

Politique de la concurrence en Suisse (1996-1998)

Evaluation et perspectives d'évolution

Rapport présenté à la Commission fédérale des questions conjoncturelles

Par Damien J. Neven¹ et Pascal Raess²

Juillet 1999

¹ Professeur à l'Université de Lausanne et membre du Conseil académique auprès de la « Task Force » concentration de la direction générale de la Concurrence (DGIV) de la Commission des Communautés Européennes.

² Assistant-doctorant à l'Université de Lausanne.

Résumé³

Si la Suisse a depuis deux ans un droit de la concurrence largement modernisé et compatible avec celui d'autres juridictions telles que la Communauté, la mise en oeuvre de cette nouvelle politique doit être encore améliorée. En effet, la qualité des décisions laisse sérieusement à désirer. L'analyse souffre de problèmes conceptuels et les éléments de preuve factuels sont souvent insuffisants. Un tel bilan peut être attribué à une préparation insuffisante du Secrétariat, au manque d'indépendance de la Commission par rapport aux intérêts et pressions extérieures et à une interaction peu efficace entre l'instruction et la décision des cas. A notre avis, une amélioration substantielle pourrait être obtenue par des réformes simples, comme le renforcement de la formation des membres du Secrétariat à l'analyse économique et une indépendance accrue des membres de la Commission (à la fois à travers le choix initial de ces membres et le processus de contrôle auquel ils sont soumis).

³ Nous tenons à remercier le Secrétariat de la Commission de la Concurrence, et en particulier son directeur, Mr Dahler, et ses vice-directeurs, pour leur aide précieuse. Nous voudrions également remercier Thomas von Ungern-Sternberg, Petros Mavroidis et Jean-Christian Lambelet pour de nombreux et fructueux échanges au sujet des décisions de la Commission et de son fonctionnement. Les erreurs et omissions de ce travail ne peuvent cependant pas leur être attribuées.

Introduction

L'objectif de ce rapport est d'évaluer le fonctionnement de la politique de la concurrence en Suisse depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la concurrence (anciennement loi sur les cartels) en 1996.

Cette loi a introduit des innovations importantes aussi bien en terme de substance qu'en termes institutionnels et notre étude considérera les deux aspects.

Notre évaluation se fonde sur une analyse du contexte juridique et institutionnel, sur un certain nombre d'entretiens avec des membres du Secrétariat et de la Commission, sur l'observation attentive du développement de la politique de la concurrence durant ces deux dernières années mais surtout sur les décisions prises par la Commission. En effet, ce sont bien les décisions formelles prises par la Commission ou les décisions d'instruction des dossiers prises par le Secrétariat qui donnent une réelle substance à la politique de la concurrence. Ainsi, nous avons analysé la plupart des décisions publiées par la Commission.

L'analyse systématique des décisions étant quelque peu technique, elle sera présentée dans une deuxième partie. La première partie de ce travail tire les enseignements importants de notre analyse et formule quelques propositions de réforme.

Partie I. Un bilan et quelques propositions de réforme

Le Secrétariat et la Commission de la concurrence ont du faire face à des circonstances difficiles. Ils ont été confrontés à un grand nombre de cas, parfois complexes. L'expérience des deux dernières années est également riche d'enseignements. Deux observations principales peuvent être formulées.

1. La mise en oeuvre de la politique de la concurrence n'est pas suffisamment transparente. Ce manque de transparence se manifeste de plusieurs manières. Tout d'abord, les décisions qui sont publiées sont souvent très succinctes, par comparaison

avec l'analyse qui est fournie dans d'autres juridictions (telles que la Communauté Européenne, le Royaume-Uni ou l'Allemagne). Le texte qui est publié est une version abrégée de l'analyse qui a été effectuée pour préparer la décision⁴. Cette version n'est pas suffisamment détaillée pour que les observateurs puissent amener les institutions responsables (le Secrétariat et la Commission) à rendre compte de leurs activités.

D'autre part, un nombre important de questions substantielles n'a pas encore été traité dans les décisions publiées, en particulier concernant les accords entre entreprises et les abus de position dominante. Ainsi, des concepts aussi importants que la restriction de concurrence et la concurrence efficace, qui ont été modifiés par la nouvelle loi, n'ont pas encore été explicités. Le Secrétariat a cependant pris un certain nombre de décisions qui précisent le contenu de ces concepts mais ces décisions ne sont pas publiées. Une telle pratique ne contribue pas à renforcer la sécurité juridique des entreprises qui sont soumises à la loi, alors que l'établissement d'une telle sécurité est une priorité lors de la mise en œuvre d'une nouvelle loi.

2. La qualité des décisions publiées laisse sérieusement à désirer, par comparaison avec les décisions publiées dans d'autres juridictions. L'analyse qui est proposée pour soutenir les décisions est en effet souvent peu convaincante. Trois aspects peuvent être retenus. Premièrement, on relève des problèmes conceptuels importants, tel que la confusion entre la notion de marché affecté et la notion de marché pertinent dans l'analyse des concentrations. Deuxièmement, l'analyse économique qui est proposée est parfois mécanique, comme par exemple dans l'analyse de la dominance collective. Troisièmement, l'évidence empirique qui est proposée pour justifier l'appréciation adoptée dans les décisions est souvent lacunaire. Les éléments de preuve factuels sont souvent insuffisants ou sujet à caution. Cette lacune porte sur toutes les étapes de l'analyse, aussi bien la définition du marché pertinent que l'analyse de la dominance ou l'analyse de la concurrence potentielle.

Le bilan est donc mitigé. Étant donné que les problèmes observés dans les décisions publiées sont des problèmes de fond, la qualité des décisions n'est pas uniquement

⁴ Dans d'autres juridictions telles que la Communauté Européenne, l'Allemagne ou le Royaume-Uni, on publie l'analyse in extenso.

une question de communication. On ne saurait attribuer l'insuffisance des décisions à une communication incomplète de l'analyse qui aurait pu être effectuée par ailleurs. On doit donc s'interroger sur les raisons qui peuvent expliquer un tel bilan.

Trois raisons peuvent être évoquées. D'une part, il est possible que le Secrétariat ait été mal préparé pour accomplir la tâche qui lui incombe, soit l'instruction des cas. En particulier, la compétence et l'expérience de ses membres dans la mise en oeuvre d'une politique anti-trust ont pu être insuffisantes. D'autre part, il est possible que la Commission ait affecté le cours des décisions de manière à poursuivre des objectifs différents de ceux qui lui sont assignés. En effet, une décision peu convaincante du point de vue de l'analyse concurrentielle peut simplement refléter la poursuite par la Commission d'un objectif différent du maintien de la concurrence. Finalement, il est possible que l'interaction entre la Commission et le Secrétariat n'ait pas été efficace. Par exemple, une décision peu convaincante pourrait être le reflet d'une analyse effectuée de manière tardive à la suggestion d'une Commission insuffisamment informée des étapes initiales de l'instruction.

Il semble que ces trois raisons ont joué un rôle.

(i) La Compétence du Secrétariat

On peut regretter que les cadres du Secrétariat n'aient pas assez d'expérience de l'analyse anti-trust, telle qu'elle est appliquée dans d'autres juridictions. La nouvelle loi introduit un changement substantiel du droit de la concurrence. La Suisse a maintenant un droit de la concurrence proche de celui des grandes juridictions et en particulier de la Communauté Européenne. Les compétences qui sont requises pour l'appliquer ont aussi largement évolué. En parallèle avec l'évolution qui est observée ailleurs, par exemple dans la Communauté, les compétences en analyse économique doivent être renforcées. Ces compétences sont par ailleurs assez spécifiques et il ne suffit pas de renforcer la formation des membres du secrétariat⁵. En effet, l'analyse économique utilisée dans les questions de concurrence requiert souvent une approche

⁵ Un effort accru de formation serait cependant utile soit à travers une augmentation des stages effectués auprès d'autorités expérimentées dans d'autres juridictions soit à travers la participation aux cours organisés par l'OCDE ou la Banque Mondiale.

créative qui demande une réelle maturité. Une approche mécanique telle qu'on la détecte dans certaines décisions est souvent insuffisante. Ainsi, au delà des efforts de formation, il est essentiel que le Secrétariat puisse s'assurer la collaboration d'un cadre expérimenté qui stimule et accompagne les membres du secrétariat dans leur apprentissage⁶.

Les membres du Secrétariat semblent également incertains quant à la mission de leur institution. Ceci se reflète dans les problèmes organisationnels que le Secrétariat connaît aujourd'hui mais également dans la grande timidité dont il fait preuve vis-à-vis des parties. Par exemple, le Secrétariat semble ne pas exiger des parties autant d'information que dans d'autres juridictions, comme s'il manquait de légitimité. Ici encore, la collaboration d'un cadre expérimenté et déterminé pourrait être instrumentale.

(ii) L'indépendance de la Commission

Même si la Commission est supposée appliquer la loi dont l'objectif est de promouvoir la concurrence, sa composition reste sujette à caution. Une minorité de membres y sont nommés comme représentants d'intérêts particuliers. On ne peut s'attendre à ce qu'ils oublient leur organisation d'origine pour privilégier le maintien de la concurrence. L'influence que peuvent exercer les parties sur les membres de la Commission dont les objectifs sont a priori impartiales ne doit pas non plus être négligée, en particulier dans un pays où le pouvoir économique est concentré. En effet, un certain nombre de dysfonctionnements ont été observés à l'occasion de décisions impliquant des entreprises dont le poids économique et politique est important. Ainsi, dans le cas *UBS*, un membre de la Commission a pris l'initiative individuelle de mener une négociation avec les parties alors que l'instruction n'était pas terminée. Dans le même cas, le président de la Commission a travaillé comme consultant pour une partie pendant l'instruction. Dans un autre cas, la perspective de pouvoir facilement influencer le président a été clairement évoquée par les parties⁷. Il est aussi probablement significatif que l'argumentation est particulièrement peu

⁶ Comme on l'a dit plus haut, un tel collaborateur devrait bien sûr posséder une bonne connaissance de l'allemand et du français.

⁷ Voir Fiaux, 1998, Chronique d'une fusion annoncée.

satisfaisante précisément dans les cas (tels que *UBS, Le Temps, Roche/Boehringer*) impliquant des entreprises dont le poids économique et politique est considérable. Finalement, les charges imposées dans le cas *UBS* portent toutes les marques d'une négociation dans laquelle les parties avaient la main haute. En effet, les charges structurelles n'ont pas été déduites directement des problèmes de concurrence identifiés par la décision et les modalités de leur mise en oeuvre apparaissent assez laxistes.

Une meilleure indépendance est ainsi autant une question d'objectifs que de contrôle. Les conflits d'intérêts objectifs pourraient être fortement réduits en modifiant la composition de la Commission. Les membres devraient être choisis uniquement en fonction de leur compétence. D'autre part, le contrôle du travail de la Commission pourrait être accru. Une première mesure simple consisterait à publier telle quelle l'analyse du Secrétariat sur base de laquelle la décision de la Commission est prise. Une telle mesure aurait pour effet de rendre plus transparente les situations où la Commission ne défend pas les intérêts qu'elle est supposée défendre. La Commission serait, en conséquence, amenée à se montrer plus ferme vis-à-vis d'influences extérieures.

En suivant le modèle allemand, il serait probablement également utile de mettre sur pied une Commission (similaire à la Monopolkommission) chargée d'évaluer le travail de la Commission à intervalles réguliers (par exemple tous les deux ans). On peut s'attendre à ce que, face à la perspective d'une évaluation périodique, les membres de la Commission résistent mieux aux influences qui pourraient s'exercer sur eux.

(iii) L'interaction entre le Secrétariat et la Commission

En matière de concurrence, une distinction stricte entre instruction et décision ne semble pas efficace. En effet, l'analyse d'une situation concurrentielle peut souvent être approchée de différentes manières et il est important que la Commission (ou au moins la chambre responsable) adhère à l'approche qui est suivie par le Secrétariat. Ainsi, la Commission devrait être impliquée dans les étapes préliminaires de l'analyse. De même, une interaction avec les parties durant l'instruction évite des

malentendus et permet de se concentrer rapidement sur les points litigieux (le Secrétariat a d'ailleurs récemment décidé d'adopter cette approche).

Cependant, de la même manière que l'interaction avec les parties doit être soumise à des règles strictes, l'interaction entre le Secrétariat et la Commission devrait se conformer à des règles destinées à préserver leur indépendance respective. Ainsi, la Commission doit avoir le droit de demander au Secrétariat d'obtenir une information qu'il juge utile. En revanche, le Secrétariat devrait avoir le droit d'obtenir les informations qu'il désire pour conduire l'analyse sans interférence de la Commission. De plus, le Secrétariat devrait pouvoir terminer son analyse avant que la Commission n'examine formellement le cas et avoir la garantie (voir ci-dessus) que son analyse sera publiée comme telle.

En conclusion, si la Suisse a depuis deux ans un droit de la concurrence largement modernisé et compatible avec celui d'autres juridictions telles que la Communauté, la mise en oeuvre de cette nouvelle politique doit être encore améliorée. A notre avis, une amélioration substantielle pourrait être obtenue par des réformes simples qui renforcent la compétence du Secrétariat, qui accroissent l'indépendance de la Commission et qui assurent une interaction plus efficace entre l'instruction et la décision des cas.

Partie II. Analyse des décisions

Cette deuxième partie présente l'analyse des décisions à partir de laquelle nous avons déduit l'appréciation formulée dans la première partie. On peut également espérer que le Secrétariat trouvera dans cette analyse un éclairage utile sur certaines décisions.

Une triple perspective a été adoptée pour notre analyse. Tout d'abord, nous avons considéré la cohérence interne du raisonnement proposé dans les décisions. La référence utile pour cette première approche est donc purement celle de la logique interne. Ensuite, nous avons cherché à évaluer l'approche adoptée par chacune des décisions et le poids des éléments de preuve factuels qui soutiennent cette approche.

Les références utiles à cette deuxième approche sont multiples ; d'une part, on peut se référer au « standard » établi par les décisions d'autres autorités administratives en charge de la politique de la concurrence à l'étranger, et ce aussi bien pour l'approche générale que pour les éléments de preuve. De ce point de vue, une comparaison avec le « standard » des décisions communautaires est particulièrement utile. Dans certains domaines tels que l'analyse des concentrations, on observe par ailleurs une grande convergence dans l'approche suivie par les autorités établies (CEC, OFT, Justice Department, Bundeskartellamt), ce qui fournit naturellement un standard de comparaison. L'analyse économique fournit un autre étalon important et pour chaque décision, on s'interrogera sur le fondement économique de l'analyse. Finalement, la troisième perspective est celle de la cohérence entre les décisions ; on cherchera ainsi à détecter l'émergence d'une approche systématique dans l'analyse des cas.

Une remarque méthodologique préalable semble utile. L'objectif de l'analyse des décisions doit être clarifié : c'est bien d'évaluer dans quelle mesure le raisonnement qui est offert dans la version publiée des décisions est convaincant (selon les trois perspectives présentées ci-dessus) mais rien de plus. En particulier, il ne saurait être question de porter un jugement sur l'opportunité des décisions qui ont été prises. Un tel jugement requiert un examen plus large, bien au delà des objectifs de cette étude. De plus, il est clair qu'une décision publiée peut être peu convaincante parce que l'analyse réalisée par le secrétariat est insuffisante et/ou parce que la publication ne donne pas un reflet fidèle de l'analyse qui a été effectuée. Ainsi, il n'est pas question de porter ici un jugement sur la qualité de l'analyse qui a été effectuée. Un raisonnement insuffisant, tel que publié, sera cependant préoccupant même si l'analyse (non publiée) qui le sous tend est adéquate. En effet, la publication des décisions de la Commission est le seul élément à travers lequel les observateurs et les acteurs du débat public peuvent évaluer le travail de la Commission. A l'inverse, c'est le seul instrument de communication non biaisé qui permet à la Commission de montrer la qualité de son travail et par là d'établir une réputation de compétence. De médiocres raisonnements associés à une insuffisance de communication plutôt que d'analyse seront donc également préoccupants parce qu'ils affaiblissent le mécanisme de responsabilisation (« accountability ») de la Commission de la concurrence et du Secrétariat.

Nous aborderons successivement les accords, les abus de position dominante et le contrôle des concentrations et nous présenterons brièvement, au début de chaque section quelles sont les innovations importantes de la nouvelle loi dans le domaine concerné. En ce qui concerne les accords entre entreprises ou les abus de position dominante, il n'y a eu malheureusement que très peu de décisions publiées et on se limitera dans ce domaine à quelques brefs commentaires. Ainsi l'essentiel de notre analyse portera sur le contrôle des concentrations.⁸ Pour ce dernier volet, nous considérerons les différentes étapes de l'analyse, soit la définition des produits et du marché pertinent, l'évaluation de la dominance, l'évaluation de la concurrence potentielle, l'analyse des justifications et l'imposition des remèdes.

II.1 Accords

En ce qui concerne le traitement des accords entre entreprises, la nouvelle loi a adopté des critères substantiels dont la formulation est proche des textes communautaires correspondants, tout en maintenant un régime d'autorisation⁹. Une différence subsiste cependant concernant l'analyse des restrictions de concurrence induites par des accords. Contrairement à la législation communautaire, la législation suisse introduit une distinction claire entre les accords dont les conséquences en termes de concurrence sont telles qu'elles ne peuvent être compensées par des gains d'efficacité (soit les accords qui suppriment la concurrence efficace) et ceux, moins dommageables en terme de concurrence pour lesquels des gains d'efficacité peuvent être pris en compte¹⁰. D'autre part, le concept de restriction de concurrence associé à des accords, qu'ils soient verticaux ou horizontaux, fait actuellement l'objet d'un large débat dans la Communauté Européenne¹¹. En particulier, la notion de restriction de la concurrence adoptée jusqu'ici est souvent considérée comme excessivement

⁸ Dans ce qui suit, nous attribuerons l'analyse publiée à la Commission de la Concurrence (Commission par souci de concision) bien que le Secrétariat effectue en pratique l'essentiel de l'analyse. Cette attitude est motivée par le fait que c'est bien la Commission qui à travers la publication endosse la responsabilité de l'analyse.

⁹ C'est-à-dire un régime tel qu'aucun accord ne peut être considéré comme illégal a priori, ce qui serait contraire à la constitution.

¹⁰ L'article 85(3), alinéa b du traité introduit un concept similaire en suggérant qu'en aucun cas les gains d'efficacité ne peuvent permettre de supprimer la concurrence. En pratique, cette provision n'est cependant pas essentielle.

¹¹ Comme en témoignent les livres blancs et verts sur les accords verticaux et le livre blanc sur les accords horizontaux qui sera publié ce printemps.

formelle et souvent trop large¹². Il sera donc intéressant d'analyser comment la Commission a interprété la notion de restriction de concurrence dans le cadre d'accords et comment elle a établi la norme d'une restriction qui supprime la concurrence efficace.

La dernière révision de la loi a également considérablement réduit l'éventail des gains d'efficacité qui peuvent être pris en compte pour éventuellement compenser les effets d'une restriction de concurrence (associée à un accord) et elle s'inspire ici encore de l'article 85 (3) du Traité EC. L'évaluation de ces bénéfices potentiels est un exercice difficile qui a été largement critiqué dans le cadre de la loi précédente comme étant souvent arbitraire et superficiel¹³. Il est donc utile d'observer comment la Commission a pu traiter une palette réduite de gains d'efficacité.

Deux décisions significatives peuvent être relevées dans lesquelles la Commission a conclu à l'existence d'accords qui affectent la concurrence de manière notable, soit les cas *Swica* et *Partitions de musique*. Dans les deux cas, l'existence d'une restriction de concurrence ne saurait faire de doute. Une partie de l'argumentaire utilisé dans chacune de ces deux décisions vaut cependant la peine d'être relevée.

II.1.1. Dans le cas *Swica*, une association cantonale de médecins a cherché à convaincre ses membres de boycotter un produit d'assurance associé à un réseau de santé (Nova light - proposé par la caisse maladie Swica). Il s'agit donc d'un accord à travers lequel les médecins, par l'intermédiaire de leur association, cherchent à coordonner leur politique de vente (c-à-d les conditions dans lesquels ils sont disposés à soigner leurs patients) et cet accord constitue bien une restriction horizontale. La Commission s'est cependant inquiétée de l'intérêt présenté par le produit et a cherché à mettre en balance le bénéfice en terme de concurrence découlant de l'existence de ce produit avec la perte de revenu qu'il pourrait impliquer pour les médecins.

Une telle évaluation paraît inutile, même dans un régime légal d'autorisation. En effet, l'accord en question est clairement un accord sur les conditions de vente

¹² Voir par exemple Neven, D., P. Papandropoulos and P. Seabright, Trawling for Minnows, CEPR, 1998.

(assimilables au prix), qui ferait l'objet d'une prohibition en tant que telle (« per se ») dans un régime d'interdiction. Dans un régime d'autorisation, on pourrait, à la limite, évoquer un bénéfice annexe découlant de l'accord (comme par exemple un bénéfice associé à la standardisation des produits ou la réduction des coûts de transaction). Dans le cas d'espèce, aucun bénéfice de ce type n'est évoqué et la Commission se borne à comparer le surplus des consommateurs et des producteurs au cas où la restriction serait autorisée (et que le produit disparaisse). Mais en présence d'une restriction assimilable au prix, une telle comparaison est inutile ; la présence d'une restriction doit nécessairement réduire le surplus net. En d'autres termes, une évaluation des conséquences de l'accord (suivant une règle de raison) aurait dû considérer des bénéfices découlant indirectement de l'accord et pour lesquels l'accord était nécessaire. Aucune restriction de prix, en absence de bénéfice annexe, ne peut passer avec succès le test d'une règle de raison.

II.1.2. Dans le cas des *Partitions de musique*, on est en présence d'une structure de cartel classique à deux niveaux, vu que les éditeurs de partitions aussi bien que les distributeurs ont un accord de prix. Ces deux accords horizontaux sont complétés par une menace de non livraison et d'amende de la part des éditeurs vis à vis des distributeurs ne respectant pas la politique de prix coordonnée. Ces restrictions supplémentaires servent bien sûr à renforcer le mécanisme de coopération aux deux niveaux. L'analyse de la Commission se concentre judicieusement sur l'existence de restrictions horizontales.

La décision sur les *Partitions de Musique* est également instructive du point de vue des bénéfices qui peuvent ou non compenser une restriction de concurrence et du point de vue des rôles respectifs de la Commission et du Conseil fédéral. En effet, la Commission a clairement affirmé dans sa décision que la politique culturelle n'est pas de son ressort et a refusé de considérer des bénéfices autres que les gains d'efficacité spécifiés dans la loi. De plus, le Conseil fédéral, interpellé par les parties, a décidé de confirmer la décision de la Commission.

¹³ Voir par exemple von Ungern-Sternberg, *Das neue Kartellgesetz :eine kritische Würdigung*, DEEP Discussion Paper, 9310, 1993.

II.1.3. Du point de vue de l'établissement d'une jurisprudence, on peut regretter que la Commission n'ait pas publié de décisions concernant des accords verticaux. Il semble cependant que le secrétariat ait pu, à l'occasion, prendre l'une ou l'autre décision de gestion visant à écarter des plaintes relatives à des restrictions verticales. Suivant les discussions que nous avons eue avec le Secrétariat, il semble qu'en matière de distribution exclusive et de restrictions territoriales, celui-ci ait pris une attitude favorable lorsque la concurrence entre marques était intense (et ait donc découragé les plaignants dans ces circonstances)¹⁴. Une telle approche semble effectivement hautement souhaitable¹⁵. On regrettera cependant que cette approche reste une décision de gestion et ne soit pas affirmée par une décision formelle de la Commission.

II.2. Abus de position dominante

Concernant les abus de position dominante, la nouvelle loi s'inspire de l'article 86 du traité EC, mais adopte une formulation différente qui met l'accent sur les effets d'abus sur les concurrents (et autres partenaires commerciaux). Une telle formulation risque de privilégier la protection des concurrents plutôt que celle de la concurrence. Elle risque également d'amener la Commission à considérer des matières qui relèvent de l'équité dans les relations commerciales sans qu'il y ait de restrictions de concurrence. Il sera donc intéressant d'observer comment la Commission a interprété cette nouvelle notion d'abus de position dominante.

Ici encore, on trouve peu de décisions publiées. On peut cependant relever la décision *Blue Windows* et les enquêtes en cours dans le cas des *Services Météorologiques* et de *Swissair*.

II.2.1. *Blue Windows* est le service d'accès à Internet proposé par Swisscom. Une plainte a été déposée alléguant que Swisscom abusait de sa position dominante sur le réseau fixe, notamment en fixant un tarif (unique) pour l'accès à Internet qui est indépendant de la distance entre l'abonné et le serveur et en donnant la primeur de

¹⁴ De manière à respecter la confidentialité des transactions entre le Secrétariat et les parties, l'identité des parties impliquées dans des cas n'ayant pas fait l'objet d'une publication sera omise.

¹⁵ Voir par exemple, Neven et al. (1998), cit. supra note 10.

certains services à Blue Windows (par rapport à d'autres fournisseurs de services d'accès à Internet utilisant le réseau Swisscom). De manière à déterminer dans quelle mesure Swisscom abusait de sa position dominante, la Commission a examiné le détail du plan de développement de Blue Windows et a cherché à évaluer dans quelle mesure cette opération était profitable. On peut s'étonner d'une telle approche à deux titres.

D'une part, l'observation que l'opération est non profitable ne constitue probablement pas une condition suffisante pour conclure à l'abus de position dominante. En effet, encore faut-il montrer (en tout cas si l'on suit la jurisprudence américaine dans ce domaine) que Swisscom pourrait éliminer ses concurrents et obtenir dans le long terme des profits qui compensent ses pertes initiales. Cette perspective dépend en grande partie des coûts associés à un changement de fournisseur de service et des coûts d'entrée. Ceux-ci auraient dû être considérés par la Commission.

D'autre part, l'observation que l'opération est profitable ne constitue pas une raison suffisante pour conclure que Swisscom n'abuse pas de sa position dominante. En effet, Blue Windows peut être profitable précisément parce que Swisscom abuse de sa position dominante dans d'autres domaines, par exemple à travers les coûts d'interconnexion (au réseau local ou encore à la connexion suisse au « backbone » d'Internet qu'il opère). Ceci illustre la difficulté qu'il y a à appliquer le concept d'abus de position dominante et la politique de la concurrence de manière générale dans les industries à réseau qui font l'objet d'une libéralisation. En effet, l'organisation de ces industries requièrent un degré d'intervention élevé, notamment pour gérer l'accès au réseau. On devra ainsi réaliser un arbitrage difficile entre les intérêts de la firme établie (« incumbent ») et ceux des nouveaux entrants. En pratique, cet arbitrage est réalisé dans la majorité des cas par l'autorité réglementaire en charge de l'industrie (tel qu'OFCOM). Le cas Blue Windows illustre cependant que la politique de la concurrence peut également être amenée à réaliser de tels arbitrages.

Ainsi, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une double intervention, à la fois par la Commission de la concurrence et par l'autorité en charge de la réglementation. A priori, l'autorité réglementaire semble mieux équipée, et ce pour deux raisons. D'une

part, l'organisation de ces industries requiert une connaissance pointue de leurs caractéristiques spécifiques, notamment en matière de coûts. D'autre part, il peut être opportun, dans ces industries en mutation, de prendre des mesures spécifiques en matière de concurrence sans pour cela établir de jurisprudence applicable à d'autres secteurs. Par exemple, l'expérience de la déréglementation anglaise des télécommunications suggère qu'il peut être utile de donner une incitation particulière à l'entrée¹⁶ et ce, au détriment temporaire de la firme établie. Une telle politique pourrait par exemple inclure la prohibition de pratiques qui ne sont, a priori, pas prédatrices mais qui réduisent fortement les opportunités des entrants. Clairement, si cette approche peut s'avérer adéquate durant la transformation des industries à réseau, elle ne devrait pas être appliquée à d'autres secteurs.

Au total, il pourrait donc être opportun de séparer de manière claire les compétences respectives de l'OFCOM et de la Commission de la Concurrence et peut-être de réduire les compétences de cette dernière tout au moins pendant la phase initiale de libéralisation¹⁷.

II.2.2. Nos conversations avec le Secrétariat suggèrent que d'autres aspects d'abus de position dominante ont été traités dans l'une ou l'autre décision de gestion. En particulier, il semble que la Commission ait écarté des cas où les parties plaignantes étaient simplement lésées dans le cadre d'une relation contractuelle sans qu'il y ait réellement d'exercice de pouvoir de marché. Une telle approche doit être encouragée, mais ici encore on peut regretter que ces plaintes n'aient pas fait l'objet d'une décision formelle qui puisse contribuer à la jurisprudence.

Finalement, on attend avec impatience les résultats de l'enquête en cours sur *Swissair* qui est soupçonnée d'opérer une discrimination en prix entre les consommateurs étrangers (qui ont accès à des tarifs préférentiels) et les consommateurs suisses. En effet, la théorie économique est ambiguë quant à l'opportunité de la discrimination en prix. D'autre part, elle est plus souvent le symptôme que la cause d'un problème de concurrence. Ainsi des remèdes visant à réduire la discrimination en prix seront

¹⁶ Voir Bergman et al., *Europe's network industries : conflicting priorities*, CEPR, 1998

¹⁷ Le problème de l'interface entre réglementation et concurrence se pose également dans l'enquête en cours sur les *Services météorologiques*.

souvent inefficaces s'ils ne s'attaquent pas à l'origine du problème (soit dans le cas d'espèce, les barrières à l'entrée institutionnelles dont Swissair bénéficie encore).

III. Contrôle des concentrations

L'introduction d'un contrôle des concentrations est certainement la principale innovation de la nouvelle loi. Le critère substantiel qui peut conduire à l'interdiction d'une concentration est la suppression de la concurrence efficace (qui n'est pas compensée par l'amélioration des conditions de concurrence dans un autre marché). L'approche suivie ici s'inspire également du règlement communautaire sur le contrôle des concentrations qui a généré une très large pratique décisionnelle. La méthode suivie par les grandes juridictions pour l'analyse des concentrations est également bien établie et il sera intéressant de comparer l'approche suivie par la Commission à cette pratique. Plusieurs concentrations ont par ailleurs fait l'objet d'une décision en Suisse et dans d'autres juridictions, ce qui permettra d'effectuer une comparaison directe.

Un grand nombre de décisions a été publiée concernant le contrôle des concentrations. De manière générale, l'analyse des concentrations par la Commission suit l'approche qui est utilisée par les principales juridictions étrangères, soit la définition des produits, la définition du marché pertinent, l'analyse de la dominance et, si besoin en est, l'analyse de la concurrence potentielle, la considération de possibles justifications et l'analyse des remèdes¹⁸. Cette approche assure un traitement systématique des concentrations et impose une certaine rigueur¹⁹. Elle s'est progressivement imposée parmi les grandes juridictions. L'analyse qui est conduite pour chacune des étapes a également largement convergé parmi les grandes juridictions, même si certains aspects de détails restent différents²⁰.

¹⁸ Voir par exemple, World Bank, A framework for competition policy, Economic development institute, 1998 ou US merger guidelines (1992).

¹⁹ Voir par exemple, Willig, Merger analysis, World Bank, 1998.

²⁰ Notamment au niveau de la définition du marché pertinent. Ainsi aux EU, seule la substitution au niveau de la demande est considérée alors qu'en Europe aussi bien la substitution au niveau de l'offre que de la demande sont habituellement prises en compte.

Il semble donc opportun que, de manière générale, la Commission de la Concurrence ait également adopté cette approche. Nous analyserons les décisions en l'utilisant comme grille de lecture.

Certaines décisions font cependant exception²¹. Ainsi deux décisions présentent une analyse qui semble superflue. Dans le cas *Electrowatt/Siemens*, la Commission considère (entre autres) le marché des équipements de signalisation routière. Dans ce marché, l'opération ne conduit pas à une augmentation de la concentration (Electrowatt en étant absent). Ainsi, bien que la fusion ne puisse conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante dans ce marché, la Commission effectue une analyse de dominance. Celle-ci n'affecte bien sûr pas le résultat de la décision, mais ne contribue pas non plus à établir des principes utiles à la jurisprudence. De manière similaire, dans le cas *Crédit Suisse/Winterthur*, la Commission indique d'abord qu'on ne peut trouver de marché pertinent pour lequel la concentration pourrait conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante (essentiellement parce que les parties sont présentes sur des marchés pertinents différents). La Commission décide cependant de considérer quatre marchés en détails, sans autre explication. Ici encore, l'analyse semble superflue.

III.1. Définition des produits

Indépendamment de la définition du marché pertinent, il est utile de s'interroger sur la meilleure manière d'appréhender le produit ou le service vendu par les parties. Dans la plupart des cas, notamment ceux qui concernent des produits manufacturés, l'approche la plus efficace sera évidente. Pour certaines activités, les choses peuvent être moins claires. Il semble que dans un certain nombre de décisions, une autre approche aurait pu être considérée.

²¹ On peut encore citer de ce point de vue le cas *UBS/SBS*. Ici, la Commission a partiellement inversé l'analyse de la dominance et l'analyse de la concurrence potentielle ; en effet, la décision considère d'abord la dominance de l'entité fusionnée, se préoccupe ensuite de la concurrence potentielle et finalement retourne à l'analyse de la dominance, en considérant la possibilité d'une dominance collective. A priori, une telle méthode n'est pas efficace, sachant que l'analyse de la concurrence potentielle n'est nécessaire que si l'on arrive à la conclusion qu'il y a un risque de dominance, individuelle ou collective. Il y a donc lieu d'effectuer l'analyse de la dominance de manière complète avant d'évoquer, si nécessaire, la concurrence potentielle. Dans le cas d'espèce, l'inversion n'a cependant pas d'importance sachant que la Commission a conclu qu'il y avait un risque de dominance collective.

Dans le cas *Migros/Globus*, la Commission a considéré que les parties étaient actives sur le marché des produits alimentaires et sur le marché de différentes catégories de produits non alimentaires. C'est donc le produit qui a guidé l'analyse. Une autre approche aurait pu être de considérer les parties comme des prestataires de services de distribution. Une telle perspective²² colle peut être mieux à la structure de la demande dans la mesure où les consommateurs cherchent souvent l'accès à un panier de biens plutôt qu'un bien individuel. Une telle approche aurait orienté l'analyse de manière différente et aurait probablement conduit à distinguer différents types de services de distribution, telle que la distribution de masse, la distribution « haut de gamme » ou encore la distribution de proximité. Ces distinctions semblent également être associées à des interactions concurrentielles différentes entre distributeurs. Au total, il semble donc qu'une approche en terme de services de distributions plutôt qu'en terme de produits aurait été plus proche de la réalité du marché.

Une certaine hésitation quant à la meilleure manière d'appréhender les activités des parties est clairement présente dans le cas *Watt*. Ainsi la Commission évoque d'abord le marché de l'électricité de manière générale sans préciser quelles activités y sont associées. Elle décompose ensuite les activités en production, transport et distribution sans exploiter cette distinction. On peut regretter que la Commission n'ait pas poussé l'analyse plus loin ; en effet, ces trois activités sont dissociables et elles ne sont généralement pas vendues de manière conjointe. Une analyse détaillée de ces activités aurait probablement été utile²³.

Finalement, dans le cas *Le Temps*, la Commission a considéré deux marchés séparés soit le marché de la presse et le marché des annonceurs. Il semble cependant que ces deux marchés ne peuvent pas être considérés de manière indépendante. En effet, l'activité d'une entreprise de presse est effectivement vendue aux lecteurs, mais les lecteurs (ou tout moins leur attention) sont également vendus par l'entreprise de presse aux annonceurs. Ainsi, une variation du lectorat aura également un impact sur les recettes publicitaires. De plus, on peut s'attendre à ce qu'une substitution

²² Qui est par ailleurs adoptée dans d'autres juridictions, par exemple au Royaume-Uni.

²³ Et ce, en dépit du degré élevé d'intégration verticale des parties qui a pu induire la Commission à considérer la marché de manière globale.

importante au niveau des lecteurs se traduise également par une substitution importante au niveau des « acheteurs » des lecteurs (soit les annonceurs). En effet, si les lecteurs sont disposés à se tourner vers d'autres journaux, on peut s'attendre à ce que les annonceurs aient également la possibilité de se tourner vers ces mêmes autres journaux pour acheter l'attention des lecteurs. Au minimum, il semble donc que du point de vue de la concurrence, l'activité de presse recouvre une réalité plus complexe que celle appréhendée par la Commission. Une analyse plus détaillée aurait pu être utile.

III.2. Définition du marché pertinent

La définition du marché pertinent est une étape essentielle de l'analyse des concentrations. Le Secrétariat a ainsi publié un document de travail destiné (entre autres) à clarifier le concept et l'approche qu'il entend adopter²⁴ dans ce domaine. Ce document reprend la définition habituelle et présente le marché pertinent comme étant un marché dans lequel un certain degré de pouvoir de marché pourrait être exercé par une firme contrôlant tous les prix (le monopoleur hypothétique selon la terminologie employée aux EU). Concernant l'approche à suivre pour déterminer le marché, ce document recommande également une approche séquentielle. En partant d'un marché étroit, on s'interrogera ainsi sur l'effet d'une augmentation de prix. Si l'on peut anticiper que les consommateurs vont acheter des produits substitués suite à cette augmentation de prix, un marché plus large sera considéré et on effectuera le même exercice sur ce nouveau marché candidat (que se passerait-il si le prix de tous les produits dans le marché candidat augmentait ?). Le marché pertinent sera trouvé lorsque la substitution est suffisamment faible. Ce sera donc un marché où un certain pouvoir de marché pourrait être exercé par une firme contrôlant tous les prix. Au total, l'approche présentée par le Secrétariat est très proche de celle adoptée par les autorités américaines²⁵. A la différence de celle du Secrétariat, la procédure américaine propose cependant un critère quantitatif pour évaluer le degré de substitution pour lequel un marché pertinent est trouvé (soit la substitution associée à une augmentation profitable des prix de 5% par un monopoleur hypothétique).

²⁴ Document de travail 2/1998

²⁵ Voir respectivement « US merger guidelines » (1992) et « Guidelines on market definition » (CEC, 1995).

L'importance pratique de ce critère ne doit cependant pas être exagérée. Par comparaison, la procédure européenne tend à considérer également la substitution au niveau de l'offre, c-à-d la possibilité que des concurrents (en dehors du marché candidat) puissent modifier leur prix suite à l'augmentation du prix du monopoleur hypothétique. On évaluera ainsi la substitution des consommateurs (suite à une augmentation de prix), mais en tenant compte du fait que le prix des produits concurrents auront également peut-être changés.

On ne saurait trop insister sur l'importance d'une définition adéquate du marché pertinent car elle sert à calibrer les mesures de concentrations. En effet, une part de marché élevée n'a aucune signification dans un marché où de toute manière aucun pouvoir de marché ne peut être exercé. En définissant un marché pertinent, on s'assure donc que les mesures de concentration utilisées dans l'analyse de dominance auront un sens.

On peut malheureusement relever une certaine confusion dans la définition des marchés pertinents par la Commission. On notera en particulier les éléments suivants.

(i) Confusion entre marchés affectés et marchés pertinents.

La notion de marché affecté apparaît dans le formulaire de notification (CO) de la Communauté Européenne et a été repris dans l'Ordonnance de mise en œuvre du contrôle des concentrations en Suisse (ainsi que dans le formulaire de notification). Il s'agit des marchés pour lesquels les parties doivent fournir des informations. Selon les termes de l'ordonnance, ce sont les marchés pour lesquels deux (ou plus) des parties ont une part de marché conjointe supérieure à 20 % ou pour lesquels une des parties à une part de marché supérieure à 30 %²⁶. Ainsi, les marchés affectés par l'opération ne déterminent en rien le ou les marchés pertinents pour l'analyse de la concentration. Il n'y a aucune présomption qu'un marché affecté soit un marché pertinent. Un

²⁶ On notera que le deuxième critère implique le premier. Selon le Secrétariat, la conjonction de ces deux critères permet cependant de détecter des marchés où la concentration ne conduit pas à une addition de parts de marché mais où une partie pourrait avoir une position dominante. Une telle information peut être utile lorsque les marchés sont connexes et lorsque l'on peut suspecter la présence

marché affecté pourrait inclure plusieurs marchés pertinents (par exemple dans un cas de figure où les parties vendent une gamme de produits entre lesquels la Commission décide de distinguer plusieurs marchés pertinents). A l'inverse un marché pertinent pourrait être plus large qu'un marché affecté (parce que la Commission décide qu'il n'est pas possible d'exercer un pouvoir de marché en contrôlant seulement les produits du marché affecté).

Pour un certain nombre de décisions, on observe que la Commission a simplement adopté les marchés affectés comme marchés pertinents, comme par exemple dans les cas *Crédit Suisse/Winterthur* ou *Elektrowatt/Siemens*. Le cas *GE capital* est une autre illustration. Il s'agit de l'acquisition par General Electric capital de l'entreprise Aufina spécialisée dans le crédit à la consommation, elle-même propriétaire de l'entreprise Unileasing spécialisée dans le leasing automobile (pour particuliers). La Commission a adopté les deux marchés déclarés comme affectés en tant que marchés pertinents, sans justification. On notera cependant que les crédits à la consommation sont souvent utilisés pour le financement des voitures des particuliers et il est possible que le marché du financement des voitures (à travers différents instruments tels que le leasing et le crédit à la consommation) constitue un marché pertinent. Ainsi en dépit du fait que les parties sont présentes sur des marchés affectés différents, il est possible que l'opération aboutisse à une concentration plus importante sur un marché pertinent.

La confusion entre marché affecté et marché pertinent est également entretenue par l'utilisation des critères de définition du marché affecté pour sélectionner les marchés pertinents qui doivent être analysés en terme de dominance. Cet attitude est particulièrement claire dans le cas *UBS/SBS*. Ainsi, après avoir conclu que le marché pertinent pour les prêts hypothécaires ou les crédits aux PME était un marché cantonal, la Commission a sélectionné les cantons pour lesquels une analyse de dominance devait être effectuée en fonction des critères de l'ordonnance qui définit les marchés affectés. Cette utilisation des critères de l'ordonnance est clairement abusive. En effet, ces critères sont simplement destinés à permettre une première identification des marchés à considérer et ne constitue certainement pas un sauf-

d'un effet de portefeuille. Cet argument ne s'applique évidemment que si l'addition de deux parts de marchés dont une est nulle n'est pas considérée comme une addition.

conduit (« safe harbour ») en matière de dominance dans un marché pertinent²⁷. Une telle approche peut également s'avérer fort laxiste. En effet, elle tend à exclure de l'analyse les situations de dominance collective. Par exemple, un marché pertinent avec un triopole où deux parties envisageant de fusionner ont une part de marché conjointe de 20%, et une troisième firme le reste, serait automatiquement exclu. On pourrait cependant s'inquiéter en terme de dominance collective de la formation d'un duopole (80/20). Une telle concentration serait ainsi considérée comme potentiellement dangereuse selon les critères américains.

On notera également que dans le cas *UBS/SBS*, les critères de l'ordonnance ont eux même été utilisés de manière très laxiste pour sélectionner les marchés pertinents. Plutôt que de considérer les marchés pour lesquels la nouvelle UBS avait une part de marché supérieure à 20 % (ce qui aurait résulté d'une application stricte des critères de l'ordonnance à laquelle la décision fait d'ailleurs explicitement référence), la Commission a sélectionné, sans justification, les marchés pour lesquels la nouvelle UBS avait une part de marché « nettement supérieure » à 30 %²⁸.

(ii) Géométrie variable

Dans certains cas, il est difficile de délimiter le marché pertinent avec confiance. A plusieurs reprises (voir par exemple *Migros/Globus* ou *Crédit Suisse/Wintherthur*), la Commission a suggéré dans ces circonstances que si l'on ne rencontre pas de problèmes de dominance pour une définition étroite du marché, a fortiori il n'y aura pas de problèmes pour une définition plus large. Cet argument n'est pas convaincant pour au moins deux raisons. Tout d'abord, il est possible qu'avec une définition étroite des marchés, les parties soient actives dans des marchés pertinents différents (et ainsi ne posent pas de problème de dominance). Avec un marché pertinent plus large, les parties pourraient être actives sur le même marché et l'addition de leurs parts de marché pourrait induire un problème de dominance. De manière plus générale, même si les parties sont actives sur le même marché qu'il soit large ou

²⁷ L'argument selon lequel, si la Commission ne requiert pas d'information en dessous d'un certain seuil de concentration, alors nécessairement une concentration inférieure ne saurait poser problème est fallacieux. Cet argument applique un seuil de concentration pour un marché affecté à l'évaluation de la concurrence dans un marché pertinent.

étroit, il est possible qu'un marché plus large comporte un problème de dominance collective plus sérieux ; la distribution des parts de marché des autres concurrents peut en effet être plus favorable à la dominance collective dans le marché large par comparaison avec le marché étroit.

(iii) Méthodes d'investigation

L'évaluation des possibilités de substitution peut faire appel à différentes techniques. Une enquête auprès des consommateurs/utilisateurs ou d'autres acteurs sur le marché sera ainsi souvent utile. La Commission a effectivement réalisé des enquêtes, mais on peut s'inquiéter qu'elle préconise les contacts avec les concurrents plutôt que les consommateurs. La substitution qui est au centre de la définition du marché pertinent est bien celle des consommateurs et il semble opportun de les sonder directement (comme dans la décision *Revisuisse*). De plus, les concurrents ont généralement des motivations complexes vis-à-vis des opérations de concentration, ce qui peut affecter leurs réponses.

L'observation d'événements particuliers dans le développement des marchés est également souvent révélatrice pour la définition du marché pertinent. Par exemple, l'entrée d'un nouveau concurrent permettra souvent d'observer la substitution entre les produits existants et ceux de l'entrant et cela de manière claire. Un changement marqué de stratégie de produit ou de stratégie marketing sera aussi révélatrice. On peut regretter que la Commission n'ait pas utilisé de tels événements alors qu'ils étaient disponibles. Par exemple, dans le cas *Le Temps*, l'entrée du Nouveau Quotidien fournissait un cas de laboratoire précieux pour évaluer la substitution avec d'autres quotidiens.

De manière plus générale, la Commission devrait être encouragée à utiliser des méthodes quantitatives (comme le font d'autres juridictions au moins dans les cas importants) ; par exemple des études de corrélation de prix, des tests basés sur l'intensité des échanges pour la définition du marché pertinent d'un point de vue géographique ou des études économétriques simples d'estimation de demande

²⁸ Ceci explique comment des marchés aussi concentrés que celui du Canton de Vaud ont échappé à l'analyse de la Commission.

résiduelle. Le problème de l'accès aux données, qui est souvent la contrainte liante pour un analyste indépendant, ne se pose dans ce contexte dans la mesure où les données peuvent faire l'objet d'une requête auprès des parties. On s'étonnera, de ce point de vue, de l'apparente timidité de la Commission. Ainsi, dans le cas *UBS/SBS*, la Commission a renoncé à analyser les marchés au niveau local parce que les données publiques n'étaient pas disponibles à ce niveau. Il semble que la Commission aurait pu exiger que les parties fournissent les informations utiles.

(iv) Marché pertinent avant ou après la concentration ?

Le cas *Le Temps* pose un problème particulièrement intéressant pour la définition du marché pertinent et, de manière plus générale, pour le contrôle des concentrations. En effet, cette opération ne correspond pas, comme souvent, à la mise sous contrôle commun de différentes gammes de produits. Il s'agit d'une opération à travers laquelle les produits existants disparaissent et laissent la place à un nouveau produit qui est différent de chacun des produits précédents.

La question se pose alors de savoir s'il faut considérer les marchés pertinents dans lesquels se trouvaient les produits qui sont amenés à disparaître et/ou le marché pertinent dans lequel se trouve le nouveau produit.

En principe, il est possible que, à cause de la disparition d'un produit dans le cadre de la concentration, le ou les concurrents restants dans le marché pertinent initial obtiennent une position dominante. La concentration aura donc créé une position dominante, mais paradoxalement pas pour les entreprises qui fusionnent mais pour des concurrents. Si l'on accepte l'analyse de la décision *Le Temps* selon laquelle le *Journal de Genève* appartenait (entre autres) au marché de la presse locale à Genève, sa disparition pourrait ainsi conduire à une position dominante dans ce marché pour le concurrent restant, soit la *Tribune de Genève*. Il n'est pas clair cependant qu'il soit opportun de sanctionner de telles situations et donc de considérer les marchés pertinents dans lesquels se trouvaient les parties. En effet, la faillite d'une entreprise ou une décision stratégique de sortie ne conduit pas normalement à un examen de la situation concurrentielle des entreprises restantes.

A priori, il semble plus raisonnable de considérer le marché pertinent dans lequel se trouve le nouveau produit. Mais là encore, on pourrait argumenter qu'une décision d'entrée n'est pas normalement soumise à un contrôle.

Au total, même si une analyse juridique se concentrera naturellement sur le critère de création d'une position dominante, et considérera donc les marchés pertinents aussi bien pour les produits sortants que les nouveaux produits, comme l'a fait la Commission dans le cas *Le Temps*, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle approche du point de vue plus général de la mise en oeuvre d'une politique de la concurrence.

III.3. Analyse de la dominance

La Commission considère aussi bien la dominance individuelle que la dominance collective, (soit approximativement les effets unilatéraux et les effets de coordination selon la terminologie américaine). On peut faire les observations suivantes :

(i) L'analyse de la Commission est malheureusement souvent lacunaire. Ainsi, dans certains cas, tel *Roche/Boehringer*, la décision ne fournit pas d'information sur les parts de marché des entreprises participant à la concentration (même pas un intervalle). Cette omission est d'autant plus préoccupante que dans la Communauté Européenne les parts de marché révélées, dans le même cas, par la décision Communautaire sont très élevées, à tel point que la Commission Européenne a imposé la cession d'actifs à des tiers avant d'autoriser la concentration. On peut présumer, étant donné la nature de ces activités, que les concentrations sont aussi élevées en Suisse²⁹ que dans la Communauté Européenne. La seule analyse de dominance présentée par la Commission dans ce cas se réfère à la présence d'au moins un concurrent dans chacun des marchés pertinents. Etant donné la structure de ce marché, une telle analyse est réellement insuffisante.

De ce point de vue, on notera également que la Commission n'a jamais présenté d'indice de concentration tel que l'indice de Herfindahl. Même si de tels indices

²⁹ Ceci nous a été confirmé par le Secrétariat.

doivent être interprétés avec soin, il permettent cependant de quantifier quelque peu l'analyse de la dominance et au moins de signaler l'existence d'un problème potentiel de dominance.

(ii) L'analyse de la dominance et la définition du marché pertinent ne sont parfois pas cohérentes. Ainsi dans la décision *Elektrowatt/Siemens*, la Commission a décidé que le marché pertinent pour les services de planification de la signalisation routière était un marché national. Dans l'analyse de la dominance, la Commission note cependant que les parties ont leurs activités concentrées dans des régions différentes et suggère qu'en conséquence les conditions concurrentielles ne seront pas modifiées après la concentration. Un tel argument est évidemment irrecevable. En décidant que le marché pertinent était national, la Commission a implicitement conclu que la substitution entre différentes régions du pays était forte et que la localisation particulière des entreprises à l'intérieur du territoire national n'affectait pas les conditions de concurrence de manière significative.

(iii) La dominance collective joue un rôle important dans un certain nombre de cas, et non des moindres tels que *UBS/SBS* et *Révisuisse* (Coopers and Lybrand/Price Waterhouse).

Dans les deux cas, la Commission a passé en revue un certain nombre de facteurs susceptibles de favoriser la dominance collective. Ces facteurs comprennent le degré de différenciation des produits, la symétrie des parts de marché, la similitude des structures de coût, la stabilité et l'élasticité de la demande et la transparence du marché. Une telle approche est certainement utile, mais il faut se garder d'une utilisation mécanique de ces critères, qui pourrait dégénérer dans une comptabilisation de facteurs positifs et négatifs. En effet, la plupart de ces critères ne sont pas aussi clairs que la Commission semble le suggérer³⁰. Par exemple³¹, la différenciation des produits peut, selon les circonstances, améliorer ou non les perspectives de coordination. L'effet de la symétrie sur la coordination dépend de l'existence de contraintes de capacité et de la différenciation des produits. La notion de transparence

³⁰ Le document de travail du secrétariat sur l'approche adéquate en matière d'analyse des concentrations (98/2) devrait également être nuancé dans ce domaine.

³¹ Voir Neven, *Collusion and cartels*, World Bank, 1998, pour une analyse détaillée de cette question.

du marché doit être utilisée avec soin et il y a lieu de distinguer la transparence ex post (qui facilite la coordination) de la transparence ex ante (qui profite aux consommateurs et peut accroître la concurrence). De manière à assurer une approche plus rigoureuse, le calcul d'indices de concentration tels que l'indice de Herfindalh, qui tiennent compte de la distribution des parts de marché entre tous les concurrents, aurait aussi été utile.

On peut également s'interroger sur la pertinence de l'analyse dans le cas *Révisuisse*. En effet, la Commission a argumenté de manière convaincante que le marché de la révision doit être vu comme une succession d'enchères (pour des contrats pluriannuels). A priori, les circonstances qui favorisent la collusion dans les enchères sont différentes de celles qui favorisent la coordination de manière générale. Il aurait donc été utile que la Commission tienne compte de la spécificité de ce marché et ce d'autant plus que la concentration qui résulte de la fusion de Coopers et de Price Waterhouse aboutit à des parts de marché très élevées (en particulier dans les marchés de la révision des banques et des assurances).

Si l'analyse des circonstances favorables à la coordination est utile, l'observation du comportement des firmes (avant la fusion) est souvent révélatrice et cette analyse a parfois été négligée. Par exemple, dans le cas *UBS/SBS*, il aurait pu être utile d'observer la dynamique des parts de marché et des prix avant la concentration et de prendre en compte l'effet d'une longue tradition d'accords explicites dans ce marché. De tels facteurs sont considérés de manière routinière dans les décisions d'autres juridictions. Une analyse détaillée de la position et des incitations des concurrents restants peut aussi s'avérer utile. Ainsi, on apprend que le Crédit Suisse est un « concurrent fort », avec une part de marché élevée, dans le marché des prêts hypothécaires, ce qui réduit le risque de dominance de l'UBS. Il n'est pas clair cependant ce que cette force implique en termes de concurrence et cette affirmation est, en partie, contredite plus tard dans la décision lorsque la Commission conclut à un risque de dominance collective (le Crédit Suisse n'était après tout pas un concurrent aussi fort...).

(iii) La Commission a éprouvé quelques difficultés à évaluer la dominance en présence d'entreprises fortement intégrées verticalement. Les deux cas d'espèces

impliquent la Migros. Dans le cas *Migros/Globus*, la Commission écarte la possibilité de l'exercice d'un pouvoir de marché vis-à-vis des fournisseurs (« buyer power ») en argumentant que la présence d'un pouvoir de marché vis-à-vis des acheteurs (« seller power ») est une condition nécessaire à l'existence d'un pouvoir de marché vis-à-vis des fournisseurs (soit le principe du miroir). Cet argument semble discutable. En effet, on peut imaginer une situation dans laquelle il existe une concurrence intense au niveau des consommateurs, mais où un ou plusieurs concurrents importants sont fortement intégrés verticalement. Dans ce cas de figure, il est possible que les concurrents restants (non-intégrés) sur le marché des acheteurs jouissent d'un pouvoir de marché vis-à-vis de leurs fournisseurs.

Cet exemple peut également servir à illustrer les problèmes rencontrés dans l'analyse de la dominance au niveau des fournisseurs en présence d'entreprises intégrées. Faut-il évaluer les parts de marché des concurrents en tenant compte de la capacité de production des entreprises intégrées ou seulement en tenant compte de la capacité « libre » ? Dans le cas *Bell-zeg*, la Coop se propose de racheter les opérations d'abattage de poulet de Bell-zeg. La Commission considère ce marché comme pertinent et pour évaluer la dominance a choisi de prendre en compte toutes les capacités d'abattage de viande, y compris celles associées à des entreprises intégrées verticalement (et en particulier celles de la Migros et de la Coop après l'opération). Une telle perspective semble largement discutable. En effet, à partir du moment où une activité est intégrée verticalement, il semble que les capacités qui y sont associées soient réellement engagées³² et ne puissent plus être considérées comme concurrents « libres » sur le marché. Ainsi, il aurait probablement été préférable dans ce cas de considérer la dominance uniquement sur le marché des capacités libres.

III.4. Concurrence potentielle

Dans la décision *UBS/SBS*, la Commission a explicité son approche concernant la concurrence potentielle. En termes de principe, elle déclare adopter les critères habituels, c'est-à-dire que l'entrée doit être rapide, probable et suffisante. La notion d'entrée suffisante n'est cependant pas précisée comme par exemple aux EU (où une

³² L'évaluation du degré d'engagement est central pour cet argument. Ainsi, un contrat de long terme d'abattage pourrait avoir le même effet qu'une intégration verticale.

entrée suffisante est un entrée qui peut restaurer les conditions initiales en terme de concurrence).

La notion d'entrée semble parfois un peu floue. Ainsi, dans la décision *UBS/SBS*, la Commission suggère que les banques cantonales et la Poste pourraient accroître leur part de marché. Ces concurrents sont cependant déjà établis sur le marché et ne sont pas à proprement parler des nouveaux entrants. Une telle considération serait plus naturellement intégrée dans l'analyse de dominance. Dans la décision *Elektrowatt/Siemens*, les perspectives d'entrée sont soulignées par l'observation qu'un concurrent étranger a récemment fait une acquisition. L'acquisition d'un concurrent existant n'affecte cependant en rien la capacité d'offre sur le marché. Pour suggérer que les conditions de concurrence avaient été modifiées par l'entrée, il aurait fallu montrer que le nouveau propriétaire se comportait (ou avait des incitations à se comporter) de manière différente.

Finalement dans la décision *Roche/Boehringer*, la Commission argumente que la position des concurrents établis devrait être mise en cause par l'entrée de nouvelles technologies. Peu d'information sont fournies à ce sujet et on notera que la Commission Européenne dans sa propre décision n'a pas accordé le même crédit à ces perspectives d'entrée.

III.5. Justifications

Bien que la loi ne prévoit pas explicitement d'arguments³³ qui puissent justifier une concentration considérée comme nocive du point de la concurrence, la Commission a utilisé dans la décision *Le Temps* la doctrine de la firme défaillante³⁴.

Cette doctrine suggère que si une entreprise participante sortait du marché au cas où la concentration serait interdite, alors la situation compétitive qui résulterait de la concentration pourrait ne pas être pire que celle associée à la sortie de cette entreprise. En terme de principe, la doctrine de la firme défaillante est attirante. Elle rappelle de

³³ Au delà de l'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché.

³⁴ On pourrait s'interroger sur la légalité de cette approche. En effet, la doctrine de la firme défaillante qui aurait été évoquée lors de la préparation de la loi, en a été délibérément écartée.

manière opportune que le statu quo n'est pas nécessairement « l'alternative » la plus raisonnable à la réalisation de la concentration et que dans certains cas extrêmes les « alternatives » pourraient être pires.

La Commission pose trois conditions pour appliquer cette doctrine³⁵ ; d'une part, il faut montrer qu'une partie sortirait effectivement du marché. Ensuite, il faut montrer que des opérations « alternatives » qui causeraient moins de dommage que la concentration ne sont pas réalisables³⁶. Troisièmement, il faut montrer que la firme restante (dans l'hypothèse d'une sortie) pourrait s'approprier toute la part de marché de celle qui sort.

Dans le cas *Le Temps*, la Commission considère que le marché pertinent est un monopole naturel. Ainsi, elle conclut qu'une firme devra nécessairement sortir et la première condition semble ainsi rencontrée. Cependant, la Commission ne considère que la sortie du Journal de Genève. La possibilité de voir le Nouveau Quotidien sortir n'est pas évoquée alors que les pertes de ce dernier sont au moins aussi importantes que celles du Journal de Genève. Cette omission est importante ; en effet, on pourrait argumenter que le maintien du seul Journal de Genève poserait moins de problème de concurrence que la concentration proposée. Dans les deux cas de figure, on obtiendrait effectivement un monopole dans le marché pertinent retenu (la presse romande d'opinion). Mais l'effet de portefeuille, c-à-d le contrôle par une entreprise dominante (Edipresse³⁷) de produits dans des marchés proches (la presse locale Genevoise et Lausannoise) du marché pertinent serait au moins évité dans le cas de figure du maintien du seul Journal de Genève.

Ainsi, il y avait une situation marginalement meilleure en termes de concurrence qui n'a pas été évoquée. Il semble donc que la deuxième condition n'a pas été traitée de

³⁵ Elle suit la pratique de la Commission européenne dans ce domaine. Voir par exemple OCDE, Competition policy roundtable, No 2., 1996.

³⁶ Dans la jurisprudence américaine, il faut montrer que l'absence de la fusion causerait un dommage plus important. Selon cette jurisprudence, la présomption est donc que la concentration est a priori dommageable. Par contre, dans la jurisprudence adoptée par la Suisse, la présomption semble être que la concentration est acceptable (il suffit de montrer que l'on ne peut pas faire mieux). L'approche américaine semble meilleure dans la mesure où elle alloue clairement la charge de la preuve aux parties.

³⁷ On fait l'hypothèse ici qu'Edipresse contrôle Le Temps. La Commission semble ambivalente à ce sujet. Elle parle d'un contrôle joint mais insiste sur l'influence déterminante d'Edipresse dans la gestion.

manière adéquate. Ceci est d'autant plus préoccupant, comme l'a souligné le Professeur Lambelet³⁸, qu'en privilégiant l'hypothèse de la sortie du Journal de Genève, la Commission a effectivement entériné un développement qui peut être interprété comme une stratégie de prédation de la part d'Edipresse (qui a essuyé des pertes très importantes avec le Nouveau Quotidien depuis le début et obtient finalement une situation de monopole avec la bénédiction de la Commission de la Concurrence).

On notera finalement que l'utilisation de la doctrine de la firme défaillante dans ce cas est très sensible à la définition du marché pertinent. En effet, si le marché pertinent avait été plus large, la disparition du Nouveau Quotidien est un cas de figure qui devient largement plus attrayant en termes de concurrence que celui associé à la sortie du Journal de Genève (étant donné le contrôle de 24Heures et de la Tribune de Genève par Edipresse). La deuxième condition aurait ainsi peu de chances d'être rencontrée. Dans ce contexte, il aurait également été plus difficile de remplir la troisième condition (soit le transfert automatique des parts de marché).

III.6. Remèdes

La Commission a imposé des remèdes dans les cas *UBS/SBS*, *Le Temps* et *Bell-Zeg*. On peut s'inquiéter de la nature de ces remèdes et leur mise en oeuvre. Concernant la nature des remèdes, on trouve dans les cas *UBS/SBS* et *Le Temps* des remèdes de comportement, dont la vérification ex post est particulièrement difficile. Ainsi, dans le cas *UBS/SBS*, les parties se sont engagées à ne pas modifier les conditions de prêts aux PME, pour autant que certaines conditions soient remplies pendant une période de trois ans. Les parties bénéficient d'une telle latitude dans l'évaluation de ces conditions que leur engagement semble bien peu contraignant. Dans le même cas, on trouve des charges qui ne sont pas en relation avec l'analyse concurrentielle ; ainsi, les parties se sont engagées à maintenir leur collaboration à un certain nombre d'activités collectives dans l'industrie bancaire, alors que celles-ci ne sont pas mentionnées dans l'analyse.

³⁸ Lambelet, J.C., Aspects économiques du droit de la concurrence appliqué aux activités bancaires, Cahiers du DEEP 9818, 1998.

Lorsque la Commission a imposé des remèdes structurels, tels que la cession d'actifs, on peut s'interroger sur leur efficacité. Dans le cas UBS/SBS, la Commission a imposé la vente de 25 à 35 points bancaires. La décision ne précise pas ce qu'il faut entendre par un point bancaire et le nombre de points à céder apparaît de manière quasi « magique ». Il n'est en tous cas pas déterminé de manière explicite en fonction des problèmes de dominance tels qu'identifiés dans la décision. Cette charge apparaît plutôt comme le résultat d'une négociation dans laquelle les parties avaient la main haute.

Dans le cas *Bell-Zeg*, la Coop a du vendre la capacité d'abattage qu'elle détenait initialement, soit sa filiale Favorit. Si on accepte l'analyse concurrentielle de la Commission (laquelle est discutable, voir ci-dessus), on peut s'étonner de cette mesure. En effet, la décision identifie un problème de dominance collective associé à la forte position de la Coop et de la Migros qui détiendraient conjointement près de 85 % des capacités avant les remèdes. La cession d'actifs imposée à la Coop ne représente cependant que 5-10% des capacités totales. Il n'est pas clair qu'une telle cession d'actif modifie de manière substantielle les perspectives de dominance collective.

La mise en oeuvre des charges étonne également, en particulier dans le cas *UBS/SBS*. Tout d'abord, la Commission annonce dans sa décision qu'elle pourrait libérer la nouvelle UBS de ses charges si elles ne s'avèrent pas réalisables dans un certain laps de temps. Dans un tel contexte, les parties auront tout intérêt à retarder le processus de vente dans l'espoir d'y échapper. Par comparaison, dans la Communauté Européenne, une autorisation de fusionner soumise à une cession d'actifs a une durée de vie limitée. Si la cession n'est pas réalisée dans les délais, l'autorisation tombe. Ainsi, l'intérêt des parties est alors clairement de vendre, et rapidement.

D'autre part, il semble que la Commission n'ait pas pris de mesures pour assurer l'intégrité des actifs destinés à la vente. A tel point que la nouvelle UBS a dû être formellement rappelée à l'ordre lorsqu'il est apparu qu'elle fermait certains points bancaires destinés à la vente. Dans la Communauté Européenne, les actifs à vendre sont soustraits au contrôle des parties dès la conclusion de la décision et un tel

dérapiage ne se serait pas produit. Ainsi, il semble que, dans ce cas, la Commission ait fait preuve de naïveté, ou de laxisme, dans la mise en oeuvre des remèdes.

IV Conclusions

En conclusion, il semble que les analyses qui sont proposées par la Commission pour étayer ses décisions sont souvent insuffisantes. Leur qualité est inférieure à celle que l'on peut trouver dans des juridictions telles que la Communauté Européenne ou le Royaume-Uni. Il est peu probable que ce problème soit entièrement dû à des publications incomplètes. En effet, on relève des problèmes conceptuels de fond, notamment en matière de définition du marché pertinent. De manière générale, la lecture des décisions suggère aussi que la Commission a adopté, pour son analyse, des principes bien établis dans d'autres juridictions mais qu'elle ne parvient pas à les mettre en pratique de manière convaincante.

Ce constat a fait l'objet d'une analyse dans la première partie de cette étude. Celle-ci conclut qu'une amélioration substantielle de la mise en oeuvre de la nouvelle politique de la concurrence pourrait être obtenue par des réformes simples qui renforcent la compétence du Secrétariat, qui accroissent l'indépendance de la Commission et qui assurent une interaction plus efficace entre l'instruction et la décision des cas.

Finalement, on peut s'interroger sur l'évolution des rôles respectifs de la Commission et du Conseil fédéral dans le cadre de la nouvelle loi. En effet, le rôle des autorités politiques a été potentiellement réduit lors de la dernière révision. Plutôt que d'entériner ou non les recommandations de la Commission, l'autorité politique, soit le Conseil Fédéral, a maintenant la possibilité d'annuler les décisions de la Commission sur base d'un critère d'intérêt général (naturellement plus large que les critères considérés par la Commission).

Cette construction institutionnelle se rapproche de celle que l'on trouve en Allemagne. Elle présente l'avantage de séparer potentiellement, de manière claire, l'évaluation des cas du point de vue la concurrence et le jugement politique, et d'obliger les institutions à rendre compte de leurs décisions. En particulier, une telle

procédure peut amener le pouvoir politique à devoir expliciter les motifs d'intérêt général qui justifient d'annuler une décision. Les avantages potentiels d'une telle procédure semblent bien exploités en Allemagne ; en effet, les décisions du Bundeskartellamt sont respectées et font l'objet d'un large écho dans la presse. Dans ce contexte, renverser les décisions de manière à favoriser des intérêts particuliers comporte un risque politique important. Ainsi, les décisions ne sont que rarement annulées par le pouvoir politique et uniquement sur base d'un argumentaire convaincant concernant des motifs d'intérêt général.

Mais un tel développement ne va pas de soi. En effet, pour aboutir à une telle situation, il est nécessaire que la Commission de la Concurrence acquière une réputation de compétence et d'indépendance. Il est également important pour établir le prestige de la Commission que l'autorité politique accepte initialement de jouer le rôle qui lui est assigné et ne renverse pas les décisions pour des motifs particuliers. En effet, si les premières décisions sont fréquemment annulées, la Commission n'aura jamais la chance de s'affirmer en tant qu'autorité indépendante.

On dispose de peu d'observations à ce sujet. Le cas de la recommandation *Cablecom* est cependant préoccupant. Dans ce cas, la Commission avait recommandé la séparation entre les activités de gestion du réseau téléphonique et celles du réseau de câbles de distribution du signal TV. En effet, ce dernier réseau est un concurrent potentiel au réseau téléphonique pour la distribution d'une large palette de services de télécommunication. Étant donné la difficulté (voir ci-dessus) de contrôler le pouvoir des opérateurs de réseau dans une phase de libéralisation, la Commission avait considéré qu'il était préférable de ne pas créer un « super-monopole » et de maintenir une concurrence entre réseaux. Elle rejoignait d'ailleurs en cela la jurisprudence communautaire. Le Conseil fédéral a choisi de ne pas suivre cette recommandation. Loin d'évoquer l'intérêt général, son argumentation ne considère que des motivations associées à des intérêts privés (par exemple la réussite de l'entrée en bourse de Swisscom). On peut ainsi s'inquiéter que dans cet épisode le Conseil fédéral ait choisi de désavouer la Commission.

Dans le cas des *Partitions de musique* (voir ci-dessus), le Conseil fédéral a choisi de ne pas annuler la décision. On peut s'en réjouir mais il faut se garder d'y attacher

une trop grande signification en matière de fonctionnement institutionnel, tant la décision était claire du point de vue de la concurrence. Annuler une telle décision aurait probablement comporté un risque politique démesuré par rapport à l'enjeu. Ainsi, les rôles respectifs de la Commission et du Conseil fédéral ne sont pas encore bien établis. Il faudra attendre de nouveaux cas pour les voir s'affirmer d'une manière ou d'une autre.

