

LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS DANS LE NOUVEAU DROIT SUISSE DE LA CONCURRENCE

*par Pierre Tercier et Silvio Venturi**

Dans le numéro précédent de la Revue du droit international des affaires, les auteurs ont traité des *accords illicites* et de l'*abus de position dominante* dans la nouvelle loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions de la concurrence ("LCart") entrée en vigueur le 1er juillet 1996. La présente contribution est une présentation générale des nouvelles dispositions régissant le *contrôle des concentrations*. Ces dispositions sont contenues essentiellement aux articles 9 à 11 et 32 à 38 LCart ainsi que dans l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises ("OCart").

Avant l'entrée en vigueur de la LCart, le droit suisse ne connaissait pas de véritable contrôle des opérations de concentration. De manière bien imparfaite, l'ancienne loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et autres organisations analogues ("aLCart") s'intéressait surtout aux forces du marché résultant d'ententes et, dans une certaine mesure, de positions dominantes. S'agissant du "contrôle" des fusions, l'aLCart prévoyait simplement que la Commission des cartels pouvait ouvrir une enquête si une fusion avait pour effet de créer ou de renforcer une position qui influençait le marché de manière déterminante, à condition qu'il y ait des indices de conséquences nuisibles d'ordre économique ou social (art. 30 al. 1 aLCart). Cette faculté de la Commission ne permettait toutefois pas un véritable contrôle, en raison notamment de l'absence de moyens préventifs et répressifs: Aucun devoir de notification n'était imposé aux entreprises et la Commission ne pouvait qu'adresser des recommandations à celles-ci; elle ne pouvait donc pas, par exemple, interdire ou ordonner le démantèlement d'une concentration ou encore contraindre les entreprises à se défaire de certains de leurs segments. L'art. 30 al. 1 aLCart ne permettait en outre que de canaliser le comportement des entreprises et non de contrôler les modifications structurelles.

La Suisse n'a cependant pas voulu adopter un contrôle aussi contraignant que l'Union européenne et la plupart des Etats membres. Selon le Conseil fédéral, "[l]e contrôle proposé des concentrations a pour but d'empêcher en Suisse l'apparition ou le renforcement, sur un marché fermé, d'une position dominante à même de *supprimer* la concurrence efficace. En revanche, si une concentration intervient sur un marché libre de barrières ou sur un marché international où fonctionne la concurrence, il n'y a guère de risque d'apparition d'une position dominante et donc de suppression de la concurrence efficace". L'objectif poursuivi a engendré un régime de contrôle souple et largement favorable aux entreprises.

La présentation de ce régime suppose que l'on précise les opérations sur lesquelles porte le contrôle (I),

les critères d'appréciation utilisés par la Commission de la concurrence (II) et la procédure permettant l'exercice du contrôle (III). Les sanctions infligées aux entreprises contrevenantes ne seront exposées qu'à grands traits (IV).

I. Les opérations soumises au contrôle

L'art. 9 LCart soumet à notification préalable toutes les opérations de concentration atteignant une dimension déterminée, pour autant que ces opérations aient des effets sur le marché suisse.

1. La notion de concentration

L'art. 4 al. 3 LCart définit la concentration d'entreprises (i) en fonction du moyen juridique utilisé, comme la *fusion* de deux ou plusieurs entreprises ou (ii) en fonction du résultat obtenu, comme la *prise de contrôle* d'une ou de plusieurs entreprises par une ou plusieurs entreprises. A ces deux hypothèses, il faut ajouter la création ou l'acquisition d'*entreprises communes*. Dans tous ces cas, la concentration peut intervenir entre des entreprises occupant des échelons du marché identiques (concentration horizontale), des échelons du marché différents (concentration verticale) ou encore entre des entreprises actives sur des marchés différents (conglomérats).

1.1. La fusion

Par fusion, il faut entendre la réunion d'entreprises en vue de constituer une seule unité économique. Il peut s'agir d'une fusion par absorption, auquel cas l'entreprise absorbée disparaît, ou d'une fusion par création d'une société nouvelle, auquel cas les entreprises fusionnantes disparaissent.

L'art. 4 al. 3 LCart précise que les entreprises fusionnantes ne peuvent être que des entreprises juridiquement et économiquement "indépendantes" avant l'opération de concentration. Ne constitue dès lors pas une opération de concentration le regroupement ou la restructuration d'entreprises déjà affiliées. Toutefois, il ne suffit pas que les entreprises soient liées entre elles par des liens structurels pour échapper au contrôle. Il faut en plus que l'une des entreprises n'ait pas de réelle autonomie sur le marché.

1.2. La prise de contrôle

Une entreprise prend le contrôle d'une autre entreprise lorsqu'elle a la *possibilité*, compte tenu de toutes

les circonstances de fait ou de droit, *d'exercer une influence déterminante* sur l'activité de cette autre entreprise, sans qu'il ne soit nécessaire que ce pouvoir soit effectivement exercé (art. 1 *in initio* OCart). Comme dans le cas d'une fusion, l'entreprise contrôlée doit avoir été, avant l'opération, une entreprise juridiquement et économiquement "indépendante".

Seul le résultat - la prise de contrôle - est déterminant. Dès lors, la forme de la prise de contrôle importe peu: elle peut être directe ou indirecte, porter sur toute une entreprise ou sur une partie seulement de celle-ci. De même, le moyen utilisé pour prendre le contrôle n'est pas déterminant. Il s'agira généralement d'une "prise de participation au capital", mais il peut s'agir aussi de la "conclusion d'un contrat" (art. 4 al. 3 LCart). Lorsque le contrôle est acquis par une seule entreprise, une *participation* représentant plus de la moitié des droits de vote permettra en principe de contrôler l'entreprise cible. Une participation minoritaire peut également suffire, si le solde du capital ne fait pas l'objet d'une représentation uniforme et ne peut dès lors influencer la prise de décision ou encore si des droits spéciaux sont reconnus à l'actionnaire minoritaire (p.ex. actions privilégiées conférant la majorité des droits de vote). La prise de contrôle peut également résulter *d'un contrat* s'il permet d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise, notamment sur ses organes (composition, délibérations, décisions). Il peut s'agir d'un contrat de management ou encore d'un contrat conférant à une entreprise des droits de propriété ou de jouissance sur les actifs d'une autre entreprise. La prise de contrôle peut enfin résulter de *tout autre moyen*. Souvent, elle découlera d'une combinaison d'éléments de droit et de fait. Même la seule dépendance économique devrait pouvoir aboutir à un contrôle de fait, par exemple lorsque d'importants accords de fourniture à long terme permettent d'exercer une influence déterminante.

La notion de "prise de contrôle" devrait être réservée aux opérations qui conduisent à une *modification durable de la structure* de l'entreprise. Dès lors, les moyens n'emportant pas de modification structurelle ne devraient pas conduire à une "prise de contrôle" au sens de la loi, même s'ils permettent dans une certaine mesure d'influencer la politique commerciale d'une entreprise. Ainsi, les termes habituels d'un contrat de franchise n'aboutissent pas à une prise de contrôle du franchisé par le franchiseur. Les opérations qui n'affectent pas la structure des entreprises mais qui influencent tout de même le comportement concurrentiel de celles-ci doivent s'analyser, le cas échéant, comme des ententes.

1.3. Les entreprises communes

Contrairement au droit européen, le droit suisse ne distingue pas les entreprises communes de nature coopérative des entreprises communes de nature concentrative. Pour être soumise au contrôle, une entreprise commune doit faire l'objet d'un contrôle conjoint et accomplir de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (art. 2 al. 1 OCart).

1. L'entreprise commune, qu'elle soit nouvellement constituée ou acquise, doit d'abord être *contrôlée en commun* par deux ou plusieurs entreprises. Celles-ci doivent donc avoir la possibilité d'exercer en

commun une influence déterminante sur la politique commerciale de l'entreprise commune. Cette faculté peut découler d'une égalité des droits de vote ou de la représentation au sein des organes de l'entreprise, de droits de veto octroyés aux actionnaires minoritaires sur les décisions stratégiques pour l'entreprise, ou de l'exercice en commun des droits de vote, sur la base par exemple d'une convention d'actionnaires.

2. Il n'y a ensuite concentration (i) en cas d'*acquisition* de l'entreprise commune, que lorsque celle-ci remplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (art. 2 al. 1 OCart), et (ii) en cas de *création* de l'entreprise commune, que lorsque celle-ci remplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique indépendante et que des activités d'au moins une des entreprises fondatrices sont transférées à l'entreprise commune (art. 2 al. 2 OCart). Pour être considérée comme une entité économique indépendante, l'entreprise commune doit accomplir *toutes les fonctions* exercées par d'autres entreprises opérant sur le même marché. Elle doit par conséquent disposer de toutes les ressources nécessaires pour agir comme une entité indépendante; elle ne doit pas limiter ses activités à l'une des fonctions exercées par les entreprises fondatrices ou encore n'avoir que les entreprises fondatrices pour cocontractantes. L'entreprise commune ne peut être considérée comme une concentration que si elle exerce ses fonctions *de manière durable*. Ce ne sera en principe pas le cas d'une entreprise constituée pour l'accomplissement de tâches temporaires, par exemple pour la construction d'un ouvrage.

2. La dimension des concentrations

Les opérations de concentration d'entreprises ne sont soumises au contrôle que si elles atteignent des valeurs-seuils. Le législateur considère que les concentrations atteignant ces seuils sont susceptibles d'influencer de manière sensible la concurrence.

2.1. En général

La dimension des concentrations est exprimée en chiffre d'affaires "mondial" et "suisse" de l'exercice précédant la concentration. Pour que celle-ci soit soumise au contrôle préventif, il faut que

- (i) les entreprises participantes aient réalisé ensemble un chiffre d'affaires de CHF 2 milliards au moins (*worldwide*) ou un chiffre d'affaires en Suisse de CHF 500 millions au moins; et que
- (ii) deux des entreprises participantes au moins aient réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires de CHF 100 millions au moins.

Par *entreprises participantes*, il faut entendre (i) en cas de fusion, les entreprises qui fusionnent, et (ii) en

cas d'acquisition du contrôle, l'entreprise qui acquière le contrôle et l'entreprise cible (mais non l'entreprise venderesse) (art. 3 al. 1 OCart). Si la fusion ou l'acquisition de contrôle ne concerne qu'une partie de l'entreprise, cette partie est réputée entreprise participante (art. 3 al. 2 OCart) et seul le chiffre d'affaires de cette "partie" est pris en compte. Le "chiffre d'affaires d'une entreprise participante" n'inclut pas seulement son chiffre d'affaires propre, mais aussi les chiffres d'affaires des filiales, des sociétés-mères, des sociétés affiliées et des entreprises communes, à l'exception des parts des chiffres d'affaires résultant d'opérations entre ces sociétés (art. 5 al. 1, 2 OCart).

Ces valeurs-seuils sont très élevées vu la dimension du marché suisse. Il est donc prévisible que la plupart des regroupements d'entreprises échapperont au contrôle.

2.2. *Les cas particuliers*

La législateur a aménagé certains régimes spécifiques pour des domaines particuliers. Selon les cas, les valeurs-seuils ont été adaptées ou remplacées par d'autres critères.

1. *Les entreprises dominantes.* Sans égard à de quelconques valeurs-seuils, une opération de concentration est soumise au contrôle si elle implique une entreprise détenant en Suisse une position dominante, pour autant (i) que la concentration concerne le marché où l'entreprise est dominante (ou un marché voisin ou situé en amont ou aval) et (ii) que la position dominante ait déjà été constatée dans une décision en force prise au terme d'une procédure engagée en vertu de la LCart (art. 9 al. 4 LCart). Cette extension du contrôle vise à saisir les concentrations qui, bien qu'elles renforcent des positions dominantes, échappent au contrôle en raison des valeurs-seuils élevées. Ainsi, le contrôle s'étendra à l'acquisition, par une entreprise dominante, d'une entreprise de petite taille.

2. *Les sociétés d'assurances.* Si la concentration implique des sociétés d'assurances, la valeur-seuil est constituée par le montant total des primes brutes annuelles (art. 9 al. 3 phr. 1 LCart), c'est-à-dire toutes les primes comptabilisées lors du dernier exercice au titre d'assurances et de réassurances (art. 6 al. 1 OCart).

3. *Les médias.* Si toutes les entreprises participantes sont des entreprises de médias la valeur-seuil correspond à vingt fois leur chiffre d'affaires (art. 9 al. 2 LCart). Si la concentration implique aussi des entreprises actives totalement ou partiellement dans d'autres domaines, la valeur-seuil correspond à vingt fois le chiffre d'affaires réalisé dans le domaine des médias, plus le chiffre d'affaires restant.

4. *Les banques.* Si la concentration implique uniquement des banques, la valeur-seuil correspond à 10% de la somme du bilan. Si la concentration implique aussi d'autres entreprises ou des entreprises partiellement actives dans des domaines autres que bancaires, la valeur-seuil correspond à 10% de la

somme du bilan "bancaire", plus le chiffre d'affaires des entreprises ou parties d'entreprises "non bancaire". Pour déterminer la part réalisée *en Suisse* de la somme du bilan, il faut établir le rapport entre les créances découlant d'opérations avec des personnes domiciliées en Suisse (banques et clients) et le montant total de ces créances (art. 9 al. 3 *in fine* LCart), puis multiplier ce rapport par la somme du bilan (art. 8 al. 2 *in fine* OCart).

3. Le caractère suisse de la concentration

La nouvelle loi s'applique "aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger" (art. 2 al. 2 LCart); la nouvelle loi a donc repris de l'ancien régime le principe dit "*des effets*". En matière de contrôle des concentrations, ce principe est étroitement lié à la dimension des concentrations soumises au contrôle: lorsqu'une concentration a la dimension "suisse" requise par l'art. 9 LCart, elle constituera généralement un "état de fait qui déploie ses effets en Suisse" et sera par conséquent soumise à la loi.

Il découle notamment du principe des effets que la concentration peut être soumise au contrôle (i) même si toutes les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger, (ii) même si les entreprises participantes n'ont ni filiale, ni société affiliée ni établissement en Suisse, et (iii) même si la concentration a déjà été notifiée à l'étranger, notamment auprès des autorités communautaires.

II. L'appréciation des concentrations

Le législateur a adopté des critères d'appréciation des concentrations très souples, et même si une concentration se révèle nuisible, la Commission de la concurrence pourra difficilement l'interdire.

1. Les critères d'appréciation. Une concentration n'est considérée nuisible que lorsque, après examen, elle se révèle:

- (i) créer ou renforcer une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace; *et*
- (ii) ne pas conduire à 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).

Le regroupement qui résulte de la concentration doit détenir une *position dominante*, que celle-ci soit une

position nouvelle (création) ou renforcée (renforcement). Cette notion a le même contenu qu'à l'art. 7 LCart, qui régit les abus de position dominante. Le regroupement jouit donc d'une telle position s'il est en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart).

La position dominante ne peut être définie que par rapport à un marché donné. Il faut donc d'abord déterminer le marché de produits en cause ainsi que le marché géographique, et ensuite examiner si l'entreprise détient une position dominante sur ce marché. Le marché de produits comprend tous les produits ou services substituables au produit ou service en question, en raison de leurs caractéristiques et de leur usage (art. 11 al. 3 lit. a OCart). Le marché géographique correspond au territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés, du côté de l'offre ou de la demande, pour les produits ou services composant le marché de produits (art. 11 al. 3 lit. b OCart).

Le régime est très favorable aux concentrations:

- Une interdiction ne peut d'abord intervenir que si la concurrence efficace est susceptible d'être *supprimée*, et non seulement si elle est "entravée de manière significative" comme en droit européen. L'examen exige la prise en considération des conditions futures du marché, puisqu'il s'agit de déterminer si la position créée est "capable" de supprimer la concurrence. Comme l'indique le Conseil fédéral, "[s]elon toute probabilité, la suppression de la concurrence efficace sera rarement retenue". En effet, la suppression de la concurrence n'est guère imaginable que sur des marchés géographiques locaux ou sur le marché national; or, les concentrations d'entreprises actives sur ces marchés n'atteindront généralement pas les valeurs-seuils requises. Les concentrations soumises au contrôle impliqueront en principe des entreprises actives sur les marchés internationaux, et, sur de tels marchés, la création ou le renforcement d'une position dominante ne sera que très rarement de nature à supprimer toute concurrence efficace.

- Même si la concurrence efficace est susceptible d'être supprimée, la concentration doit être autorisée lorsqu'elle conduit à une *amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché*. Cette "amélioration" agit donc comme un véritable motif justificatif, motif inconnu en droit communautaire. L'hypothèse vise les concentrations impliquant des entreprises actives sur des marchés différents (conglomérats). Les effets d'une telle concentration doivent d'abord être analysés pour chaque marché concerné, pour décider de la suppression possible de la concurrence efficace, puis être appréciés globalement par la mise en balance des effets positifs et négatifs sur les divers marchés concernés.

2. Dans son examen, la Commission ne doit pas seulement tenir compte des effets de la concentration sur la concurrence en Suisse, mais aussi de *l'évolution du marché* et de la position des entreprises dans la *concurrence internationale* (art. 10 al. 4 LCart). Ces facteurs, qui rendent le régime encore plus favorable aux entreprises, devraient avoir un poids certain dans l'appréciation des concentrations puisque celles-ci

auront généralement une dimension internationale vu les valeurs-seuils prévues par la nouvelle loi. La compétitivité des entreprises sur le plan international pourrait justifier des regroupements pouvant apparaître nocifs à l'échelle suisse.

3. Lorsque la concentration implique des *banques* et qu'elle est nécessaire à protéger les intérêts des créanciers, la loi prévoit qu'il "peut être tenu compte en priorité des intérêts de ces derniers" (art. 10 al. 3 LCart). Dans cette hypothèse particulière, la Commission doit se borner à donner son avis, la décision finale appartenant à la Commission fédérale des banques.

III. La procédure de contrôle

Les autorités chargées de l'application de la nouvelle loi, la procédure administrative et les voies de recours ont déjà été présentées s'agissant des ententes illicites et des abus de positions dominantes. Seules les dispositions propres au contrôle des concentrations seront donc exposées ci-après.

1. La notification

En principe, la procédure de contrôle d'une concentration est déclenchée par la *notification* de cette concentration à la Commission; toutefois, si les entreprises réalisent la concentration sans la notifier, alors qu'elle aurait dû l'être, la procédure de contrôle est entamée d'office (art. 35 LCart).

1. Les entreprises notificantes. La notification doit être faite (i) en cas de fusion, conjointement par les entreprises participantes, à savoir les entreprises qui fusionnent, et (ii) en cas d'acquisition du contrôle, par l'entreprise (ou conjointement par les entreprises) qui acquière(nt) le contrôle. En cas de notification conjointe (procédé qui permet de n'avoir qu'une seule notification), un représentant commun doit être mandaté (art. 9 al. 2 OCart). Les entreprises domiciliées à l'étranger doivent en outre élire un domicile de notification en Suisse (art. 9 al. 3 OCart). Dans les dix jours dès réception de la notification, le Secrétariat de la Commission délivre aux entreprises une attestation confirmant que la notification est bien complète; à défaut, il invite les entreprises à la compléter (art. 14 OCart).

2. Le moment de la notification. Selon l'art. 9 al. 1 LCart, les concentrations doivent être notifiées "avant leur réalisation", c'est-à-dire avant l'exécution des prestations. La notification peut donc être faite - et elle le sera généralement pour des raisons de confidentialité - après les négociations et après la signature du contrat de concentration. La loi ne précise pas à quel moment la concentration peut déjà être notifiée par les entreprises concernées. Il appartiendra aux autorités chargées de l'application de la loi de le

préciser.

3. Le contenu de la notification. L'art. 11 OCart précise le contenu de la notification et les documents qui doivent l'accompagner. La notification doit notamment donner des précisions sur les marchés (de produits et géographique) affectés par la concentration et sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20% ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30% ou plus (art. 11 al. 1d OCart). Les informations à fournir pourraient à l'avenir faire l'objet d'un "formulaire", comme en droit communautaire. La Commission devrait en outre préciser dans quelle mesure une notification déposée auprès d'une autorité étrangère peut être utilisée pour notifier la concentration en Suisse.

2. L'examen préalable

Dès réception de la notification, le Secrétariat de la Commission, lors d'un *examen préalable* et sommaire, examine s'il existe des "indices" indiquant que la concentration crée ou renforce une position dominante (art. 10 al. 1, 32 al. 1 phr. 1 LCart). A ce stade, la Commission n'examine pas encore les effets de la concentration sur la concurrence.

3. La procédure d'examen

S'il existe des indices de création ou de renforcement d'une position dominante, la Commission doit ouvrir la *procédure d'examen* (art. 10 al. 1, 32 al. 1 LCart) et communiquer sa décision aux entreprises participantes dans le mois qui suit la notification. L'essentiel de la notification est alors publié et les tiers sont invités à présenter leur avis, en principe par écrit, sur la concentration dans le délai précisé dans la publication (art. 33 al. 1 LCart). La Commission dispose de quatre mois, dès la décision d'ouverture de la procédure, pour achever son examen, sauf circonstances imputables aux entreprises participantes (art. 33 al. 3 LCart). Les entreprises peuvent demander que ce délai de quatre mois soit prolongé.

Le sort de la concentration durant la procédure peut être résumé comme suit: (i) Durant la période comprise entre la notification et la communication de la décision d'ouverture de la procédure (à supposer que cette communication intervienne au plus tard à la fin du mois suivant la notification), les entreprises ne peuvent pas réaliser la concentration, sauf autorisation exceptionnelle accordée à leur requête par la Commission si des "motifs importants" le justifient (art. 32 al. 2 LCart); si la concentration est réalisée sans cette autorisation, ses effets de droit civil sont suspendus (art. 34 *in initio* LCart). (ii) Si la Commission ne communique pas sa décision d'ouvrir la procédure d'examen dans le mois qui suit la notification, les entreprises concernées peuvent librement réaliser la concentration; la concentration ainsi

réalisée produira tous ses effets (art. 34 *in initio* LCart). (iii) Si la Commission communique aux entreprises sa décision d'ouverture dans le mois qui suit la notification, elle doit alors décider d'emblée si la concentration reste suspendue ou si elle peut être "à titre exceptionnel" provisoirement réalisée (art. 33 al. 2 LCart). (iv) Si la Commission n'a pas achevé son examen dans le délai de quatre mois dès l'ouverture de la procédure d'examen, la concentration est réputée autorisée, à moins que le non respect du délai soit imputable aux entreprises participantes (art. 34 *in fine* et 33 al. 3 LCart). On constate que les transactions exécutées en vue de réaliser la concentration ne sont jamais nulles *ab initio*. Au plus, leurs effets civils sont suspendus jusqu'à décision définitive de la Commission ou jusqu'à l'écoulement du délai d'un mois si aucune décision n'est communiquée.

Dans la procédure d'examen, seules les "entreprises participantes" ont la qualité de parties (art. 43 al. 4 LCart), à l'exclusion des tiers, même si ceux-ci peuvent présenter leur avis sur la concentration (art. 33 al. 1 LCart) et doivent fournir tous renseignements utiles et tous documents nécessaires au Secrétariat.

4. La décision de la Commission

Le nouveau régime suisse repose sur le système de la notification obligatoire assortie d'une *procédure d'opposition* et non d'approbation formelle comme en droit communautaire; la notification n'entraîne donc pas nécessairement une décision de la Commission. Si la Commission ne communique pas aux entreprises l'ouverture de la procédure d'examen dans le mois qui suit la notification, les entreprises peuvent librement réaliser la concentration. Le régime présente à première vue l'inconvénient de laisser les entreprises dans l'expectative durant le délai d'un mois. La Commission peut toutefois informer les entreprises que la concentration ne soulève pas d'objection avant la fin du délai d'un mois (*Comfort Letter*).

Au terme de la procédure d'examen, la Commission peut *interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges*. En vertu du principe de proportionnalité, la Commission ne devrait interdire la concentration que si toute autre solution est exclue. Si la concentration est autorisée, l'autorisation peut être révoquée si elle a été obtenue frauduleusement ou sur la base de renseignements inexacts ou encore si les entreprises contreviennent gravement à une charge à laquelle était liée l'autorisation (art. 38 al. 2 LCart).

5. Le rétablissement de la concurrence efficace

Lorsqu'une concentration fait l'objet d'une décision d'interdiction passée en force, elle doit, si elle a été réalisée, être remodelée voire démantelée afin de *rétablir la concurrence* efficace. L'adoption des mesures nécessaires au rétablissement de la concurrence incombe prioritairement aux entreprises (art. 37 al. 1 LCart). Au besoin, la Commission peut leur impartir un délai pour lui soumettre des propositions

contraignantes (art. 37 al. 2 LCart). Si la Commission accepte les propositions qui lui sont soumises, elle peut décider des modalités de leur exécution. Si elle les refuse, elle peut, en respectant le principe de proportionnalité, prendre toutes mesures pour rétablir la concurrence efficace, et notamment ordonner le rétablissement de la situation *ex ante* (art. 37 al. 3, 4 LCart).

6. *La procédure extraordinaire*

Comme en matière d'ententes et d'abus de position dominante (cf. art. 8 LCart), une *procédure exceptionnelle* est encore ouverte lorsqu'une concentration a été interdite par la Commission (art. 11 LCart). Selon cette procédure, les entreprises concernées disposent d'un délai de trente jours dès l'entrée en force de la décision d'interdiction rendue par la Commission (art. 36 *in initio* LCart) *ou* de la confirmation de cette décision par une instance de recours (art. 36 al. 2 LCart), pour demander au Conseil fédéral une autorisation exceptionnelle fondée sur des *intérêts publics prépondérants*. L'autorisation n'est accordée que si elle est nécessaire, et non seulement utile, à la protection de ces intérêts.

Le Conseil fédéral dispose de quatre mois dès réception de la requête pour rendre sa décision (art. 36 al. 3 LCart). L'autorisation ne devrait être accordée que dans des cas tout à fait exceptionnels, après une appréciation qui relève de considérations politiques plus que des conditions de concurrence. La décision du Conseil fédéral n'est pas sujette à recours.

IV. Sanctions

La loi prévoit des sanctions administratives contre les entreprises et des sanctions pénales contre les personnes responsables; les deux types de sanctions peuvent être cumulés.

1. Sur le *plan administratif*, une amende de CHF 1,000,000 au plus est prévue en cas (i) de réalisation d'une concentration sans notification préalable, (ii) d'inobservation de l'interdiction provisoire de réaliser la concentration, (iii) de contravention à une charge, (iv) de réalisation d'une concentration interdite, ou (v) de non exécution d'une mesure destinée à rétablir la concurrence efficace (art. 51 al. 1 LCart). En cas de récidive portant sur une charge, l'amende peut atteindre 10% du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse par les entreprises participantes (art. 51 al. 2 LCart). L'amende ne peut aller au-delà de CHF 100,000 si l'inobservation porte sur l'obligation de renseigner les autorités ou de produire des documents (art. 53 LCart). La loi ne fixe que des plafonds à l'amende; le montant de celle-ci dépendra des circonstances du cas d'espèce.

2. Sur le *plan pénal*, les personnes qui agissent pour le compte des entreprises et qui sont responsables de la violation de décisions liées à des concentrations d'entreprises, de la réalisation d'une concentration sans notification préalable ou de la violation de l'obligation de renseigner les autorités sont punissables à hauteur de CHF 20,000 (art. 55 LCart). Dans tous les cas, la personne responsable doit disposer d'un pouvoir de décision au sein de l'entreprise et doit avoir agi intentionnellement. L'action pénale se prescrit par deux ans (art. 56 al. 2 LCart).

Conclusion

Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la Suisse s'est dotée d'un véritable contrôle des concentrations, rejoignant ainsi la plupart des Etats européens. Les opérations de concentration doivent désormais être notifiées aux autorités de la concurrence et celles-ci disposent des moyens nécessaires pour veiller au maintien d'une concurrence efficace.

A dessein, le régime mis en place est largement favorable aux entreprises. D'abord, l'opération de concentration n'est soumise au contrôle que si elle atteint des valeurs-seuils très élevées. Ensuite, la concentration doit être admise si elle n'aboutit pas à une position dominante capable de supprimer la concurrence. Un tel résultat est improbable si la concentration a une dimension internationale. Enfin, même si la concurrence est supprimée, la prise en compte des conditions de concurrence sur un autre marché, de l'évolution du marché et de la position des entreprises dans la concurrence internationale peut encore conduire à admettre la concentration.

La condition de suppression de la concurrence fait apparaître le régime suisse plus favorable aux entreprises que celui prévu par le droit communautaire. Il est donc prévisible qu'une concentration déjà admise par les autorités communautaires sera également admise par les autorités suisses. Il faut toutefois réserver l'interprétation qui sera donnée aux critères d'appréciation des concentrations par les autorités chargées d'appliquer la nouvelle loi.