

La lutte contre les comportements illicites du point de vue du droit de la concurrence

Autor(en): **Gugler, Philippe**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales**

Band (Jahr): **61 (2003)**

Heft 3: **Lutte contre la criminalité économique : prévenir, détecter, réprimer**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-141364>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

LA LUTTE CONTRE LES COMPORTEMENTS ILLICITES DU POINT DE VUE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Philippe GUGLER¹

Professeur Ordinaire

Chaire de politique économique et sociale

Université de Fribourg

www.unifr.ch/pes

philippe.gugler@unifr.ch

1. Introduction

En 1947, le peuple et les cantons suisses ont adopté l'art. 31 bis al. 3, lit. d de l'ancienne Constitution fédérale (aCst.), actuellement art. 96 al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101) selon lequel: « *La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence* ». Sur cette base, le législateur fédéral a promulgué en 1962 une première loi sur les cartels, loi qui a été révisée pour donner le jour à la loi de 1985. Une nouvelle loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence a été adoptée le 6 octobre 1995 (RS 251). Cette loi, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 1996, a été révisée en 2003.

Certes, bien avant l'introduction de la première loi sur les cartels, les comportements illicites de nature anti-concurrentielle faisaient l'objet de plaintes traitées par les tribunaux civils, voire par le Tribunal fédéral. Un arrêt du Tribunal fédéral de 1896 est représentatif à cet égard. Il concernait le boulanger Vögtlin à Brugg (Stoffel, 2003, pp. 86-87). Lors de la mise au concours de la fourniture de pain pour le couvent de Königsfelden, le boulanger Vögtlin emporta le marché en soumettant un prix plus bas que celui de ses concurrents. Ces derniers, tous membres du syndicat intercantonal des maîtres meuniers et boulangers, publièrent une annonce enjoignant leurs membres de ne plus acheter de farine aux meuniers qui livraient M. Vögtlin. Cette recommandation fut largement suivie et M. Vögtlin ne put plus se fournir qu'auprès de meuniers étrangers, obtenant ainsi une farine plus chère et de moins bonne qualité. Par conséquent, le contrat passé avec le couvent de Königsfelden ne put être reconduit et le boulanger Vögtlin perdit une partie de sa clientèle. Il entreprit une action contre les membres du syndicat local. Dans son Arrêté (ATF 22/1896 175), le Tribunal fédéral lui donna raison en considérant que le droit du boulanger Vögtlin d'exercer librement une activité économique avait été violé.

La présente contribution se concentre sur la lutte des comportements illicites au regard de la LCart de 1995. Seront abordés successivement les objectifs et le champ d'application de la LCart, les accords illicites, les abus de position dominante et finalement le contrôle des concentrations. Les dispositions additionnelles de la révision de la loi, qui ne devrait pas entrer en vigueur avant 2004, feront l'objet de la partie conclusive. Les dispositions de cette loi sont appliquées par la Commission de la concurrence (Comco). Cette commission est totalement indépendante et dispose d'une compétence de décision. L'instruction des affaires est du ressort du Secrétariat de la Comco.

Avant d'aborder la LCart, il convient préalablement de la distinguer de la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD) du 19 décembre 1986. La LDC, qui est applicable à toute pratique commerciale trompeuse ou contrevenant aux règles de la bonne foi, relève du droit privé. Sur la base de cette loi, les acteurs du marché (concurrents, clients, associations professionnelles ou économiques, etc) peuvent déposer une plainte pénale ou civile auprès d'un tribunal compétent.

2. Objectifs et champ d'application de la LCart

Le but de la LCart est d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). A la différence du droit communautaire de la concurrence qui est basé sur le principe de l'interdiction, la LCart repose sur le principe de l'abus (Gugler, 2001, p. 52). Afin de respecter la liberté du commerce ancrée dans la Constitution fédérale, les comportements visés par la LCart ne sont illicites que s'ils en violent une ou l'autre de ses dispositions.

La LCart s'applique non seulement aux entreprises de droit privé mais également aux entreprises de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). Il est important de noter que la loi est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart). En vertu de ce principe dit « des effets », tout comportement illicite peut être appréhendé même si les entreprises qui l'adoptent ne sont pas implantées sur le sol helvétique. L'application de ce principe, qui a été entériné par une décision du Tribunal fédéral en avril 2001, est d'autant plus significatif dans une économie de plus en plus globalisée (Bovet, 2001).

Aucun secteur économique n'est exclu du champ d'application de la loi. Certes, celle-ci ne s'applique pas à certaines restrictions à la concurrence prévues par l'article 3. En effet selon l'art. 3 al. 1 LCart, les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux. Par ailleurs, en vertu de l'art. 3 al. 2 LCart, la présente loi n'est pas applicable aux

effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. On peut citer, par exemple, les monopoles cantonaux d'assurance incendie, l'assurance maladie de base ou certains marchés agricoles.

Le droit de la concurrence est fondé sur trois piliers, à savoir la lutte contre les ententes restreignant la concurrence, les abus de position dominante et le contrôle préventif des concentrations d'entreprises. Le contrôle des concentrations a été instauré par la loi de 1995, complétée par l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4). Les précédentes lois, soit celles de 1962 et de 1985, ne prévoyaient aucun contrôle des concentrations par l'autorité de la concurrence.

Des trois piliers précités, seuls les deux premiers couvrent directement les comportements d'entreprises (ententes et abus de position dominante). Le contrôle préventif des concentrations d'entreprises est quant à lui un contrôle de structures. En effet, toute opération de fusion ou d'acquisition d'entreprises entraîne une concentration du marché puisque le nombre d'acteurs diminue. Il ne s'agit donc pas a priori d'un contrôle des comportements des entreprises qui participent à une opération de concentration. Toutefois, des opérations de concentrations d'entreprises peuvent favoriser des comportements illicites en termes de cartels et/ou d'abus de positions dominantes. C'est pourquoi, nous examinerons également ce troisième pilier en nous concentrant sur les comportements illicites possibles, issus d'une opération de concentration, qui peuvent parfois être analysées par les autorités de la concurrence dans le cadre de leurs procédures visant à autoriser ou à interdire l'opération en question.

Lors de l'examen d'une problématique liée à chacun de ces trois piliers, la première démarche consiste à définir le marché relevant, c'est-à-dire le marché de référence sur lequel les comportements ou la concentration a ses effets. On distingue le marché des produits, d'une part, et le marché géographique, d'autre part². Il n'est pas exclu que dans certains cas (rares) le marché temporel soit également pris en compte (par exemple, lorsqu'un produit ou un service est présent sur un marché à une saison particulière ou à un moment particulier de la journée).

3. Les accords illicites

Selon la loi, « *Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence* » (art. 4 al. 1 LCart). La loi vise donc aussi bien les conventions que les pratiques concertées entre entreprises. À la lumière de l'article précité, on constate que les pratiques concertées sont également visées par la loi. Par exemple, un parallélisme de comportements entre dans cette catégorie pour autant que la pratique soit consciente et voulue.

La notion d'accord peut également s'appliquer aux décisions d'associations d'entreprises telles que des recommandations de prix émises par certaines associations (Gugler et Zurkinden, 2002, p. 274). A noter que même si la recommandation n'est pas obligatoire, celle-ci tombe sous le coup de la loi dans la mesure où elle est suivie par un nombre suffisamment élevé de membres pour que la concurrence soit affectée de manière notable, voire supprimée.

La notion d'accord couvre les ententes horizontales et verticales (Zäch, 2000). La loi part du principe que ces deux types d'accords sont à traiter de manière identique. Les accords en matière de concurrence sont illicites dans deux cas: soit lorsqu'ils suppriment la concurrence efficace sur le marché de certains biens ou services, soit lorsqu'ils affectent de manière notable la concurrence sur le marché considéré et qu'ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 LCart). La loi précise les conditions suivantes dans lesquelles un accord affectant de manière notable la concurrence peut être justifié par des motifs d'efficacité économique : d'une part, lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources; et d'autre part, lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (voir tableau 1).

Les accords horizontaux, c'est-à-dire conclus entre des concurrents, sont en règle générale plus dommageables que les accords verticaux. De ce fait, la loi présume que les accords horizontaux en matière de prix, de quantités et de répartition des marchés ou des partenaires commerciaux sont illicites. S'agissant des accords verticaux, dont les mécanismes peuvent être fort complexes (Schaller, 2002), la révision de la loi est devenue quelque peu plus sévère pour certains types de restrictions verticales qui seront mentionnées ultérieurement.

Tableau 1
Grille d'analyse afin de déterminer si un accord est illicite.

Supprime la concurrence efficace (concurrence interne et externe nulle)	Affecte de manière notable la concurrence Critères: Qualitatifs Quantitatifs concurrence actuelle concurrence potentielle position des partenaires	Justification pour des motifs d'efficacité économique Critères: énoncés de manière exhaustive à l'art. 5, al. 2 LCart	Résultat
oui	-	-	illicite
non	non	-	licite
non	oui	oui	licite
non	oui	non	illicite

A noter qu'en vertu de l'art. 8 de la loi, les accords en matière de concurrence, 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.

La Commission de la concurrence (Comco) a interdit un peu plus d'une dizaine de cartels depuis 1996 tels que le cartel des vitamines, de l'asphaltage des routes, des médicaments, des moniteurs d'auto-école du canton de Fribourg, et celui des montres (Krauskopf, 2002, pp. 16-69). Les interdictions ont porté sur des cartels dont certains avaient une dimension locale (moniteurs d'auto-écoles du canton de Fribourg) alors que d'autres avaient une portée internationale tels que le cartel des vitamines ou, dans une moindre mesure, celui de l'asphaltage des routes. S'agissant du cartel des vitamines, la Comco a déclaré illicites, en avril 2000, les accords passés entre les membres du cartel mondial des vitamines qui avaient déployé des effets en Suisse depuis 1990 jusqu'en 1999 (DPC, 2000/2, p. 186 ss). Le cartel de l'asphaltage des routes a été interdit en décembre 2000 (DPC, 2000/4, p. 588 ss). Ce cartel impliquait trois sociétés suisses et deux entreprises allemandes actives dans l'asphaltage. En effet, l'accord en question portait sur les prix, les quantités et la répartition territoriale du marché. Il supprimait depuis 1996 la concurrence efficace sur le marché de l'asphaltage. Avant l'émergence de ce cartel, les entreprises suisses étaient en concurrence avec les entreprises allemandes qui offraient leurs prestations à des prix nettement plus avantageux. Selon l'accord incriminé, les sociétés allemandes s'abstenaient de concurrencer les entreprises suisses, en échange de quoi ces dernières s'engageaient à leur acheter annuellement certaines quantités de bitume. Par la suite, les prix des produits allemands ont fortement augmenté, ce qui permettait aux entreprises suisses de

maintenir artificiellement un niveau de prix plus élevé.

Dans certains cas, les cartels ont été démantelés dans le cadre d'accords à l'amiable avec la Comco (par exemple, dans le domaine du prix du café et des boissons minérales des restaurateurs). Dans d'autres cas, les participants à l'accord ont décidé de supprimer ce dernier lorsqu'une enquête était ouverte par la Comco (par exemple, l'association des médecins de canton de Zurich).

4. Les abus de position dominante

Les pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante sont sanctionnées par l'article 7 LCart. Selon la loi, « *par entreprise dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché* » (art. 4, al. 2 LCart). Cette définition correspond à celle qui a été retenue par la Cour de Justice européenne.

Afin de déterminer si une entreprise détient une position dominante, il convient premièrement de définir le marché pertinent (marché des produits et marché géographique). Ensuite, il s'agit de déterminer si l'entreprise se comporte de manière essentiellement indépendante en examinant le degré de concurrence actuelle, de concurrence potentielle et de pouvoir des partenaires à l'échange. Si le degré de ces paramètres est fort, il est peu probable que l'entreprise en question puisse agir de manière indépendante sur le marché (Tercier et Venturi, 1997).

En fait, la LCart ne s'oppose pas au fait de détenir une position dominante. Seuls les abus issus d'une telle position sont déclarés illicites. Selon la loi (art. 7 al. 1 LCart), « *les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux* ».

La loi donne une liste non exhaustive de tels comportements illicites, à savoir: le refus d'entretenir des relations commerciales (par exemple, refus de livrer ou d'acheter des marchandises); la discrimination des partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales; le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables; la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigées contre un concurrent déterminé; la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique; le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.

Certes, un abus de position dominante est déclaré licite s'il est justifié pour des « *legitimate business reasons* ». Un exemple serait celui d'une entreprise en position dominante qui refuse de livrer un équipement médical dont l'utilisation peut être dangereuse à des personnes n'ayant pas la formation adéquate.

Un exemple d'abus de position dominante interdit par la Comco est celui des Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) (DPC, 2001/2, p. 255 ss). La Fédération des coopératives Migros et Watt Suisse AG ont conclu un contrat portant sur l'approvisionnement en électricité de deux sites Migros situés dans la zone de distribution des Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF). Les EEF ont refusé d'accorder à Watt un droit de transit sur leur réseau, qui constitue la seule possibilité pour Watt d'approvisionner les sites Migros. Aux termes de l'enquête, ouverte à la suite des plaintes de Watt et de Migros, la Comco a constaté qu'en l'absence de prescriptions légales permettant d'exclure l'application de la loi sur les cartels dans le cas d'espèce et de motifs justifiant le refus des EEF, celles-ci abusaient de leur position dominante sur le marché régional de la distribution d'électricité, en refusant illicitement d'entretenir des relations commerciales avec Watt. Un recours contre cette décision est pendant.

Un abus de position dominante peut être le fruit de plusieurs entreprises dans le cadre d'un abus de dominance collective, appelé aussi « *abus de dominance oligopolistique* » (Gugler, 2000a, pp. 45-47). Par exemple, dans une décision prise en 2002, la Comco a statué que les entreprises qui émettent les cartes de crédit ont commis un abus de position dominante collective en interdisant aux commerçants de discriminer les prix en fonction du mode de paiement des clients. En effet, étant donné que tout paiement par carte de crédit implique qu'une commission de plusieurs pour cent soient versés aux émetteurs de telles cartes, les paiements réalisés par d'autres moyens, tels que les paiements au comptant, pourraient être exemptés de cette commission sous la forme d'un rabais. Afin d'éviter toute concurrence entre les paiements par cartes de crédits et les autres modes de paiements, la remise de rabais par les commerçants étaient interdites selon une même clause imposée par tous les émetteurs de cartes de crédit. Cette clause a donc été interdite par la Comco en 2002 car elle constituait, selon elle, à un abus de dominance collective.

Comme dans le cas des cartels, le Conseil fédéral peut renverser pour des raisons d'intérêt public prépondérant, une interdiction d'un abus de position dominante prise par la Comco.

5. Le contrôle des concentrations

La Commission de la concurrence peut interdire une concentration d'entreprises (fusion ou acquisition) ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, et ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 LCart).

Le contrôle des concentrations d'entreprises a pour objectif de prévenir la création ou le renforcement d'une position dominante susceptible de supprimer une concurrence efficace. De ce

fait, seules seront soumises à autorisation les concentrations auxquelles participent des entreprises dont le chiffre d'affaires dépasse un certain niveau (art. 9 LCart)³ ou celles dont une entreprise participante a une position dominante qui a été constatée par la Comco. Celles-ci doivent faire l'objet d'une notification auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence avant leur réalisation.

Bien que le contrôle des concentrations soit de nature structurelle, le comportement des entreprises en cause, voire des concurrents, peut également être pris en compte dans l'estimation de la situation concurrentielle résultant de la concentration examinée (Zurkinden, 1999). Deux types de comportements relativement fréquemment examinés sont ceux de la dominance collective et de l'abus de pouvoir de portefeuille.

Lorsqu'une concentration d'entreprises est prévue dans un marché caractérisé par un faible nombre d'entreprises, il est possible que la nouvelle entité créée par la concentration ainsi que les autres concurrents du marché s'entendent afin de dominer collectivement le marché (Gugler, 2000a). A ce jour, la Comco a examiné cette question dans le cadre du contrôle de trois opérations de concentration : celle de RPW-STG, de Bell-Segg et d'UBS-SBS.

L'opération de concentration impliquant Revisuisse Price Waterhouse (RPW) et STG-Coopers & Lybrand (STG-C&L) a permis à la Commission de la concurrence de s'exprimer pour la première fois sur le problème de la dominance collective (DPC, 1998/2, p. 214). Dans le cas d'espèce, la Commission a toutefois rejeté l'idée qu'une position dominante collective puisse être créée ou renforcée, car les conditions structurelles et l'incitation au comportement parallèle faisaient défaut. En effet, l'importance et la force des concurrents de la nouvelle entité rendaient improbable la création ou le renforcement d'une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace. De ce fait, l'opération de concentration a pu être autorisée sans condition ni charge.

Dans le cas de la concentration UBS-SBS, la Comco a constaté que si elle autorisait la concentration, la concurrence sur plusieurs marchés régionaux des crédits commerciaux aux PME se concentrerait alors essentiellement entre la nouvelle UBS, le Crédit Suisse et la banque cantonale de la région considérée (Gugler, 1999, p.161 ; 2000b, pp. 659-660). Un risque de collusion entre ces trois acteurs n'était pas exclu. Dès lors, en imposant la revente d'un certain nombre de points bancaires à la nouvelle UBS, la Comco a considéré qu'elle écartait ainsi ce risque (DPC, 1998/2, p. 278).

S'agissant du rachat de SEG Poulets SA par la filiale du Groupe Coop Bell, cette opération de concentration n'a été autorisée qu'à une seule condition: la vente de Favorit SA par Bell SA (Coop). En effet, comme l'abattage de volaille était déjà dominé par Migros et Coop, l'opération de concentration aurait probablement renforcé une dominance collective du marché par Coop et Migros. Bell SA a donc été contrainte de vendre Favorit SA qui détenait environ 7% de parts de marché dans l'abattage de volaille (DPC, 1998/3, p. 392 ss).

La question des effets de pouvoir de portefeuille se pose dans le cadre des concentrations conglomerates. Dans la mesure où les concentrations conglomerates ne se traduisent pas par des augmentations de parts de marché, elles suscitent normalement moins de préoccupations relatives à la concurrence que des fusions horizontales ou verticales. Toutefois, certaines concentrations conglomerates peuvent avoir des effets néfastes pour la concurrence en raison des « effets de portefeuille » ou de « pouvoir de portefeuille » qu'on leur prête. En effet, la conjugaison de gammes de produits peut conférer à la nouvelle entité un pouvoir dit de portefeuille dont elle pourrait abuser. Par exemple, si une entreprise, qui est la seule à vendre quelques grandes marques de whisky et d'alcools forts, fusionne avec une entreprise de boissons non alcoolisées, la nouvelle entité pourrait conditionner les livraisons des alcools forts -souvent indispensables pour les bars et autres débits de boisson- à un approvisionnement en eaux minérales. Une telle stratégie pourrait conduire à l'élimination des autres concurrents actifs sur le marché des eaux minérales. Les problèmes de comportements anticoncurrentiels peuvent être, par exemple, le renforcement de la possibilité d'exclure des concurrents au moyen de ventes liées, de subordination de vente, de ventes forcées sur toute la gamme de produits, de contrats d'exclusivité, de remises ciblées ou de refus de vente.

Dans le cadre du contrôle des concentrations exercé par les autorités suisses de la concurrence, la théorie de l'effet de portefeuille a été appliquée à ce jour dans le cas de la concentration Unilever (ci-après UL) - Bestfoods (ci-après BF). Les deux entreprises sont présentes sur des marchés très différents. Alors que UL est producteur de sauces à salades, de moutarde, d'huiles et de glaces, BF ne produit aucun de ces biens. Réciproquement, BF est présent sur des marchés où UL est absent (soupes, mets préparés déshydratés, sauces froides et sauces déshydratées, bouillons, épices et féculents). Par conséquent, la fusion permet de rassembler en une seule entité un nombre considérable de produits et de marques qui accroissent l'étendue de l'assortiment, d'où un risque d'effet de portefeuille. Il a été considéré que les problèmes type pouvant découler d'un pouvoir de portefeuille étaient les suivants: une plus grande flexibilité dans la fixation des prix, promotions et rabais offre potentiellement davantage de possibilités d'abus ; le « Bundling » (i.e. lier la fourniture d'un bien à celle d'un ou d'autres biens) ; la menace implicite de ne plus livrer certains clients devient plus importante (DPC, 2001/4, p.701, ss).

Finalement, étant donnée l'importance des grands distributeurs suisses tels que Migros et Coop ainsi que celle des concurrents de la nouvelle entité tels que Nestlé, la Comco a écarté tout risque d'abus de pouvoir de portefeuille dans le cadre de cette opération de concentration et l'a par conséquent autorisée.

6. Conclusion : la révision de la Lcart

L'année 2003 marque la révision de la loi adoptée par le Parlement. Cette révision a pour objectif principal d'introduire la possibilité de sanctionner directement les entreprises, tout en veillant à respecter l'article constitutionnel en la matière (Comco, 2003).

Jusqu'à présent, les autorités de la concurrence ne pouvaient que sanctionner la violation d'une décision entrée en force et interdisant à une entreprise de poursuivre ses pratiques illicites. En d'autres termes, une première violation de la loi n'occasionnait aucune sanction. La révision de la loi prévoit la possibilité de sanctionner les entreprises dès la constatation de l'illicéité de leur comportement (sanctions directes). La révision n'a pas pour objet d'introduire un système général de sanctions. Cela concerne directement et uniquement les cartels rigides, puisque des sanctions directes ne seront possibles que contre ce type bien précis d'accords horizontaux, ainsi que les cas d'abus de position dominante selon l'art. 7 LCart. L'effet préventif de la LCart est donc considérablement accru pour ces types de restrictions à la concurrence, considérés comme constituant des restrictions à la concurrence particulièrement graves. Dans tous les autres cas, la LCart s'en tient au système existant qui consiste à sanctionner les comportements récidivistes de la part des entreprises.

Le montant de l'amende se calculera d'après le chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices précédant le comportement illicite et peut atteindre jusqu'à 10% de ce chiffre d'affaires. La Commission de la concurrence est compétente en la matière. La sévérité de la sanction dépend de la durée de la restriction et de son importance. La Comco tiendra également compte du gain présumé qu'en a retiré l'entreprise. Ce cadre de sanctions permet d'obtenir un effet dissuasif même dans les cas les plus graves, tout en laissant une certaine marge de manoeuvre aux autorités qui peuvent, dans les cas de moindre gravité, réclamer une amende symbolique.

Parallèlement à l'introduction des sanctions directes, la loi révisée prévoit de donner aux entreprises une possibilité d'échapper aux sanctions directes. En effet, afin qu'elles n'aient pas à supporter les risques liés à une mauvaise évaluation de leurs pratiques, les entreprises peuvent notifier à l'avance à la Comco les pratiques qui pourraient se révéler illicites.

Un programme de clémence est introduit. La Comco pourra, grâce au programme de clémence, renoncer partiellement ou complètement à prendre des sanctions directes contre une entreprise qui a contribué à découvrir le cartel dont elle fait partie. Cette solution devrait faciliter ses enquêtes et mettre un terme à la solidarité entre membres de cartels, méthode qui a fait ses preuves à l'étranger. La possibilité d'une coopération a posteriori de l'entreprise ne saurait être confondue avec son droit de notifier à l'avance une pratique illicite. Ce dernier droit est un facteur de sécurité juridique pour l'entreprise alors que l'abandon possible d'une sanction dans l'hypothèse d'une coopération a posteriori, vise simplement à améliorer les résultats d'enquêtes.

Le projet de révision prévoit aussi d'autres dispositions visant à renforcer l'action de la Comco dans le cas de comportements abusifs relatifs aux restrictions verticales. Deux restrictions verticales sont visées : les accords verticaux qui fixent directement ou indirectement des prix fixes ou minimaux de revente ainsi que les accords verticaux portant sur la redistribution de marchés selon le territoire ou la clientèle lorsque les ventes à destination de ceux-ci par des fournisseurs agréés extérieurs sont exclues.

A la lumière de cette révision de la loi, on peut en conclure que la législation suisse de la concurrence va se renforcer considérablement tant au niveau du caractère dissuasif d'adopter des comportements illicites en raison des sanctions directes qu'à celui des moyens de détections de tels comportement par le biais du programme de clémence.

NOTES

- 1 Professeur Ordinaire. Chaire de politique économique et sociale de l'Université de Fribourg. Avenue de Beauregard 13. 1700 Fribourg (philippe.gugler@unifr.ch). www.unifr.ch/pes
- 2 Le marché des produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés; Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11, al. 3 OCCE).
- 3 L'OCCE apporte des précisions quant à la notion de chiffre d'affaires d'une entreprise participante, ainsi que quant aux modalités de calcul de ce chiffre d'affaires.

BIBLIOGRAPHIE

- Christian Bovet, « Le droit suisse de la concurrence dans un monde globalisé », in: Charles-Albert Morand (ed), *Le droit saisi par la mondialisation*, Helbing-Lichtenhahn, Bruxelles, 2001, pp. 447-467.
- Comco, « Rapport annuel 2002 », Berne, 2003.
- Comco, *Revue de Droit et de Politique de la Concurrence (DPC)*: DPC, 1998/2, p. 214 ss; DPC, 1998/2, p. 278 ss; DPC, 1998/2, p. 392 ss; DPC, 2000/4, p. 588 ss; DPC, 2001/2, p. 255 ss; DPC, 2001/4, p. 701 ss; DPC, 2002/2, p. 186 ss.
- Philippe Gugler, « Causes and Consequences of Mergers in Banking: the Case of UBS », *Journal of International Banking Law*, volume 14, issue 5, May 1999, pp. 155-163.
- Philippe Gugler, « Le traitement de la dominance collective dans le cadre du contrôle des concentrations prévu par la législation suisse sur la concurrence », *Revue de la concurrence et de la consommation*, Ministère de l'Economie, des finances et de l'industrie, janvier-février 2000a, pp. 45-51.
- Philippe Gugler, « Merger Review in Switzerland: the United Bank of Switzerland (UBS) case », *International Business Law Journal*, n° 5, 2000b, pp. 650-661.
- Philippe Gugler, « La politique de concurrence de l'Union européenne », *Vie Economique*, Novembre 2001, pp. 49-53.
- Philippe Gugler et Philippe Zurkinden, « Art. 5 LCart : accords en matière de concurrence », in: Pierre Tercier et Christian Bovet (eds), *Droit de la concurrence*, Helbing-Lichtenhahn, Bâle, 2002, pp. 271-304.
- Patrick Krauskopf, « Praxis zu Art. 5 und 7 KG », in: Roger Zäch (ed), *Schweizerisches Kartellrecht : Revision und Praxis*, Schulthess, 2002, pp. 15-69.
- Olivier Schaller, « Les ententes à l'importation en droit de la concurrence », Editions Universitaires Fribourg, Suisse, 2002.
- Walter Stoffel, « Humour et efficacité économique », in: *Figures Juridiques: mélanges dissociés pour Pierre Tercier*, Schultheiss, 2003,

pp. 85-120.

Pierre Tercier et Silvio Venturi, « Les ententes illicites et l'abus de position dominante dans le nouveau droit suisse de la concurrence », *Revue de droit et des affaires internationales*, n° 1, 1997, pp. 67-93.

Recueil systématique : RS 101; RS 251; RS 251.4.

Tribunal fédéral : ATF 22/1896 175.

Roger Zäch, « Das Kartellgesetz in der Praxis », Zurich, 2000.

Philipp Zurkinden, « Die schweizerische Fusionskontrolle », in: Heiri Koller et al. (eds), *Handbuch des Bundesverwaltungsrechts*, Band Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Nr. 15, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1999.