Note explicative et formulaire du Secrétariat de la COMCO : pouvoir de marché relatif

du 6 décembre 2021

la Commission de la concurrence (COMCO) en a pris connaissance

Partie I : Note explicative

A qui s'adressent cette Note explicative et le formulaire et quel est leur but ?

1 Les nouvelles dispositions de la loi sur les cartels concernant l'abus de pouvoir de marché relatif sont entrées en vigueur le 1er janvier 2022 (cf. art. 4 al. 2bis LCart et art. 7 LCart). Cette Note explicative a été rédigée en vue de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales. Elle a pour objectif de donner un aperçu du contenu et de la signification des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif et peut être adaptée à la lumière de l'évolution de la pratique.

2 La Note explicative s'adresse aux entreprises potentiellement touchées par le comportement d'une entreprise abusant de son pouvoir de marché relatif, aux entreprises qui pourraient elles-mêmes disposer d'un pouvoir de marché relatif ainsi qu'aux autres milieux qui souhaitent s'informer au sujet des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif.

3 La Note explicative est complétée par un formulaire (cf. ci-dessous Partie II : Formulaire). Le formulaire a pour but de permettre aux entreprises touchées de notifier rapidement et simplement aux autorités de la concurrence une violation présumée des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif.

De quoi s'agit-il ?

4 La loi sur les cartels interdit certains comportements de la part d'entreprises ayant un pouvoir de marché relatif. On est en présence d'un pouvoir de marché relatif lorsque les demandeurs ou les offreurs de biens et de services sont, faute d'alternatives adéquates, dépendants d'une entreprise (cf. ci-dessous N 7 ss). Le pouvoir de marché relatif n'est pas en soi illicite. Ce qui est interdit, c'est que l'entreprise disposant d'un pouvoir de marché relatif abuse de sa position en entravant ou en désavantageant l'entreprise dépendante dans l'exercice de la concurrence (cf. ci-dessous N 11 ss).

5 En cas de violation des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif, les autorités de la concurrence (COMCO et Secrétariat) peuvent intervenir. Par ailleurs, les entreprises concernées peuvent faire valoir leurs droits devant la justice civile.

Qui peut se prévaloir des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif ?

6 Les entreprises au sens de la loi sur les cartels peuvent se prévaloir des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif. Ainsi, tous demandeurs ou offreurs de biens et de services engagés dans le processus économique sont considérés comme des entreprises, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique (cf. art. 2 al. 1bis LCart). Les prescriptions sur le

Wettbewerbskommission Sekretariat
Hallwylstrasse 4, CH-3003 Bern
Tel. +41 58 462 20 40, Fax +41 58 462 20 53
weko@weko.admin.ch
www.weko.admin.ch

pouvoir de marché relatif protègent donc toutes les activités commerciales, y compris celles du secteur public (p.ex. les hôpitaux). Ceux qui ne sont pas engagés dans le processus économique, en particulier les consommateurs, ne peuvent pas se prévaloir des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif.

A quelles conditions doit-on considérer qu'une entreprise dispose d'un pouvoir de marché relatif ?

7 Un pouvoir de marché relatif existe lorsqu'une entreprise est dépendante d'une autre entreprise en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service, faute de possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises (cf. art. 4 al. 2bis LCart).

8 Il n'est pas possible de répondre de manière générale et abstraite à la question de savoir dans quelle mesure les possibilités alternatives sont suffisantes et raisonnables. Cela doit toujours être évalué au cas par cas. En général, les points clés suivants peuvent servir d'orientation :

- En règle générale, les possibilités alternatives sont *suffisantes* si d'autres offres sont disponibles et qu'elles peuvent également satisfaire de manière adéquate les besoins de l'entreprise présumée dépendante. Des critères objectifs sont déterminants, et non l'appréciation subjective de l'entreprise potentiellement concernée. Par exemple, les caractéristiques du produit, les conditions d'achat, la réputation de la marque, la fidélité des consommateurs à la marque et la part de marché de l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif peuvent jouer un rôle.
- Les possibilités alternatives sont *déraisonnables* si, en raison des *caractéristiques individuelles* de l'entreprise dépendante, les possibilités alternatives existantes ne constituent plus une option. A cet égard, peuvent être pris en compte par exemple les investissements spécifiques liés à une relation commerciale, les coûts de changement de fournisseur/d'acheteur, la relation contractuelle spécifique, le chiffre d'affaires affecté par rapport au chiffre d'affaires total ainsi que les circonstances de la survenance de la prétendue dépendance (entre autres les causes de la dépendance compte tenu des décisions de l'entreprise affectée).

9 La dépendance peut avoir différentes causes. Il est possible, par exemple, d'avoir des constellations dans lesquelles un détaillant est dépendant de la présence de produits de certains producteurs dans son assortiment. Une autre raison de la dépendance peut consister en le fait qu'un offreur est dépendant de certains demandeurs parce qu'il n'en existe pas d'autres constituant une alternative raisonnable. Une relation de dépendance peut également survenir lorsqu'une entreprise oriente ses activités vers une relation commerciale sur le long terme.

10 Les entreprises qui se prévalent des prescriptions sur le pouvoir de marché relatif doivent, en règle générale, avoir déjà essayé, en vain, de trouver des alternatives raisonnables.

Quels comportements d'une entreprise disposant d'un pouvoir de marché relatif sont réputés illicites ?

11 Les pratiques d'entreprises ayant un pouvoir de marché relatif 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 (cf. art. 7 LCart).

12 Le comportement abusif peut notamment consister, pour l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, dans le fait que celle-ci limite, pour certains biens ou services proposés en Suisse et à l'étranger, la possibilité des demandeurs de se procurer à l'étranger ces biens ou ces services aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche dans ce pays (art. 7 al. 2 let. g LCart). Cette disposition vise à lutter contre les coûts d'acquisition injustifiés et plus élevés imposés aux entreprises suisses qui s'approvisionnent à l'étranger (appelés « majorations suisses »). En outre, des comportements abusifs peuvent par exemple exister lorsque l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif refuse d'entretenir des relations commerciales, discrimine les partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions

commerciales ou n'accepte d'entreprendre ou de poursuivre des relations commerciales qu'à condition que le partenaire commercial accepte ou fournisse des prestations supplémentaires.

13 L'appréciation de l'abus de pouvoir de marché relatif doit être effectuée selon les circonstances concrètes du cas d'espèce. Dans ce contexte, les autorités de la concurrence examinent également s'il existe des raisons objectives pour le comportement concret.

Quel est le rôle des autorités de la concurrence (COMCO et Secrétariat) ?

14 Les autorités de la concurrence sont le point de contact pour les questions, suggestions et communications sur le thème du pouvoir de marché relatif. Elles constituent un interlocuteur pour toutes les entreprises et les milieux intéressés.

15 Les autorités de la concurrence luttent contre l'abus de pouvoir de marché relatif. Il s'agit notamment de mener des procédures cartellaires et de rendre des décisions, dans la mesure où l'intérêt public le justifie. Ces décisions devraient contribuer à l'interprétation et à l'application uniformes des dispositions sur le pouvoir de marché relatif. Cela garantit la sécurité juridique et l'existence de règles égales et claires pour tous, ce qui sert la concurrence et les entreprises.

16 Le rôle actif des autorités de la concurrence comprend également le fait qu'elles sont disponibles pour des expertises dans des procédures civiles, qu'elles communiquent leur position à l'externe (p.ex. par la publication de décisions, de communiqués de presse, de rapports annuels) et qu'elles conseillent les entreprises. Les autorités de la concurrence peuvent toutefois également renvoyer les entreprises concernées devant les tribunaux civils (cf. ci-dessous N 19 ss).

A qui une entreprise doit-elle s'adresser si elle soupçonne une autre entreprise de violer les prescriptions sur le pouvoir de marché relatif ?

17 Une entreprise qui soupçonne qu'une autre entreprise abuse de son pouvoir de marché relatif à son encontre peut, d'une part, s'adresser aux autorités de la concurrence (COMCO et Secrétariat) et, d'autre part, faire valoir ses droits dans le cadre d'une procédure civile devant les tribunaux compétents. Si nécessaire, une entreprise peut faire appel aux services d'un avocat. Toutefois, la représentation juridique n'est pas une condition préalable au dépôt d'une dénonciation auprès des autorités de la concurrence.

18 Si l'entreprise concernée prend contact avec les autorités de la concurrence, elle doit décrire les faits pertinents de manière aussi précise que possible en utilisant le formulaire correspondant (cf. partie II ci-dessous). Elle doit notamment donner des indications sur les entreprises impliquées, les biens ou services concernés et le comportement illicite présumé (p.ex. le refus de livrer ou la discrimination par les prix). L'entreprise doit également décrire aussi précisément que possible les circonstances qui pourraient démontrer sa dépendance à l'égard de l'autre entreprise (p.ex. en fournissant des informations sur l'absence de produits et de fournisseurs alternatifs). Si la société dénonciatrice dispose de preuves de l'abus présumé de pouvoir de marché relatif (p.ex. des documents, des courriels, etc.), celles-ci doivent également être soumises.

Comment les autorités de la concurrence (COMCO et Secrétariat) traitent-elles les abus présumés qui lui sont signalés ?

19 Les autorités de la concurrence prennent connaissance de toutes les dénonciations d'abus présumés. Dès réception de la dénonciation, elles prennent contact avec l'entreprise dénonciatrice. Si nécessaire, elles demandent à l'entreprise concernée des informations ou des documents complémentaires et informent l'entreprise concernée de la dénonciation en lui donnant la possibilité de prendre position. Après un examen minutieux des informations reçues, elles décident d'ouvrir ou non une procédure. Elles peuvent ainsi ouvrir une enquête (cf. art. 27 ss LCart) s'il existe des indices clairs d'une violation du droit des cartels, ou ouvrir une enquête préalable (cf. art. 26 LCart) lorsqu'il existe des indices au sujet d'un comportement illicite mais que les preuves sont moins claires. Il est également envisageable que les autorités

de la concurrence procèdent (dans un premier temps) à certaines clarifications dans le cadre d'une observation de marché.

20 La décision de savoir si et sous quelle forme les autorités de la concurrence prendront des mesures se fonde sur une évaluation globale. Les autorités de la concurrence se concentreront principalement sur les affaires qui clarifient des questions juridiques importantes ou concernent des pratiques répandues. La qualité de la plainte, la volonté du dénonciateur de participer à la procédure et les ressources des autorités de la concurrence sont également déterminantes. Il n'est pas possible pour les autorités de la concurrence de mener des procédures cartellaires pour toutes les dénonciations. L'entreprise dénonciatrice ne dispose pas d'un droit à ce que les autorités de la concurrence ouvrent une procédure.

21 Une procédure concernant un cas de pouvoir de marché relatif se déroule en principe de la même manière que les autres procédures cartellaires. Les autorités de la concurrence peuvent notamment procéder à des auditions et formuler des demandes d'informations. Des informations plus détaillées sur le déroulement d'une enquête ou d'une enquête préalable se trouvent dans les notes du Secrétariat de la COMCO du 19 février 2020 « Le déroulement de l'enquête - expliqué simplement » et « Le déroulement de l'enquête préalable - expliqué simplement »[1].

22 Si les autorités de la concurrence renoncent à ouvrir une procédure, elles en informent l'entreprise dénonciatrice et indiquent les motifs. L'entreprise a dans tous les cas la possibilité de faire valoir ses éventuelles prétentions devant un tribunal civil (cf. également ci-dessus N 17).

L'entreprise concernée par un éventuel abus d'une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif peut-elle participer à l'enquête de la COMCO ?

23 L'entreprise concernée a en principe les possibilités de participation suivantes : il est possible de participer à l'enquête soit en tant que partie, soit en tant que tiers sans qualité de partie (art. 43 LCart). En tant que *partie*, l'entreprise a les mêmes droits dans la procédure que l'entreprise présumée avoir un pouvoir de marché relatif contre laquelle l'enquête est dirigée. Elle peut notamment consulter le dossier, participer à l'administration des preuves telles que les auditions, déposer des demandes de preuves, prendre position sur la proposition du Secrétariat à la COMCO et faire recours contre une éventuelle décision négative de la COMCO. En revanche, une entreprise participante *sans qualité de partie* a des possibilités de participation limitées. Elle doit cependant être entendue au moins une fois dans la procédure, oralement ou par écrit, sur les faits.

24 Les autorités de la concurrence se réservent le droit de demander à une entreprise concernée qui signale une éventuelle violation des dispositions sur le pouvoir de marché relatif de participer à la procédure en tant que partie.

Les autorités de la concurrence ordonnent-elles des mesures concrètes à l'encontre des entreprises abusant de leur pouvoir de marché relatif ?

25 Dans la mesure où une enquête cartellaire est menée dans le cadre d'un potentiel abus de pouvoir de marché relatif (cf. ci-dessus N 19), la COMCO décide s'il y a effectivement une infraction à la loi sur les cartels. Si tel est le cas, la COMCO peut, par décision, imposer des obligations de comportement et d'abstention à l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif ou encore approuver un éventuel accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Dans les deux cas, certaines obligations de comportement et d'abstention prennent effet pour l'entreprise disposant d'un pouvoir de marché relatif, pour autant que celle-ci ne porte pas la décision devant le Tribunal administratif fédéral.

26 Les obligations de comportement et d'abstention à imposer à l'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif peuvent varier en fonction du cas d'espèce et de l'abus concret du pouvoir de marché relatif. Il est par exemple envisageable que la COMCO impose à une entreprise ayant

[1] Disponible sous https://www.comco.admin.ch > Législation et documentation > Notes.

un pouvoir de marché relatif, une obligation d'approvisionnement en faveur de certaines entreprises ou qu'elle l'oblige à fixer ses prix de manière non discriminatoire.

La COMCO peut-elle également prendre des mesures à l'encontre d'entreprises sises à l'étranger ?

27 Pour l'application des dispositions sur le pouvoir de marché relatif, le lieu où les entreprises concernées ont leur siège n'est en principe pas pertinent. Si une entreprise ayant son siège à l'étranger abuse de son pouvoir de marché relatif, elle est soumise au droit suisse des cartels si cet abus déploie des effets en Suisse (principe des effets ; art. 2 al. 2 LCart). Un tel cas de figure transfrontalier se présente typiquement lorsqu'une entreprise domiciliée en Suisse fait valoir les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif à l'encontre d'une entreprise étrangère.

28 La mise en œuvre des dispositions sur le pouvoir de marché relatif peut toutefois, dans certains cas, poser des problèmes à la COMCO. Ceci est notamment le cas lorsqu'une entreprise étrangère ayant un pouvoir de marché relatif ne dispose d'aucune succursale ou filiale en Suisse. Dans ce cas, il peut être difficile, voire impossible, pour les autorités suisses de la concurrence d'intervenir à l'étranger, faute d'accords avec d'autres Etats sur l'application du droit des cartels. Dans une telle constellation, il peut donc être avantageux pour les entreprises suisses de recourir à la voie civile (cf. ci-dessus N 17, 22).

Existe-t-il un risque de sanction pour une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif ?

29 En vertu de la loi sur les cartels, des sanctions directes ne sont prévues que pour les abus de position dominante ainsi que pour les cas particulièrement graves d'accords en matière de concurrence (p.ex. les accords sur les prix et sur la protection territoriale). En revanche, l'abus de pouvoir de marché relatif ne peut pas être sanctionné directement.

30 Ceci n'affecte pas la possibilité pour la COMCO de prononcer une sanction en cas de récidive, à savoir lorsque la COMCO a rendu une décision exécutoire interdisant ou imposant un comportement à l'encontre d'une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif à l'issue d'une enquête formelle (cf. ci-dessus N 25) et que l'entreprise concernée contrevient à cette décision.

Où puis-je trouver plus d'informations sur l'interprétation et l'application des dispositions sur le pouvoir de marché relatif ?

31 Les autorités de la concurrence publient régulièrement leurs décisions, rapports finaux, conseils et expertises dans la revue « Droit et politique de la concurrence en pratique (DPC) » [2]. Les décisions importantes sont également publiées sur le site Internet[3]. Les décisions des tribunaux sont publiées dans leurs organes de publication respectifs, et dans certains cas, par les autorités de la concurrence dans les DPC. De plus amples informations sur le pouvoir de marché relatif sont disponibles dans les textes de loi et dans la littérature spécialisée.

En même temps que les dispositions sur le pouvoir de marché relatif, une nouvelle norme relative au géoblocage a été introduite dans la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). Les citoyens et les entreprises peuvent-ils également s'adresser aux autorités de la concurrence à ce sujet ?

32 La modification de la loi sur la concurrence déloyale concerne l'utilisation par les entreprises de mesures de géoblocage non imposées par l'Etat (géoblocage privé). Selon les nouvelles dispositions, le géoblocage privé est qualifié de déloyal au sens de la LCD[4] et donc illicite. Par

---

[2] Disponible sous https://www.comco.admin.ch > Jurisprudence > Droit et politique de la concurrence en pratique (DPC).
[3] Disponible sous https://www.comco.admin.ch > Jurisprudence > Décisions.
[4] Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241).

conséquent, dans le commerce à distance (Internet, téléphone, catalogue), une discrimination des consommateurs suisses en matière de prix ou de conditions de paiement ne sera en principe possible qu'en présence d'un motif objectif.

33 Les autorités de la concurrence ne sont pas compétentes pour l'application de la LCD. Les personnes concernées peuvent s'adresser au Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) ou à des professionnels du droit et faire valoir leurs droits éventuels par la voie civile. Vous trouverez de plus amples informations ainsi qu'un formulaire de plainte sur le site Internet du SECO.[5]

[5] Disponible sous www.seco.admin.ch > Pratiques commerciales et publicitaires > Concurrence déloyale.

Partie II : Formulaire d'annonce

Dénonciation aux autorités suisses de la concurrence d'un éventuel abus de pouvoir de marché relatif

1. Informations sur l'entreprise touchée (« Entreprise dénonciatrice »)

1.1. Raison sociale

1.2. Adresse

1.3. Personne de contact dans l'entreprise (nom, fonction, numéro de téléphone, e-mail)

1.4. *(Si disponible*) Représentant (nom, adresse, numéro de téléphone, e-mail)

1.5. Activité commerciale (*brève description*)

2. Informations sur l'entreprise présumée disposer d'un pouvoir de marché relatif (« Entreprise dénoncée »)

2.1. Raison sociale

2.2. Adresse (*si le siège principal est à l'étranger : également les adresses éventuelles des filiales ou succursales en Suisse*)

2.3. Activité commerciale (*brève description*)

3. Informations sur la relation de dépendance

3.1. Veuillez expliquer de manière aussi détaillée que possible dans quelle mesure il existe une dépendance économique entre vous et l'entreprise dénoncée. Veuillez mentionner en particulier :

- le produit ou le service concerné ;
- le début de la dépendance ;
- les raisons de la dépendance (p.ex. en raison des caractéristiques du produit, des conditions d'achat, de la réputation de la marque, de la fidélité des consommateurs à la marque, des investissements spécifiques et des coûts d'adaptation ainsi que de la part de marché de l'entreprise dénoncée et du chiffre d'affaires concerné par rapport au chiffre d'affaires total, etc.).

3.2. Comment la dépendance à l'égard de l'entreprise dénoncée s'est-elle créée ?

3.3. Veuillez expliquer de manière aussi détaillée que possible quelles sont les possibilités de se tourner vers des produits ou des services alternatifs.

3.4. Veuillez expliquer de manière aussi détaillée que possible quelles sont les possibilités de se tourner vers des offreurs ou des demandeurs alternatifs (en Suisse ou à l'étranger).

3.5. Quels efforts concrets avez-vous entrepris pour vous tourner vers des produits ou des services alternatifs ?

3.6. Quels efforts concrets avez-vous entrepris pour vous tourner vers des offreurs ou des demandeurs alternatifs (en Suisse ou à l'étranger) ?

3.7. Veuillez décrire la position sur le marché de l'entreprise dénoncée.

4. Informations sur l'abus

4.1. De quoi s'agit-il ? – Veuillez décrire le principal reproche que vous adressez à l'entreprise dénoncée.

4.2. Qu'attendez-vous de l'entreprise dénoncée et dans quelle mesure doit-elle adapter son comportement ?

4.3. Comment l'entreprise dénoncée a-t-elle justifié le comportement que vous lui reprochez ?

4.4. Avez-vous contesté auprès de l'entreprise dénoncée le comportement que vous lui reprochez ?

☐ Oui ☐ Non

Si oui :

a) Sous quelle forme avez-vous contesté le comportement ?

b) Comment l'entreprise dénoncée a-t-elle réagi ?

Si non :

Pourquoi n'avez-vous pas contesté ce comportement ?

4.5. Quelles sont les conséquences du comportement de l'entreprise dénoncée pour votre entreprise ?

Veuillez également préciser quand les différentes conséquences se sont produites, resp. se produiront.

4.6. L'entreprise dénoncée se comporte-t-elle également de la sorte vis-à-vis d'autres entreprises ?

5. Autres remarques et indications

6. Documents

Veuillez, dans la mesure du possible, étayer vos propos en fournissant des documents appropriés (p.ex. documents, e-mails, etc.).

7. Communication de la dénonciation

Acceptez-vous que la dénonciation soit divulguée à l'entreprise dénoncée ?

☐ Oui ☐ Non

<u>Indication</u> : Pour que les autorités de la concurrence puissent procéder à des investigations supplémentaires, il est généralement nécessaire de confronter l'entreprise dénoncée à la dénonciation. Dans ce contexte, les autorités de la concurrence préservent les éventuels secrets d'affaires de l'entreprise dénonciatrice. En cas de refus, veuillez justifier pour quelle(s) raison(s) vous refusez que la dénonciation soit divulguée à l'entreprises dénoncée.

Nous attirons votre attention sur le fait que les autorités de la concurrence sont assujetties au secret de fonction. Les informations recueillies dans l'exercice de leurs fonctions ne peuvent être utilisées qu'à des fins de renseignement ou d'enquête. De plus, les publications des autorités en matière de concurrence ne doivent révéler aucun secret d'affaires (art. 25 LCart). Nous vous prions de bien vouloir nous signaler individuellement les informations couvertes par le secret d'affaires dans votre dénonciation (p.ex. en utilisant un code couleur approprié) ou de nous faire parvenir la dénonciation en deux exemplaires (une version caviardée et une version non caviardée). A cet égard, nous vous renvoyons à la note du Secrétariat intitulée « Secrets d'affaires » [6].

Veuillez **dater** et **signer** votre dénonciation.

[6] Disponible sous https://www.comco.admin.ch > Législation et documentation > Notes.