



# Les mesures correctives et sanctions de l'abus de position dominante: Une perspective comparée

LAUREN OJHA<sup>1</sup>

*Maîtrise en droit des affaires, Lic. iur, LL.M*

## I. Introduction

Les entreprises au bénéfice d'une position dominante sur un marché pertinent considéré sont parfois tentées d'agir de manière indépendante dans le but d'exploiter leur situation par des comportements abusifs. Ces pratiques commerciales prédatrices peuvent être abusives et conduire à l'exclusion de sociétés concurrentes, ce que le droit de la concurrence ne tolère pas. Ainsi, la position dominante, la taille et le pouvoir de marché des entreprises font l'objet d'une attention toute particulière des autorités de la concurrence qui exercent un contrôle en deux temps. Tout d'abord lorsque les sociétés décident d'accroître leur taille par une fusion, les autorités vérifient *a priori* que les conditions d'une concentration sont réunies avant de l'avaliser. Dans un second temps, elles examinent *a posteriori* le comportement des entités dominantes afin de déterminer si les pratiques commerciales sont constitutives d'un abus<sup>2</sup>. Dès lors, c'est uniquement à la suite du contrôle des concentrations ou de l'abus de position dominante que des mesures et sanctions peuvent, cumulativement ou alternativement, être adoptées à l'encontre des sociétés concernées.

Seul le contrôle *ex post* des pratiques commerciales d'entreprises dominantes fera l'objet de la présente contribution dont le but est de présenter successivement les caractéristiques relatives aux outils (II) ayant pour vocation de restaurer la concurrence et de protéger les consommateurs. Il s'ensuivra une présentation des

mesures correctives (III) et des sanctions (IV) pouvant être prononcées afin de mettre un terme à la pratique anti-concurrentielle abusive. Cela nous permettra de conclure que les autorités de la concurrence disposent d'un arsenal répressif adéquat qui reste cependant délicat à mettre en œuvre (V).

## II. Les caractéristiques propres des mesures correctives et sanctions

A l'évidence, les mesures correctives et les sanctions poursuivent un objectif commun à savoir celui de mettre un terme à l'abus. Elles ont également pour vocation de rétablir une situation concurrentielle propice à une concurrence sur les mérites, permettant la rencontre de l'offre et de la demande sur un marché considéré. Les consommateurs ne sont pas en reste puisqu'ils sont les destinataires de la politique de la concurrence, dont un des buts consiste à les protéger, et ce par l'utilisation de mesures et sanctions toujours plus impressionnantes. Il n'en demeure pas moins que les sanctions ont également pour finalité de priver l'entreprise prédatrice des bénéfices issus de la commission de l'infraction et de la dissuader de commettre de nouvelles pratiques coupables à l'avenir.

Une mesure corrective ou une sanction sera considérée comme légitime si elle est à la fois efficace (A) et proportionnelle (B).

## A) L'efficacité des mesures correctives et des sanctions

L'efficacité des outils répressifs à disposition des autorités de la concurrence est conditionnée par le rétablissement d'une concurrence effective, dénuée des effets résultant des atteintes causées par l'entreprise dominante<sup>3</sup>. Il faut par ailleurs que cette mesure soit propre à mettre un terme à l'infraction en privant la société du gain retiré de la commission et d'empêcher tout prolongement des comportements abusifs ainsi que toute éventuelle récidive.

L'efficacité d'une mesure ou d'une sanction est fonction des objectifs atteints. Cela se détermine en termes d'efficacité, c'est-à-dire du meilleur usage des moyens économiques permettant l'avènement et la garantie d'une concurrence pure et parfaite réalisant l'efficacité d'allocation, de production ainsi que l'efficacité dynamique.

## B) La proportionnalité des mesures correctives et des sanctions

La proportionnalité est un principe constitutionnel devant être pris en considération par les autorités de la concurrence lorsqu'elles élaborent des mesures et des sanctions réprimant les abus de position dominante. Bien que ce principe ne soit pas toujours clairement exprimé dans les textes législatifs<sup>4</sup>, il s'impose aux autorités administratives et judiciaires en charge de la concurrence.

Appliqué aux mesures correctives, le principe de proportionnalité nécessite une corrélation directe entre la violation commise et la mesure destinée à y mettre un terme. Celle-ci doit être appropriée et nécessaire pour atteindre les buts visés<sup>5</sup> et ne pas avoir des conséquences démesurées pour l'entreprise responsable de la pratique commerciale abusive. En définitive, une mesure corrective sera proportionnelle<sup>6</sup> si elle est :

- Apte à atteindre le but visé consistant au rétablissement de la concurrence ;
- Nécessaire, en ce sens que sera choisie celle qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés ;
- Proportionnelle, au sens étroit du terme, ce qui implique de prendre en compte la gravité des effets et du résultat escompté sur la situation de l'entreprise concernée.

Pour ce qui est des sanctions, le principe de proportionnalité implique un juste équilibre entre le montant de la sanction et la prévention de la réitération de la commission de l'abus. Ainsi, l'amende devra avoir un « *effet dissuasif* [...] *ni excessif, ni insuffisant* »<sup>7</sup>.

## III. Les mesures correctives : des outils privilégiés dans la lutte contre les abus de position dominante

Les autorités de la concurrence disposent de différents outils afin de mettre un terme à un abus de position dominante. Ces derniers sont divers et visent à guérir l'atteinte à la concurrence en portant une attention toute particulière soit au comportement, soit à la structure de l'entreprise en cause (A). Il résulte de ce qui précède que le choix entre ces deux types de mesures n'est guère aisé et s'opère suivant les circonstances particulières du cas d'espèce (B).

### A) La classification des mesures correctives

Les mesures correctives peuvent être divisées en deux catégories, la première étant relative aux mesures comportementales (1) et la seconde aux mesures structurelles (2). Cette nomenclature est souvent contestée en raison du fait que certains remèdes peuvent avoir des effets autres que ceux envisagés<sup>8</sup>, ce qui tend à remettre en cause la classification bipartite proposée ici, pourtant reprise dans divers ordres juridiques.

#### 1. Les mesures comportementales

Les mesures comportementales obéissent à des principes propres relevant du droit de la concurrence de chaque ordre juridique (1.1). Elles s'attellent à rétablir la concurrence en prenant en compte les spécificités des pratiques abusives, de sorte qu'il existe autant de remèdes comportementaux que de pratiques abusives. Une brève illustration sera présentée ci-après (1.2).

##### 1.1 Les principes applicables

Les mesures comportementales disposent de deux facettes dont la première comporte un devoir négatif visant à mettre un terme à l'infraction commise par le biais d'une interdiction du comportement abusif<sup>9</sup> et la seconde un devoir positif d'adopter un comportement spécifique consistant à rétablir le jeu de la concurrence. Il sied de préciser que ce rétablissement n'implique pas de faire tomber toutes les entraves à la concurrence, y compris celles ne résultant point du comportement de l'acteur en question. Il n'appartient donc pas aux mesures comportementales de permettre la mise en œuvre d'une politique de concurrence déterminée puisque la concurrence devant être rétablie est celle dite « efficace », c'est-à-dire celle permettant la rencontre de l'offre et de la demande, sans altération par un quelconque comportement abusif de l'entreprise incriminée<sup>10</sup>. En ce sens, nous sommes de l'avis selon lequel les remèdes comportementaux doivent répondre à l'abus et constituer

le miroir de l'infraction. Cela explique qu'ils varient sensiblement en fonction de l'acteur et de la nature de l'abus commis<sup>11</sup> ; ils sont en règle générale adaptés à la violation qu'ils sont censés guérir. Ainsi, le remède destiné à remédier à une vente liée diffère de celui apporté à un refus de fourniture, même si leur but commun est traditionnellement de diminuer le pouvoir de marché de l'entreprise dominante afin de prévenir la réitération de tout nouvel abus.

Les remèdes comportementaux en droit américain<sup>12</sup> visent à mettre un terme à l'infraction et à replacer la victime dans la situation dans laquelle elle serait si la personne coupable n'avait jamais violé la loi, voire de rétablir cette dernière dans la situation qu'elle occupait avant la violation<sup>13</sup>. Les droits européen et suisse poursuivent le but consistant à mettre un terme à l'infraction. Dans toutes ces hypothèses, les autorités et instances judiciaires bénéficient d'une grande marge de manœuvre quant au choix des mesures à imposer<sup>14</sup>.

## 1.2 Illustration pratique

Il convient de présenter brièvement les mesures comportementales pouvant être prononcées à l'encontre d'entreprises au bénéfice d'une position dominante, et ce en fonction des abus commis. Seules certaines hypothèses ayant trait aux ventes liées (1.2.1), aux prix prédateurs (1.2.2) et aux refus de fourniture (1.2.3) seront abordées ci-après.

### 1.2.1 Les ventes liées

La vente liée est une pratique commerciale réalisée par un fournisseur de biens qui oblige l'acheteur à acquérir un second produit lors de son achat<sup>15</sup>. Elle se distingue de la vente groupée, ou *bundling*, par laquelle un fournisseur vend ensemble deux biens de natures différentes<sup>16</sup>. Ces deux formes de pratiques commerciales sont constitutives d'abus et interdites, aussi bien en droit américain<sup>17</sup>, qu'en droit européen<sup>18</sup> et suisse<sup>19</sup>. Leur appréhension peut varier suivant les ordres juridiques, entre règle de raison et une interdiction en tant que telle<sup>20</sup>, les remèdes apportés sont en revanche proches.

Ainsi, suivant les faits à l'origine de l'affaire, une telle vente sera traditionnellement sanctionnée par un découplage consistant à interdire de vendre ensemble deux produits distincts. Une modification contractuelle pourra également être ordonnée afin de prohiber la vente liée ou groupée des biens concernés<sup>21</sup>. En général, la mesure sera d'effet immédiat et s'étendra sur plusieurs années afin d'en garantir le succès et d'éviter toute récidive<sup>22</sup>. De ce fait, le remède constitue le miroir de l'infraction.

### 1.2.2 Les prix prédateurs

Pour ce qui est des prix prédateurs, l'appréhension de ce phénomène varie suivant les ordres juridiques concernés<sup>23</sup> avec la singularité selon laquelle il est souvent difficile de qualifier et retenir qu'une entreprise dominante met en œuvre des prix prédateurs. En effet, sera considérée comme pratiquant de tels prix toute société qui abaisse volontairement les prix des biens vendus en dessous du coût de production, afin de forcer ses concurrents hors du marché. Une fois ces derniers évincés, l'entreprise augmente ses prix<sup>24</sup> afin de récupérer ses pertes<sup>25</sup>. Nous sommes d'avis que l'abus consistant à pratiquer des prix prédateurs est objectivement difficile à retenir et encore plus à prouver. La jurisprudence, peu abondante en la matière, semble confirmer le malaise existant quant à l'appréhension de ce phénomène. De ce fait, les remèdes comportementaux demeurent particulièrement difficiles à façonner puisqu'ils sont intrusifs et porteurs de risques liés à l'indétermination des autorités de la concurrence d'imposer un prix. Ces dernières seront par conséquent réticentes à imposer un nouveau prix plus juste. En règle générale, les autorités exigeront de la société coupable qu'elle mette un terme aux pratiques prédatrices et qu'elle remplace le prix litigieux par un prix justifié par les circonstances objectives du cas d'espèce<sup>26</sup>.

### 1.2.3 Les refus de fourniture

Les refus de fourniture consistent fréquemment en une pratique discriminatoire<sup>27</sup> et *a fortiori* abusive, lésant directement le consommateur puisqu'ils conduisent à entraver verticalement le marché<sup>28</sup>. Par un tel refus, la production, les débouchés, voire le développement technique peuvent être empêchés. Cette pratique est interdite dans les différents ordres juridiques qui nous intéressent<sup>29</sup>.

Les remèdes comportementaux visant à mettre un terme à ces refus sont interventionnistes, car au-delà de mettre un terme à l'abus, ils dictent à l'entreprise concernée une ligne de conduite, menaçant ainsi la liberté d'entreprendre et de conclure des contrats, surtout lorsque des droits de propriété intellectuelle sont en cause, ce qui est fréquent de nos jours<sup>30</sup>. Afin de remédier à ce type de pratiques, les sociétés coupables pourront se voir obligées de modifier les clauses contractuelles abusives, d'annuler le contrat illégal en cause, de concéder des licences moyennant le paiement de certaines redevances ou d'octroyer des licences totalement gratuites. Cet interventionnisme dicté par la nécessité de mettre un terme au refus de fourniture est à notre sens critiquable, sauf lorsqu'il est justifié par le fait que le bien en question constitue une facilité essentielle, la difficulté résidant alors dans la définition de ce qui est essentiel.

En matière de refus de fourniture, la question des remèdes demeure délicate puisqu'il s'avère indispensable de déterminer l'étendue des mesures et leur durée, tout en respectant les principes de proportionnalité et d'efficacité précités. Cette étape, qui peut relever d'un véritable défi, reste néanmoins cruciale afin de ne pas vider de leur sens de tels remèdes. La doctrine se montre en général très critique de l'appréciation des résultats issus de licences obligatoires puisque de telles mesures sont fréquemment difficiles et longues à mettre en œuvre<sup>31</sup>.

## 2. Les mesures structurelles

Les remèdes structurels ont vocation à apporter un changement, bien souvent drastique, à la structure de la société et *a fortiori* à la structure du marché sur lequel opère l'entreprise en question. Le droit européen fait référence au désinvestissement comme mesure structurelle privilégiée<sup>32</sup> alors que le droit américain permet la dissolution, la séparation ou le démantèlement d'une société<sup>33</sup>. Le droit suisse quant à lui n'offre aucune clarification sur le type de mesure structurelle admise<sup>34</sup>. Cette marge de manœuvre et l'absence de *numerus clausus*<sup>35</sup> impliquent que toutes les mesures structurelles sont *a priori* possibles pour autant qu'elles respectent les caractéristiques d'efficacité et de proportionnalité précédemment énoncées, de même que la particularité propre d'*ultima ratio*.

Cette spécificité constitue une limitation à la mise en œuvre de telles mesures qui se justifie par le caractère intrusif et drastique qu'elles représentent. Le critère de l'*ultima ratio* est censé rendre les remèdes structurels exceptionnels, de sorte qu'ils seront choisis uniquement si la mesure comportementale ne permet pas de mettre un terme à l'infraction et de guérir l'atteinte à la concurrence<sup>36</sup>. Dès lors, la nécessité de recourir à une intervention d'une telle ampleur doit être commandée par les circonstances du cas d'espèce, et plus particulièrement par les acteurs en cause et le marché pertinent considéré.

Les mesures structurelles présentent des avantages liés à leur côté radical<sup>37</sup>. Elles peuvent être choisies dans le but d'éviter des interférences et dérives commerciales, mais aussi afin de déverrouiller un marché qui aurait été cloisonné par les pratiques anticoncurrentielles. Plus particulièrement concernant le désinvestissement, cette mesure peut être favorable au rétablissement de la concurrence puisqu'elle revient à créer deux entités qui vont désormais se concurrencer et être actives sur le même marché, tout en permettant la vente de produits toujours plus innovants à des prix justes<sup>38</sup>.

En effet, suivant les industries concernées – particulièrement celle relative aux technologies<sup>39</sup> de l'informatique et des nouvelles technologies – une mesure structurelle pourrait se révéler inadéquate puisqu'elle ne conduirait

pas à abaisser les fortes barrières existant à l'entrée du marché, ce qui rendrait inefficace la mesure précitée en raison d'une hausse des prix et à terme, la domination d'une des entités créées artificiellement<sup>40</sup>. Qui plus est, ces mesures peuvent être difficiles à réaliser dans la pratique, notamment en matière de désinvestissement, où la ligne de séparation entre les activités de l'entreprise n'est pas toujours évidente.

Les pratiques administrative et judiciaire nous indiquent que les remèdes structurels sont rarement mis en œuvre dans le cadre des abus de position dominante. Comme nous l'avons vu, cette possibilité existe puisque son fondement est expressément prévu par les bases légales des divers ordres juridiques présentés. A ce jour, aucun exemple ne démontre leur mise en œuvre au sein de l'Union européenne et en Suisse<sup>41</sup>, et ce probablement en raison des précédents jurisprudentiels américains. En effet, les instances américaines ont appliqué ces mesures afin de sanctionner des entreprises florissantes<sup>42</sup> du siècle dernier. Cela a fait couler beaucoup d'encre<sup>43</sup> car les résultats n'ont pas été à la hauteur des espérances suscitées, notamment le rétablissement du marché concurrentiel concerné par l'atteinte de *monopolization*.

## B) Le choix entre mesures comportementale et structurelle

Le choix entre des mesures comportementale et structurelle s'opère en fonction du but envisagé et de la gravité de l'atteinte à la concurrence.

Comme rappelé, les mesures structurelles sont rarement mises en œuvre dans les cas d'abus de position dominante, les mesures comportementales leur étant préférées car moins drastiques. Les diverses législations ainsi que les pratiques administrative et judiciaire en font des mesures subsidiaires qui peuvent trouver application uniquement si des mesures comportementales sont insuffisantes pour faire cesser l'abus. En outre, la doctrine a parfois établi des méthodes, à l'image de celle proposée par SULLIVAN<sup>44</sup>. Ce dernier précise les conditions dans lesquelles un démantèlement peut avoir lieu et confirme le caractère subsidiaire des mesures structurelles.

Toujours est-il que les mesures structurelles ne doivent pas servir d'instrument de politique économique et conférer aux autorités de la concurrence un rôle trop interventionniste qui n'entre pas dans leur fonction. En effet, les instances administratives et judiciaires ne doivent pas s'inscrire en tant que régulateur du jeu concurrentiel et favoriser une entreprise au détriment d'une autre, mais plutôt exercer une fonction d'arbitre et faire cesser les atteintes résultant d'abus<sup>45</sup>.

En ce qui concerne les mesures comportementales, ces dernières ont clairement la faveur des autorités de la

concurrence et sont souvent privilégiées puisqu'elles permettent de circonscrire les effets anticoncurrentiels résultant des abus de position dominante. Ces infractions sont donc essentiellement guéries par de telles mesures<sup>46</sup>. L'inconvénient majeur des mesures comportementales réside dans leur mise en œuvre, celle-ci nécessitant fréquemment un suivi particulier par des mandataires nommés, exerçant leur fonction en toute indépendance<sup>47</sup>.

#### IV. Des sanctions pécuniaires toujours plus dissuasives

Les sanctions pécuniaires constituent un moyen de mettre un terme à un abus de position dominante en imposant à l'entreprise coupable le paiement d'une amende. Ces sanctions obéissent à des considérations générales (A), qui diffèrent des mesures correctives susmentionnées. Elles doivent par ailleurs respecter une procédure particulière quant à leur adoption afin de ne pas être remises en cause en appel (B).

##### A) Considérations générales

Les sanctions revêtent un caractère punitif qui s'exprime par l'imposition d'une peine pécuniaire et constituent en réalité une pénalité devant permettre de réparer le préjudice subi ensuite des pratiques anticoncurrentielles. Elles représentent une catégorie distincte des mesures correctives, elles peuvent toutefois être prononcées en sus de ces dernières.

Le droit américain ne connaît des amendes que dans le cadre des actions civiles et pénales ayant vocation à réprimer les *monopolization* ou *attempts to monopolize*. Les actions publiques ont quant à elles pour objectif de restaurer la concurrence au sens large, de sorte que seules des mesures correctives peuvent être prononcées.

A l'opposé, les droits européen et suisse<sup>48</sup> de la concurrence prévoient des mécanismes de sanctions pécuniaires assez similaires, ce qui se manifeste également dans l'établissement des montants qui ne cessent d'être revus à la hausse. Cela s'explique par le caractère dissuasif des sanctions qui ont vocation non seulement à prévenir toute récidive mais également à priver les entreprises des fruits de leur pratique illicite. Ainsi en droit européen, l'article 23 alinéa 2 du règlement de modernisation offre la possibilité à la Commission d'infliger des amendes à hauteur de 10% du chiffre d'affaire total de l'entreprise coupable, réalisé au cours de l'exercice social précédent, alors qu'en droit suisse, l'article 49a LCart dispose que le montant peut aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaire réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices<sup>49</sup>.

##### B) Les éléments à prendre en compte dans le calcul de la sanction

Le montant des sanctions varie suivant les cas d'espèce, de sorte que celui-ci dépend des facteurs propres à la société en cause, à la violation du droit de la concurrence et au marché considéré. Divers éléments doivent être pris en compte dans le calcul du montant de la sanction pécuniaire ayant trait à l'abus commis, ce qui amène les autorités européenne et suisse à suivre une procédure en trois temps afin de déterminer le montant de l'amende à infliger. Ces dernières examineront tout d'abord les éléments relatifs à la commission de l'infraction (1), pour ensuite apprécier les circonstances propres à l'entreprise (2) et enfin, les effets de l'abus sur le marché considéré (3).

###### 1. La commission de l'infraction

En ce qui concerne l'infraction tout d'abord, les autorités de la concurrence envisagent l'importance de cette dernière. C'est le lieu de prendre en compte la gravité de la violation<sup>50</sup> commise par l'entreprise, mais aussi la durée de l'abus. En effet, ce critère temporel reflète l'intention coupable de la société concernée. De ce fait, plus la durée de la commission de l'infraction sera longue, plus la sanction pécuniaire sera lourde. Ces éléments permettent aux autorités de la concurrence d'établir un montant de base qui prendra en compte la valeur de la totalité des ventes réalisées par l'entreprise durant la dernière année complète de sa participation à l'infraction<sup>51</sup>. Le montant de base ainsi établi, les circonstances particulières relatives à la commission de la violation seront prises en compte afin de l'ajuster aux motifs aggravants<sup>52</sup> ou atténuants<sup>53</sup>. Dans la première hypothèse, ces circonstances donneront lieu à une augmentation du montant de l'amende. Tel est le cas d'une récidive de la société concernée, du refus de coopérer avec les autorités de la concurrence ou de s'aligner sur les mesures établies par ces dernières. Dans la seconde hypothèse, le montant de l'amende pourra être diminué si la société a eu un rôle secondaire, voire passif, dans la commission de l'infraction, ou si elle a refusé de mettre en œuvre des accords anticoncurrentiels par exemple. C'est le lieu de préciser que la Commission européenne se réserve la particularité de prélever un « droit d'entrée » en sus du montant de l'amende afin de dissuader les entreprises de participer à des accords horizontaux de fixation des prix, de répartition de marché et de limitation de production<sup>54</sup>.

###### 2. L'entreprise dominante

Il s'en suit que l'importance de l'entreprise coupable de l'abus devra être examinée. Pour cela, il est nécessaire de prendre en compte les parts de marché et le chiffre d'affaire de la société précitée, qui attestent de la position dominante de l'acteur en question et de sa puissance de

marché. Cette phase permet d'évaluer la capacité économique de l'acteur en question, ce qui justifiera éventuellement une augmentation du montant de l'amende afin de tenir compte des ressources de l'entreprise et de l'avantage économique et financier résultant de la commission de l'infraction.

Il sied de préciser une spécificité connue du droit suisse uniquement, consistant en un mécanisme de récompense visant à favoriser les entreprises qui décideront d'elles-mêmes de renoncer à leur participation à une restriction à la concurrence ou qui, spontanément, cesseront de participer à une pratique anticoncurrentielle. Ce mécanisme d'auto-dénonciation permet à l'entreprise visée d'échapper à toute sanction pour autant que les conditions énumérées à l'article 8 alinéas 2 et suivants OS LCart soient réunies.

### 3. Les effets de la commission de l'infraction

Les effets de l'infraction sont finalement observés par les autorités de la concurrence qui porteront une attention toute particulière à l'impact des effets anticoncurrentiels sur le marché concerné<sup>55</sup>, les consommateurs et les tiers. Les bénéfices résultant des pratiques anticoncurrentielles illicites seront également pris en compte afin de priver de tous avantages l'entreprise à l'origine de l'abus de position dominante.

Le prononcé d'amendes record constitue une tendance qui ne cesse de se confirmer, surtout dans les technologies relatives au marché de l'informatique. A titre d'exemple, nous citerons la décision européenne rendue en mars 2004<sup>56</sup>, par laquelle la Commission a infligé à l'entreprise américaine *Microsoft* une amende de plus de 497 millions d'euros. En mai 2009<sup>57</sup>, l'exécutif européen a prononcé une amende record de 1,06 milliards d'euros à l'égard d'*Intel* afin de sanctionner les pratiques prédatrices et discriminatoires de l'entreprise américaine. Les autorités suisses ne sont pas en reste, comme en témoignent les différentes affaires relatives à l'entreprise de télécommunication *Swisscom*<sup>58</sup>.

## V. Conclusion

L'élaboration de mesures correctives et de sanctions destinées à mettre un terme à l'incrimination d'abus de position dominante des entreprises est périlleuse et peut relever d'un défi. En effet, nombre d'auteurs<sup>59</sup> sont de l'avis que de telles « sanctions »<sup>60</sup> doivent être déterminées au préalable, dès l'ouverture des enquêtes, afin de mettre au point des remèdes qui correspondent efficacement à l'abus qu'il convient de guérir. Ainsi, il est primordial de prendre en compte les intérêts en présence, y compris les caractéristiques du marché

considéré, afin de restaurer une concurrence efficace, préserver l'innovation et protéger le consommateur, destinataire de la politique de concurrence. A notre avis, un remède adéquat se doit d'être une mesure spécifique à l'abus en cause – constituer en quelque sorte le miroir de l'infraction – mais néanmoins adaptable, qui puisse être appliquée et être capable de mettre un terme à tout abus afin de prévenir la réapparition de ce dernier. Ainsi, les avantages doivent nécessairement être supérieurs aux méfaits. Nous sommes de l'avis qu'une mesure répondant aux critères précités sera légitime puisqu'elle encadrera la liberté économique des entreprises en faveur d'une concurrence efficace qui ne s'inscrira pas dans l'intérêt des concurrents. Les sanctions obéissent quant à elles à une fonction de dissuasion, leur constante hausse correspond à un signalement clair des autorités de la concurrence qui ne tolèrent pas les abus de position dominante d'entreprises performantes.

\* \*  
\*

## Notes

- <sup>1</sup> Je tiens à remercier le Professeur Andreas HEINEMANN pour sa précieuse relecture de la présente contribution, qu'il trouve ici l'expression de mes sentiments dévoués.  
Cet article tient compte de la doctrine et de la jurisprudence publiées au 1er juillet 2012
- <sup>2</sup> La jurisprudence européenne fait notamment peser sur les entreprises bénéficiant d'une telle position une responsabilité spéciale, ce qui revient en quelque sorte à objectiver la notion d'abus et permettre ainsi le déclenchement fréquent de procédures de contrôle des abus de position dominante, v. arrêt CJCE, 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, Rec., p. 3461, c. 57 : « la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun. »
- <sup>3</sup> On parle d'*effects-base approach*, c'est-à-dire une approche basée sur les effets du comportement, qui s'oppose à une approche fondée sur la forme du comportement ou *formed-based approach*.
- <sup>4</sup> La législation antitrust, bien qu'éparse, ne fait pas expressément référence à ce principe qui est pourtant largement admis par la doctrine et la jurisprudence. Le principe de proportionnalité devient de fait un standard incontournable dans la détermination des mesures et des sanctions à appliquer aux hypothèses de *monopolization* ou d'*attempted monopolization*. Au contraire du droit américain, le principe de proportionnalité est expressément garanti par les législations de l'Union européenne (article 7 alinéa 1 du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité) et de la Suisse (article 5 alinéa 2 et 36 alinéas 2 et 3 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, article 3 alinéa 1 lettre c et alinéa 2 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur).
- <sup>5</sup> CJUE, 6 avril 1995, *Radio Telefís Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, (arrêt *Magill*), aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, Rec., 1995, p. 43, c. 93 : « le principe de proportionnalité signifie que les charges imposées aux entreprises, pour mettre fin à une infraction au droit de la concurrence, ne doivent pas dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché, à savoir le rétablissement de la légalité au regard des règles qui ont en l'espèce été méconnues. »
- <sup>6</sup> Pierre MOOR, *Droit administratif*, vol. I., Berne, 1994, p. 350 ss.

- <sup>7</sup> Mesures correctives et sanctions en cas d'abus de position dominante, OCDE synthèses, janvier 2009, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.oecd.org/dataoecd/24/47/42091456.pdf>.
- <sup>8</sup> Cette nomenclature est traditionnellement admise, elle n'en demeure pas moins insatisfaisante à certains égards puisque par exemple, le remède consistant à octroyer des licences obligatoires peut avoir des conséquences justifiant son classement au sein des mesures structurelles.
- <sup>9</sup> V. art. 30 LCart p. ex.
- <sup>10</sup> CR-Concurrences, Benoît CARRON, N 11 ad art. 30 LCart.
- <sup>11</sup> Phillip E. AREEDA & Herbert HOVENKAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Aspen Publishers, 2<sup>d</sup> ed., 2002, ¶ 635a: « remedies for the same statutory violation vary considerably, depending on the nature of the violation and the identity of the plaintiff. Thus, it never follows automatically from the finding of a §2 that the dissolution is in order, that criminal sanctions are appropriate, that the plaintiff is entitled to treble damages, or in some cases that an injunction against future conduct is justified. »
- <sup>12</sup> En droit américain, le Département de Justice (DOJ) fait la distinction entre *behavioral* et *structural remedies*. La première catégorie se subdivise entre les *prohibitory provisions* (qui sont utilisées dans les cas de vente liée et de refus de fourniture afin de mettre un terme à l'abus et à prévenir sa réitération) et les *affirmative-obligation remedies* (qui imposent des comportements particuliers à l'entreprise afin de rétablir la concurrence). Le droit suisse fait référence au terme « mesures », à l'article 30 al. 1 LCart, sans préciser la nature de ces dernières. La distinction entre mesures comportementale et structurelle existe dans notre ordre juridique, bien que celui-ci privilégie l'utilisation des sanctions afin de mettre un terme à un abus de position dominante constaté.
- <sup>13</sup> Douglas LAYCOCK, *Modern American Remedies: Cases and Materials 2* (1994), U.S. Department of Justice, *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, 2008, disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>.
- <sup>14</sup> V. pour le droit européen art. 7 règlement CE n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (ci-après : règlement 1/2003), et pour le droit suisse, art. 30 al. 1 LCart.
- <sup>15</sup> V. Richard WHISH, *Competition Law*, 6<sup>th</sup> ed., 2008, Oxford, p. 679. Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Mess-LCart), FF 1995 I 472, p. 570 : « en liant la conclusion d'une affaire à l'acceptation ou à la fourniture de prestations supplémentaires sans rapport raisonnable avec la transaction de base. Il s'agit des affaires dites liées. »
- <sup>16</sup> V. Richard WHISH, *op. cit.*, p. 680.
- <sup>17</sup> V. Section 1 et Section 2 du Sherman Act, 15 U.S.C. § 1-7.
- <sup>18</sup> Articles 101 al. 1 lit e et 102 al. 2 lit. d TFUE.
- <sup>19</sup> Article 7 al. 2 lit. f LCart.
- <sup>20</sup> Pour plus de précisions concernant la *rule of reason* et la *per se rule*, v. entre autres, Emmanuel COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, p. 71 ; CR Concurrence-TERCIER, N 350 ad Introduction générale, Bâle 2002 ; Herbert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*, 4<sup>th</sup> ed., p. 272 ss, avec une critique de ces règles p. 275 ss ; Richard POSNER, *Antitrust Law*, 2<sup>d</sup> ed., The University of Chicago Press, 2001, p. 38 ; Christopher L. SAGERS, *Antitrust, Examples & Explanations*, Wolter Kluwer, 2011, p. 97 ; Gordon B. SPIVAK, *Monopolization under Sherman Act, Section 2*, *Antitrust L.J.*, p. 285, 1981, p. 308.
- <sup>21</sup> V. pour le droit antitrust, *Chicago Board of trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 (1918), *Times-Picayune Publishing Co., v. United States*, 345 U.S. 594 (1953), *Northern Pacific Railway, v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6, (1958), *United States v. Jerrold Electronics Corporation*, 187 F.Supp 545 (E.D. Pa. 1960), affirmed per curiam, 365 U.S. 567 (1961), *Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde*, 446 U.S. 2 (1984), *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d., 68. V. pour le droit européen, CJUE, 2 mars 1994, *Hilti c/ Commission*, aff. C-53/92, Rec., I., p. 667, CJUE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. C-333/94 P, Rec., I., p. 5951. Décision de la Commission du 24 mars 2004, *Microsoft*, Case COMP/C-3/37.792, résumée au JOUE L 32 du 6 février 2007, p. 23-28, TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201/04, Rec., II., p. 3601.
- <sup>22</sup> Pour des exemples, v. *United States v. Microsoft*, 97 F. Supp. 2d., 68, *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 103 (D.C. Cir. 2001) et Décision de la Commission, 24 mars 2004, aff. C-3/37.792, *Commission c/ Microsoft Corp.*, résumée au JOUE L 32 du 6 février 2007, p. 23-28 ; TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201/04, Rec., II., p. 3601.
- <sup>23</sup> Les prix prédateurs sont interdits par la Section 2 du Sherman Act, l'article 102 al. 2 lit. a TFUE et l'article 7 al. 2 lit. d LCart.
- <sup>24</sup> V. Communication de la Commission du 24 février 2009 Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'évictions abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02) et plus particulièrement, DG Competition Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, développé lors de la communication précitée et qui précise : « la pratique par laquelle une entreprise dominante abaisse ses prix et par là-même subit délibérément des pertes ou renonce à des profits à court terme, afin de pouvoir éliminer ou punir un voire plusieurs autres concurrents, ou empêcher l'entrée de un voire plusieurs rivaux potentiels, entravant ainsi le maintien ou le degré de concurrence existant encore sur le marché voire même la croissance de la concurrence. »
- <sup>25</sup> Le critère de récupération des pertes est propre au droit antitrust qui exige la présence de cet élément afin de retenir la pratique de prix prédateurs par l'entreprise. En droit européen, le critère de la récupération des pertes n'est pas requis, il faut au contraire la réunion de trois conditions cumulatives, à savoir (1) l'entreprise commet un sacrifice financier entraînant des pertes à court terme, (2) l'intention de cette dernière d'exclure ses rivaux et (3) la mise à mal de la concurrence et des consommateurs par cette pratique, v. Communication de la Commission du 24 février 2009 Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'évictions abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02).
- <sup>26</sup> V. CJUE, 3 juillet 1991, *Akzo c/ Commission*, aff. 62/86, Rec., I., p. 3359, CJUE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International SA c/ Commission*, aff. C-333/94 P, Rec., I., p. 5951, CJUE, 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, aff. C-202/07 P, Rec., I., p. 2369.
- <sup>27</sup> Ces pratiques sont discriminatoires lorsque certaines entreprises se voient refuser la fourniture de prestations.
- <sup>28</sup> V. Discussion paper, *op. cit.*, c. 209 s. Par cette pratique commerciale, l'entreprise dominante interdit à un acteur économique l'accès à un intrant qu'elle détient afin d'exclure cet acteur du jeu économique, celui-ci se trouvant évincé, marginalisé, voire empêché d'accéder au marché pertinent considéré.
- <sup>29</sup> En droit américain, par la Section 2 du Sherman Act, en droit européen, par l'article 102 al. 2 lit. b TFUE et en droit suisse, par l'article 7 al. 2 lit. a LCart.
- <sup>30</sup> Pour un exemple récent relatif aux technologies de l'informatique, v. les affaires *Microsoft* de part et d'autre de l'Atlantique, notamment la décision américaine suivante : *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F.Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) et en droit européen, Décision de la Commission, 24 mars 2004, aff. C-3/37.792, *Commission c/ Microsoft Corp.*, résumée au JOUE L 32 du 6 février 2007, p. 23-28 et TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201/04, Rec., II., p. 3601. Pour un panorama des décisions de principe, v., pour le droit américain, *United States v. General Electric Co.*, 115 F. Supp. 835 (D.N.J. 1953), *Eli Lilly & Co.*, 95 FTC 538 (1980), *United States v. Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953), *United Shoe Machinery Corp.*, 391 U.S. 244 (1968) et pour le droit européen, CJUE, 6 mars 1974, *Istituto Chimioterapico Italiano S.p.A et Commercial Solvents Corporation c/ Commission*, aff. jointes 6 et 7/73, Rec., 1974, p. 223, CJUE, 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental BV c/ Commission*, aff. C-27/76, Rec., p. 207, CJUE, 5 octobre 1988, *AB Volvo c/ Erik Veng (UK) Ltd.*, aff. C-238/87, Rec., p. 6211, CJUE 6 avril 1995, *Radio Telelis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) c/ Commission*, C-241/91-92 P, Rec., I., p. 743, CJUE, 29 avril 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG et NDC Health GmbH & Co. KG*, aff. C-418/01, Rec., I., p. 5039.
- <sup>31</sup> William E. KOVACIC, *Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct*, 31 Conn. L. Rev., p. 1285, 1999, p. 1304. V. ég. *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F.Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) : le *consent decree* en résultant a prévu la nomination d'un comité technique resté en fonction pendant plus de cinq ans. De même en Europe, *Microsoft* a été condamné au paiement d'astreintes pour non respect des obligations relatives à la divulgation des interfaces nécessaires à l'interopérabilité entre serveurs de groupes de travail.
- <sup>32</sup> Règlement 1/2003, c. 12 : « le désinvestissement se réfère à la vente d'une partie des opérations, divisions ou filiales d'une entreprise. Il est d'usage de distinguer le désinvestissement horizontal – c'est-à-dire la vente des activités qui se trouvaient auparavant dans le même échelon de la production – du désinvestissement vertical – c'est-à-dire une séparation de deux entités (ou activités) auparavant intégrées verticalement. Les deux entités ainsi créées seront dès lors indépendantes sur le marché en question. Le désinvestissement complet se réfère quant à lui à la combinaison des deux formes. »
- <sup>33</sup> Ces engagements peuvent concerner la dissolution, la séparation ou le démantèlement de l'entreprise, v. Kenneth G. EZINGA, David S. EVANS, Albert L. NICHOLS, *United States v. Microsoft: Remedy or*

Malady, 9 Geo Mason L. Rev., p. 633, 2000-2001, p. 648 ss : « *Structural remedies involve dissolution, divorcement, and divestiture – the three D's of antitrust. Historians call this 'trust busting.' A vertical structural remedy requires a firm to divest a downstream subsidiary in order to rectify a foreclosure-of-competition problem. A horizontal structural remedy breaks a firm into components that are in head-to-head competition with each other.* »

- 34 En effet, l'article 30 LCart dispose : « *Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable.* » V. ég. Denis CHERPILLOD, L'abus structurel : La modification directe de la structure de marché sous l'angle de l'abus de position dominante, Etude de droit européen et suisse, Zurich 2006, p. 236.
- 35 V. Denis CHERPILLOD, *op. cit.*
- 36 V. Art. 7 du règlement 1/2003 : « [...] *une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle.* »
- 37 Robert E. LITAN & William D. NORDHAUS, Effective Structural Relief in U.S. v. Microsoft, mai 2000, disponible à l'adresse internet suivante : <http://econpapers.repec.org/paper/regwpaper/465.htm>, p. 8 s. : « *If the aim is to 'terminate the monopoly', the most straightforward solution is to break it up in some fashion.* »
- 38 Ces motifs ont été ceux qui ont conduit les autorités américaines à requérir, en première instance, le démantèlement de l'entreprise Microsoft, v. *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F. 3d 1448, 1462 (D.C. Cir. 1995). Le but était de permettre aux deux entités créées – une responsable des systèmes d'exploitation et l'autre des logiciels – de se faire concurrence. Pour plus de détails, v. John E. LOPATKA & William H. PAGE, Devising a Microsoft Remedy That Serves Consumer, 9 Geo. Mason L. Rev., p. 691, 2000-2001, p. 698. V. ég. Harry FIRST, Netscape is Dead : Remedy Lessons from the Microsoft Litigation, NYU, Law & Econ. Research Paper No. 08-49, 2008, p. 9.
- 39 Ce sont des marchés caractérisés par des forces de marché dynamiques, voire des droits de propriété intellectuelle, v. Thomas E. SULLIVAN, The Jurisprudence of Antitrust Divestiture : The Path less traveled, 86 Minn. L. Rev., p. 565, 2001-2002, p. 163.
- 40 V. Nicholas ECONOMIDES et Ioannis LIANOS, A Critical Appraisal of Remedies in the E.U. Microsoft Cases, Columbia Law Review, vol. 2, p. 346, 2010, p. 399 ss.
- 41 En revanche, les mesures structurelles sont plus fréquemment utilisées afin de sanctionner les concentrations d'entreprise sur les marchés américain, européen et suisse de la concurrence. Elles permettent ainsi de mettre un terme à des situations qui n'auraient jamais dû exister dès le départ. V. Spencer WEBER WALKER, The Past, Present, and Future of Monopolization remedies, 76 Antitrust L.J., p. 11, 2009-2010, p. 15.
- 42 Il est ici fait référence à la *Standard Oil de John D. ROCKEFELLER (Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, 78 (1911)), à *American Tobacco (American Tobacco v. United States*, 328 U.S. 781 (1946)), à *Northern Pacific Railroad v. United States*, 356 U.S. 1 (1958)), à *AT&T (United States v. AT&T*, 552 F.Supp. 131 (D.D.C. 1982)), et *Microsoft (United States v. Microsoft Corp.*, 56 F. 3d 1448, 1462 (D.C. Cir. 1995) bien que cette entreprise ait échappé au démantèlement suite à l'adoption d'une *consent decree* après qu'un appel ait été interjeté par cette dernière (*United States v. Microsoft Corp.*, 97 F.Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000).
- 43 V. Robert W. CRANDALL, The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases, AEI-Brookings, working Paper no. 01-05, 2001, disponible à l'adresse internet suivante : [http://www.aei.brookings.org/publications/working/working\\_01\\_05.pdf](http://www.aei.brookings.org/publications/working/working_01_05.pdf), Thomas E. SULLIVAN, The Jurisprudence of Antitrust Divestiture : The Path Less Traveled, 86 Minn. L. Rev., p. 565, 2001-2002, partic. p. 577.
- 44 Thomas E. SULLIVAN, Antitrust Remedies in the U.S. and E.U. : advancing a standard of proportionality, 48 Antitrust Bull., p. 377, 2003, p. 412. Ce dernier justifie l'application de mesures structurelles lorsque le marché est concentré et continuellement anticoncurrentiel (1), qu'une réglementation continue est intervenue (2) et qu'aucune mesure n'a pu répondre aux objectifs fixés afin de rétablir la concurrence sur le marché considéré.
- 45 Kenneth G. ELZINGA, David S. EVANS, Albert L. NICHOLS, United States v. Microsoft : Remedy or Malady, 9 Geo Mason L. Rev., p. 633, 2000-2001, p. 649.
- 46 Certains auteurs privilégient des mesures comportementales sévères à la hauteur de la position dominante détenue par l'acteur économique en question, V. Roger ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Roland VON BUREN & Lucas DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. 5/2, Bâle 2000, p. 223 s., d'autres en revanche, dont nous faisons partie, sont en faveur de mesures en relation avec la gravité de l'abus, v. ég. Blaise CARRON, *op. cit.*, ad N 2189.
- 47 On parle de *monitoring trustee* ou de *divestiture trustee*.
- 48 En droit suisse, les sanctions administratives revêtent plutôt un caractère pénal, certains parlent de caractère « *pénalo-administratif* », v. Blaise CARRON, Un abus de position dominante ? Prouvez-le !, in Stefan KELLER/Stefan WIPRÄCHTIGER (édit.), Recht zwischen Dogmatik und Theorie, Mélanges en l'honneur de Marc Amstutz, Zurich/St-Gall 2012, p. 1 ss, Vincent MARTENET et Andreas HEINEMANN, Droit de la concurrence, Schulthess 2012, p. 188, CR-Concurrence, MOREILLON, N 16 ad Remarques liminaires aux articles 50-53 LCart, Pierre KOBEL, Sanctions du droit des cartels, AJP/PJA 9/2004, p. 1150, partic. p. 1154 ss, Blaise CARRON, Les transactions couplées en droit de la concurrence, Analyse économique et juridique comparée, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2004, ad N 1665.
- 49 Ce qui, d'après KOBEL, *op. cit.*, « *a pour conséquence que l'entreprise peut être doublement punie : une première fois par le marché réagissant négativement à l'annonce de l'ouverture d'enquête par la COMCO, et une seconde fois, par la COMCO, mais sur la base d'un chiffre d'affaire ne tenant pas compte de la réaction du marché.* »
- 50 Art. 23 para. 3 du règlement 1/2003, Art. 2 de l'Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnance sur les sanctions LCart, OS LCart), R.S. 251.5.
- 51 V. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, disponibles à l'adresse internet suivante : <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:FR:PDF>. Plus partic. c. 12 ss.
- 52 Art. 5 OS LCart.
- 53 Art. 6 OS LCart.
- 54 Lignes directrices *op.cit.*, c. 25.
- 55 Que ce soit le marché intérieur dans le cas de l'UE ou le marché national dans le cas de la Suisse.
- 56 Décision de la Commission du 24 mars 2004, *Microsoft*, Case COMP/C-3/37.792, résumée au JOUE L 32 du 6 février 2007, p. 23 ss, TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. c/ Commission*, aff. T-201/04, Rec., II., p. 3601.
- 57 Décision de la Commission du 13 mai 2009, *Intel*, Case COMP/C-3/37.990, résumée au JOUE C 227 du 22 septembre 2009, p. 13 ss.
- 58 Dans une première affaire, l'entreprise *Swisscom* a été condamnée par la COMCO au paiement d'une amende de CHF 333'365'685.- pour abus de position dominante sur le marché des terminaisons en matière de téléphonie mobile. Cette décision a toutefois été annulée par le Tribunal administratif fédéral (arrêt du 24 février 2010, B-020/2007), arrêt confirmé par le Tribunal fédéral (ATF 2C\_343/2010 et 2C\_344/2010). V. Andreas HEINEMANN, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, Jusletter, 21 juin 2010. Dans une autre affaire, la société précitée a été condamnée au paiement d'une amende de CHF 219'861'720.- pour abus de position dominante dans le domaine de l'Internet à haut débit.
- 59 Edward CAVANAGH, Antitrust Remedies Revisited, 84 OR. L. Rev., p. 147, 2005, p. 201, Thomas E. SULLIVAN, The Jurisprudence of Antitrust Divestiture : The Path Less Traveled, 86 Minn. L. Rev., p. 565, 2001-2002, p. 611, William E. KOVACIC, Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct, 31 Conn. L. Rev., p. 1285, 1999, p. 1310, Harry FIRST, Netscape is Dead : Remedy Lessons from the Microsoft Litigation, NYU Law & Econ. Research paper series working paper, No. 08-49, 2008, p. 37 s., Thomas O. BARNETT, Section 2 Remedies : What to do After Catching a Tiger by the Tail, 76 Antitrust L.J., p. 31, 2009-2010, p. 32, Douglas A. MELAMED, Afterword : The Purposes of Antitrust Remedies, 76 Antitrust L.J., p. 359, 2009-2010, Nicholas ECONOMIDES & Ioannis LIANOS, The quest for appropriate remedies in the EC Microsoft cases : a comparative appraisal, in *Microsoft on Trial, Legal and Economic Analysis of a transatlantic Antitrust Case*, Luca Rubini (ed.), New horizon in competition law and economics, Edward Elgar, 2010, p. 393.
- 60 Au sens large.