence pour la transmission télévisée en Belgique des courses hippiques françaises, alors même que Ladbroke occupait déjà une grande part du marché belge des prises de paris. De plus, la transmission télévisée des courses hippiques n'était qu'un service complémentaire offert aux parieurs, mais elle n'était pas indispensable à l'exercice de l'activité principale des bookmakers, ne serait-ce que parce qu'elle s'effectue après l'engagement des paris. Le refus de contracter n'impliquait ainsi aucune restriction de concurrence sur le marché belge (CJCE, arrêt *Tiercé Ladbroke c/Commission*, aff. T-504/93, Rec. 1997, p. II-923, pts 130-133).
- 255** L'**acquisition** par une entreprise dominante d'une **licence exclusive de brevet** portant sur un nouveau procédé industriel, qui constitue la seule alternative existante à sa propre technologie, est abusive dès lors qu'elle a pour effet de renforcer la position déjà très forte de l'entreprise concernée sur le marché en cause et d'empêcher ou de retarder considérablement l'entrée d'un nouveau concurrent sur ce marché (CJCE, arrêt *Tetra Pak I*, aff. T-51/89, Rec. 1990, p. II-309, pt 23). La non-commercialisation des brevets acquis a pour effet de limiter les débouchés des concurrents ou de limiter la production de produits fabriqués à la base de cette technologie (P. DUCREY, *Interdependenzen zwischen Aktien- und Kartellrecht*, RSDA 2004/6, p. 401-412, 409 s.). Constitue aussi un abus l'obtention ou le simple maintien de « **brevets de blocage** » (*Sperrpatente*), d'accords de licence croisés ou de groupement de brevets (*patent pools*) que l'entreprise dominante détient dans le seul but d'empêcher l'entrée sur le marché d'autres entreprises ou d'entraver le progrès technique de celles-ci (v. MARTI, *Patent Pooling*, 420 s.).
- 256** Le refus de divulguer des informations relatives à l'**interface technique** limite le développement technique sur le marché voisin de technologies ou de produits complémentaires. La Comco a considéré que le refus par SIX Multipay de fournir à ses concurrents des informations d'interface, informations indispensables pour le fonctionnement du service de conversion de monnaie (DCC) des terminaux de paiement des concurrents, limitait le développement technique sur le marché des terminaux (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 500 ss). En outre, la restriction des conditions de la concurrence sur le marché des terminaux avait pour effet de restreindre le choix des commerçants, ce qui empêchait une concurrence par les mérites sur le marché (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC]*, ch. 500 ss). Le comportement de SIX Multipay remplissait les conditions de différentes pratiques abusives : le refus de fournir des informations d'interface a été considéré à la

fois comme refus de contracter (art. 7 II/a LCart), comme une vente liée interdite (art. 7 II/f LCart), comme une pratique discriminatoire (art. 7 II/b LCart) ainsi que comme une pratique qui limitait le développement technique (art. 7 II/e LCart).

Un abus peut aussi résider dans les **conditions mises à l'octroi d'une licence**. Abuse de sa position dominante l'entreprise qui **prolonge les négociations** pour l'octroi à un concurrent d'une licence de droit sur un brevet qu'elle détient, en formulant des exigences manifestement exagérées en ce qui concerne le **montant des redevances** auxquelles elle peut prétendre (TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pt 99). Une association disposant d'un monopole sur les données nécessaires aux entreprises de software pour développer des programmes de devis et de calcul de prix, abuse de sa position dominante en soumettant l'octroi d'une licence d'utilisation de ses données à un test préalable de compatibilité des programmes. En effet, l'association, qui produit également ses propres logiciels et est ainsi en concurrence avec les fabricants de software indépendants, conserve le pouvoir de décision quant à la compatibilité des programmes informatiques soumis et acquiert de ce fait des informations sur le savoir-faire technique et les secrets d'affaires des fabricants indépendants (Secrétariat Comco, DPC 1998/3, p.369, *Devisierungs-, [Vor] Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB*, ch. 35-46 : violation simultanée de l'art. 7 II/c et e LCart). 257

Des restrictions de nature **contractuelle**, contenues dans des **accords de distribution**, d'exclusivité ou de **licences** ou dans des interdictions de concurrence peuvent aussi constituer un moyen, pour l'entreprise dominante, de limiter la production ou le développement technique d'un cocontractant. De telles conditions contractuelles peuvent, selon les circonstances, consister simultanément en l'imposition de conditions commerciales inéquitables selon l'art. 7 II/c LCart (MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 61 ; cf. *supra* N 255 et 215). 258

Une entrave abusive à l'innovation peut aussi consister à garder secret du **savoir-faire** (*know-how*), afin d'entraver le développement de produits complémentaires concurrents. Tel est notamment le cas lorsqu'une entreprise refuse de fournir les données techniques relatives à un produit très spécialisé qu'elle produit afin d'empêcher d'autres entreprises de mettre au point des produits destinés à compléter ces biens (Mess-LCart, p. 569). Ainsi, un fabricant de système d'exploitation informatique peut être tenu d'informer suffisamment tôt les concepteurs de programmes des données techniques relatives à son nouveau système d'exploitation (v., p. ex., les engagements de IBM in : Bulletin CE, partie « Documentation », n° 10/1984, p. 100-107 ; LOMHOLT, *Undertaking*, p. 7 ss). 259

c) Autres cas

Lors du **lancement d'un nouveau produit** par une entreprise dominante, le **contenu de l'annonce** faite aux concurrents et aux clients, ou l'absence de toute annonce, peut, dans certaines circonstances, constituer un comportement abusif. En premier lieu, l'**annonce anticipée** (*premature announcements*) de la sortie d'un nouveau produit peut constituer un moyen pour l'entreprise dominante d'inciter les clients potentiels à différer leur achat jusqu'à la mise en vente de son nouveau produit et de dissuader ainsi ces mêmes clients d'acheter immédiatement un produit concurrent. Selon la pratique antitrust américaine, l'annonce d'un nouveau produit deux ans avant qu'il ne soit effectivement disponible est prématurée, *i. e.* abusive, alors que tel n'est pas le cas pour une annonce anticipée de six mois. L'appréciation dépend aussi de la question de savoir si l'entreprise dominante était 260

d'emblée consciente, au moment de l'annonce, que le délai annoncé ne serait pas tenu (ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 196, et les références citées). En second lieu, une entreprise dominante qui fabrique plusieurs produits complémentaires, comme des appareils photographiques et des films, ou des ordinateurs et des périphériques, et qui lance un nouveau produit sans en communiquer préalablement les caractéristiques techniques à ses concurrents, bénéficie d'un avantage concurrentiel du fait qu'elle est la première sur le marché. Cet avantage est en principe légitime, car il récompense l'entreprise pour son effort d'innovation. Ainsi, lorsque Kodak a lancé un nouvel appareil photographique accompagné d'un nouveau film dont le format n'était compatible qu'avec le nouvel appareil, elle n'était pas tenue d'en informer préalablement (« *predisclosure* ») les fabricants d'appareils photographiques concurrents. Durant la période de lancement, Kodak pouvait en particulier bénéficier légitimement du fait que tout consommateur souhaitant utiliser le nouveau film était obligé d'acquérir le nouvel appareil Kodak, et cela tant que les concurrents n'avaient pas comblé leur retard technologique en fabriquant de nouveaux appareils compatibles avec les films Kodak (*Berkey Photo Co. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2 d 263 [2 d Cir. 1979]). Il faut toutefois que le nouveau produit ou le produit modifié lancé par l'entreprise dominante représente un progrès technologique ou permette une production à moindre coût, et ne constitue pas simplement une manœuvre de l'entreprise dominante destinée à écarter temporairement des concurrents du marché (*California Computer Products Corp. v. IBM Corp.*, 613 F.2 d 727, 743 [9 th Cir. 1979]). En revanche, si le produit ou service nouveau concerne une « **facilité essentielle** » à laquelle l'entreprise dominante est tenue de donner accès, l'information y relative doit être donnée simultanément à tous les concurrents (Comco, DPC 1997/2, p. 161, *Telecom PTT/Blue Window*, ch. 40-46).

F. Affaires liées (art. 7 II/f LCart)

1. Généralités

- 261** L'art. 7 II/f LCart correspond à l'art. 6 III aLCart-1985 (affaires liées ; cf. SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 380 s. ; HOMBURGER, KG, Art. 6 N 75-83) et à l'art. 102 II/d TCE (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).
- 262** Les affaires liées ou jumelage (« *Koppelungsverträge* » ; « *tying* » ou « *bundling* »), au sens de l'art. 7 II/f LCart, visent la vente de deux ou plusieurs produits distincts par une entreprise par opposition à la vente individuelle de ces produits. L'art. 7 II/f LCart se réfère à la subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation ou à la fourniture de prestations supplémentaires (« *die Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen* » ; « *la subordinazione della conclusione di contratti all'assunzione o alla fornitura di ulteriori prestazioni da parte del partner* » ; « *the condition that partners accept additional goods or services* »). La forme la plus connue est la vente liée (« *tying* ») qui comporte le jumelage de deux produits, l'un disponible seulement à l'achat de l'autre. Le même effet est réalisé en liant techniquement les deux produits, l'un ne pouvant être utilisé qu'avec l'autre (*technical bundling* ; v. Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]*, ch. 516). Une entreprise peut offrir également un paquet de biens, les produits composants étant ou non disponibles de manière séparée. Lorsque les biens qui composent le paquet sont offerts uniquement dans cette forme, il s'agit d'une vente liée ou groupée pure (*pure bundling*). L'entreprise peut

choisir de rendre disponibles les produits de manière individuelle et sous la forme d'un paquet (*mixed bundling*). Dans ce cas, la vente groupée mixte est effectuée par le biais de mesures incitatives indirectes comme les rabais ou d'autres mesures économiques incitatives (*commercial tying* ; sur les différentes formes d'affaires liées, v. B. CARRON, Les transactions couplées en droit de la concurrence : analyse économique et juridique comparée, Zurich 2004, N 74 ss ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 493 ss). Sous certaines conditions cumulatives présentées aux N ■■■■, toutes ces formes de vente liée peuvent constituer une pratique abusive au sens de l'art. 7 II/f LCart. Aucune de ces pratiques n'est illicite en soi ; l'examen de l'effet anticoncurrentiel de ces pratiques doit être effectué au cas par cas.

Les affaires liées faussent la concurrence en constituant d'abord une pratique d'**entrave**, 263 et indirectement aussi une pratique d'**exploitation**. L'entreprise dominante, d'une part, bénéficie d'une rente de monopole et porte atteinte à la liberté de choix de ses partenaires commerciaux en les contraignant à accepter un produit ou service supplémentaire qu'ils ne souhaitaient pas acquérir ou qu'ils auraient pu acheter ailleurs ou moins cher et, d'autre part, limite ou exclut les possibilités de vente de ses concurrents sur le marché du produit ou service supplémentaire (v. Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]*, ch. 506 ; DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ch. 195). L'effet anticoncurrentiel peut se produire soit sur le marché lié, soit sur celui liant, ou sur les deux. Par une pratique d'affaires liées, l'entreprise **exploite sa position dominante sur le marché du produit « liant »** (« *tying product* ») comme un **levier** (effet de levier ou « *leverage effect* ») pour **étendre** sa puissance sur le marché du **produit « lié »** (« *tied product* ») pour lequel elle ne dispose pas d'une position dominante (Secrétariat Comco, DPC 2005/1, p. 46, *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*, ch. 54 ; v. *supra* N 57). Le jumelage a ainsi pour effet d'**entraver la concurrence** sur le marché du **produit « lié »** (« *Verdrängungseffekt* » ; v. Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]*, ch. 506 ; v. Secrétariat Comco, DPC 2005/1, p. 46, *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*, ch. 57 et 61, dans lequel le Secrétariat a nié l'impact négatif sur le marché des produits liés ; Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, ch. 126 ; MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 62 ; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 845 ; BORER, KG, Art. 7 N 27 ; WAELBROECK/FRIGNANI, *Commentaire*, N 600 ; en droit de l'Union européenne, v. Orientations UE Art. 82 TCE, § 49). De surcroît, les ventes liées peuvent avoir pour effet de **protéger** la position de l'entreprise dominante sur le marché du produit liant (effet de levier défensif ou « *defensive leveraging* »). Enfin, les ventes liées augmentent les barrières à l'entrée sur le marché lié ou liant, ou sur les deux.

Le traitement des ventes liées a évolué d'une interdiction *per se* aux Etats Unis (*Standard Oil Co. v. United States*, [1949] 337 U.S. 293, 305-306 : « *tying agreements serve hardly any purpose beyond suppression of competition* ») à un examen casuistique qui met l'accent sur les effets sur le marché. La **littérature économique** a contribué d'une part à identifier les conditions dans lesquelles ces pratiques peuvent avoir un effet nuisible sur la concurrence et d'autre part à mettre en évidence les gains d'efficacité pour le bien-être de la collectivité et des consommateurs. L'approche de l'interdiction *per se* a été abandonnée sous l'influence de l'Ecole de Chicago, selon laquelle un monopoliste n'aurait aucun intérêt à lier un produit offert sur un marché concurrentiel, car celui-ci ne peut tirer qu'une 264

seule rente de monopole sur le produit en position dominante (STIGLER, *Industry*, p. 165). D'autres études ont examiné l'utilisation de cette pratique comme instrument de discrimination par les prix (ADAMS/YELLEN, *Bundling*, p. 475-498 ; on rappelle qu'en termes économiques, la discrimination par les prix constitue une pratique efficiente et n'a pas de connotation négative). L'offre groupée de produits permet aux entreprises de réaliser des gains d'efficience sous la forme d'économies d'échelle ou de gamme, ou de garantir la qualité des produits et de préserver leur réputation ; les produits groupés permettent aux consommateurs de réduire les coûts d'assemblage des produits et les coûts de transaction (CARLTON/GREENLE/WALDMAN, *Pricing*, p. 598 ; SPIER/DANA, *Bundling* ; pour une vue d'ensemble de la littérature économique sur les gains d'efficience, v. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 508 ss). Ces travaux ainsi que le fait que les ventes liées sont extrêmement courantes dans la vie de tous les jours résultent en une approche nuancée concernant l'intervention du droit de la concurrence pour interdire de telles pratiques, approche qui se concentre sur l'examen des effets positifs et négatifs de cas en cas.

- 265** Les conclusions de l'École de Chicago ont été remises en question dans l'hypothèse où le marché du produit lié n'est pas parfaitement concurrentiel et que les deux produits ne sont pas combinés dans des proportions fixes. En présence d'économies d'échelles, d'effets de réseaux et d'effets liés à la courbe d'apprentissage (*learning curve effects*) sur le marché du produit lié, les concurrents risquent d'être évincés en raison de la baisse de leurs ventes et de leurs profits (v. WHINSTON, *Tying*, p. 838). Les concurrents voient leur base de client se réduire (*customer foreclosure*) ; les ventes liées peuvent également conduire au blocage des matières premières (*input foreclosure*), à l'instar du refus de contracter. Lorsque l'entrée sur les deux marchés est nécessaire ou augmente la valeur des produits existants sur le marché lié, la réduction de l'échelle de production des concurrents diminue leur capacité à entrer sur le marché primaire ou liant : l'éviction sur le marché du produit lié est susceptible d'avoir pour effet de protéger la position et le pouvoir de l'entreprise sur le marché du produit primaire, en particulier lorsque le produit lié est à la fois complémentaire et substitut du produit liant (effet de levier défensif ou « *defensive leveraging* ») (CARLTON/WALDMAN, *Tying*, p. 194-220 ; WHINSTON, *Tying* ; VAN DEN BERGH/CAME-SASCA, *Competition*, p. 265-271).
- 266** En outre, les ventes groupées peuvent augmenter les barrières à l'entrée aux marchés des produits liés, indépendamment de l'hypothèse du transfert du pouvoir de marché (NALEBUFF, *Bundling*, p. 159-187 ; CARLTON/WALDMAN, *Tying*, p. 194-220 ; CHOI/STEFANADIS, *Investment*, p. 52-71 ; WHINSTON, *Tying*, p. 837-859). L'effet négatif sur les barrières à l'entrée devient plus important avec l'augmentation du nombre de produits dans le paquet : il sera plus difficile pour les concurrents de répliquer avec un paquet identique et encore plus difficile pour un concurrent qui produit un seul produit (v. NALEBUFF, *Bundling*, p. 159-187 ; BAKOS/BRYNJOLFSSON, *Internet*, p. 63-82). L'augmentation des barrières à l'entrée est susceptible d'intervenir même en l'absence d'engagement ferme de lier les produits (« *commitment* » : ce terme économique se réfère à l'engagement d'une entreprise de mener à terme un comportement donné, dans le cas des ventes liées soit en s'engageant contractuellement ou techniquement à une vente liée, soit en construisant une réputation d'une entreprise qui maintient des prix bas pour l'ensemble des produits ; v. NALEBUFF, *Bundling*, p. 162 s.). Enfin, les ventes liées peuvent avoir un effet négatif sur l'innovation. Même en absence d'exclusion des concurrents du marché, les ventes liées peuvent réduire la motivation des concurrents à innover à long terme puisque leur échelle ne leur permet pas de répartir les coûts de l'activité de recherche et de développement (CHOI, *Innovation*, p. 83).

Ces travaux mettent l'accent sur l'impact dommageable de ces pratiques sur la structure du marché qui peut résulter à son tour dans des prix élevés ou dans une réduction de la diversité ou de l'innovation. Les théories économiques fondent leurs conclusions sur des hypothèses strictes et doivent être confrontées avec le cas en l'espèce pour pouvoir les appliquer à un cas concret. Toutefois, nous pouvons en général conclure que la probabilité d'effets anticoncurrentiels augmente si l'entreprise dominante détient un pouvoir de marché important sur un des marchés et que le marché du produit « lié » est caractérisé par des économies d'échelle, des effets de réseaux ou une base de clients installés (« *installed base* ») (CARLTON/GREENLE/WALDMAN, Pricing, p. 602). C'est dans ces conditions que les ventes liées ou groupées sont susceptibles d'avoir des effets d'éviction sur le marché lié ou liant, d'augmenter les barrières à l'entrée ou de réduire l'incitation à innover des concurrents (v. pour une vue d'ensemble P. KËLLEZI, Bundling, p. 156 s. ; CHOI, Tying, p. 61 ss ; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, Competition, p. 265-271).

Tel est le cas soit lorsque le produit liant est vendu uniquement avec le produit lié, soit lorsque les deux produits sont aussi vendus séparément, mais que le produit liant est toujours vendu à un « prix lié », de sorte que le consommateur paie le même prix ou un prix peu élevé qu'il prenne ou non le produit lié. Dans les deux cas, le consommateur achetant le produit liant a aussi droit à la fourniture du produit lié ; il est en conséquence peu vraisemblable qu'il achète de surcroît la version du produit lié d'un concurrent, car il paierait alors une seconde fois le prix, et cela même si son analyse qualité/prix l'aurait conduit à préférer le produit concurrent s'il avait eu le choix. Ainsi, Microsoft était accusé d'avoir lié illégalement la vente du système d'exploitation Windows avec son navigateur Internet Explorer, ce qui faisait craindre un *leverage* de la position dominante de Microsoft sur le marché des *browsers* (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 84-97 [D.C. Cir. 2001]). Lorsque l'entreprise aura acquis aussi une position dominante sur le marché du produit « lié », elle pourra y élever ses prix au détriment des consommateurs (JUNOD MOSER, Conditions générales, p. 247). Par ailleurs, les pratiques de jumelage réduisent la transparence des prix pour l'acheteur qui ne sait pas quelle partie du prix est destinée à rémunérer quelle prestation. Même lorsque les prix sont annoncés séparément, l'entreprise dominante peut les manipuler.

Les pratiques d'affaires liées peuvent impliquer un **refus de contracter** de l'entreprise dominante pour une seule des prestations (le **produit « liant »** sur lequel elle dispose d'une position dominante) qu'elle entend commercialiser de manière jumelée, refus qui peut s'avérer abusif selon les circonstances (cf. **art. 7 II/a LCart** ; Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]*, ch. 505 ss ; cf. *supra* N 120 ; KORAH, Competition-Guide, p. 163). Le refus de Swisscom d'installer le système de communication « Centrex » lorsque l'installation comportait des composants qui ne se trouvaient pas dans son propre assortiment (mais provenaient de fournisseurs ou installateurs concurrents) équivalait à imposer la vente liée du système Centrex et des composants. Cette pratique ne pouvait être justifiée que si les composants fournis par les concurrents causaient des dérangements à l'intégrité technique du réseau Centrex (Comco, DPC 1998/3, p. 377, *Swisscom – Centrex*, ch. 1, 5, 8, 14, 16 s.). Le groupe RTL avait décidé de commercialiser de manière liée le service de diffusion d'émission sur la chaîne télévisée RTL et le service de standard téléphonique du régisseur publicitaire appartenant au groupe RTL. Cette pratique entraînait un refus de la chaîne de télévision RTL de diffuser les émissions de télémarketing des entreprises de télémarketing qui n'utilisaient pas aussi le standard téléphonique du régisseur publicitaire du groupe RTL (CJCE, arrêt *CBEM c/CLT et IPB*, « *Télémarketing* », aff. 311/84, Rec. 1985, p. 3261, pts 26 s.). De même, *British*

Sugar refusait, sans justification objective, d'approvisionner en sucre les clients qui n'acceptaient pas que *British Sugar* elle-même assure la livraison du sucre de l'usine jusqu'à destination. Le refus de vente constituait simultanément une affaire liée. Cette pratique abusive permettait à *British Sugar*, qui détenait une position dominante sur le marché britannique du sucre, de se réserver l'exclusivité de l'activité auxiliaire du transport du sucre, éliminant de la sorte toute concurrence sur la livraison des produits (*Napier Brown – British Sugar*, 88/518/CEE, IV/30.178, JOCE 1988 L 284, p. 41, pts 69-72).

270 Dans une pratique de jumelage, la clause relative au **produit « lié »** peut, selon les circonstances, être **inéquitable** au sens de l'**art. 7 II/c LCart**. Ainsi, le refus par une entreprise dominante d'honorer la garantie dont bénéficient ses appareils en cas d'utilisation avec ceux-ci de produits consommables produits par d'autres fabricants est une condition inéquitable à moins que cette exigence ne soit techniquement nécessaire. Ce refus de garantie est simultanément un moyen indirect de mettre en œuvre une pratique de jumelage, car il contraint les distributeurs à n'utiliser que des pièces de rechange d'origine lors de réparations de la machine (TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pts 27 et 101). Les mêmes considérations valent lorsque la garantie attachée à la vente d'un produit est subordonnée à la condition que les réparations soient effectuées par un distributeur agréé du fabricant (jumelage de la vente et des services d'entretien : cf. ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 221). En Suisse, la Comco a ouvert une enquête à l'encontre des Chemins de fer fédéraux (CFF), en raison d'une pratique de jumelage 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 à un prix plus avantageux par un concurrent des CFF (LCart 7 II/f). L'obligation faite à Lokoop d'acquiescer ces dernières prestations auprès des CFF consistait simultanément en l'imposition de conditions commerciales inéquitables selon l'art. 7 II/c LCart (DPC 2000, p. 1, ch. 37-39, *Lokoop AG vs. SBB*). A notre avis, la clause relative au produit « lié » ne peut être automatiquement qualifiée d'inéquitable, en raison du seul fait que son acceptation est imposée. Selon les conditions posées par l'art. 7 II/c LCart, le caractère inéquitable doit résider dans les conditions commerciales elles-mêmes qui sont attachées à la fourniture du produit « lié ». La vérification du caractère équitable ou non de la clause doit être effectuée de cas en cas, selon les critères généraux déduits de l'art. 7 II/c LCart (cf. *supra* N 191).

271 L'abus résultant de prestations liées peut exister du côté de l'offre ou de la demande (Mess-LCart, p. 570). Du côté de l'**offre**, le cocontractant ne peut être contraint par l'entreprise dominante d'accepter des prestations supplémentaires qui sont sans rapport (ou n'ont qu'un rapport lointain) avec la transaction de base, lorsqu'il n'en a pas besoin ou qu'il peut les acquiescer moins cher ailleurs (Mess-LCart, p. 570). Il y a notamment affaires liées lorsque, dans la distribution de films, le distributeur oblige l'exploitant de salles à acquiescer en bloc un paquet de films, qui contient un bon et plusieurs mauvais films (WEBER, *Medienrelevanz*, p. 22 s.). L'obligation imposée par l'entreprise dominante aux revendeurs de commercialiser sa ligne complète de produits et d'éventuels services accessoires (« *full-line forcing* ») peut aussi constituer un abus de position dominante (RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 845). Les contrats par lesquels Télécom PTT n'octroie le rabais maximal de fidélité qu'aux installateurs qui, non seulement se fournissent exclusivement auprès d'elle, mais encore commercialisent sa ligne entière de produits et services, sont abusifs et violent l'art. 7 II/b et e LCart (Comco, DPC 1997/4, p. 506, *Telecom PTT – Fachhändlerverträge*, ch. 5 et 36-38). L'entreprise disposant d'une **puissance d'achat** ne

peut pas non plus contraindre son partenaire commercial à lui fournir des prestations supplémentaires sans rapport raisonnable avec la transaction de base, et à des conditions particulièrement favorables (Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*, ch. 126-128). Un tel état de fait devrait en pratique être plus simplement appréhendé sous l'angle de l'art. 7 II/c LCart.

2. Conditions

Un jumelage ou *tying* est abusif à **cinq conditions cumulatives**. (a) Il faut d'abord que l'entreprise dispose d'une position dominante sur le marché du premier produit (« produit liant »; « *tying product* ») ou d'un des produits du paquet de biens. (b) L'entreprise subordonne la vente du produit liant à celle du produit lié, de sorte que le partenaire commercial est contraint ou incité à acheter aussi à l'entreprise le produit lié. (c) Troisièmement, le produit supplémentaire (« produit lié ») ne doit pas avoir de lien objectif avec le premier produit, en ce sens que le produit liant et le produit lié sont deux produits distincts (« *two separate products* »). (d) Quatrièmement, la pratique de jumelage doit produire un effet anticoncurrentiel sur le marché du produit supplémentaire lié ou celui liant. (e) Enfin, la vente liée ne doit pas être objectivement justifiée (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]*, ch. 513 ; Secrétariat Comco, DPC 2005/4, p. 605, *Clauses d'architecte ou d'entrepreneur*, ch. 62 ; en droit de l'Union européenne, v. Commission, COMP/C-3/37.792 *Microsoft* 2007/53/EC, [2007] JO L32/23 [résumé], ch. 794, confirmé par le Tribunal, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 859 ; Orientations UE Art. 82 TCE, § 50 ; en droit américain, v. *United States v Microsoft Corp*, 253 F.3d 34 [D.C. Cir. 2001] ; *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.*, 504 U.S. 451, 461-462, 112 S. Ct. 2072 [1992] ; *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12-18, 104 S. Ct. 1551 [1984]).

a) Position dominante sur un marché

La condition d'une position dominante sur le marché du produit liant se réfère à l'exigence d'un pouvoir de marché significatif sur le marché d'un des produits constituant la vente liée ou groupée. Les effets ne doivent pas nécessairement avoir lieu sur ce même marché (Comco, DPC 2002/1, p. 72 ss, *Lokoop AG vs. SBB AG*, ch. 23). En effet, le pouvoir de marché sur un marché est utilisé comme levier pour améliorer la position de l'entreprise sur un autre marché (effet de levier ; N ■■■■ *supra*). Les autorités euroshy ; péennes de concurrence ont considéré qu'il y avait une vente liée abusive dans l'affaire *Tetra Pak II* alors même que la pratique se produisait et avait des effets sur le marché des produits non aseptiques, qui constituait un marché distinct du marché dominé (machines de conditionnement aseptiques), mais suffisamment connexe avec ce dernier (TPI, arrêt *Tetra Pak II*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pts 116-122, confirmée par C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, ch. 25-31 ; *supra* N 57).

b) Subordination de la vente d'un produit

La condition de la **subordination** de la vente de produit liant à celle du produit lié se rapporte à l'influence exercée sur le client pour acheter le produit liant. Cette influence peut prendre la forme d'une contrainte contractuelle ou technique ou d'une incitation économique. Par exemple, la « vente » liée peut comporter la conclusion d'un seul contrat pour les deux produits ; les produits ne sont vendus qu'ensemble (vente groupée pure ; *pure bundling*). En outre, des contraintes techniques peuvent rendre impossible l'utilisation du

produit lié avec un autre produit que celui liant. Il y a vente liée pour des raisons techniques lorsque le produit liant ne fonctionne correctement qu'avec le produit lié (Orientations UE Art. 82 TCE, § 48). Ce cas de figure est fréquent lorsque deux ou plusieurs produits complémentaires doivent présenter un degré important de compatibilité pour être utilisés ensemble. Enfin, l'incitation économique consiste à baisser le prix des deux produits afin d'inciter le client à acheter les deux produits auprès de l'entreprise dominante. Dans ce dernier cas, chaque produit peut être acheté séparément, mais le prix de l'ensemble amène le client à s'approvisionner auprès du même fournisseur pour les deux produits (vente groupée mixte ; *mixed bundling*). En conséquence, la condition relative à la subordination de la vente d'un produit à un autre comprend toute forme directe ou indirecte de contrainte qui amène le client à s'adresser à l'entreprise dominante pour se procurer un ensemble de produits (v. l'arrêt du TPI, *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007 p. II-3601, pt 970 : le Tribunal a jugé qu'il n'est pas pertinent de savoir si le consommateur paye ou non un prix séparé pour le produit supplémentaire ni de savoir si le consommateur final a le choix d'utiliser d'autres produits : « ni l'article 82, second alinéa, sous d), CE ni la jurisprudence en matière de ventes liées n'exigent que les consommateurs soient contraints d'utiliser le produit lié ou empêchés d'utiliser le même produit fourni par un concurrent de l'entreprise dominante pour que la condition tenant au fait de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires puisse être considérée comme étant remplie »).

c) Existence de deux produits distincts

- 275** La **condition** la plus disputée dans les cas d'affaires liées est celle de l'existence de **deux produits distincts** (« *two separate products* »). Bien qu'elle relève, sous l'angle de l'analyse systématique, des conditions du comportement abusif, la question des « produits distincts » est en pratique très souvent discutée sous son aspect négatif dans la phase ultérieure en relation avec les « **considérations commerciales légitimes** » : l'entreprise dominante justifie sa pratique de jumelage par l'existence d'un **lien objectif** entre les deux objets ou prestations, de sorte qu'ils constituent un seul et même marché et doivent nécessairement être vendus conjointement (v. les développements sur les justifications, *infra* N 275-280). De plus, lorsque le produit liant et le produit lié constituent un seul « marché-système », la condition d'une position dominante sur ce « marché-système » n'est souvent pas remplie (cf. LCart 4 II N 67-71). La justification du lien objectif a ainsi été rejetée dans l'affaire *Hilti* où, dès lors qu'il existait des producteurs indépendants de clous, le Tribunal a considéré que les clous, les chargeurs et les pistolets de scellement constituaient trois marchés distincts (CJCE, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, ch. 16 et 20). Inversement, la Comco a considéré que les soins fournis par les hôpitaux et par les médecins qui y travaillent constituent une seule prestation. Ne constituait dès lors pas un jumelage abusif l'exigence des compagnies d'assurance-maladie qu'une seule facture de soins leur soit soumise et que les hôpitaux garantissent en outre que les médecins ne facturent aucune autre prestation séparément (Comco, DPC 1999/2, p. 220, ch. 125-128, *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit*). De telles pratiques peuvent aussi relever de l'art. 7 II/a LCart (cf. *supra* N 138).
- 276** La condition de l'existence de « **deux produits distincts** » est reprise en droit suisse (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]*, ch. 513-515). La pratique de la Comco s'inspire des tests développés par le droit antitrust

américain et le droit de l'Union. La question de savoir si un seul ou deux produits sont en cause sous l'angle d'une pratique de *tying* ne dépend pas de l'existence d'une relation fonctionnelle entre ces deux produits, en ce sens que les deux produits ou services seraient complémentaires ou que l'un serait inutile sans l'autre. Dans la perspective du droit de la concurrence, le test pour qu'il y ait *tying* est qu'il doit **exister une demande suffisante des consommateurs pour un achat du produit lié séparément du produit liant** (v. l'analyse de la Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]*, ch. 514 ss ; Secrétariat Comco, DPC 2005/1, p. 46, *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*, ch. 54). L'existence d'une éventuelle demande séparée des consommateurs pour le produit lié est vérifiée directement et indirectement. L'examen **direct** consiste à vérifier si les consommateurs, lorsqu'ils en ont le choix, achètent le produit liant auprès de l'entreprise fabriquant le produit lié ou auprès d'autres firmes (v. UE Orientations Art. 82 TCE, § 51 qui se réfère à la « preuve directe »). L'examen **indirect** englobe l'existence et le comportement des entreprises concurrentes : l'existence d'entreprises commercialisant le produit lié sans le produit liant ou commercialisant séparément chacun des produits vendus ensemble par l'entreprise dominante. Le comportement des entreprises non dominantes sur le marché présente un autre indice de l'existence d'un seul produit ou de produits séparés : si les entreprises concurrentes non dominantes lient aussi toujours la vente du produit liant et du produit lié, il n'y a qu'un seul produit, en présumant que l'offre groupée (en situation concurrentielle) répond à une demande (*Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 19, 21-22, 104 S. Ct. 1551 [1984] ; *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.*, 504 U.S. 451, 462, 112 S. Ct. 2072 [1992] ; Orientations UE Art. 82 TCE, § 51). Lorsque les produits appartiennent à des marchés pertinents distincts, il y a lieu de considérer que ceux-ci sont des produits séparés. L'existence d'une préférence des consommateurs à s'approvisionner auprès du même fournisseur pour les deux produits ne fait pas obstacle à considérer les deux produits comme des produits distincts, puisque cette préférence peut révéler l'effet des avantages octroyés par ce fournisseur à l'achat de l'ensemble des produits (Comco, DPC 2011/1, p. 96, *SIX/Terminals mit Dynamics Currency Conversion [DCC]*, ch. 515 ; DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ch. 196).

Une pratique de *tying* n'est pas nécessairement négative, car elle peut notamment permettre des économies d'échelle ou épargner des frais de distribution ainsi que des coûts de transaction pour les consommateurs (par exemple l'inclusion du correcteur d'orthographe dans un programme de traitement de texte). En l'absence de gains d'efficacité suffisants, on peut s'attendre à ce que le consommateur préfère un achat séparé à un achat lié, car il préfère généralement toujours avoir le choix. Le test d'une demande séparée par les consommateurs permet ainsi indirectement de déduire si, dans le bilan de la balance globale des intérêts, la pratique de *tying* est « *welfare-enhancing* », en ce sens que les avantages sous la forme d'économies de coûts découlant pour les consommateurs de l'achat lié dépassent les inconvénients résultant de la réduction du choix des consommateurs. Ainsi, la demande séparée est inversement proportionnelle à l'efficacité nette du *tying*. Le test de la demande séparée des consommateurs a pour avantage d'éviter une analyse directe détaillée de l'efficacité de la pratique de *tying* elle-même (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 87-88). Par exemple, la publication d'un texte sur Internet n'est pas considérée comme un service distinct de la publication papier, entre autres en raison des coûts communs importants et donc des gains d'efficacité (Comco, DPC 2008/3, p. 385, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, ch. 199-201).

277

d) Effet anticoncurrentiel

- 278** Les ventes liées ne sont illicites que lorsqu'elles **restreignent la concurrence** en entravant ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice ou en exploitant les partenaires commerciaux ou les consommateurs finals au sens de l'art. 7 I LCart (TAF, DPC 2010/2, p. 329, c. 8.1.5.1, selon lequel les al. 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, *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*, ch. 54 ; TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007 p. II-3601, pt 867 : « par principe, un comportement ne sera considéré comme abusif que s'il est susceptible de restreindre la concurrence »).
- 279** Comme présenté auparavant (*supra* N ■■■■), les ventes liées sont, dans les grandes lignes, susceptibles de permettre à une entreprise en position dominante de transférer sa position dominante du marché du produit liant au marché du produit lié, de protéger le marché ou d'augmenter les barrières à l'entrée sur le marché liant et/ou lié. Le mécanisme de l'éviction des concurrents est mis en œuvre en utilisant la taille sur le marché sur lequel l'entreprise détient une position dominante. De par le fait qu'elle vend la majorité des produits sur ce marché « liant », la liaison de la vente de ces produits avec un autre produit « lié » est susceptible d'augmenter ses ventes de ce dernier produit au détriment des autres concurrents présents sur le marché du produit « lié ». L'entreprise en position dominante augmente ainsi sa part de marché sur le marché du produit lié en utilisant sa position dominante sur le marché liant (effet de levier). Les ventes liées ou groupées réduisent ainsi les ventes et la part de marché des concurrents, ce qui peut avoir un effet sur leur rentabilité et leur viabilité sur le marché. La réduction des ventes des concurrents a un impact négatif sur les économies d'échelle ou de gamme que ce dernier peut réaliser. Pour les nouveaux entrants, les ventes liées constituent un obstacle à l'accroissement de leur taille et à la réalisation des économies de coûts. L'effet négatif est d'autant plus important lorsque l'activité en question est caractérisée par des coûts fixes considérables : ne pouvant pas atteindre une taille suffisante à cause des ventes liées pratiquées par l'entreprise en position dominante, les concurrents ne peuvent pas répartir les coûts fixes sur un nombre suffisant de produits ; leurs coûts et, partant, leur prix sont condamnés à rester à des niveaux élevés, et leur rentabilité baisse. Bien que le maintien de la rentabilité en tant que telle ne soit pas un objectif du droit de la concurrence, cet élément est important pour évaluer la capacité des concurrents à investir pour améliorer leurs produits ou pour innover et maintenir ainsi un niveau élevé de concurrence sur le marché. La viabilité des concurrents est mise en question lorsque ceux-ci n'arrivent pas à atteindre une taille minimale efficiente pour l'industrie examinée.
- 280** En pratique, il est important de déterminer les circonstances qui augmentent la probabilité d'un effet anticoncurrentiel sur le marché. Ces circonstances peuvent avoir trait à la pratique de vente liée elle-même et aux caractéristiques entourant les marchés et l'industrie concernés, en particulier le marché du produit lié (v. CARRON, *Transactions*, p. 177 ss). Les plus importantes sont présentées ci-dessous :
- La position de l'entreprise dominante. Les effets négatifs d'une vente liée s'accroissent avec le pouvoir de marché de l'entreprise en position dominante et la couverture du marché lié par cette pratique : plus la part de marché de cette dernière sur le produit liant est élevée, plus l'impact sur le marché lié sera important pour la simple raison que la vente liée permet à l'entreprise dominante d'augmenter les ventes du produit lié

- et de restreindre de facto la part de marché à la disposition des autres concurrents et par conséquent leurs ventes.
- Les conditions et caractéristiques prévalant sur le marché du produit lié (Secrétariat Comco, DPC 2005/1, p. 46, *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*, ch. 56 ss) et la part des ventes réservée à l'entreprise dominante sur le marché du produit lié. Le risque d'éviction des concurrents sur le marché lié s'accroît lorsque ce marché est caractérisé par des économies d'échelle ou des économies de réseaux ou d'autres facteurs ayant des effets similaires à ces dernières. Nous avons vu que ces circonstances constituent généralement une condition mise en avant par la littérature économique afin d'apprécier les effets anticoncurrentiels des pratiques d'affaires liées (*supra* N ■■). Le risque d'éviction est très important lorsque les concurrents ne peuvent pas atteindre une taille efficiente minimale sur le marché du produit lié en raison des ventes liées ou groupées pratiquées par l'entreprise en position dominante (Orientations UE Art. 82 TCE, § 20). Le risque d'éviction est grand lorsque les ventes de l'entreprise dominante sur le marché du produit lié présentent une proportion importante de ce marché en raison de la pratique des ventes liées. En présence de telles circonstances, l'effet sur la structure du marché est susceptible d'être durable et parfois même difficilement réversible. L'examen des conditions concurrentielles du marché du produit lié est donc nécessaire pour apprécier d'éventuels effets négatifs. En revanche, lorsque le marché du produit lié ne présente pas d'économies d'échelle ou de réseau, ou d'autres caractéristiques ayant un effet similaire sur la taille efficiente des entreprises, il est peu probable que les ventes liées conduisent à un effet d'éviction.
 - Le comportement de l'entreprise en position dominante. L'effet anticoncurrentiel d'une vente liée est plus important et durable lorsque les ventes liées comportent une incitation forte sur le client à s'approvisionner auprès de l'entreprise en position dominante pour deux ou plusieurs produits offerts par cette dernière. Les ventes liées contractuelles ou pour des raisons techniques sont en général difficilement réversibles et augmentent les coûts de changements (*switching costs*) des clients de l'entreprise en position dominante en rendant très difficile l'accès des autres fournisseurs à ces clients (Orientations UE Art. 82 TCE, § 20).

Lorsque les ventes liées ou groupées risquent d'évincer les concurrents efficaces du marché du produit lié ou augmentent les barrières à l'entrée sur le marché du produit lié ou lié, lesdites pratiques sont susceptibles d'être préjudiciables pour les consommateurs finals en termes de prix, de quantité, de qualité ou d'innovation (Orientations UE Art. 82 TCE, § 19 ; TPI, arrêt *Microsoft*, aff. T-201/04, Rec. 2007, p. II-3601, pt 664 : l'art. 102 TFUE « vise non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice direct aux consommateurs, mais également celles qui leur causent un préjudice indirect en portant atteinte à une structure de concurrence effective »). En général, lorsque les pratiques de ventes liées n'ont pas d'impact négatif sur la structure du marché, celles-ci ne conduisent pas à une augmentation du prix des prestations couplées (v. par exemple Secrétariat Comco, DPC 2005/1, p. 46, *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*, ch. 61, où le Secrétariat constate qu'un abonnement couvrant trois pistes de ski n'avait pas entraîné une hausse du prix de l'abonnement, et que cette pratique n'avait pas d'impact sur la structure du marché des produits liés).

281

e) Justifications

- 282** L'analyse et la justification d'une pratique d'affaires liées dépend des **circonstances du cas d'espèce**. La prestation supplémentaire liée est **objectivement justifiée** si elle a un **rapport raisonnable et objectif avec la prestation de base** et est **indispensable à la fourniture de cette dernière** (TPI, arrêt *Tetra Pak II*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pts 137-140, confirmée par la CJCE, aff. C-333/94, Rec. 1996, p. I-5951, pts 34-38; Mess-LCart, p. 570; RUFFNER, *Verhaltensweisen*, p. 845; TERCIER/VENTURI, *Ententes*, p. 79; VON BÜREN, *Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 31).
- 283** En droit européen, les seuls **usages commerciaux** ou l'existence d'un **lien naturel entre deux produits ou services** ou le seul fait que ceux-ci soient demandés, respectivement consommés, ensemble, ne permettent pas à une entreprise dominante d'imposer la commercialisation conjointe de deux produits ou services. Même prouvé, un usage commercial acceptable en situation normale, sur un marché concurrentiel, ne saurait être admis comme justification dans le cas où la concurrence est déjà restreinte du fait de la position dominante. L'obligation d'acquérir le produit lié auprès de l'entreprise dominante restreint la liberté de choix du partenaire commercial ainsi que les débouchés commerciaux des concurrents. Ainsi, la vente liée de machines de conditionnement et de cartons non aseptiques par Tetra Pak n'était pas objectivement justifiée, compte tenu de l'existence de longue date de producteurs indépendants de cartons non aseptiques (*Tetra Pak II*, 92/163/CEE, IV/31.043, JOCE 1992 L 72, p. 1; TPI, arrêt *Tetra Pak II*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pts 137-140, confirmé par la CJCE, aff. C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pts 34-37). De même, les pratiques de *bundling* de IBM, consistant en des contrats liés, avec un prix global, pour le hardware, le software et la maintenance, ont été contestées tant aux USA que dans l'UE (XIV^e Rapport sur la politique de concurrence, 1984, N 94 s.; RUFFNER, *Grundlagen*, p. 214). A notre avis, le refus par le droit européen d'une justification basée sur les seuls usages commerciaux ou le seul lien naturel entre les deux produits ou services démontre une analyse similaire à celle du droit antitrust américain quant à l'existence de « *two separate products* » dans les affaires de *tying* (cf. *supra* N 274).
- 284** Les entreprises dominantes invoquent aussi souvent des motifs contraignants d'ordre **technique**, des exigences de **qualité** ou des questions de **sécurité** pour justifier des affaires liées. Ces motifs doivent être examinés à la lumière des circonstances de chaque cas d'espèce. Ainsi, le fait que l'appareil comporte certains risques particuliers peut justifier que sa vente soit liée à une obligation d'entretien par le vendeur (Mess-LCart, p. 570; ZÄCH, *Verhaltensweisen*, p. 219). Cette condition n'était pas remplie dans l'affaire *Digital*, où un fabricant d'ordinateurs incitait directement les acheteurs de matériel Digital à faire assurer la maintenance de leur ordinateur par Digital, grâce à une structure de prix des équipements qui englobait le coût de l'entretien. Le prix du service d'entretien intégré était nettement inférieur au prix du même service offert isolément (XXVII^e Rapport sur la politique de concurrence, 1997, p. 166 s.). Fiat ne pouvait pas exiger que ses concessionnaires et ateliers autorisés n'utilisent et ne vendent que ses propres lubrifiants de marque Oliofiat pour l'entretien des automobiles Fiat. Des lubrifiants d'autres producteurs devaient aussi être autorisés pour autant qu'ils répondent aux qualités et caractéristiques permettant de sauvegarder le bon fonctionnement des véhicules Fiat (XVII^e Rapport sur la politique de concurrence, 1988, N 84). De même, un fabricant automobile ne peut exiger des distributeurs que ses véhicules ne soient réparés avec des pièces de sa propre marque que si les pièces concurrentes n'atteignent pas un niveau de qualité suffisant (art. 3

point 5 du Règlement N° 1475/95/CE de la Commission, du 28 juin 1995, concernant l'application de l'art. 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles, JOCE 1995 L 145, p. 25). Le souci de sécurité, de fiabilité et de bon fonctionnement de ses propres produits ne justifie pas une pratique de jumelage par laquelle une entreprise dominante cherche à éliminer des produits concurrents qu'elle considère, à tort ou à raison, comme dangereux, ou à tout le moins d'une qualité inférieure à ses propres produits, sur la base de considérations tenant au respect de normes sanitaires ou techniques, à la responsabilité du fait des produits, à la protection de la santé publique ou à la protection de la réputation des propres produits de l'entreprise dominante. Si l'utilisation de produits concurrents avec les machines fabriquées par l'entreprise dominante représente un danger, cette dernière doit utiliser les possibilités légales offertes, en intentant des actions judiciaires ou en requérant l'intervention des autorités compétentes en matière de sécurité et d'indications trompeuses ou mensongères (TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pt 118 ; TPI, arrêt *Tetra Pak II*, aff. T-83/91, Rec. 1994, p. II-755, pts 138-140, confirmé par la CJCE, C-333/94 P, Rec. 1996, p. I-5951, pts 34-37). Il n'appartient ainsi pas à l'entreprise dominante de s'arroger le rôle d'une autorité publique en arguant qu'une pratique abusive est indispensable pour protéger les consommateurs contre des produits défectueux. Il n'en va autrement que si le législateur délègue expressément à cette entreprise une tâche de surveillance publique (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, Abus, N 134).

Les entreprises peuvent invoquer également des gains d'efficacité permettant de contrebalancer les effets négatifs des ventes liées. Les gains d'efficacité peuvent consister en des économies dans la production ou la distribution ainsi que dans les coûts d'emballage, ou en des réductions des coûts de transaction (Orientations UE Art. 82 TCE, § 62). **285**

Les simples raisons **pratique et économique** invoquées par les Chemins de fer fédéraux (CFF) à l'appui de leur pratique consistant à lier diverses prestations de service en gare ne justifiaient pas ce jumelage. Selon les CFF, le « dégroupage » des différents services prestés était réalisable, mais la nécessité de coordonner les prestations de tiers avec celles fournies par eux-mêmes compliquerait inutilement les manœuvres en gare et, en définitive, renchérirait le prix des services fournis (Secrétariat Comco, DPC 2000/1, p. 1, *Lokoop AG vs. SBB*, ch. 40 s. ; Comco, DPC 2002/1, p. 72 ss, *Lokoop AG vs. SBB*). **286**

L'existence de **concurrents** susceptibles de fournir la même prestation supplémentaire, dans des conditions de qualité et de sécurité similaires, rend en règle générale abusive une affaire liée (MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, p. 62 ; HILDEBRAND, *Analysis*, p. 59). Ainsi, les préoccupations de sécurité invoquées par Hilti ne constituaient pas une justification objective pour lier la vente de chargeurs pour pistolets de scellement avec celle de clous, mais constituaient une pratique d'entrave envers les fabricants indépendants de clous (*Eurofix-Bauco/Hilti*, 88/138/CE, IV/30.787 et 31.488, JOCE 1988 L 65, p. 19 ; TPI, arrêt *Hilti c/Commission*, aff. T-30/89, Rec. 1991, p. II-1439, pts 16 et 20). **287**

Des problèmes de **manque d'espace** ne constituent pas une justification objective au jumelage de deux prestations de services, et au refus d'accès de prestataires indépendants concurrents, lorsque des **mesures de réaménagement** de l'infrastructure existante permettraient de résoudre le problème. Ainsi, l'exploitant de l'aéroport de Francfort, FAG, justifiait la vente liée de la fourniture d'installations aéroportuaires destinées aux décollages et atterrissages et de la prestation de services d'assistance au sol en invoquant l'exiguïté de l'aéroport. Les problèmes d'espace n'étant pas insurmontables en l'espèce, **288**

ils ne justifiaient pas que FAG refuse aux compagnies aériennes de pratiquer elles-mêmes l'auto-assistance, ni que FAG refuse à des entreprises de services d'assistance indépendantes l'accès à l'aéroport (*FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG*, 98/190/CE, IV/34.801, JOCE 1998 L 72, p. 30, pts 86-88).

3. Rabais multiproduits

- 289** Les rabais octroyés à la condition que l'acquéreur se procure deux ou plusieurs produits auprès de l'entreprise en position dominante peuvent avoir des effets anticoncurrentiels. Les rabais multiproduits (*bunveled rebates*; *aggregated rebates*) peuvent avoir un effet négatif sur la concurrence lorsque le rabais est si élevé qu'un concurrent efficace ne peut pas le concurrencer. Deux cas de figure se présentent : soit les concurrents offrent l'ensemble des produits commercialisés par l'entreprise en position dominante, soit ils n'offrent qu'un ou deux produits composant le paquet de l'entreprise en position dominante. L'effet d'éviction est plus probable dans ce dernier cas de figure.
- 290** Les rabais multiproduits sont un cas similaire à celui des ventes groupées mixtes (*mixed bundling*). Le fait que les produits soient disponibles soit comme un paquet, soit séparément, ne permet pas de nier tout effet anticoncurrentiel. L'incitation économique sous la forme d'un prix peu élevé de l'ensemble des produits peut influencer fortement les décisions d'achat des consommateurs ou partenaires commerciaux de l'entreprise en position dominante. Le Secrétariat a réfuté le caractère de vente liée à l'offre groupée de services de télécommunications de Swisscom pour la simple raison que les produits pouvaient être obtenus également de manière séparée, sans toutefois examiner si une telle pratique restreignait la concurrence (Secrétariat Comco, DPC 2004/2, p. 357, *Produktebündel « Talk & Surf »*, ch. 70 ss). Comme nous l'avons présenté (*supra* N ■■■), le fait que les clients puissent acheter les produits de manière séparée ne veut pas encore dire que la vente groupée n'a pas d'effet anticoncurrentiel. Tout dépend de la différence de prix ainsi que des conditions de concurrence sur les marchés des produits dits liés.
- 291** De manière conceptuelle, les rabais multiproduits peuvent être traités comme une vente groupée, comme une pratique prédatrice, comme une pratique qui augmente les barrières à l'entrée en rendant difficile l'accès d'autres concurrents sur le marché, ou comme une pratique discriminatoire. L'analyse concurrentielle est similaire à celle effectuée pour apprécier les effets anticoncurrentiels des rabais. Plus le taux de rabais est important, plus la différence entre le prix de l'ensemble et la somme des produits vendus individuellement est grande, renforçant ainsi l'effet de fidélisation et, partant, l'effet d'éviction potentiel de cette pratique. Toutefois, la multitude de produits fait qu'il est difficile de calculer le coût et le prix de chaque produit pour pouvoir le comparer avec le prix final du produit vendu séparément par un concurrent ou le prix appliqué par l'entreprise dominante. Eu égard à ces difficultés, un examen minutieux des conditions du marché sur lequel opère le concurrent de l'entreprise en position dominante devrait être effectué afin de déterminer si les rabais risquent d'évincer ce concurrent eu égard à l'existence d'économies d'échelle dans la production ou des économies de réseaux ou d'autres circonstances ayant un impact similaire sur la structure du marché.
- 292** En **droit américain**, les rabais multiproduits (*bundled rebates*) ont attiré une attention particulière avec l'affaire *3M/LePage* (*LePage's Inc v 3M [Minnesota Mining and Manufacturing Co]*, 324 F3d 141 [3d Cir 2003], cert denied 124 S Ct 2932 [2004]). *3M* avait offert à plusieurs clients de *LePage's* des rabais substantiels afin de les inciter à réduire

leurs achats auprès de cette société. A la place d'un rabais de quantité, 3M avait offert des rabais subordonnés à l'achat de six lignes de produits. La Cour du 3^e circuit a considéré que 3M s'était engagée dans des pratiques d'éviction de ses concurrents en subordonnant les rabais à l'achat de six lignes de produits, car *LePage's* ne pouvait pas offrir les mêmes lignes de produits à ses clients (pour une critique de ce jugement, v. D. RUBINFELD, *Rebates*, p. 243-264). La Cour du 3^e circuit n'a pas analysé le montant du rabais octroyé, mais le comportement d'exclusion de 3M. La Cour suprême n'est pas entrée en matière sur la demande de 3M de revoir cette décision, suivant ainsi l'avis de FTC et DoJ qui l'invitaient à ne pas entrer en matière sur la décision en raison de l'incertitude entourant les effets des dites pratiques (Brief for the United States as Amicus Curiae, *3M v LePage's Inc*, No 02-1865, 2004, « *The United States submits that, at this juncture, it would be preferable to allow the case law and economic analysis to develop further and to await a case with a record better adapted to development of an appropriate standard* »).

En **droit de l'Union européenne**, les rabais multiproduits (*aggregated rebates*) ont été considérés comme abusifs (CJCE, arrêt *Hoffmann-La Roche c/Commission*, aff. 85/76, Rec. 1979, p. 461 ; la condition était toutefois que le rabais sur un certain produit soit subordonné à l'achat d'une certaine quantité d'un autre produit appartenant à un marché distinct, v. CJCE, arrêt *Michelin*, aff. 322/81, Rec. 1983 p. 3461, pts 97-98). Les orientations de la Commission UE introduisent une approche nouvelle qui vise à déterminer si ces rabais ont un effet anticoncurrentiel sur le marché en proposant des tests différents en fonction du nombre de produits offerts par les concurrents. Lorsque les concurrents ne peuvent offrir qu'un produit ou une partie seulement des produits composant le paquet mis sur le marché par l'entreprise en position dominante, il convient de se demander si le prix marginal payé par ses clients pour chacun des produits du groupe est inférieur à une certaine mesure des coûts de production de ce produit. La Commission UE se réfère au coût marginal moyen à long terme de l'entreprise dominante, qui est la moyenne des coûts fixes et variables pour fabriquer une unité d'un produit particulier (Orientations UE Art. 82 TCE, § 60). Lorsque le prix payé pour chaque produit composant le groupe de produits commercialisé par l'entreprise en position dominante est inférieur au coût marginal moyen à long terme, il est fort probable qu'un concurrent aussi efficace ne puisse pas entrer sur le marché ou développer ses activités. Ce test n'est pas sans poser de problèmes relatifs à la détermination du coût marginal moyen à long terme, et notamment à la détermination et la répartition des coûts communs. Un des moyens de tester si l'entreprise passe ce test et se trouve à l'abri de l'intervention de la Commission européenne consisterait à s'assurer que le rabais sur tous les produits ne dépasse pas le profit unitaire du produit le moins profitable de la ligne de produits en question (GRAVENGAARD/KJAERGAARD, *Guidance*, p. 298). En revanche, lorsque les concurrents offrent des groupes de produits identiques, la concurrence s'effectue entre les groupes de produits (*competition between bundles*). Le test vise dans ce cas à déterminer si le prix de l'ensemble des produits constitue une sous-enchère (Orientations UE Art. 82 TCE, § 61).

G. Autres cas

L'énumération de l'art. 7 II LCart est exemplative, comme celle de l'art. 102 TFUE, de sorte que d'autres comportements remplissant les conditions de l'art. 7 I LCart peuvent être qualifiés d'abusifs (*supra* N 105).

I. Octroi d'un droit exclusif impliquant une situation d'« abus automatique »

- 295** La simple création d'une position dominante par l'octroi d'un droit exclusif n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'art. 7 LCart ou l'art. 102 TFUE (p. ex. droit exclusif de collecter les déchets de chantier sur une commune, CJCE, arrêt *Sydhavnens Sten & Grus c/Københavns Kommune*, aff. C-209/98, Rec. 2000, p. I-3743, pts 66-83).
- 296** En droit de l'Union européenne, cette règle souffre d'une exception dans l'hypothèse où l'octroi d'un droit exclusif entraîne un «abus automatique». Un Etat membre enfreint l'interdiction contenue dans les art. 106 § 1 et 102 TFUE si l'entreprise en situation de monopole est amenée, par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ce droit exclusif est susceptible de créer une situation dans laquelle l'entreprise est automatiquement amenée à commettre de tels abus (CJCE, arrêt *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979, pt 29 ; arrêt *ERT*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925, pt 37 ; arrêt *Corsica Ferries*, aff. C-18/93, Rec. 1994, p. I-1783, pt 42 ; arrêt *RTT c/GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, Rec. 1991, p. I-5941 ; arrêt *Centre d'insémination de la Crespelle*, aff. C-323/93, Rec. 1994, p. I-5077, pt 18 ; arrêt *Raso e.a.*, aff. C-163/96, Rec. 1998, p. I-533, pt 27 ; arrêt *Corsica Ferries France*, aff. C-266/96, Rec. 1998, p. I-3949, pt 40). Les art. 102 et 106 § 1 TFUE sanctionnent directement la mesure étatique anticoncurrentielle lorsque l'octroi du droit exclusif ne laisse pas de place à un comportement indépendant de l'entreprise, mais entraîne un abus automatique de la part de celle-ci. En revanche, lorsque le droit exclusif conféré à l'entreprise laisse à celle-ci la possibilité d'un comportement indépendant, l'art. 102 TFUE suffit à sanctionner un éventuel abus de position dominante de la part de l'entreprise au bénéfice d'un droit exclusif (*supra* N99).
- 297** Violent les art. 3/g, 102 et 106 § 1 TFUE une loi qui place une entreprise titulaire d'un droit exclusif dans une situation de conflit d'intérêts, en octroyant à cette entreprise le droit exclusif de fournir de la main-d'œuvre temporaire aux autres entreprises autorisées à opérer dans un port et en lui permettant simultanément de concurrencer ces dernières sur le marché des services portuaires. Par le simple exercice de son monopole, la compagnie en cause se trouve en mesure de fausser à son profit l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques agissant sur le marché, par exemple en imposant à ses concurrents des prix excessifs pour la location de main-d'œuvre ou en mettant à leur disposition une main-d'œuvre moins qualifiée. La législation en cause est condamnée sans qu'il soit nécessaire de constater un abus effectif de la part de la compagnie en cause (CJCE, arrêt *Raso e.a.*, aff. C-163/96, Rec. 1998, p. I-533, pts 28-31).
- 298** Lorsque l'octroi d'un droit exclusif implique un abus automatique, l'art. 106 § 2 TFUE introduit une exception à l'exception : l'interdiction de l'art. 102 TFUE ne s'applique pas lorsque le comportement abusif de l'entreprise au bénéfice d'un droit exclusif est indispensable à l'accomplissement du service d'intérêt général dont elle est chargée. Ainsi, le maintien d'un service universel justifie que les tarifs de l'entreprise détenant le monopole incluent dans le prix du service une composante destinée à couvrir le coût du maintien du service universel, pour autant que cette composante corresponde au supplément de coût qu'impliquent les caractéristiques spécifiques de ce service (CJCE, arrêt *Corsica Ferries France*, aff. C-266/96, Rec. 1998, p. I-3949, pts 42-46 ; cf. *supra* N 103-104).
- 299** Le droit suisse devrait adopter une solution proche du droit européen, en ce qui concerne la question de savoir si et dans quelles conditions l'attribution ou l'extension de « droits exclusifs » à une entreprise peut constituer un abus au sens de l'art. 7 LCart. Il faut toute-

fois tenir compte des particularités de la LCart, qui ne contient pas de disposition équivalente à celle de l'art. 106 § 1 TFUE qui régit les obligations des Etats membres, *i. e.* des autorités publiques aux niveaux régional, provincial ou communal, au regard d'entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs. L'art. 106 § 1 TFUE interdit aux autorités publiques d'imposer aux entreprises auxquelles elles ont accordé des droits exclusifs un comportement abusif, comme l'application envers les partenaires commerciaux de conditions de prix excessives (CJCE, arrêt *Bodson c/Pompes funèbres des régions libérées*, aff. 30/87, Rec. 1988, p. 2479, pts 32-34).

En droit suisse, ce sont les **art. 27 et 94 Cst (art. 31 aCst) qui prohibent toute mesure étatique contraire au principe de la liberté économique, notamment sous l'angle de la neutralité concurrentielle** (ATF 124 II 193, c. 8b; ATF 121 I 279, c. 4a; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, N 903-908; *supra* N 99). En outre, les art. 45-47 LCart ainsi que les art. 8 et 10 LMI ne donnent à la Comco aucun pouvoir de décision, mais uniquement une compétence de surveillance à l'encontre des restrictions de droit public à la concurrence. Seules les restrictions de droit privé peuvent faire l'objet de décision (Mess-LMI, p. 1252 et 1256; Mess-LCart, p. 529; CLERC, Marchés, p. 462-470; Comco, DPC 1997/2, p. 212, *Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève [LMI]*, ch. 16-18).

L'octroi ou l'extension d'un droit exclusif à une entreprise pose problème lorsqu'il n'est pas justifié objectivement, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas nécessaire à l'accomplissement d'une tâche publique car l'activité en cause pourrait être exercée en concurrence avec des tiers, ou lorsqu'il met l'entreprise dans une situation où elle aura inévitablement un comportement abusif. L'octroi même du droit exclusif constitue une mesure étatique qui ne peut faire l'objet d'une décision de la Comco, mais qui peut être contestée, le cas échéant, sur la base des art. 27 et 94 Cst. De plus, tout exercice que l'entreprise fait de son droit exclusif constitue *ipso facto* un abus de position dominante, soit parce qu'elle empêche simultanément d'autres entreprises d'exercer la même activité, soit parce qu'elle est inévitablement amenée à abuser d'une autre manière de sa position dominante. Lorsque l'abus découle inévitablement du droit exclusif conféré, sans que l'entreprise ait la possibilité d'un comportement indépendant, seule la mesure étatique est anticoncurrentielle et peut être condamnée. Condamner dans un tel cas comme contraire à l'art. 7 LCart l'exercice de son droit par l'entreprise reviendrait à paralyser complètement toute activité de l'entreprise et, en conséquence, à condamner indirectement l'octroi même de ce droit, alors que la Comco ne dispose d'aucune compétence en matière de restriction de droit public. Si le droit exclusif laisse en revanche à l'entreprise la faculté d'adopter certains comportements de sa propre initiative, ces derniers peuvent, s'ils sont abusifs, être prohibés par l'art. 7 LCart. Dans ce dernier cas, l'entreprise peut toutefois se prévaloir de l'exception prévue à l'art. 3 I/b LCart lorsque le comportement abusif est indispensable à l'exercice de la tâche publique qui lui a été confiée (cf. art. 3 I/b LCart et cf. *supra* N 103 s.).

2. Action en justice abusive et emploi abusif du processus décisionnel étatique

Une action en justice intentée par une entreprise dominante contre un concurrent est l'expression du droit fondamental et du principe général garantissant l'accès au juge. Une action en justice n'est susceptible de constituer un abus de position dominante que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Deux conditions cumulatives doivent être remplies. Il faut, premièrement, que l'action ne puisse être raisonnablement considérée

comme visant à faire valoir les droits de l'entreprise dominante et ne puisse dès lors servir qu'à **harceler son concurrent**. C'est la situation existante au moment où l'action est intentée qui doit être prise en compte pour déterminer si ce critère est rempli. Il ne s'agit pas de déterminer si les droits que l'entreprise dominante faisait valoir au moment où elle a intenté son action en justice existaient effectivement, ou si cette action était fondée, mais de déterminer si une telle action avait pour but de faire valoir ce que l'entreprise, à ce moment-là, pouvait raisonnablement considérer comme étant ses droits. Deuxièmement, il faut que l'action soit conçue dans le cadre du **plan plus large visant l'élimination de ce concurrent** (TPI, arrêt *ITT Promedia c/Commission*, aff. T-111/96, Rec. 1998, p. II-2937, pts 55, 60 s., 72 s. ; WHISH/BAILEY, *Competition*, p. 713). Au vu de cette seconde condition, la doctrine considère qu'il serait difficile de parler d'abus face à une action judiciaire qui serait isolée (VAN DER WOUDE/DUQUESNE, *Abus*, N 97). Enfin, l'éventuel caractère abusif des actions en justice devrait être apprécié selon les mêmes critères de **proportionnalité** que les autres mesures défensives qu'une entreprise dominante est susceptible de prendre (v. *supra* LCart 7 II/a N 145 s.).

- 303** L'insistance auprès d'une autorité publique visant à ce qu'elle respecte une clause d'exclusivité peut également constituer un comportement abusif lorsque cette exigence a pour effet d'exclure un concurrent du marché. Ainsi, le Tribunal a considéré abusif le fait pour Cewal, une conférence maritime, de réclamer avec insistance auprès des autorités d'un pays le strict respect de son droit exclusif afin d'évincer le seul concurrent du marché (CJCE, arrêt *Compagnie maritime belge transports*, aff. jts C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. 2000 p. I-1365, pts 84 à 86).
- 304** La présentation aux autorités publiques d'informations trompeuses, de nature à induire celles-ci en erreur et à permettre, en conséquence, la délivrance d'un droit exclusif, notamment un droit de propriété intellectuelle, auquel l'entreprise n'a pas droit, ou auquel elle a droit pour une période plus limitée, constitue une pratique abusive. Le Tribunal a précisé que constitue un abus le fait pour une entreprise en position dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites (Trib., arrêt *AstraZeneca*, aff. T-321/05, Rec. 2010 [non encore publié], pts 354 et 355). En effet, le comportement abusif ne doit pas nécessairement consister en l'utilisation de la puissance économique mais peut également consister dans des démarches administratives ou des démarches d'une autre nature.

Art. 8

**Autorisation
exceptionnelle
fondée sur des
intérêts publics
prépondérants**

Ausnahmsweise
Zulassung aus
überwiegenden
öffentlichen
Interessen

Les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises ayant une position dominante dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite peuvent être autorisés par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, können vom Bundesrat auf Antrag der Beteiligten zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.