

Entreprises dominantes et abus de puissance économique

Autor(en): **Jaggi, Yvette**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue syndicale suisse : organe de l'Union syndicale suisse**

Band (Jahr): **74 (1982)**

Heft 9-10

PDF erstellt am: **26.04.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-386113>

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.

Entreprises dominantes et abus de puissance économique

par Yvette Jaggi, conseillère nationale

Dans les discussions en cours, tant à propos de la nouvelle loi sur les cartels que de l'initiative sur la surveillance des prix, on entend beaucoup parler des «entreprises dominantes», auxquelles il s'agit de faire contre-poids. Qui sont donc ces puissances économiques? Comment évaluer leur pouvoir de domination? Quel traitement le législateur leur réserve-t-il, en Suisse et à l'étranger?

Les termes de la loi et la représentation qu'on s'en fait

La Loi fédérale sur les cartels, actuellement en revision mais non significativement modifiée sur ce point, s'applique aussi aux «organisations analogues», qui dominent le marché de certains biens ou services ou exercent sur lui une influence déterminante (art. 3 de la loi fédérale du 20 décembre 1962, art. 4, al. 1 du projet de loi présenté par le Conseil fédéral le 13 mai 1981 et adopté par le Conseil des Etats le 7 octobre 1982).

Quant à l'initiative populaire tendant à empêcher des abus dans la formation des prix, que l'USS a décidé lors de son récent Congrès tenu à Lausanne de soutenir en votation populaire, elle veut que «la Confédération édicte des dispositions sur la surveillance des prix et des prix recommandés s'appliquant aux biens et aux services offerts par des entreprises et organisations qui occupent une position dominante sur le marché, notamment par les cartels et les organisations analogues» (en cas d'acceptation par le peuple et les cantons le 28 novembre prochain, le texte de l'initiative deviendra l'art. 31 sexies de la Constitution fédérale).

Ainsi donc, dans les deux projets actuellement en discussion, on retrouve cette notion d'entreprise dominante, – l'initiative la reprenant en fait d'une loi suisse désormais vieille de vingt ans. Cette notion n'a rien d'une exclusivité helvétique, mais fait partie intégrante du droit de la concurrence en vigueur dans la plupart des pays industrialisés.

Tout un chacun se fait une idée de ce que peut bien signifier une position dominante. Et de citer des noms de monopoles de fait par exemple la SSR pour les émissions radiodiffusées, ou les sociétés d'électricité par l'approvisionnement en courant domestique dans leur rayon d'activité, ou de droit (la Confédération pour l'émission de monnaie ou la fabrication et la vente de poudre de guerre, la Régie fédérale des alcools pour la commercialisation des eaux-de-vie fabriquées dans le pays, les PTT pour la poste et le télégraphe). Ou de citer les cas, beaucoup plus fréquents

dans la pratique, de monopoles partagés (appelés oligopoles, c'est-à-dire plusieurs vendeurs) où une poignée de firmes se partagent la majeure partie du marché. Cette situation se retrouve dans de nombreux secteurs de l'industrie des biens de consommation et des articles de marque: chocolat, conserves/surgelés, autres produits agricoles transformés industriellement, cigarettes, carburants pour véhicules à moteur, appareils électro-ménagers, etc. Les mieux informés envisagent même les positions dominantes occupées par des entreprises de moindre taille, liées entre elles par une entente cartellaire ou par un accord tacite sur leur comportement, – cas très fréquent dans les différentes branches des arts et métiers, de même que dans les prestations de services.

Tout cela est fort juste, et les exemples, inspirés par l'intuition, ne demandent qu'à être un peu systématisés. C'est justement ce que veut tenter le présent article, en reprenant d'abord la notion d'entreprise dominante, puis la détermination de sa position, et enfin les possibilités d'abus motivant l'intervention du législateur.

Qui sont donc ces entreprises dominantes?

Tandis que l'initiative populaire admet que toutes les organisations, cartellaires ou analogues, détiennent une position dominante, la loi sur les cartels, dans sa teneur actuelle et probablement future, fait une distinction: d'une part, les conventions et autres accords constitutifs d'un cartel lui permettent d'influencer le marché par une limitation collective de la concurrence; d'autre part, les organisations analogues, au sein desquelles il n'y a généralement pas d'entente autre que tacite, «se caractérisent non seulement par leur aptitude à influencer le marché, mais aussi par l'influence effective et pour le moins déterminante qu'elles exercent sur le marché». (Message du Conseil fédéral du 13 mai 1981, ch. 522.21). En quelque sorte, selon le législateur, les organisations analogues seraient plus «dominantes» que les cartels avec lesquels elles sont réglementées dans le même texte de loi. Selon la loi – et comme dans la pratique – les organisations analogues peuvent prendre diverses formes. En résumé, la détention de la position dominante peut être le fait d'une entreprise unique, ou de plusieurs sociétés, bien sûr liées entre elles d'une manière ou d'une autre.

Dans le premier cas, le pouvoir de domination est exercé par une seule firme, qui le détient du fait de la loi (monopole de droit), de par son implantation (monopole de proximité) ou en raison de sa puissance effective (quasi-monopole). A elle seule, cette firme parvient à se tailler une part prépondérante du «gâteau», dont la concurrence peut au mieux se partager les miettes. Même si le terme de monopole apparaît fréquemment dans la loi ailleurs qu'en Suisse (par exemple en Autriche, au Japon, en Norvège ou au Royaume-Uni), la situation de l'entreprise unique et dominante ne se présente pas si souvent «à l'état pur», – en dehors des monopoles de droit public s'entend. On peut cependant citer

des cas avérés, tels IBM dans les ordinateurs de moyenne capacité, Philips dans le tube-couleur européen, Polaroid dans la photo à développement instantané, Ford dans le moteur de formule 1, etc. A noter que la demande fortement concentrée d'un client unique ou principal incite – ou correspond – à une offre également concentrée: ainsi des «couples» formés par l'armée et ses fournisseurs des différents matériels, ou par la direction des téléphones ou celle des CFF et le groupe des cableries.

Dans le second cas, sans doute beaucoup plus fréquent, le pouvoir de domination est collectif: il est exercé, précise la loi fédérale, sur les cartels et organisations analogues, soit par «des entreprises qui accordent tacitement leur comportement», soit par «des entreprises liées entre elles par des participations financières ou d'une autre manière». Si l'existence d'un accord tacite demeure par définition impossible à prouver sur pièces, la constitution de groupes d'entreprises est facilement démontrable par l'analyse des réseaux de participations financières, de relations commerciales, de liaisons personnelles. La pratique des affaires a fait apparaître toutes sortes de trusts, konzerns, conglomérats et autres groupes de sociétés, généralement coiffés par une holding détenant des participations plus ou moins fortement majoritaires au capital de chacune d'elles. Seule une information insuffisante – et pour cause – du public empêche les travailleurs et les consommateurs de saisir l'imbrication de sociétés apparemment autonomes, et les conséquences de toutes ces relations et interdépendances: il en résulte non seulement une limitation de la compétition entre les vendeurs, mais aussi la fausse animation du marché par l'autoconcurrence, c'est-à-dire par la lutte, aussi vaine que paradoxale, entre marchandises, prestations de services ou marques offertes par des sociétés du même groupe. Dans le désordre général, on finit par ne plus savoir qui fait quoi; bien malin est celui qui s'y retrouve dans la géographie faussement compliquée de l'offre en matière de détergents et autres produits de nettoyage, d'appareils électroménagers, d'équipements ou vidéo –, pour ne rien dire des polices d'assurance ou des services bancaires. A chaque fois, on retrouve, par delà la prolifération des produits et des services, des marques et des sous-marques, une poignée de grands groupes qui dominent en fait le marché. Dans tous les pays industrialisés, pour ne pas dire dans le monde entier, on nettoie le linge et le logement avec le quatuor Procter & Gamble, Colgate-Palmolive, Unilever et Henkel (plus deux ou trois sociétés illustrant ce qui reste de fabrication nationale); on se débarrasse de la poussière avec des aspirateurs Electrolux ou apparentés; on visualise japonais, etc.

Au total, on chercherait probablement en vain des branches économiques non cartellisées qui n'aient pas leurs «organisations analogues» d'une espèce ou d'une autre pour influencer le marché et conquérir une position dominante, – ouvertement ou pas. Rien de surprenant à cela, quand on connaît la tendance, générale en régime d'économie libérale, à la concentration des entreprises et au rassemblement de la puissance économique. Spontanément, les structures évoluent dans le sens d'un

renforcement des plus forts, déplaçant sans cesse le seuil à partir duquel se réalisent les économies d'échelle et remontant tout aussi régulièrement le plafond au-dessus duquel une entreprise ou un groupe devient nonmaîtrisable, et n'a donc plus intérêt à poursuivre sa croissance.

Voilà pour la pratique des affaires, pour la réalité économique. Se pose dès lors le problème de savoir comment apprécier l'évolution constatée du point de vue de ses effets sur l'état de la concurrence, respectivement sur la répartition du pouvoir de domination.

La détermination de la position dominante

Le projet de nouvelle (?) loi fédérale sur les cartels donne la liste des principaux facteurs à prendre en considération «pour apprécier l'état de la concurrence» (art. 4, al. 2). C'est là une nouveauté intéressante certes, qui correspond à la nécessité d'accorder à l'avenir davantage d'attention aux organisations analogues. Mais la Commission des cartels devra faire preuve de beaucoup de volonté pour les étudier, elles et leurs effets sur les marchés. Car, selon la loi, il faudra à chaque fois «retenir tous les facteurs déterminants, tant du côté de l'offre que de la demande», soit notamment: le nombre des concurrents, la part au marché détenue par chacun d'eux, les différents modes d'approvisionnement et canaux de distribution choisis, la puissance financière des sociétés et groupes en présence, les liaisons financières, commerciales et personnelles entre entreprises, «ainsi que le degré de dépendance des entreprises participant au marché par rapport à l'organisation (analogue) examinée». Beau sujet d'étude en vérité, dont la complexité garantit qu'il ne sera pas trop souvent abordé.

Dans la mesure où on ne la retrouve pas si impérativement affirmée dans les législations étrangères, cette volonté d'exhaustivité participe sans doute du perfectionnisme à l'helvétique. Mais elle ne résout pas, en se contentant de les énumérer, les problèmes pratiques auxquels par exemple les lois allemande et autrichienne donnent une solution quantitative, un peu grossière certes, mais objective et vérifiable.

Ces problèmes tiennent à la délimitation du marché utilisable comme référence pour évaluer l'influence et le pouvoir de domination que peut y exercer une entreprise ou un groupe. En admettant que ce marché s'arrête à la frontière nationale, on n'a encore dessiné qu'une limite géographique, pratique sans doute mais de plus en plus discutable avec l'essor des multinationales et le développement des zones économiques intégrées (CEE surtout, mais aussi AELE, à l'intérieur de laquelle les produits industriels circulent librement). Au reste, la définition du marché en cause reste à faire, de cas en cas, en évitant l'arbitraire, c'est-à-dire en observant la réalité pour éviter le double écueil de l'extension ou de la restriction exagérée: le plus gros importateur d'automobiles n'a guère d'influence sur le marché des transports en général, mais il détient un monopole de fait sur le marché des voitures de la marque X, dont il a la

représentation exclusive; c'est donc par rapport à une dimension intermédiaire, celle du marché national de la voiture automobile qu'il faudra le situer.

Mais encore faudra-t-il tenir compte de toutes les catégories de voitures, y compris de celles dans lesquelles il n'a aucun modèle à proposer? Plus le marché de référence est étroitement défini, plus il devient facile de l'influencer d'une manière déterminante et d'y occuper une position dominante.

Autre question, toujours en relation avec la délimitation de ce marché: celle des produits de substitution. Le marché du pain comprend-il celui de la biscotte? Comment dissocier le marché des réfrigérateurs, le plus souvent doté d'un compartiment à trois ou quatre étoiles, de celui des congélateurs? Suffit-il que les grands magasins ou les compagnies de cartes accreditives ne soient pas des banques pour que les compte-clients n'émargent pas au marché du crédit à la consommation? Et quand une maison d'expédition s'occupe aussi bien de frêt aérien que maritime, est-elle présente sur deux marchés distincts ou non? On pourrait ainsi multiplier les exemples tirés de la pratique, montrant à l'évidence qu'à l'ère de l'offre diversifiée à l'extrême la définition d'un marché de référence doit se faire de cas en cas, si l'on veut pouvoir apprécier avec réalisme l'état de la concurrence.

Il n'empêche que, le plus souvent, la détermination du pouvoir de domination se fait sur la base de la part au marché, généralement combinée avec le nombre de concurrents.

Ainsi, la loi allemande sur les restrictions de la concurrence dit qu'il y a présomption de domination du marché si, pour une certaine catégorie de biens ou de services: une entreprise détient le tiers du marché, ou trois entreprises au plus détiennent ensemble 50% du marché, ou encore cinq entreprises au plus détiennent ensemble les deux tiers au moins du marché (art. 22).

En Autriche, une entreprise est réputée détenir une position dominante sur le marché si elle ne rencontre qu'une concurrence nulle à faible et si elle détient une part supérieure à 5% du marché intérieur, alors que ce dernier n'est pas approvisionné par plus de deux ou trois entreprises ou alors qu'elle figure parmi les quatre entreprises les plus importantes réalisant ensemble 80% des ventes sur le marché (art. 40 ss. de la loi sur les cartels).

En Suisse, où les parts au marché comptent parmi les données les plus confidentiellement recueillies et conservées, l'appréciation du pouvoir de domination sur cette seule base demeure impensable. Le législateur prévoit de tourner le problème en énumérant les facteurs à pendre en considération de cas en cas, conformément à la pratique suivie par la Commission des cartels en matière d'étude sur la structure du marché. A supposer maintenant que l'appréciation de l'état de la concurrence ait révélé l'existence d'une position dominante, il reste à déterminer si elle donne lieu à des comportements abusifs.

Faire apparaître les abus

On nous l'a suffisamment répété: en droit économique suisse, la liberté du commerce et de l'industrie est un principe fondamental, inscrit dans la Constitution fédérale, dans laquelle doit donc figurer toute dérogation éventuelle. La lutte contre «les conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues» représente justement l'une de ces exceptions. En clair: ni les uns ni les autres ne sont interdits, seuls les abus qu'ils peuvent commettre donnent lieu à sanction, – exclusivement civile d'ailleurs. Le fait d'autoriser les organisations cartellaires et analogues signifie donc que, malgré toutes les proclamations de foi des économistes bourgeois, la libre-concurrence ne constitue pas une situation à protéger en elle-même. En effet, les cartels comme les entreprises dominantes représentent, par définition, autant d'entraves à la concurrence. Or ces dernières peuvent être reconnues comme licites, dans certaines conditions généreusement prévues, c'est-à-dire quand des intérêts légitimes prépondérants de «l'entraveur» sont en jeu. Cette clause permet notamment de justifier «l'établissements d'exigences professionnelles ou techniques raisonnables» (comme celles imposées par l'Association suisse des électriciens au titre de la sécurité-prétexte?), ou «la promotion d'une structure souhaitable dans une branche ou une profession» (comme celle du secteur bancaire où les grandes banques s'abstiennent d'abaisser le taux hypothécaire par égard pour les plus petits établissements qui vivent, eux, de la transformation de l'épargne collectée en prêts hypothécaires?). Dans certaines conditions, même l'application de prix imposés peut être admise comme une entrave justifiée à la concurrence. A ce taux-là, les pratiques abusives risquent de se faire rares. Pratiquement, seuls des comportements grossièrement discriminatoires, tels que le refus de livrer, le boycott à l'achat ou le dumping dirigé contre un concurrent déterminé, constitueront des abus de la part des cartels et autres dominantes, aux termes du projet de nouvelle loi sur les cartels (qui n'apporte rien de nouveau sur ce point, sinon une formulation plus claire et mettant ainsi davantage en évidence le caractère scandaleusement anodin de la loi).

Dans cette perspective, l'initiative populaire pour empêcher des abus dans la formation des prix s'avère particulièrement intéressante: se réclamant d'une législation anti-abus, elle est parfaitement «conforme au système» économique dans lequel nous vivons, et comme telle inattaquable au plan des principes. Son texte se défend bien également au niveau de sa formulation, puisqu'il se réfère à des notions connues en droit suisse de la concurrence: cartels, organisations analogues, position dominante. Mais là n'est pas l'essentiel.

Le principal intérêt de l'initiative lancée par les organisations de consommatrices et soutenue par la gauche politique et syndicale, c'est de vouloir d'une part faire jouer la concurrence à son niveau le plus visible, celui des prix, et d'autre part empêcher les prix abusifs au niveau décisif, celui

de leur formation. Dans l'esprit de l'initiative, la surveillance des prix fait partie intégrante de la lutte contre les entraves à la concurrence, – et non essentiellement de la politique conjoncturelle comme le contre-projet préparé par le Conseil fédéral (qui a bien senti le risque d'une acceptation de l'initiative populaire, si elle devait aller seule devant le peuple et les cantons). Empêcher des abus dans la formation des prix, c'est aussi lutter contre l'inflation, mais en s'attaquant à la cause du mal, et non en se contentant d'en traiter les symptômes, que sont les hausses de prix.

Pour pouvoir commettre des abus dans la formation des prix, il faut exercer une influence déterminante sur le marché ou y occuper une position dominante. Dans la mesure où la législation suisse en matière de concurrence ne contient pas – ni n'introduira prochainement – de dispositions en ce sens, l'inscription du texte de l'initiative populaire dans la Constitution s'avère indispensable pour que l'on puisse enfin lutter en Suisse aussi – comme cela se fait dans nombre d'autres pays – contre les abus les plus manifestes de la puissance économique. Que les travailleurs et les consommateurs aient le plus vital intérêt à maintenir intact leur pouvoir d'achat est un fait qui ne nécessite pas la moindre démonstration. Qu'ils aient intérêt à le faire en permanence, par une surveillance des prix indépendante des fluctuations conjoncturelles, tombe également sous le sens. C'est pourquoi ils voteront massivement le 28 novembre 1982 OUI à l'initiative populaire tendant à empêcher des abus dans la formation des prix, et NON au contre-projet fédéral, qui prévoit une surveillance-prétexte des prix, tout juste bonne à reproduire l'opération «double non» déjà effectuée au détriment des assurés-maladie (1974), des travailleurs (participation, 1976) et des locataires (1977).

Principales références

Jean-J. BURST et Robert KOVAR: *Droit de la concurrence*, Paris 1981.
Beat HOTZ: *Politik zwischen Staat und Wirtschaft*, Diessenhofen, 1979.
Josef KERTESZ: *Kartellordnung und marktwirtschaftliche Systemkonformität in der Schweiz*, Zurich, 1978.

Message du Conseil fédéral à l'appui d'une *loi fédérale sur les cartels* et organisations analogues, du 13 mai 1981, FF. 1981, II, pp. 1244 ss.

Message du Conseil fédéral sur l'*initiative populaire* «tendant à empêcher des abus dans la formation des prix», du 9 septembre 1981, FF. 1981, III, pp. 314 ss.

Résumé comparatif des législations sur les pratiques commerciales restrictives, Paris OCDE, 1978 (et *Rapports annuels* sur la politique de concurrence dans les pays membres de l'OCDE, publiés chaque année depuis 1972).

Hugo SIEBER: *Schweizerische Wettbewerbspolitik*, Bern/Stuttgart, 1981.

Surveillance des prix 1973–1978, Rapport final du Préposé à la surveillance des prix, Berne, 1979.