

Développements récents en matière de contrôle des concentrations d'entreprises en Suisse

Les valeurs-seuils de notification obligatoire (critère formel) applicables en Suisse à l'examen des concentrations d'entreprises sont relativement élevées. La Commission suisse de la Concurrence (ComCo) n'a que rarement la possibilité d'examiner préventivement des fusions en application de la Loi fédérale sur les cartels (LCart). La jurisprudence récente du Tribunal Fédéral suisse, rendue dans le cadre des fusions Swissgrid ainsi que Berner Zeitung AG et Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG, démontre que d'un point de vue matériel également, le seuil d'intervention est élevé. Pour que la ComCo puisse intervenir, il ne suffit pas que la fusion crée la possibilité d'une acquisition ou d'un renforcement d'une position dominante. Il faut encore qu'en résulte la suppression d'une concurrence efficace. La Suisse a ainsi choisi de s'écarter du chemin suivi par l'Union Européenne, celle-ci ayant abaissé ses seuils d'intervention, de telle sorte qu'une entrave grave à la concurrence suffit à justifier une intervention des autorités compétentes contre une concentration d'entreprises. Au cours des derniers mois, la ComCo, sollicitée pour examiner des fusions intervenant sur le marché du commerce de détail, a par ailleurs exposé et développé sa pratique en matière d'appréciation d'une position dominante collective.

1 Position dominante

1.1 La situation de base et son importance pratique

En droit suisse, une concentration d'entreprises peut être interdite ou autorisée sous conditions ou avec des charges s'il résulte de l'examen de la ComCo que la concentration (i) crée ou renforce une position dominante, (ii) est susceptible de supprimer une concurrence efficace, et (iii) ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 LCart).

En pratique, le troisième et dernier critère cité ci-dessus n'a encore jamais joué aucun rôle. Par le passé, s'agissant des critères d'appréciation matériels, l'élément décisif fut toujours celui de la création ou du renforcement d'une position dominante. La jurisprudence récente du Tribunal Fédéral, rendue dans le cadre

des fusions Swissgrid, ainsi que Berner Zeitung AG et Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG, a cependant replacé au premier plan la notion de suppression d'une concurrence efficace.

1.2 Les différents niveaux de puissance sur le marché

En premier lieu, il convient de mentionner que la LCart s'applique aux entreprises. Il faut ensuite que l'entreprise soit active sur un « marché ». Enfin, la LCart ne s'applique que si l'entreprise est partie à un abus de position dominante ou à d'autres ententes en matière de concurrence (accords illicites), qu'elle est « puissante sur le marché » (contrôle d'abus) ou qu'elle participe à des concentrations d'entreprises (contrôles de fusions).

S'agissant des entreprises puissantes sur le marché, le Tribunal Fédéral distingue trois degrés d'influence sur ledit marché.

La loi n'indique pas ce qu'il faut entendre par entreprise puissante sur le marché (art. 2 al. 1 LCart); en général, une entreprise ayant une influence qualifiée sur le marché, soumise par ailleurs au champ d'application de la LCart, mais dont la position n'a pas de conséquences concrètes, est qualifiée comme telle en raison du danger potentiel que peut exercer son pouvoir sur le bon fonctionnement du marché.

Sont des entreprises dominantes au sens de la LCart les entreprises qui, individuellement ou collectivement, sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants sur le marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs; art. 4 al. 2 LCart). De cette position dominante sur le marché découle pour les entreprises concernées une responsabilité spéciale, justifiant leur soumission à un contrôle de comportement (art. 7 LCart); elles ne doivent en effet pas abuser de leur position dominante.

Lors de la délimitation des seuils d'intervention au-delà desquels la ComCo doit agir, le législateur a ajouté à l'exigence de l'existence d'une position dominante le fait que cette position dominante doive atteindre une ampleur telle qu'elle est capable de supprimer une concurrence efficace (art. 10 al. 2 lit. a LCart).



1.3 Détermination du seuil d'intervention

La formation ou le renforcement d'une position dominante ne sont pas en soi interdits ; les critères applicables à la justification d'une intervention de la ComCo lors de l'examen d'une fusion doivent fondamentalement découler eux aussi de la loi (en l'occurrence, la LCart). Dans un environnement dynamique et concurrentiel, il est naturel que chaque intervenant améliore autant que faire se peut sa propre position, jusqu'à aboutir à une domination du marché. La croissance organique (ou interne) d'une entreprise n'est pas l'affaire du droit des cartels. Elle le devient dès lors qu'une position dominante est atteinte et exploitée de manière abusive (art. 7 LCart).

Contrairement à la croissance organique interne d'une entreprise, exposée à la dynamique du marché, la croissance externe - par acquisitions - peut, d'un coup, créer une situation sur le marché qui n'aurait jamais pu être atteinte par une croissance interne, ou à tout le moins pas dans un délai si bref. Le but du contrôle préventif des concentrations d'entreprises est de prévenir les effets négatifs nuisibles que pourrait avoir sur le marché la croissance externe d'entreprises. Des entreprises ayant une position dominante peuvent mettre en péril les mécanismes de base d'une saine concurrence. Dans ces circonstances, une intervention se justifie.

Pour qu'une intervention soit justifiée, la loi impose, en plus de la création ou du renforcement d'une position dominante, qu'un critère supplémentaire soit rempli : celui de la suppression d'une concurrence efficace. C'est par conséquent sur ce point que l'analyse doit porter, afin de pouvoir évaluer l'importance de cette notion prise individuellement.

Cette question est d'une importance pratique considérable. Dans l'hypothèse où la suppression d'une concurrence efficace doit être comprise comme une notion indépendante, s'ajoutant à celle de position dominante, la ComCo ne pourra intervenir qu'en présence d'une situation analogue à un monopole.

1.4 Interprétation à la lumière des nouveaux arrêts : la position dominante doit avoir la capacité de supprimer la concurrence

La LCart a pour objectif la préservation d'une concurrence efficace sur le marché. Partant, le Tribunal Fédéral a estimé dans un arrêt publié le 13 février 2007, rendu en l'affaire Swissgrid - ATF 133 II 104, relatif à la fondation d'une société d'exploitation du réseau électrique par le regroupement de plusieurs sociétés d'exploitations électriques - qu'en sus de la position dominante, la possibilité d'une suppression de la concurrence existante ou l'entrave à une concurrence potentielle constituait une condition légale indépendante à prendre en considération lors de l'examen des fusions. Selon le Tribunal Fédéral, le contrôle des concentrations constitue un contrôle de la structure du marché. Pour qu'une intervention soit justifiée, la modification structurelle du marché doit avoir une influence négative. Si la fusion examinée ne modifie pas les conditions de la concurrence, une intervention n'est pas justifiée.

Dans le cas Swissgrid, cette condition n'était précisément pas réalisée. Le Tribunal Fédéral a en effet jugé que le marché

concerné était dépourvu de concurrence, que ce soit avant la fusion ou dans un futur proche. Par conséquent, il a estimé que la fusion prévue ne transformait pas les conditions de la concurrence et qu'une intervention des autorités de la concurrence n'était dès lors pas justifiée. En définitive, la création ou le renforcement d'une position dominante n'était pas à elle seule décisive pour une intervention des autorités de la concurrence. Il fallait en outre une modification concrète des conditions du marché, allant dans le sens d'une suppression d'une concurrence efficace.

Neuf jours seulement après l'arrêt rendu dans l'affaire Swissgrid, le Tribunal Fédéral a confirmé - dans un arrêt du 22 février 2007 rendu en l'affaire Berner Zeitung AG, Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG - sa jurisprudence relative aux critères d'intervention et a affirmé qu'une position dominante, qui naît ou se développe à la suite d'une fusion, ne suffit pas à elle seule, l'existence d'un risque actuel de suppression de la concurrence étant par ailleurs nécessaire. Dans le cas Berner Zeitung AG/20 Minuten AG, la ComCo avait interdit la fusion, parce que selon elle, le marché des journaux gratuits pour pendulaires n'était pas concurrentiel, que le potentiel de concurrence était faible et qu'un effet disciplinaire du marché par d'autres médias n'était pas escompté ; les différentes parties à la fusion occuperaient donc une position dominante sur le marché. Le Tribunal Fédéral a confirmé la décision de la Commission de recours de la ComCo, laquelle avait levé l'interdiction de fusionner.

En tant qu'autorité de première instance, la ComCo n'a suivi la jurisprudence du Tribunal fédéral que de manière hésitante. Dans ses décisions récentes, elle a examiné d'un point de vue purement formel (cf. ci-dessous le chapitre relatif à la position dominante collective) le critère additionnel de suppression de la concurrence efficace ; matériellement, l'analyse de la ComCo s'est plutôt apparentée à un exercice de style.

2 Deux constellations particulières : la position dominante collective sur un marché et les effets unilatéraux

La définition légale de la notion de position dominante sur un marché au sens de l'art. 4 al. 2 LCart part de la prémisse qu'une domination du marché peut avoir lieu du fait de plusieurs entreprises, et non seulement d'une seule. Selon la littérature économique, c'est le cas lorsqu'il y a lieu de craindre, dans le contexte d'une structure oligopolistique, que deux ou plusieurs entreprises agissent tacitement de concert, de manière à faire perdre au marché son caractère dynamique. Par exemple, des pratiques concurrentielles sont évitées, parce que la réaction du concurrent est anticipée.

Constaté l'existence d'une position dominante collective sur un marché constitue une entreprise exigeante; une analyse complète du marché doit en effet être effectuée. La ComCo a tenté, dans une décision récente rendue en l'affaire Migros/Denner (publiée *in*: Recht und Politik des Wettbewerbs 2008/1, pp. 129 ss) et dans deux autres décisions prononcées plus tard dans le domaine du commerce de détail - Coop/Fust et Coop/Carrefour - de démontrer que l'on se trouvait en présence de cas de positions dominantes collectives sur le marché.

Dans les deux dernières décisions mentionnées, intervenues dans le commerce de détail, la ComCo a estimé que les fusions examinées avaient des effets unilatéraux sur le marché. L'on parle d'effet unilatéral lorsqu'il résulte des circonstances qu'un concurrent est éliminé à la suite d'une concentration d'entreprises, en raison d'une péjoration substantielle de la concurrence, sans pour autant que l'on puisse déjà parler de création d'une position dominante ou d'ententes tacites.

2.1 Position dominante collective sur un marché

Dans le cadre de l'oligopole examiné, la ComCo a vérifié si, économiquement, l'on se trouvait en présence d'indices démontrant l'existence d'un comportement collusif, et s'il était vraisemblable que ce comportement était bien établi, en application des critères suivants :

- I Le nombre d'acteurs économiques, les parts de marché respectives et la concentration du marché ;
- I Les symétries (par exemple les programmes de fidélisation des clients, les secteurs commerciaux, les structures de vente) ;
- I La croissance du marché ;
- I La transparence du marché ;
- I Les relations inter-marchés ;
- I La position des concurrents ;
- I La place laissée à une concurrence potentielle.

Il n'est pas vraiment étonnant que la ComCo n'ait pas examiné les particularités du produit par rapport au marché examiné. Probablement ne l'a-t-elle pas fait car amener la preuve d'une action de concert dans le commerce de détail n'aurait guère été possible, eu égard aux milliers de produits présents sur ce marché. La ComCo n'a pas non plus analysé les mécanismes punitifs existant. Pourtant, il s'agit là d'une notion essentielle pour déterminer la stabilité et la durabilité de la collusion. Une position dominante ne peut qu'être stable dans la mesure où une stratégie punitive efficace (détectable et sensible) a été mise en place.

L'argumentaire de la ComCo semblait très détaillé ; pourtant, certains critères essentiels, nécessaires à la détermination d'une position dominante collective, n'ont pas été examinés. La ComCo s'est trop souvent livrée à une approche spéculative, se contentant de suppositions. Dans la décision Migros/Denner, la ComCo a néanmoins estimé que la preuve d'une position dominante collective sur le marché était faite. Dans l'affaire Coop/Carrefour, il est difficile de déterminer quel élément a poussé la ComCo à intervenir, entre le renouvellement de la création d'une position dominante collective sur le marché d'une part, ou le renforcement d'une telle position déjà préexistante d'autre part.

2.2 Changements unilatéraux

Face au duopole régnant dans le commerce de détail suisse - le marché se répartissant entre Migros et Coop - la ComCo a fondé sa décision sur le critère matériel de position dominante sur un marché, mais également sur celui de changements

unilatéraux. Dans la décision Migros/Denner, la ComCo a retenu qu'une fusion dans une industrie oligopolistique, comportant des produits diversifiés, avait pour conséquence une hausse des prix, la concentration d'entreprises éliminant la concurrence directe entre les parties fusionnantes. D'ailleurs, l'application d'une méthode de calcul empirique aurait pu quantifier la mesure de la hausse des prix ; en l'occurrence, les données à disposition de la ComCo n'ont pas permis ce calcul.

Indépendamment de la problématique de l'apport de la preuve, on peut légitimement se demander si, à l'aune du droit suisse, la ComCo est bien légitimée à intervenir au seul motif que la fusion examinée provoque des changements dits unilatéraux. En application de l'art. 10 al. 2 LCart, la ComCo ne devrait être habilitée à intervenir que si la concentration crée ou renforce une position dominante et, cumulativement, comme établi par le Tribunal fédéral, supprime une concurrence efficace. Des changements unilatéraux seuls, qui peuvent effectivement avoir pour conséquence une péjoration de la concurrence, ne devraient pas suffire à fonder une intervention. Les critères légaux précités devraient en tous les cas être remplis.

3 Conclusion

En fin de compte, la ComCo a autorisé les trois concentrations d'entreprises citées ci-dessus, intervenant sur le marché du commerce de détail, tout en les soumettant à des charges. Ces décisions favorables furent surtout motivées par l'espoir que la pénétration sur le marché suisse de deux discounters étrangers (Aldi et Lidl) stimulerait la concurrence dans le commerce de détail Suisse. Ces décisions de la ComCo n'ont pas été contestées par les parties, de sorte que l'on ne peut pas réellement savoir ce que le Tribunal fédéral aurait décidé s'agissant de l'analyse de la position dominante et de la prise en compte des seuls changements unilatéraux pour justifier une intervention.

L'ancienne jurisprudence du Tribunal Fédéral tend à approuver le point de vue selon lequel la ComCo aurait dû plus solidement étayer sa motivation. Même sans vouloir suivre l'approche restrictive adoptée par le Tribunal Fédéral, qui estimait qu'une intervention de la ComCo n'est justifiée que si l'on est en présence d'une position dominante qualifiée (la notion de suppression d'une concurrence efficace devant plutôt s'entendre d'un point de vue dynamique, comme une façon d'appréhender l'évolution de la situation), la motivation des décisions de la ComCo intervenues dans le cadre de l'examen des fusions sur le marché du commerce de détail n'est pas à l'abri de toute critique.

Pour qu'une intervention de la ComCo dans des opérations de concentrations d'entreprises soit justifiée, il est impératif qu'en vertu du principe de maxime d'office applicable à l'administration de la preuve, les faits soient rigoureusement contrôlés et comparés à un catalogue complet de critères définis ; tout doute doit par ailleurs être levé, et la preuve se révéler indiscutable. Si tel n'est pas le cas, toute intervention doit être évitée.

Ce qui vient d'être dit s'applique également s'agissant de l'utilisation du critère des effets unilatéraux, pris isolément par la ComCo dans le but d'abaisser son seuil d'intervention.



L'intervention de la ComCo dans le cadre des contrôles des concentrations constitue une grave restriction à l'autonomie privée. Elle ne saurait résulter d'une approche économique ne trouvant pas de point d'appui dans la loi.

Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

I A Genève:

LIONEL AESCHLIMANN
lionel.aeschlimann@swlegal.ch

OLIVIER HARI
olivier.hari@swlegal.ch

I A Zurich:

JÜRIG BORER
juerg.borer@swlegal.ch

EVA RÜFENACHT
eva.ruefenacht@swlegal.ch

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.swlegal.ch.

15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
CH-1211 Genève 1
Tél. +41 (0) 22 707 8000
Fax +41 (0) 22 707 8001

Löwenstrasse 19
Case postale 1876
CH-8021 Zurich
Tél. +41 (0) 44 215 5252
Fax +41 (0) 44 215 5200

www.swlegal.ch