

# **CH\_VB 2000-2705 3191 vom 11. Oktober 2000**

Bundesverwaltung, 2000-10-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_2000-2705\\_3191](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2000-2705_3191)

FR: CH\_VB 2000-2705 3191 du 11 octobre 2000

IT: CH\_VB 2000-2705 3191 del 11 ottobre 2000

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Cf. Annexe 1: LCart (RS 251).

#### **E. 1.1**

Les dispositions générales de la LCart 3194

##### **E. 1.1.1**

L'objectif de la loi et son domaine d'application 3194

##### **E. 1.1.2**

Les autorités 3194

##### **E. 1.1.3**

La procédure 3195

##### **E. 1.1.4**

Les sanctions administratives et pénales 3196

#### **E. 1.2**

La lutte contre les restrictions illicites à la concurrence et le contrôle des concentrations d'entreprises 3196

##### **E. 1.2.1**

La lutte contre les ententes 3197

##### **E. 1.2.2**

La lutte contre les abus de position dominante 3197

##### **E. 1.2.3**

Le contrôle des concentrations 3198

#### **E. 1.3**

Comparaison avec le droit de l'Union européenne 3199 2 Les perspectives de la recherche 3200

### **E. 2**

Cf. Annexe 3: Avant-projet du Conseil fédéral pour la révision de la LCart; Cf. Annexe 4: Planning de la révision de la LCart.

2000-2705 3194 Rapport 1 Introduction L'entrée en vigueur, le 1er juillet 1996, de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) constitue un changement de paradigme dans la politique économique en Suisse. Les

dispositions matérielles et les autorités d'exécution en matière de droit des cartels ont été profondément révisées, de façon à conférer à la libre concurrence la même importance qu'elle revêt dans certains autres pays.

### **E. 2.1**

L'approche de l'OPCA 3200

### **E. 2.2**

Les options de la sous-commission 3201 3 Les principaux problèmes de la LCart 3202

### **E. 3**

Tercier, in CFPG 22, 1999, p. 41.

3198 n'est pas interdite en tant que telle mais ce sont ses comportements qui sont examinés. Ces derniers peuvent être jugés abusifs et déclarés illicites. Une entreprise en position dominante se comporte sur le marché de façon indépendante et sans se soumettre aux règles de la concurrence. Elle se retrouve dès lors dans une position analogue à celle d'un cartel. L'art. 7, al. 2, LCart cite des comportements qui «sont en particulier réputés illicites: – le refus d'entretenir des relations commerciales; – la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales; – le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables; – la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé; – la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique; – le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires». La doctrine<sup>4</sup> classe ces pratiques illicites en deux catégories: – Les pratiques d'entrave: L'entreprise qui occupe une position dominante est en mesure de limiter de façon abusive la liberté d'action de ses concurrents ou de ses partenaires commerciaux et donc d'affaiblir la concurrence. – Les pratiques abusives d'exploitation: L'entreprise qui domine le marché se comporte de manière à désavantager les consommateurs en portant atteinte à la concurrence.

### **E. 3.1**

Absence de sanctions directes 3202

### **E. 3.2**

Composition de la Comco 3205

### **E. 3.3**

Taille de la Comco 3206

### **E. 3.4**

Caractère de milice de la Comco 3207

### **E. 3.5**

Rapport entre la Comco et son Secrétariat 3209

### **E. 3.6**

Travail des autorités de la concurrence 3211

#### **E. 3.6.1**

Le travail du Secrétariat 3211

**E. 3.6.2**

Les décisions de la Comco 3214

**E. 3.7**

Publication des travaux des autorités de la concurrence 3215

**E. 3.8**

Absence de contrôle périodique de la Comco 3217

**E. 3.9**

Recours auprès de la REKO/WEF 3217

**E. 3.10**

Pouvoir du Conseil fédéral 3219

**E. 3.11**

Contrôle des concentrations 3220

**E. 3.11.1**

Obligation de notification des fusions en général 3220

**E. 3.11.2**

Obligation de notification des fusions dans le domaine des médias 3222

**E. 3.12**

Importations parallèles 3224

**E. 3.13**

Entraves étatiques à la concurrence 3226

**E. 3.14**

Rapports entre Comco et autorités de réglementation sectorielles 3228

**E. 3.15**

Qualité pour agir en procédure civile 3230

**E. 3.16**

Rétroactivité de la nullité des engagements 3232

**E. 3.17**

Entraide administrative internationale 3234

3252 4 Synthèse 3235

**E. 4**

Idem, p. 51

**E. 4.1**

Représentations graphiques 3235

**E. 4.2**

Interprétation des graphiques 3239

#### **E. 4.2.1**

En général 3239

#### **E. 4.2.2**

Les problèmes traités dans la révision législative 3239

#### **E. 4.2.3**

Problème traité par la CER 3239

#### **E. 4.2.4**

Problèmes faisant l'objet d'études approfondies. 3240

#### **E. 4.2.5**

Questions problématiques avec besoin de réforme faible 3240

#### **E. 4.2.6**

Questions peu problématiques avec besoin de réforme assez fort 3241

#### **E. 4.2.7**

Questions peu problématiques avec besoin de réforme faible 3241

#### **E. 4.2.8**

Questions peu problématiques avec besoin de réforme négligeable 3242

#### **E. 4.3**

Conclusion 3242

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali La situation en droit des cartels. Rapport à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2001 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 29 Cahier Numero Geschäftsnummer --- Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 24.07.2001 Date Data Seite 3191-3252 Page Pagina Ref. No 10 125 528 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

#### **E. 5**

Message, p. 50.

3199 cace. Ce contrôle est réservé aux seules grandes entreprises et, dans ce but, les seuils d'intervention ont été fixés volontairement haut. Dans son art. 9, la LCart distingue le critère absolu et le critère relatif: – le critère absolu est fondé sur l'importance du chiffre d'affaires des entreprises concernées. – Le critère relatif découle uniquement du fait que la concentration renforce la part de marché d'une entreprise dont il a déjà été constaté par une décision passée en force de chose jugée qu'elle dispose d'une position dominante. Les entreprises doivent notifier la concentration aux autorités de la concurrence, ce qui déclenche une procédure de pré-examen qui dure un mois au maximum. A l'échéance de ce délai, la Comco doit avoir communiqué aux entreprises concernées si elle entend soumettre

l'opération à un examen; sinon, la concentration peut être réalisée sans réserve (art. 32 LCart). Il est interdit aux entreprises participantes de réaliser la concentration à moins qu'elles aient obtenu une autorisation provisoire d'exécuter la concentration dans l'intervalle. L'examen, s'il a lieu, doit s'achever dans les quatre mois suivant son ouverture (art. 33, al. 3, et 34 LCart). Dès que la Comco a décidé d'ouvrir une enquête, le Secrétariat publie le contenu essentiel de la notification de la concentration et indique le délai dans lequel des tiers peuvent communiquer leurs avis sur la concentration notifiée (art. 33, al. 1, LCart). La Comco peut interdire ou autoriser la concentration ou l'autoriser sous charges et conditions (art. 10, al. 2, LCart). La Comco n'interdira la concentration qu'après avoir exclu l'application de toute autre mesure moins contraignante<sup>7</sup>.

## **E. 6**

Tercier, in CFPG 22, 1999, p. 55.

## **E. 7**

Idem, p. 57.

3200 Malgré ces différences, les deux législations sont relativement semblables. Le droit européen prévoit de nombreuses exceptions à l'interdiction de principe et le droit suisse a établi des présomptions de nocivité pour les ententes au niveau des prix, des quantités ou de la répartition géographique. Les deux législations reposent sur trois piliers: elles fixent des règles sur les ententes, sur les pratiques abusives des entreprises en position dominante et sur le contrôle des concentrations d'entreprises. Concernant le contrôle des fusions, les autorités suisses et européennes de la concurrence ont des compétences comparables: une fusion peut être interdite ou autorisée moyennant des conditions ou des charges. Les délais impartis par les droits suisse et européen pour traiter des cas de fusion sont même identiques. 2 Les perspectives de la recherche

## **E. 8**

Nous avons mené une interview avec Christian Bovet, Professeur de la Faculté de droit de l'Université de Genève et membre de la Commission des télécommunications (ComCom). Franz Hoffet, avocat à Zürich a donné son avis par écrit sur les problèmes de mise en œuvre de la LCart 95. Ces deux prises de positions approfondies nous ont permis de prendre en compte les aspects juridiques du point de vue de l'enseignement universitaire et de la pratique du barreau.

## **E. 9**

Le groupe de dix experts indépendants interrogés était composé de quatre professeurs d'économie, trois professeurs de droit, trois avocats spécialisés en droit des cartels (dont un est également docteur en économie). Les critères de sélection ont été les suivants: avoir plusieurs publications dans le domaine à leur actif et ne pas ou plus être membre de la Comco, ni du Secrétariat. Cf. annexe 5: Liste des experts. Si nous citons un expert sans mentionner de référence, nous nous reportons à des remarques faites par l'expert sur le questionnaire ou lors d'entretiens téléphoniques.

## **E. 10**

Cf. annexe 6.

## **E. 11**

Nous considérons que les questions jugées tendanciellement pas problématiques ne constituent pas vraiment des problèmes. Nous ne les décrivons donc pas de façon spécifique, si nécessaire, nous les mentionnons au passage dans les dix-neuf problèmes que nous développons au chap. 3.

3201 semblent exiger des réformes législatives, en les classant selon l'importance qu'ils leur accordent (du plus important au moins important). Le nombre de fois que le problème a été cité comme nécessitant des réformes, nous indique le degré de besoin de révision législative qu'il implique, selon l'échelle suivante: Cité de 6 à 5 fois le besoin de révision sera considéré comme très fort, 4 citations correspondent à un besoin de réforme fort, 3 citations indiquent un besoin de réforme assez fort, 2 citations équivalent à un besoin modéré, 1 citation représente un besoin de réforme faible, 0 citation correspond à besoin de réforme négligeable. Ainsi, nous avons relevé dix-neuf questions principales de la mise en œuvre de la LCart et sommes en mesure d'en donner une appréciation qualitative. Les dix-neuf problèmes ne sont cependant pas indépendants les uns des autres. Chaque problème peut être à la fois cause et conséquence d'un autre problème. Ainsi, par exemple, la qualité des décisions de la Comco dépend dans une large mesure des enquêtes du Secrétariat, de son degré de professionnalisation, etc. En corrigeant un aspect de la LCart, d'autres aspects peuvent être influencés positivement. Par ailleurs, certains problèmes pourraient trouver une solution en dehors de la LCart (p. ex. la question des importations parallèles est susceptible d'être réglée dans le droit des brevets). De plus, la modification d'un point de la LCart visant à résoudre un certain problème, pourrait engendrer des conséquences perçues globalement (c'est-à-dire en dehors du contexte de la concurrence) comme plus négatives que le statu quo (p. ex.: un renforcement de la position de la Comco face aux entraves étatiques à la concurrence poserait un problème au niveau de la séparation des pouvoirs qui pourrait être ressenti comme plus grave que le problème au niveau du respect de la concurrence). Dans ces cas, même si le problème est jugé grave, le besoin de réforme peut-être paradoxalement perçu comme faible. En bref, en se basant seulement sur l'acuité du problème, on ne peut donc pas directement déduire le besoin de réforme qu'il implique. Grâce aux résultats de notre enquête, nous sommes en mesure de vérifier cette hypothèse et surtout, nous pouvons contrôler si les aspects qui se distinguent par un besoin de révision accru sont bien compris dans l'avant-projet de révision de la LCart du Conseil fédéral. Au chap. 3, nous donnons une description de chaque problème, complétée par une brève appréciation de la situation (dans notre texte en encadré) contenant le résultat du sondage. Le chap. 4 «Synthèse» présente une vue d'ensemble des résultats de notre sondage.

#### **E. 12**

Stoffel, 2000, p.21.

#### **E. 13**

La «Kronzeugenregelung», règle selon laquelle un contrevenant repent prêtant assistance aux autorités profitera d'une atténuation de la peine, voire de l'impunité.

#### **E. 14**

V. communiqué de presse de la Comco du 19 avril 2000 «le cartel des vitamines: également interdit en Suisse».

#### **E. 15**

Cf. Annexe 3: Avant-projet du Conseil fédéral pour la révision de la LCart.

3204 du droit constitutionnel, l'avant-projet ne propose pas de sanctions généralisées pour toutes les infractions à la LCart. Étant donné que l'introduction de sanctions directes pourrait envenimer les relations entre les autorités et les entreprises, ce qui inciterait ces dernières à dissimuler davantage leurs pratiques collusoires, l'avant-projet de révision de la LCart prévoit diverses mesures visant à contrecarrer cette tendance. La «Kronzeugenregelung» (art. 49a, al. 2, et 3, LCart nouveau) figure ainsi dans le projet: au cas où une entreprise annoncerait de son propre chef une entrave à la concurrence, elle bénéficierait de l'impunité. Cette clause contribuerait également à diminuer l'insécurité juridique que susciterait l'introduction de sanctions directes. Les entreprises qui auraient un doute concernant la licéité d'une pratique pourraient s'adresser aux autorités pour avis, sans risquer de sanction. Dans l'éventualité où une entreprise participerait à l'élucidation et la suppression d'une entrave à la concurrence, les autorités de la concurrence pourraient renoncer complètement ou partiellement à des sanctions. Ces dispositions devraient faciliter les enquêtes de la Comco et saper la solidarité entre les membres d'un cartel. En outre, les mesures d'enquête à disposition des autorités de la concurrence ont été complétées (art. 42 LCart). Ainsi, les autorités de la concurrence pourraient ordonner des perquisitions et la saisie des pièces à conviction. Pour ces mesures de contraintes, la loi fédérale sur le droit pénal administratif s'appliquerait par analogie (DPA, RS 313)<sup>16</sup>. Appréciation de la situation: – 70 % des experts considèrent la question de l'absence de sanctions directes comme très problématique (60 %) ou problématique (10 %). La question est jugée tendanciellement très problématique. – 5 experts estiment que le problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est donc considéré comme très fort. – L'avant-projet de révision de la LCart traite du problème, en introduisant des sanctions directes pour les infractions les plus graves. – De l'avis de l'OPCA, la situation dans ce domaine étant claire, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas. – Si la sous-commission souhaite l'introduction de sanctions directes, elle veillera à ce que l'amendement des art. 27, al 1, 42, et 50 LCart ainsi que l'introduction d'un art. 27, al. 3, et 49a LCart soient maintenus dans le projet de révision.

#### **E. 16**

Prise en compte d'états de fait passés: Selon l'art. 27, al. 1, LCart, une enquête n'est ouverte que s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence. Ainsi l'autorité de la concurrence ne peut ouvrir d'enquête si une entreprise a entre-temps abandonné ses pratiques irrégulières. (Cf. cartels des vitamines). En vertu de l'art 30, al. 1, LCart, la Comco prend une décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord à l'amiable. Cette situation juridique empêche de sanctionner des pratiques irrégulières qui ont été abandonnées avant ou pendant l'enquête et réduit les activités des autorités de la concurrence à seulement démanteler des cartels existants. Dans la perspective de l'avant-projet de révision de LCart, ce problème a été résolu en modifiant l'art. 27, al. 1, et en introduisant un al. 3, LCart de manière à ce que des faits ayant eu lieu avant l'enquête puissent être poursuivis.

3205

#### **E. 17**

Message du Conseil fédéral, p. 55.

#### **E. 18**

Wiswede, 1992, p. 743.

### **E. 19**

Seidel, 1992, p. 719.

3207 Révision en cours: L'avant projet de révision partielle de la LCart propose de modifier l'art. 18, al. 2, de façon à réduire le nombre de membres de la Comco à sept. Le but visé par ce changement de structure est d'améliorer la cohésion des membres et de permettre un travail plus professionnel, de façon à atteindre une meilleure efficacité dans le déroulement de la procédure. Appréciation de la situation: – 60 % des experts considèrent la question de la taille de la Comco comme problématique (50 %) ou très problématique (10 %). La question est jugée tendanciellement problématique. – 4 experts estiment que le problème exige des réformes (un expert le cite en première priorité). Le besoin de révision législative est considéré comme assez fort. – L'avant-projet de révision de la LCart traite le problème en réduisant la taille de la Comco à sept membres. – De l'avis de l'OPCA, la situation étant claire, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas. – Si la sous-commission souhaite la réduction du nombre de membres de la Comco, elle veillera à ce que la modification de l'art. 18, al. 2, LCart soit maintenue dans le projet.

### **E. 20**

Message, 1994, p. 117

3209 Appréciation de la situation: – 70 % des experts considèrent la question du caractère de milice de la Comco comme très problématique (50 %) ou problématique (20 %). La question est jugée tendanciellement très problématique. – 6 experts estiment que le problème exige des réformes (2 le cite en première priorité). Le besoin de révision législative est considéré comme très fort. – L'avant projet de révision de la LCart ne prévoit pas directement un accroissement du taux d'engagement des membres. Cependant, le Conseil fédéral envisage, si le Parlement accepte la révision, d'augmenter le taux d'occupation des membres de la Comco par le biais du Règlement interne de la Comco ou dans les décisions d'engagement des membres de la Comco. Par ailleurs, la réduction de la dimension de la Comco et l'éviction des représentants de groupes d'intérêts sont prévus, ce qui améliorerait aussi le professionnalisme de la Comco. – De l'avis de l'OPCA, la situation étant claire, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas. – Si la sous-commission souhaite augmenter le taux d'occupation des membres de la Comco, il s'agira de vérifier, en cas d'acceptation de la révision par le Parlement, que le Conseil fédéral augmente de façon adéquate le taux d'engagement des membres de la Comco.

### **E. 21**

Borer, Kommentar, 1998, p 326 et 327.

3210 d'apaiser la prise de décision au sein de la Comco. Aucun membre n'étant plus impliqué dans l'instruction, les décisions se prennent de façon plus libre et sereine. Pour certains auteurs cependant, le fait que l'autorité de décision décide d'affaires, sur la base d'une enquête à laquelle elle ne participe pas, pose problème. Selon Damien Neven, l'analyse d'une situation concurrentielle peut souvent être approchée de différente manière et il est important, pour la pertinence de la décision finale, que la Comco (ou au moins la chambre responsable) adhère à l'approche suivie par le Secrétariat<sup>22</sup>. Afin d'améliorer la coordination et l'efficacité des rapports entre l'investigation et la prise de décision, la Comco devrait donc être impliquée davantage dans les étapes préliminaires de l'analyse.

Dans cette optique, la relation entre le Secrétariat et la Comco devrait cependant être formalisée à travers quelques règles simples assurant un développement consensuel de l'instruction tout en préservant l'indépendance respective des deux organes<sup>23</sup>. A noter également que l'interaction des deux institutions est rendue plus difficile par le fait que le Secrétariat, composé de professionnels plongés à plein temps dans la problématique de la concurrence, doit transmettre les résultats de son enquête à un comité composé d'experts et de représentants de groupes de pression, qui ne se consacrent pas à plein temps à la mise en pratique du droit des cartels. Ainsi, par les choix qu'il fait dans la phase d'instruction d'une affaire et par l'analyse qu'il livre à la Comco, le Secrétariat exercerait une influence déterminante sur les décisions de la Comco. Le danger étant que cette dernière, de part ses compétences techniques et ses ressources limitées, ne pourrait pas remettre les propositions du Secrétariat en cause et en serait réduite à les ratifier. En outre, des différences dans la manière d'aborder le problème, dans le raisonnement, etc., dues au caractère de milice de la Comco, rend problématique la communication entre l'organe d'investigation et l'organe décisionnel des autorités de la concurrence. Christian von Weizsäcker remarque que ce problème ne se pose pas en Allemagne, où les membres des sections décisionnelles du Bundeskartellamt sont des fonctionnaires à temps complet et disposent d'une longue expérience dans le domaine de l'économie et du droit de la concurrence<sup>24</sup>. Appréciation de la situation: – 50 % des experts considèrent la question du rapport entre la Comco et le Secrétariat comme très problématique (20 %), problématique (20 %) ou assez problématique (10 %). Donc 50 % considèrent le problème comme peu ou pas problématique. Les experts ne sont donc pas d'accord sur l'envergure du problème, aucune tendance ne peut être déterminée. – Aucun expert n'estime que ce problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est négligeable.

#### **E. 22**

Neven, rapport, 1999, p 7 et 8.

#### **E. 23**

Idem.

#### **E. 24**

von Weizsäcker, 2000, p. 20.

3211 – L'avant-projet de révision ne traite pas directement du problème. Mais, les mesures de professionnalisation de la Comco prévues (réduction de la taille, éviction des représentants des associations faïtières et augmentation du taux d'occupation des membres) auraient certainement un effet bénéfique sur son interaction avec le Secrétariat et réduiraient l'impression que ce dernier est dans une position de force. – De l'avis de l'OPCA, vu les résultats du sondage, un approfondissement de la question ne s'impose pas. – Etant donné le besoin de réforme négligeable qu'il engendre, une intervention dans ce domaine ne s'impose pas.

#### **E. 25**

Flückiger, in CFP, 1999, p. 60.

#### **E. 26**

Cf. point sur le rapport entre le Secrétariat et la Comco.

3212 l'objet de critiques. La compétence économique du Secrétariat a été mise en cause par une étude menée par Damien Neven<sup>27</sup> et présentée en 1999 à la Commission fédérale des questions conjoncturelles. Cette étude conclut que les décisions de la Comco étaient difficilement compréhensibles, que l'analyse souffrait de problèmes conceptuels (notamment en ce qui concerne la définition du marché pertinent) et que les éléments de preuve factuels étaient souvent insuffisants. Damien Neven attribue ce bilan, entre autre, à une préparation insuffisante du Secrétariat. Thomas von Ungern-Sternberg regrette particulièrement que l'analyse se contente d'arguments strictement juridiques et ne comporte pas à proprement parler d'analyse économique. Yves Flückiger, dans son texte publié en 1999 par la CFPG<sup>28</sup>, note un manque d'indicateurs qui seraient particulièrement importants pour appuyer des décisions de la Comco. Il s'agirait principalement des indices liés à la performance des entreprises, qui constituent les indicateurs les plus pertinents de l'existence d'une concurrence efficace sur les marchés analysés. Dans plusieurs décisions concernant des fusions (GE-Capital et Procrédit, Journal de Genève et Nouveau quotidien, UBS et SBS), il apparaîtrait que les évidences empiriques relatives aux performances du marché et à la définition du marché pertinent font défaut<sup>29</sup>. Pour évaluer la compétence économique du Secrétariat de la Comco à la lumière de ces critiques, le DFE a mandaté Christian von Weizsäcker de l'Université de Cologne. Son rapport rendu le 10 juillet 2000 examine l'analyse empirique et économique des enquêtes du Secrétariat et la compare au standard international<sup>30</sup>. Il réfute dans une large mesure les critiques sus-mentionnées. Christian von Weizsäcker note que les critiques concernant le manque de fondement empirique dont souffriraient les décisions de la Comco, ont été acceptées par le Secrétariat. Ce dernier a entre temps créé un groupe «empirie» chargé de remédier au problème. A part cela, Christian von Weizsäcker ne retient des critiques formulées par Damien Neven que le fait que dans la décision concernant le cas de la fusion UBS-SBS, la justification des charges imposées n'est pas dans la logique de l'analyse. D'ailleurs, dans le cas de la fusion UBS-SBS, l'argumentation du Secrétariat serait tout aussi professionnelle que celle du Bundeskartellamt dans le cas de la fusion de deux banques bavaroises. Les autorités de la concurrence doivent, dans la majorité des cas pratiques, déterminer le marché pertinent. Ce concept bénéficie d'un large consensus en science économique moderne et s'est établi comme élément clé dans la pratique de la politique de la concurrence. Le Secrétariat a soigneusement développé des directives internes qui lui ont permis, selon Christian von Weizsäcker, d'établir, chaque fois qu'elle s'avérait nécessaire, une définition du marché pertinent qui semble correcte<sup>31</sup>. A l'inverse du marché pertinent, le terme de «domination collective du marché» est un terme largement controversé en science économique. A ce sujet, le Secrétariat a assimilé la discussion scientifique et maîtrise parfaitement le terme. Il est aussi apte que la Commission européenne à appliquer ce terme à des cas concrets.

**E. 27**

Neven, rapport, 1999, p. 2.

**E. 28**

Flückiger, in CFPG, 1999, p. 96 et 97.

**E. 29**

Idem.

**E. 30**

von Weizsäcker, 2000. Ce rapport intitulé «la compétence économique au sein du Secrétariat de la Comco» aborde également, sur la base de quelques décisions importantes, la question de la qualité des décisions de la Comco. Ceci illustre bien l'imbrication des deux organes et la difficulté de différencier leur «output».

### **E. 31**

Idem p. 25.

3213 La théorie économique a provoqué un revirement dans l'appréciation des ententes verticales. Auparavant, les accords verticaux qui limitent l'action d'un des deux partenaires par rapport à un tiers, furent perçus négativement comme restriction à la concurrence. Aujourd'hui, l'opinion dominante en politique de la concurrence défend une position plus nuancée. Des ententes verticales peuvent par exemple être comprises comme tentatives de contribuer à mieux résoudre les problèmes de l'information incomplète qu'a le consommateur dans le choix de ses produits. Selon Christian von Weizsäcker, en matière d'ententes verticales, les décisions de la Comco, d'ailleurs très largement basées sur les analyses économiques du Secrétariat, sont pertinentes. En considérant non seulement les décisions, mais également des mémorandums internes, il s'aperçoit que l'approche du Secrétariat est beaucoup plus moderne comparée à celle de la Commission de Bruxelles ou encore du Bundeskartellamt. Christian von Weizsäcker constate que la compétence économique des collaborateurs du Secrétariat est bonne. Certains collaborateurs à des postes clés disposent même d'une expérience pratique acquise auprès d'autorités de la concurrence à Bruxelles ou à Washington. La formation des collaborateurs académiciens correspond au standard suisse qui est tout à fait comparable au niveau allemand ou autrichien. Le travail du Secrétariat de la Comco se distingue positivement de la qualité du travail de la Commission européenne. En comparaison avec le Bundeskartellamt de Bonn, Christian von Weizsäcker remarque que l'orientation générale du Secrétariat est plus moderne. Ceci proviendrait du fait que la formation universitaire des collaborateurs en Suisse est plus récente. La formation continue des collaborateurs est assurée. L'efficacité et la qualité du travail du Secrétariat n'ont pas à craindre la comparaison internationale. Il est souvent reproché au Secrétariat de faire traîner en longueur les enquêtes. Le Secrétariat évalue la durée moyenne de la procédure à une année et plus. Il estime que ce délai est nécessaire pour mener une procédure correcte et respecter le droit d'être entendu des parties concernées. La constatation de l'état de fait, l'audition des parties, leur prise de position sur les conclusions de l'enquête du Secrétariat et enfin la phase de décision de la Comco prennent du temps. De plus, souvent, les parties demandent des prolongements de délais, qui en général leur sont accordés. En ce qui concerne les problèmes de respect des droits de procédure des parties, se référer au point recours contre les décisions de la Comco.

Appréciation de la situation: – 60 % des experts considèrent la question de la qualité du travail du Secrétariat comme très problématique (10 %), problématique (40 %) ou assez problématique (10 %). Cette question est jugée tendanciellement problématique. – 3 experts estiment que ce problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est donc jugé assez fort. (Parmi ces 3 experts, 2 économistes souhaiteraient une réforme dans le sens d'une amélioration des compétences économiques du Secrétariat.) – L'avant-projet de révision de la LCart ne prévoit pas de mesures particulières pour améliorer le travail du Secrétariat que ce soit au niveau des compétences ou de la structure.

3214 – L'étude de Christian von Weizsäcker, commandée par le DFE, juge les compétences économiques et le travail du Secrétariat comme bons et comparables, voire meilleurs que

le standard international. – Compte tenu du rapport von Weizsäcker un approfondissement de la question ne paraît pas nécessaire. – Compte tenu des conclusions du rapport von Weizsäcker, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire.

### **E. 32**

Idem p. 3.

### **E. 33**

<http://www.global-competition.com/rating/method.htm>.

3215 neuf enquêtes de plus que l'année précédente, à savoir 23. Durant la même période, la Comco a clos huit enquêtes, soit cinq de plus qu'en 1998. La perspicacité dans le choix des cas abordés s'est également améliorée. Si en 1998, le Secrétariat a lancé 23 enquêtes préalables, seules 3 ont abouti à une enquête. En 1999, le rapport se situe à 24 enquêtes préalables pour 10 qui ont abouti à une enquête. Plusieurs experts nous ont exprimé leur impression que la Comco se concentre sur des cartels de moindre importance, comme par exemple ceux des moniteurs d'auto-écoles fribourgeois, des partitions de musique ou des semences bovines, alors que dans des cas de plus grande envergure, elle aurait plus de peine à mener les affaires à terme. A ces critiques, la Comco répond qu'il s'agit d'un cliché et renvoie à une série de cas plus importants. De plus, les «petits cas» auraient également leur importance. Une fois tranchés, ils constituent des cas jurisprudentiels, qui permettent par la suite de traiter rapidement toute une série de cas similaires. Appréciation de la situation: – 60 % des experts considèrent la question de la qualité des décisions de la Comco comme très problématique (20 %) ou problématique (40 %). Cet aspect est jugé tendanciellement problématique. – 3 experts estiment que ce problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est jugé assez fort. – L'avant-projet de révision de la LCart ne prévoit pas une définition plus précise des critères de prise de décision, obligeant par exemple la Comco de mettre davantage l'accent sur les aspects purement économiques. Il prévoit cependant la modification de la structure de la Comco (éviction des représentants d'intérêts particuliers, réduction du nombre de membre, augmentation du taux d'activité des membres) dont on peut attendre qu'elle améliorera la compétence ainsi que la qualité des décisions et du travail en général de la Comco. – L'étude von Weizsäcker ne décèle pas de problèmes importants dans la justification économique des décisions. – Compte tenu du rapport von Weizsäcker et des révisions législatives en cours, un approfondissement de la question ne s'impose pas. – Compte tenu des révisions en cours et des conclusions du rapport von Weizsäcker, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire.

### **E. 34**

Concept de communication de la Comco du 16 juillet 1998.

3216 des autorités de la concurrence et rassemble les décisions et les communications sur le droit et la politique de la concurrence. Le site Internet de la Comco (<http://wettbewerbskommission.ch>) propose un large éventail d'informations sur le droit de la concurrence: les décisions des autorités de la concurrence publiées dans la revue DPC, les textes de lois, un formulaire de notification de concentration, un service de presse, etc. Malgré les efforts de la Comco et de son Secrétariat pour une transparence dans l'information, la communication, en particulier des décisions, est l'objet de critiques. Ainsi, pour Damien Neven, la motivation des décisions publiées dans la revue DPC n'est pas assez complète, peu convaincante et ne correspondrait pas à la qualité des motivations

d'autorités étrangères. Damien Neven déplore également que les résultats de l'enquête du Secrétariat ne soient pas publiés, afin que l'on puisse mieux distinguer les conclusions de l'enquête de la prise de décision de la Comco. Franz Hoffet regrette également que la Comco ne communique pas aux parties les conclusions que le Secrétariat lui remet pour la prise de décision. Plus de transparence encouragerait la qualité et «l'acceptation» des décisions. Les autorités de la concurrence contestent formellement les critiques concernant ses publications: La Comco publie plus d'informations qu'elle ne serait tenue de le faire par la loi. Toutes les enquêtes préalables et prises de position concernant des actes normatifs sont publiées pour des raisons de transparence, alors que la LCart ne le prévoit pas explicitement. Les autorités de la concurrence soutiennent également que seule la décision de la Comco est pertinente pour le public. Une publication des conclusions des enquêtes du Secrétariat empêcherait la Comco de se faire librement une opinion. D'éventuelles divergences entre le Secrétariat et la Comco seraient utilisées par les parties dans des procédures de recours, ce qui minerait la crédibilité des autorités de la concurrence. Selon la pratique actuelle du Secrétariat, la critique de la non-communication des conclusions du Secrétariat aux parties n'est plus pertinente. Aujourd'hui, le procédé est le suivant: A l'issue de l'enquête, le Secrétariat envoie le projet de décision en même temps à la Comco et aux parties pour prise de position. Appréciation de la situation: – 70 % des experts considèrent la question des publications des autorités de la concurrence comme peu (50 %) ou pas problématique (20 %). Cet aspect est jugé tendanciellement peu problématique. – 2 experts estiment que le problème exige des réformes, le besoin de révision législative est considéré comme modéré. – La révision ne prévoit pas d'étendre ou de soumettre à des critères plus stricts l'obligation d'informer des autorités de la concurrence. Les réformes structurelles pourraient, dans une certaine mesure avoir une influence bénéfique sur le contenu des publications. – Selon l'importance que la sous-commission accorde à la question de la publication des autorités de la concurrence et si elle considère qu'elle n'est pas suffisamment prise en considération dans l'avant-projet, un approfondissement pourrait être opportun. – Selon l'état actuel des recherches et étant donné la faible acuité de ces problèmes, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire.

3217

### **E. 35**

Neven, rapport, 1999, p 7.

### **E. 36**

Les devoirs et les droits (Aufgaben u. Befugnisse) de la Monopolkommission: L'évaluation régulière de l'état et du développement prévisible de la concentration d'entreprises en Allemagne du point de vue de la politique économique, particulièrement de la politique de la concurrence. Appréciation des prescriptions en matière de contrôle des concentrations. Prise de position sur des questions actuelles de politique de la concurrence.

### **E. 37**

Neven, rapport, 1999, p. 7.

3218 d'années<sup>38</sup>. Deuxièmement, le taux d'admission des recours de 77 % porte atteinte à la crédibilité des autorités de la concurrence. Ces dernières attribuent ces difficultés au fait qu'elles n'avaient pas encore d'expérience dans l'application de la loi sur la procédure administrative. Devant cette situation, le Département fédéral de l'économie a mandaté Yvo

Hangartner afin d'établir un avis de droit<sup>39</sup> portant sur les recours déposés devant la REKO/WEF. Selon cet avis de droit, le nombre élevé de recours admis est dû notamment à des ambiguïtés entre d'une part les dispositions de LCart concernant la procédure administrative ainsi que la compétence de la Comco et du Secrétariat, et d'autre part la loi sur la procédure administrative. Selon Yvo Hangartner, l'élucidation successive de ces questions par la justice administrative est un processus normal. Au niveau de la procédure administrative, des problèmes se sont posés mettant en cause le professionnalisme avec lequel les cas sont traités particulièrement au niveau du droit d'être entendu, du droit de consultation du dossier, dans la constatation des faits et dans la motivation des décisions. Les difficultés en matière de respect des droits de procédure sont dues en premier lieu à l'inexpérience des autorités en la matière. Grâce aux jugements de la Commission de recours, les problèmes de procédure semblent maintenant résolus. Concernant la transparence et la justification des décisions, la REKO/WEF, en tant que gardienne d'une procédure correcte et d'une pratique décisionnelle intelligible, est très exigeante. Ces exigences ne sont cependant pas exagérées au regard des fautes commises dans la procédure de première instance. Yvo Hangartner considère la REKO/WEF comme une autorité de recours indispensable, également pour le contrôle qualitatif des décisions de la Comco. Non seulement une telle instance judiciaire est nécessaire pour des raisons de droit constitutionnel et conventionnel, mais cela l'est aussi parce que le Tribunal fédéral ne doit pas être chargé d'affaires qu'il doit trancher en tant que première instance judiciaire. Appréciation de la situation: – 80 % des experts considèrent la question des recours déposés auprès de la REKO/WEF contre les décisions de la Comco comme assez problématique (30 %) peu problématique (30 %) ou pas problématique (20 %). La question est jugée tendanciellement peu problématique. – 3 experts estiment que le problème exige des réformes. Le besoin de réforme législative est considéré comme assez fort. – L'avant-projet de révision de la LCart ne prévoit pas de modification des exigences de la procédure administrative ou des voies de recours, ni concernant l'autorité de recours. Néanmoins, les réformes structurelles de la Comco prévues pourraient avoir une certaine influence bénéfique sur le respect de la procédure. – L'étude d'Yvo Hangartner commandée par le DFE à ce sujet, ne constate pas de besoin de réforme: Bien que quelques erreurs de procédure aient été commises par les autorités de la concurrence, l'éclaircissement de certaines questions par la juridiction administrative serait un processus normal.

#### **E. 38**

Stoffel, 2000, p. 22.

#### **E. 39**

Hangartner, 2000.

3219 – Compte tenu de l'avis de droit Hangartner, un approfondissement de la question ne semble pas utile. – Compte tenu des conclusions de l'avis de droit Hangartner, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire.

#### **E. 40**

Borer, Kommentar, 1998, p. 221 et 222.

#### **E. 41**

Neven, rapport, 1999, p. 35.

#### **E. 42**

Idem.

3220 d'une interférence du politique en général et de la politique de la concurrence demeure. Appréciation de la situation: – 80 % des experts considèrent que la question du droit du Conseil fédéral d'admettre exceptionnellement une restriction à la concurrence déclarée illicite ou interdite par la Comco est peu (30 %) ou pas problématique (50 %). Cet aspect est jugé tendanciellement peu problématique. – Aucun expert n'estime que le problème exige des réformes. Le besoin de réforme législative est considéré comme négligeable. – L'avant projet de révision de la LCart n'aborde pas le sujet. – De l'avis de l'OPCA, vu les résultats du sondage, un approfondissement du problème ne s'impose pas. – Etant donné la faible acuité du problème et surtout le besoin de réforme négligeable qu'il engendre, une intervention dans ce domaine ne s'impose pas.

#### **E. 43**

Les concentrations doivent être notifiées lorsque: «a. les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs et b. au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs».

#### **E. 44**

Message du Conseil fédéral, 1994, p 102.

3221 échéant. Le Secrétariat de la Comco cite en exemple les cas des fabriques de sucre, le cas Agie-Georg Fischer, Telekurs et, si une concentration a lieu, le cas JC De-caux/Affichage. Deuxièmement, des faits qui ne posent manifestement pas de problème au niveau du droit de la concurrence doivent tout de même être annoncés à la Comco et contrôlés par cette dernière. Le Secrétariat de la Comco cite en exemple le cas Comtop et la plupart des fusions dans le domaine des médias. Le nombre de fusions annoncées, du premier semestre 1996 au premier semestre 2000, s'élève à 105 cas, ce qui dépasse largement les pronostics du Conseil fédéral qui estimait le nombre de notifications à 10 à 15 par année<sup>45</sup>. 94 de ces cas ont été classés après l'enquête préalable. Seul 8,6 % des fusions annoncées ont donc abouti à l'ouverture d'une enquête. Le problème réside dans le fait que le contrôle de ces fusions non problématiques représente non seulement un surcroît de travail pour la Comco et le Secrétariat, qui d'ailleurs a pris des mesures pour traiter plus efficacement les fusions non problématiques, mais avant tout un coût élevé pour les entreprises concernées. Selon les estimations de la Comco, une telle notification coûte à l'entreprise entre 20 000 et 100 000 francs. Le bénéfice dégagé par ces examens ayant pour but de préserver la concurrence reste cependant modeste: Sur 105 cas examinés, seuls 3 ont abouti à des mesures concrètes, à savoir la soumission de la fusion à des charges ou des conditions ou l'interdiction de la fusion. Le rapport coût/bénéfice du contrôle de fusion est donc défavorable<sup>46</sup>. L'art. 9, al. 5, LCart confère au Parlement la compétence d'adapter, au moyen d'un arrêté de portée générale non soumis au référendum, les seuils pour l'obligation de notification des concentrations ou de les assortir de conditions spéciales. Compte tenu du nombre élevé des notifications de fusion, du faible taux de cas qui après examen sont problématiques au niveau de la concurrence et des conséquences économiques, une élévation des seuils de notification semble plus indiquée qu'une baisse<sup>47</sup>. Selon le Secrétariat une telle élévation des seuils ne serait efficace que si elle était importante. Dans cette optique, il estime que le seuil minimum devrait être, pour la fusion de deux

entreprises, de l'ordre d'un chiffre d'affaires de plus de 200 millions en Suisse. Une augmentation massive des seuils accroît cependant le risque que des fusions problématiques passent entre les mailles du filet. D'autre part, Christian Bovet remarque que le projet de loi qui a donné lieu à la loi de 1995, prévoyait dans ces art. 9 et 10, un régime d'autorisation pour les concentrations d'entreprises: Après enquête, la Comco, par voie de décision, déclarait autoriser ou s'opposer à la concentration qui lui était notifiée. Le Parlement a rejeté ce régime et l'a remplacé par le système d'opposition actuellement en vigueur. Selon cet expert, la modification introduite par le Parlement n'a pas eu les effets escomptés et l'on est arrivé au même résultat avec une situation moins claire du point de vue juridique<sup>48</sup>. Surtout, il y a une conséquence: Dans le domaine du contrôle des concentrations, la seule fois où la Comco rend une décision administrative au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative, c'est lorsqu'elle interdit

#### **E. 45**

Idem.

#### **E. 46**

La situation est comparable à celle dans l'UE où la Commission également moins de 10 % des fusions annoncées aboutissent à une procédure d'enquête.

#### **E. 47**

Hoffet in Zäch, 2000, p 58.

#### **E. 48**

Il ressort des débats devant le Conseil national que les opposants au régime des autorisations invoquaient deux arguments: la forte bureaucratie que ce régime allait entraîner et le risque que ce régime présentait d'entraver les forces du marché qui doivent décider elles-mêmes si des entreprises doivent se concentrer ou non. Bulletin officiel, Conseil national, 1995, pp. 1095 à 1101.

3222 une concentration ou lorsqu'elle impose des charges ou des conditions. Lorsqu'elle approuve une concentration, il n'y a pas de décision formelle qui est rendue. Il n'y a donc pas de possibilité de recours contre cette détermination, ce qui est favorable pour les entreprises qui procèdent à l'opération de concentration. Il estime que l'on pourrait imaginer de revenir au système d'autorisation, ce qui ne changerait rien à la pratique actuelle. Il souligne toutefois qu'il s'agit d'un point peu problématique. Appréciation de la situation: – 80 % des experts considèrent que la question des seuils généraux prévus pour l'obligation de notification des concentrations n'est pas problématique (70 %) ou peu problématique (10 %). Toutefois, 20 % des experts notent que ces seuils sont très problématiques. La distribution des avis se concentre sur les extrêmes, mais dans l'ensemble la question semble techniquement peu problématique. – 3 experts estiment que le problème exige des réformes. Le besoin de réforme législative est considéré comme assez fort. – L'avant-projet de révision ne modifie pas les seuils généraux, il se concentre sur les seuils concernant les médias, ce qui pourra améliorer la situation. – Une révision législative n'est cependant pas nécessaire pour élever les seuils, un arrêté de portée générale suffirait. – Selon l'importance que la sous-commission accorde à cette question et si elle considère qu'elle n'est pas suffisamment prise en considération dans l'avant-projet, un approfondissement pourrait être opportun. – Selon l'état actuel des recherches et étant donné la faible acuité de ces problèmes, une intervention dans ce domaine ne semble pas

nécessaire. Toutefois, si la sous-commission considère que l'élévation du seuil dans le domaine des médias n'était pas une mesure suffisante, elle pourrait intervenir dans une perspective d'élévation des seuils généraux (art. 9 LCart) soit en agissant sur les réformes législatives en cours soit en suggérant à la CER d'initier un arrêté de portée générale modifiant les seuils dans la LCart.

### **E. 50**

% des experts considèrent la situation juridique en matière d'importations parallèles comme très problématique (40 %) ou problématique (10 %). 50 % la jugent peu (20 %) ou pas problématique (30 %). Cette polarisation des avis, ne permet pas de dégager de tendance. Cette répartition des avis provient du fait que les économistes considèrent majoritairement la question comme plutôt très problématique, alors que les juristes la considèrent majoritairement plutôt comme peu, voire pas problématique. – 2 experts estiment que le problème exige des réformes. Le besoin de réforme est donc modéré. Cette appréciation provient notamment du fait que le problème peut également se résoudre par d'autres moyens que la LCart, par exemple une révision de la législation sur les brevets. – Cette question fait l'objet d'une motion de la CER demandant l'amendement de l'art. 3, al. 2, LCart et d'un postulat demandant au Conseil fédéral un rapport sur la problématique de l'épuisement. – Au vu des travaux en cours, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas. – Si la sous-commission décide de s'intéresser à la question, elle suivra attentivement son traitement dans les travaux de la CER.

52 Dans le cas de l'épuisement international, le droit de protection à l'intérieur du pays s'épuise de toute manière, que la première mise en circulation s'effectue à l'intérieur du pays ou à l'étranger. 53 Zäch, *Parallelimporte...*, 2000, pp. 275 à 284.

3226

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.