

Décision sur recours

du 15 juillet 2004

Composition: Bernard Maitre, Heidi Schelbert, Claude Corbat, juges
Jean-Yves Felley, secrétaire-juriste

En la cause

Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A., rue de la Colombière 12, 1260 Nyon
(Recourants)
représentés par (...)
(Recours administratif du 30 janvier 2003)

contre

Edipresse S.A., avenue de la Gare 33, case postale, 1001 Lausanne
(Intimée)
représentée par (...)

Commission de la concurrence (Comco), Monbijoustrasse 43, 3003 Berne
(Instance inférieure)

en matière de

concentration d'entreprises

Vu les faits suivants:

- A. Le groupe Edipresse est actif dans l'édition de divers journaux et périodiques en Suisse et à l'étranger. Sa filiale Presse Publications SR SA, contrôlée par Edipresse (75 %) et Publigruppe (25 %), édite en Suisse romande les quotidiens «24 heures», «Le Matin» et «La Tribune de Genève»; elle a dernièrement acquis «Le Journal de Morges», «La Broye» et coopère avec la société éditrice du «Journal de Payerne». Elle détient en outre des participations minoritaires dans la SA Le Temps (47 %), éditrice du quotidien «Le Temps», et dans la société Rhône Media SA (37 %), éditrice du quotidien «Le Nouvelliste».

L'imprimerie Corbaz SA, détenue par la Société Financière l'Amandier SA, est une entreprise active dans les domaines de l'impression et de la publication; elle édite les quotidiens «La Presse Riviera Chablais» et «La Presse Nord Vaudois».

Le 22 mai 2002, Presse Publications SR SA (ci-après: Edipresse) notifia à la Commission de la concurrence (ci-après: Comco) une opération de concentration avec l'imprimerie Corbaz SA (ci-après: Corbaz) par la prise de contrôle (environ 70 % du capital-actions) de la Société Financière l'Amandier SA. Le 19 juin 2002, la Comco décida de procéder à un examen approfondi de cette opération; elle publia l'ouverture de la procédure d'examen de l'opération de concentration dans la Feuille Fédérale du 2 juillet 2002 (FF 2002 IV 4088) et dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce (FOSC) du 28 juin 2002.

Le 20 août 2002, la Comco remit aux entreprises participantes à l'opération de concentration un rapport intermédiaire. Celui-ci concluait à un renforcement de la position dominante d'Edipresse sur le marché des lecteurs dans le canton de Vaud, mais non point sur les marchés de l'imprimerie et des annonces. Le 9 septembre 2002, Edipresse déposa une prise de position sur le rapport intermédiaire. Le 7 octobre 2002, la Comco informa les parties de son intention d'interdire formellement l'opération de concentration Edipresse-Corbaz. Mais elle leur signala également que l'opération de concentration pourrait être autorisée «sous certaines conditions précises, dans une nouvelle procédure de notification». Les conditions cumulatives étaient décrites dans le même courrier et la Comco concluait en ces termes: «En conséquence, si les parties venaient à retirer la notification du 22 mai 2002 et à s'assurer que les quatre conditions cumulatives susmentionnées sont remplies, la Chambre Infrastructure de la Commission de la concurrence pourrait accepter l'opération de concentration». Par décision incidente du 14 octobre 2002, la Comco a prolongé jusqu'au 20 décembre 2002 le délai pour achever la procédure d'examen. Le 13 décembre 2002, Edipresse déposa une série de documents à l'appui des modifications opérées dans le sens proposé par la Comco.

Par communiqué de presse du 17 décembre 2002, la Comco a annoncé qu'elle avait approuvé le rachat du groupe Corbaz par Edipresse. Elle indiquait en outre qu'après examen et au vu des modifications apportées au projet initial, elle était parvenue à la conclusion que cette opération de concentration n'était pas susceptible de supprimer la concurrence efficace sur le marché des quotidiens vaudois, quand bien même elle renforçait la position d'Edipresse sur ce marché.

- B. Par écritures du 30 janvier 2003, mises à la poste le même jour, les Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA (ci-après: Cherix ou la recourante) déposent un recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence contre Edipresse et la Comco. La recourante conclut, préalablement, à déclarer le recours recevable, à ordonner à la Comco de lui notifier le rapport sur la base duquel elle a prononcé l'autorisation de concentration contestée ainsi qu'une décision écrite. Principalement et quant au fond, elle demande l'annulation de la décision attaquée, l'interdiction de la concentration contestée, ainsi que la séparation des entreprises et des actifs regroupés à la suite de la concentration. Enfin, elle requiert dans tous les cas le maintien de l'effet suspensif et l'allocation de dépens.

La recourante fait valoir en substance que l'autorisation d'exécuter la concentration constitue une décision au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative (ci-après: PA); qu'ensuite elle a qualité pour agir motif pris qu'elle se trouve dans une relation spéciale, étroite et digne d'être prise en considération avec l'objet du litige; et qu'enfin l'autorisation de la concentration constitue une violation de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (ci-après: LCart).

La recourante allègue à titre principal que l'acte par lequel la Comco déclare ne pas s'opposer à une opération de concentration constitue une décision au sens de la PA. A titre subsidiaire, elle soutient que la Comco a, en réalité, prononcé in casu une décision d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges au sens de la LCart, ou, alternativement, une décision *sui generis*, c'est-à-dire en considération de certains engagements des entreprises participantes, lesquels engagements n'auraient cependant pas été garantis par le biais de conditions et/ou de charges. Cherix a joint à son recours un avis de droit privé concernant la notion de décision dans la LCart de Blaise Knapp, Professeur honoraire de l'Université de Genève.

A propos de la qualité pour recourir, la recourante soutient que le fait qu'elle n'a pas eu la qualité de partie durant la procédure d'examen ne préjuge en rien de l'existence de sa qualité pour recourir au sens de la PA. De plus, l'exclusion de la qualité de partie des entreprises qui ne participent pas à la concentration s'appliquerait uniquement à la procédure d'examen devant la Comco et non pas à la procédure de recours. Le rapport étroit et spécial exigé par la jurisprudence ne saurait signifier autre chose que la position concurrentielle et le développement du

tiers concerné doivent être affectés de façon suffisamment sensible par la dégradation des conditions de concurrence résultant de la concentration. Cette solution correspondrait à celle retenue par la jurisprudence allemande en matière de contrôle des concentrations.

La recourante fait grief à la Comco d'avoir violé la LCart en prononçant une autorisation de concentration pure et simple. Elle consacre de longs développements et analyses aux effets de la concentration litigieuse sur le marché des quotidiens régionaux dans les régions de diffusion des quotidiens «La Riviera Chablais» et «Le Nord Vaudois». Selon elle, la Comco aurait dû interdire la concentration faute de conditions et/ou de charges permettant de remédier à la création ou au renforcement de position dominante susceptible de supprimer la concurrence efficace.

- C. Par décision incidente du 20 février 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a retiré au recours l'effet suspensif et a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée par la recourante.

Dans sa réponse du 10 mars 2003, la Comco propose de déclarer le recours irrecevable. A titre subsidiaire et si l'autorité de recours devait par impossible admettre la recevabilité du recours, elle conclut au rejet du recours. L'autorité intimée observe qu'elle a toujours, dans la pratique, estimé que l'autorisation sans charge ni condition ne constituait pas une décision au sens de la procédure administrative. Cette pratique, instituée dans le cadre de l'examen de la concentration Publicitas / Gasser / Tschudi / Druck, se fonderait sur les travaux parlementaires. Le législateur aurait substitué au régime d'autorisation prévu dans le projet du Conseil fédéral l'obligation de notifier les concentrations d'entreprises, avec une procédure d'opposition. Cette modification aurait pour conséquence que la Comco ne peut pas rendre des décisions formelles lorsque la concentration d'entreprises peut être réalisée sans réserve. Celle-ci soutient enfin que Cherix n'a pas qualité pour agir.

Dans sa réponse du 10 mars 2003, Edipresse conclut, préalablement, à ce que le recours soit déclaré irrecevable, ainsi qu'au rejet de la requête tendant à ordonner à la Comco de notifier à la recourante une décision écrite. A titre principal et au fond, elle demande le rejet du recours administratif et de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens. L'intimée allègue qu'il n'y a pas décision, mais simple prise de position, lorsque la Comco se limite à confirmer que la concentration ne soulève aucune objection. Ce principe ne serait que l'expression du système d'opposition choisi par le législateur, le système d'autorisation, connu en droit communautaire de la concurrence, ayant été rejeté à l'occasion des travaux préparatoires de la LCart.

A propos de la qualité pour agir, Edipresse allègue que la LCart prévoit une dérogation à la PA s'agissant du recours des tiers en matière de contrôle des concentrations. Sont des tiers, les personnes qui n'appartiennent pas aux cercles des entreprises participantes au sens de la législation. L'exclusion du droit de recours des tiers serait inhérente à la LCart et résulterait de la volonté exprimée par le législateur de faire bénéficier les parties à une concentration d'une procédure rapide et efficace. L'intimée estime par ailleurs que l'on doit dénier à la recourante la qualité pour agir, même si l'on se réfère à la PA, car elle ne se trouverait pas dans un rapport de concurrence actuelle et directe avec les quotidiens «La Presse Nord Vaudois» et «La Presse Riviera Chablais». Edipresse consacre enfin de longs développements aux questions de fond en réponse aux thèses de la recourante qu'elle conteste entièrement. En conclusion, elle souligne qu'il serait choquant, au regard du principe de la bonne foi et de la proportionnalité, de revenir sur la prise de position de la Comco et d'interrompre les opérations d'intégration consécutives à la concentration réalisée.

- D. Par décision incidente du 16 mai 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a refusé d'accorder à la recourante l'accès au dossier de la concentration Edipresse-Corbaz et a ordonné un second échange d'écritures.

Dans sa réplique du 10 juin 2003, la recourante observe que le choix du législateur pour un système d'opposition signifie uniquement que l'autorité n'a pas à se prononcer formellement et que son silence vaut autorisation plutôt qu'interdiction. Le fait que l'on se trouve dans un système d'opposition ne dirait rien sur la qualification juridique d'un défaut d'opposition (silence) ou d'une déclaration de compatibilité de la part de l'autorité. Une analyse comparée du droit suisse et du droit européen montrerait qu'il n'y a aucune raison de qualifier différemment une non-opposition, qualifiée de décision selon le droit européen. La notion d'engagements répondrait par ailleurs nécessairement à celle de conditions et de charges au sens de la LCart.

A propos de la qualité pour recourir, la recourante soutient qu'elle doit uniquement prouver qu'il est suffisamment probable que sa position économique sera sensiblement affectée à la suite de la concentration. Le juge ne saurait exiger du plaideur qu'il apporte une preuve absolue s'agissant du pronostic économique sur les effets futurs d'une modification structurelle. Cherix expose qu'elle est en concurrence directe avec l'entité économique résultant de la concentration; qu'elle est particulièrement exposée et fragilisée de par sa position géographique et en tant qu'éditrice du dernier quotidien indépendant dans le canton de Vaud; qu'elle était à un stade avancé de négociations pour le rachat de Corbaz; qu'enfin dans les motifs de la décision la Comco retient qu'elle subirait une atteinte qualifiée. La concentration aurait en outre un impact sur le marché de la publicité nationale

(mécanisme du guichet unique) en ce sens qu'Edipresse serait en mesure d'évincer le journal «La Côte» du marché des annonces nationales. Cherix en déduit qu'elle est non seulement dans un rapport de concurrence avec l'entreprise mise en cause, mais qu'elle subit également une entrave substantielle.

Dans sa duplique du 7 juillet 2003, la Comco relève que le fait que la recourante ait été intéressée au rachat du groupe Corbaz ne suffit pas pour justifier un intérêt digne de protection au sens de la PA. Le risque pour la recourante d'être évincée du marché des annonces serait inexistant dans la mesure où les annonceurs n'ont aucun intérêt à renoncer à insérer des annonces dans le quotidien «La Côte». La Comco signale que les quotidiens de Corbaz sont diffusés dans d'autres régions du canton de Vaud, non limitrophes de celle couverte par le journal «La Côte».

Dans sa duplique du 14 juillet 2003, Edipresse rétorque que le droit suisse institue une procédure d'opposition et non pas d'approbation formelle comme le droit européen. La volonté claire du législateur impliquerait qu'une détermination positive de la Comco ne constitue pas une décision au sens de la PA. La Comco n'aurait pas la compétence de prononcer une autorisation lorsqu'une concentration ne remplit pas les conditions d'interdiction totale ou partielle fixées dans la LCart. L'intimée note enfin que la LCart traite de manière identique le silence au terme tant de l'enquête préalable que de l'examen approfondi.

Edipresse allègue que Cherix n'a pas qualité pour agir au regard de la LCart qui accorde un droit de recours uniquement aux personnes dont les intérêts de fait pourraient être affectés par la décision prise à l'issue de la procédure d'examen. Reconnaître un droit de recours aux tiers irait clairement à l'encontre d'une procédure rapide et efficace. De plus, il serait contradictoire de dénier aux tiers la qualité pour agir devant la Comco pour leur reconnaître cette qualité dans la procédure de recours. Selon Edipresse, Cherix n'a pas non plus qualité pour agir sous l'angle de la PA qui doit être appliquée de manière plus restrictive en cas de concentration d'entreprises que dans d'autres domaines du droit. La recourante ne serait pas touchée dès lors que son quotidien «La Côte» est diffusé dans une autre zone que celle des quotidiens édités par Corbaz. De l'avis de l'intimée, il paraît douteux que de simples négociations soient de nature à fonder un intérêt au sens de la PA. En droit européen, la qualité pour agir n'a été reconnue que si des offres de rachat répétées d'une entreprise déterminée ont été formulées.

- E. Le 1er octobre 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a informé les parties qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner dans la présente procédure des débats publics au sens de l'article 6 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales motif pris que le litige portait sur une question procédurale.

Le 7 novembre 2003, la recourante a déposé de nouveaux moyens de preuve (annexes 43 à 44) accompagnés d'un commentaire en complément à son courrier du 19 juin 2003. Le 24 novembre 2003, l'intimée a pris position sur ces courriers. Le 22 décembre 2003, la recourante a fait parvenir à la Commission de recours un arrêt rendu le 30 septembre 2003 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans une affaire ARD contre Commission. Par courrier du 6 janvier 2004, l'intimée a pris position sur ce dernier envoi.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Considérant en droit:

1. La Commission de recours pour les questions de concurrence examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 129 I 173 consid. 1, 128 II 311 consid. 1, 121 II 72 consid. 1a, 120 Ib 97 consid. 1; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e édition, Berne 1983, p. 73).

La voie du recours de droit administratif est ouverte aux personnes qui ont qualité pour recourir contre des décisions au sens de l'article 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021; voir également art. 44 et 48 PA).

Dans le cas d'espèce, est litigieuse non seulement la nature juridique de l'acte attaqué, mais également la qualité pour agir de la recourante.

2. Selon l'article 5 1er alinéa PA, sont considérées comme décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). Il convient donc d'examiner si le droit fédéral prévoit dans le cas d'espèce la prise d'une décision au sens de l'article 5 précité.

La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart, RS 251) a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et

aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1). Elle s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

Aux termes de l'article 9 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Comco lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration, les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et lorsqu'au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs (al. 1). Pour les entreprises dont l'activité commerciale consiste, en totalité ou en partie, à éditer, produire ou distribuer des journaux ou périodiques, ou à diffuser des programmes au sens de la loi fédérale du 21 juin 1991 sur la radio et la télévision (RS 784.40), il sera tenu compte d'un montant équivalant à vingt fois le chiffre d'affaires effectivement réalisé dans ces domaines (al. 2). Cet alinéa 2 a été abrogé par la nouvelle du 20 juin 2003, en vigueur depuis le 1er avril 2004 (RO 2004 1385). Cette modification n'exerce toutefois aucune influence dans la présente procédure.

Sous la note marginale «Appréciation des concentrations d'entreprises», l'article 10 alinéas 1 et 2 LCart prévoit que les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un contrôle par la Comco lorsqu'un examen préalable fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante; celle-ci peut interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, et qu'elle ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante.

Le chapitre quatre de la loi sur les cartels consacré aux dispositions de procédure administrative contient des règles spécifiques pour l'examen des concentrations d'entreprises dans les articles 32 à 38 de la loi (section 3). A la réception de la notification d'une concentration d'entreprises, la Comco décide s'il y a lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration. Elle communique l'ouverture de l'examen de la concentration aux entreprises participantes dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'opération de concentration; faute de communication dans ce délai, la concentration peut être réalisée sans réserve (art. 32 al. 1 LCart). Les entreprises participantes s'abstiennent de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois suivant sa notification, à moins que, à leur requête, la commission ne les ait autorisées à le faire pour des motifs importants (art. 32 al. 2 LCart). Si la Comco décide de procéder à un examen, le secrétariat publie le contenu essentiel de la notification de la concentration et indique le délai dans lequel des tiers peuvent communiquer leur avis sur la

concentration notifiée. La Comco décide, au début de l'examen, si la concentration peut être provisoirement réalisée à titre exceptionnel ou si elle reste suspendue. Elle doit achever l'examen dans les quatre mois, à moins d'en être empêchée pour des causes imputables aux entreprises participantes (art. 33 LCart). Les effets de droit civil d'une concentration soumise à l'obligation de notifier sont suspendus, sous réserve de l'écoulement du délai selon l'article 32, 1er alinéa, et de l'autorisation de réalisation provisoire. Faute de décision de la commission dans le délai imparti à l'article 33, 3e alinéa, la concentration est réputée autorisée, à moins que la commission constate dans une décision qu'elle a été empêchée de conduire l'examen pour des causes imputables aux entreprises participantes (art. 34 LCart).

L'article 38 alinéa 1 LCart prévoit que la Comco peut rapporter une autorisation ou décider l'examen d'une concentration malgré l'écoulement du délai de l'article 32, 1er alinéa, lorsque les entreprises participantes ont fourni des indications inexactes (let. a); ou lorsque l'autorisation a été obtenue frauduleusement (let. b); ou, enfin, lorsque les entreprises participantes contreviennent gravement à une charge dont a été assortie l'autorisation (let. c).

Dans le cas d'espèce, la Comco a procédé à un examen approfondi de la concentration litigieuse en application de l'article 33 LCart. Par communiqué de presse du 17 décembre 2002, elle a annoncé qu'elle avait approuvé le rachat du groupe Corbaz par Edipresse au vu des modifications apportées au projet initial par les entreprises participantes.

La recourante soutient que la détermination de la Comco à l'issue de la procédure d'examen constitue une décision au sens de la PA (consid. 3). A titre subsidiaire, elle allègue que, dans le cas d'espèce, la Comco a, en réalité, délivré une autorisation assortie de charges et/ou de conditions (consid. 4) ou, alternativement, rendu une décision sui generis (consid. 5).

3. Selon la Comco, la procédure d'examen des concentrations d'entreprises se clôt par une décision au sens de l'article 5 PA qu'en cas d'interdiction ou d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges (autorisation partielle). Elle n'aurait pas compétence de rendre une décision lorsqu'elle ne s'oppose pas à une concentration. Sa déclaration de non opposition serait donc un simple avis et non pas une décision au sens de l'article 5 PA. L'autorité intimée fonde sa position sur les travaux préparatoires, soit plus précisément sur la transformation par le Parlement du régime de l'autorisation proposé par le Conseil fédéral en une obligation légale de notifier les opérations de concentrations, avec une procédure d'opposition. Contrairement à un régime d'autorisation impliquant une procédure qui s'achève, dans tous les cas, par une décision au sens de l'article 5 PA (autorisation, autorisation moyennant des conditions ou des charges, refus

d'autorisation), la procédure introduite par le législateur s'achèverait sans la prise d'une décision lorsque, comme en l'espèce, l'autorité ne s'oppose pas à l'opération de concentration notifiée.

Pour la recourante, l'avis selon lequel la non opposition à une concentration ne constitue pas une décision ne trouve pas «de reflet exprès dans la loi et n'a pas été endossé par les Chambres fédérales». Selon Knapp, si ces dernières avaient vraiment voulu exclure la non opposition à une concentration à tout recours et, partant, à toute protection juridique et ainsi créer une exception importante au régime normal de protection des citoyens tel qu'il résulte de la loi sur la procédure administrative, elles auraient dû l'exprimer clairement dans la loi sur les cartels. D'aucune manière, celle-ci ne préciserait expressément qu'en dérogation à l'«autorisation», une opération de concentration même tacite ne serait pas une décision au sens de l'article 5 PA. Ni l'interprétation grammaticale, ni l'interprétation logique ne permettraient une réponse décisive sur la nature juridique de la déclaration de non opposition. Faute d'avoir retenu le système de l'Union européenne où les concentrations d'entreprises répondant aux conditions prescrites doivent être au bénéfice d'une autorisation, la LCart aurait «simplement obligé les entreprises en cause à notifier leurs intentions de concentration». S'il n'existe pas d'indices que la concentration crée ou renforce une position dominante, la concentration peut être réalisée sans réserve. Dans la négative, la Comco décide de procéder à un examen approfondi. Dans ce cas, elle entame, selon Knapp, une procédure soumise à la PA et rend soit des décisions formatrices en cas d'interdiction et d'autorisation assortie de charges ou conditions, soit une décision formatrice implicite d'autorisation, ou, mieux, une décision constatant la non réalisation de la situation juridique visée à l'article 10 alinéa 2 LCart.

L'intimée considère quant à elle qu'il n'y a pas de décision, mais simplement prise de position, lorsque la Comco se limite à confirmer que la concentration ne soulève aucune objection. Elle allègue que ce principe n'est que l'expression du système d'opposition choisi par le législateur, le système d'autorisation, connu en droit communautaire de la concurrence, ayant été rejeté à l'occasion des travaux préparatoires de la LCart.

- 3.1. La loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires

(interprétation historique) (ATF 128 II 56 consid. 4., voir également les arrêts cités: ATF 125 II 192 consid. 3a p. 196, 183 consid. 4 p. 185, 177 consid. 3 p. 179; RDAF 1998 II p. 148 consid. 2c p. 151). Pour rendre la décision répondant de manière optimale au système et au but de la loi, le Tribunal fédéral utilise, de manière pragmatique, une pluralité de méthodes, sans fixer entre elles un ordre de priorité (ATF 125 II 238 consid. 5a p. 244 et les arrêts cités).

La loi sur les cartels de 1962 (RO 1964 49) ne connaissait pas de contrôle des opérations de concentration. Quant à la loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et autres organisations analogues (RO 1986 874), elle prévoyait à son article 30 alinéa 1 que la Commission pouvait ouvrir une enquête si la fusion avait pour effet de créer ou de renforcer une position qui influence le marché de manière déterminante et s'il y avait en outre des indices de conséquences nuisibles d'ordre économique ou social. La loi de 1985 ne permettait pas à l'ancienne Commission des cartels d'exercer un véritable contrôle, car elle ne disposait pas de moyens pour prévenir et sanctionner les opérations de fusion dès lors qu'aucun devoir de notifier n'était imposé aux entreprises; de plus, la Commission ne pouvait ni interdire ni démanteler une concentration, mais elle avait uniquement la possibilité d'adresser des recommandations aux entreprises participantes à des fusions (FF 1995 I p. 483; ATF 127 III 219 consid. 4b p. 225; Pierre Tercier / Christian Bovet [éditeurs], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève, Bâle, Munich 2002 [ci-après: Commentaire romand], Venturi, Remarques liminaires aux art. 9-10 LCart, chiffre 3 p. 486; Homburger / Schmidhauser / Hoffet / Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997 [ci-après: Kommentar KG], Ducrey / Drolshammer, Vorbemerkungen zu Art. 9 bis 11 chiffres 1 ss).

Le régime actuellement en vigueur de contrôle des fusions est inspiré du droit européen (Commentaire romand, Venturi, chiffre 6, p. 487; Frank Scherrer, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, thèse Zurich 1996, p. 312 ss; Christian Bovet, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, in Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, p. 62 ss). Le déclenchement du contrôle est opéré par la notification préalable obligatoire des opérations de concentration (art. 9 LCart; Commentaire romand, Venturi, Remarques préliminaires aux art. 9 et 10 LCart, chiffre 23 p. 491; sur la comparaison du droit suisse avec le droit communautaire voir op. cit., no 17 p. 490; art. 4 ch. 1 et 2 du Règlement (CE) No 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises [«le règlement CE sur les concentrations»] JO L 24). Le déroulement du contrôle est ensuite caractérisé par une division en deux phases (art. 10 al. 1 et 2, 32 et 33 LCart, voir également ci-après consid. 3.4. ss; art. 6 du règlement CE sur les concentrations, Schapira / Le Tallec / Blaise / Idot, Droit européen des affaires, Tome 2, 5ème édition, Paris 1999, p. 739 ss; Mercier / Mach / Gilliéron /

Affolter, Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire, Droit suisse, Bâle 1999, p. 598 ss).

Cependant, le Parlement n'a pas suivi le Conseil fédéral qui proposait dans son projet de loi de soumettre, à l'instar du droit communautaire (art. 8 du règlement CE sur les concentrations, voir également ci-après consid. 3.3), les opérations de concentration à un régime d'autorisation (Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995 I 472; l'art. 9 du projet intitulé «Régime de l'autorisation» prévoyait à son al. 1: «Les concentrations d'entreprises sont soumises au régime de l'autorisation délivrée par la Commission de la concurrence... » [suivent les valeurs-seuils] et l'art. 10 intitulé «Autorisation» disposait à son al. 1: «La Commission de la concurrence octroie l'autorisation lorsque la concentration... » [suivent les conditions d'octroi], FF 1995 I p. 572 ss et 629-630; Commentaire romand, Venturi, chiffre 31 p. 493; Kommentar KG, Ducrey / Drolshammer, Vorbemerkungen zu Art. 9 bis 11, chiffres 12 ss).

Devant le Conseil national, les adversaires du projet gouvernemental invoquèrent, d'une part, la forte bureaucratie que le régime d'autorisation impliquait et, d'autre part, le risque que ce régime présentait d'entraver les forces du marché qui, aux dires des opposants, devaient décider elles-mêmes de la concentration ou non des entreprises (BO 1995 CN p. 1095 à 1101; Commentaire romand, Venturi, Remarques liminaires aux art. 9-10 LCart, chiffre 22 p. 491). Tenant compte de ces critiques, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national proposa de remplacer le régime d'autorisation (Bewilligungspflicht / Genehmigungspflicht) par un système qui repose sur l'obligation de notifier, avec une procédure d'opposition (Meldepflicht mit Widerspruchsvorbehalt) (le CN Stucky parle d'un «Meldepflicht mit Widerrufsvorbehalt» [BO 1995 CN p. 1061], dans le même sens le CN Baumberger d'un «Meldepflicht mit Einspruchsrecht der Wettbewerbskommission» [BO 1995 CN p. 1107], la CE Simmen d'un «Meldepflicht mit Interventionsmöglichkeit» [BO 1995 CE p. 867], pour le représentant du Conseil fédéral, il s'agit «d'une notification préalable, avec une procédure d'opposition» [BO 1995 CN p. 1101]; Kommentar KG, Ducrey / Drolshammer, ad art. 9 chiffre 5). Dans ce contexte, le rapporteur de langue française du Conseil national tout comme le représentant du Conseil fédéral ont souligné qu'avec le système de notification, il n'était pas nécessaire de rendre une décision formelle lorsque la concentration d'entreprises ne posait pas de problème au regard du droit de la concurrence de sorte que la bureaucratie était réduite au minimum (Selon le rapporteur de langue française qui rappelle le changement de système proposé «Il n'y a même pas besoin de décision, il suffit que la Commission de la concurrence renonce à s'exprimer pour que cette concentration puisse se faire» [BO 1995 CN p. 1100]; plus explicite, le Conseiller fédéral Delamuraz déclara «La variante de la majorité de la commission est en effet plus souple en ce qu'elle permet des opérations de

concentration soumises à l'obligation de notifier, sans qu'une approbation formelle ou tacite soit nécessaire» [BO 1995 CN p. 1101]). Cette modification a été ensuite acceptée par le Conseil des Etats sans discussion (BO 1995 CE p. 845 en particulier p. 859).

- 3.2. Une partie importante de la doctrine soutient que la procédure d'examen des concentrations d'entreprises s'achève par une décision susceptible de recours au sens de l'article 5 PA en cas de refus total ou partiel (autorisation assortie de conditions ou de charges) et par une simple prise de position non sujette à recours en cas d'approbation pure et simple (Kommentar KG, Ducrey / Drolshammer, ad art. 10 chiffre 56; Walter A. Stoffel, *Le droit suisse de la concurrence 1997: les premières expériences avec la nouvelle LCart*, RSDA 1997 p. 256; Kommentar KG, Gross, ad. art. 44 chiffre 26, il note cependant que les tiers devraient pouvoir exiger une décision motivée dans la note 27 de bas de page; Roland von Büren / Lucas David [éd.], *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Band V/2, Wettbewerbsrecht*, Bâle / Genève / Munich 2000, Richli p. 505, Ducrey p. 246 et 303; Mercier / Mach / Gilliéron / Affolter, op. cit., p. 667 note 137). Une autre partie de la doctrine assimile à une décision susceptible de recours la déclaration positive émise par la Comco à l'issue de la procédure d'examen (Scherrer, thèse op. cit., p. 375 et 376 note 1722, p. 411 ss; Frank Scherrer, *Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz – erste Fälle und offene Fragen*, in *AJP/PJA* 11/97 p. 1396; Commentaire romand, Bovet, ad art. 32, chiffre 75 et 81 à 83; Bovet, *Premières expériences dans le contrôle des concentrations*, op. cit., p. 80).

Les auteurs qui défendent la première opinion fondent leur argumentation essentiellement sur une interprétation historique et téléologique des articles 9 alinéa 1 et 10 alinéa 1 LCart. Pour eux, le passage d'un régime d'autorisation à un système de notification obligatoire suivie d'une procédure d'opposition implique la prise de décision uniquement en cas de refus total ou partiel (autorisation assortie de conditions ou de charges); Ducrey / Drolshammer relèvent par ailleurs que le changement de système n'a entraîné aucune modification d'ordre matériel, mais uniquement procédural (Kommentar KG, ad art. 9 chiffre 5 et note 9; SIWR V/2, Ducrey, p. 246). Leur thèse rejoint celle défendue par la Comco dans l'affaire Gasser AG – Tschudi Druck et Verlag AG (RPW/DPC 1997 p. 179, en particulier ch. 114 ss p. 196).

Selon Bovet (Commentaire romand, ad art. 32, p. 855), cette vision est formaliste: d'une part, si l'on admet que la détermination de la Comco d'entreprendre un examen approfondi est une décision au sens de l'article 5 PA, il est conforme au principe du parallélisme des formes de soutenir que cette enquête se termine également par une décision, même lorsqu'elle autorise l'opération de concentration. D'autre part, «on ne saurait attendre jusqu'au

terme de l'enquête pour qualifier ou non, a posteriori, de décision incidente l'ouverture d'une enquête au sens de l'art. 33 LCart, suivant que la Comco interdit ou non l'opération de concentration ou encore l'assortit de charges ou de conditions» (ibidem p. 855 et 856). Pour sa part, Scherrer soutient que la procédure d'examen des fusions correspond à un régime d'autorisation avec autorisation fictive: «(...) entspricht das Fusionskontrollverfahren des KG 95 eher einer Genehmigungspflicht (mit Genehmigungsfiktion) als einer Meldepflicht (mit Widerspruchsvorbehalt» (thèse op. cit., p. 375-376). Selon lui, la Comco doit rendre une décision lorsqu'elle autorise une opération de concentration; bien que la loi n'exige pas expressément une telle décision, il serait arbitraire de devoir attendre l'autorisation fictive après l'écoulement du délai de quatre mois: «Dass die Zulassung durch Verfügung und nicht durch Fristablauf geschehen soll, geht auch aus Art. 38 hervor, der den Widerruf einer Zulassung behandelt, und daraus, dass für das Hauptprüfverfahren keine Unbedenklichkeitserklärung vorgesehen ist (Art. 16 AVO). Die Zulassungsverfügung hat deklaratorischen Charakter» (thèse op. cit., p. 411).

- 3.3. Alors que la section 1 de la loi sur les cartels (art. 5 à 8 LCart) décrit les restrictions illicites à la concurrence dans le dessein de sanctionner les abus commis par les entreprise dominant le marché, la section 2 consacrée aux concentrations d'entreprises (art. 9 à 11 LCart) a pour but de «prévenir» les conséquences nuisibles que pourrait avoir sur la concurrence une position dominante engendrée par des opérations de concentration (BO 1995 CN p. 1100; Commentaire romand, Tercier, ad art. 1er chiffre 17 p. 106-107; Roger Zäch (éd.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zurich 2000, Franz Hoffet, p. 45 ss).

Comme l'indique la note marginale, l'article 9 LCart règle la «notification des opérations de concentrations» («Meldung von Zusammenschlussvorhaben», «Annuncio di progetti di concentrazione»). Il ressort de l'énoncé de la note marginale tout comme du texte légal que cette disposition n'institue pas un régime d'autorisation, mais qu'elle fait uniquement obligation aux entreprises de notifier les opérations de concentration avant leur réalisation lorsqu'elles dépassent certains seuils (voir en revanche la formulation des art. 3 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0, 7 ss de la loi sur la surveillance des institutions d'assurance privées, RS 961.01 ou encore 2 et 8 de la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, RS 211.412.41 qui soumettent à un régime d'autorisation certaines opérations ou activités). La note marginale de l'article 10 LCart «Appréciation des concentrations d'entreprises» («Beurteilung von Zusammenschlüssen», «Valutazione delle concentrazioni») n'exprime pas non plus l'idée d'un régime d'autorisation. Quant à l'article 10 alinéa 2 LCart, il précise à quelles conditions la Comco peut interdire ou soumettre à des conditions ou des charges une concentration d'entreprises.

Cette disposition règle l'intervention de l'autorité seulement en cas d'interdiction totale ou partielle, mais elle ne dit rien sur la manière de procéder ou sur la nature juridique de l'acte – simple communication ou décision (la loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948, RS 748.0, prévoit par exemple à son article 26a que le rapport final de la commission sur les accidents d'aviation ne constitue pas une décision et qu'il ne peut faire l'objet d'un recours) - lorsque la Comco ne s'oppose pas à une concentration d'entreprises ou, plus précisément, lorsqu'au terme de son examen, elle parvient à la conclusion qu'en application de l'article 10 alinéa 2 lettres a et b LCart les conditions d'une intervention ne sont pas réunies. L'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) ne précise pas la portée de ces dispositions ni les pouvoirs de décision de la Comco. En revanche, le droit européen prévoit expressément à l'article 8 du règlement sur les concentrations que la Commission «prend une décision» non seulement lorsqu'elle interdit l'opération de concentration ou qu'elle l'a soumet à des conditions et des charges, mais également lorsqu'elle constate qu'elle est compatible avec le marché commun (Schapira / Le Tallec / Blaise / Idot, op. cit., Tome 2, p. 743).

Il ressort de ce qui précède que, contrairement au droit européen, la réalisation ou l'exécution des opérations de concentration n'est pas soumise à l'avènement d'une condition suspensive, soit l'obtention d'une autorisation ou d'une décision en constatation. Certes les articles 32 alinéa 2 et 33 alinéa 2 LCart prévoient la suspension des opérations de fusion durant la procédure de contrôle. Mais comme l'article 10 alinéa 2 LCart ne dit rien sur la manière de procéder lorsque il n'y a pas lieu d'interdire une opération de concentration ou de la soumettre à des conditions ou charges, il ne paraît pas contraire à la lettre des articles 9 et 10 LCart de considérer la déclaration par laquelle la Comco déclare ne pas s'opposer à une opération de concentration comme un simple avis et non comme une décision. Une telle interprétation trouve également un appui dans le fait que la procédure de contrôle des concentrations d'entreprises à un caractère préventif. Elle répond ainsi à l'intérêt protégé et tient compte des objectifs de politique juridique poursuivis par les normes applicables (ATF 123 III 110 consid. 3 p. 112) ainsi que du principe de proportionnalité, dont l'application revêt une importance capitale en droit administratif économique.

Faire dépendre la réalisation d'une opération de concentration d'une autorisation implicite ou tacite («Genehmigungspflicht mit Genehmigungsfiktion»), reviendrait par contre à assujettir les fusions à un régime d'autorisation, régime qui impliquerait, de par sa nature juridique, nécessairement l'octroi d'une autorisation et donc la prise d'une décision au sens de l'article 5 alinéa 1 lettre a PA. Le système de notification obligatoire dissimulerait ainsi un système d'autorisation, alors même que le législateur a non seulement renoncé à un tel régime, mais a expressément opté pour une procédure qui s'achève par une décision formelle uniquement en cas de refus total ou partiel de la concentration (cf. ci-dessus consid. 3.1., les déclarations

du Conseiller fédéral Delamuraz et du rapporteur Couchepin). L'insertion du contrôle des fusions dans la loi sur les cartels est le résultat d'un compromis des Chambres fédérales. Lors des débats parlementaires entourant l'adoption des articles 9 et 10 LCart, plusieurs députés ont insisté sur l'importance du changement de système, soit la substitution de la procédure d'opposition à celle d'autorisation. Le contexte historique doit servir de toile de fond à l'interprétation des articles 9 et 10 LCart. Ainsi que l'a souligné le Tribunal fédéral, si la prise en compte d'éléments historiques n'est pas déterminante pour l'interprétation, cette dernière doit néanmoins s'appuyer en principe sur la volonté du législateur et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de manière reconnaissable, tant il est vrai que l'interprétation des normes légales selon leur finalité ne peut se justifier par elle-même, mais doit au contraire être déduite des intentions du législateur (ATF 121 III 219 = JdT 1996 I 162 consid. 1d/aa, ATF 119 II 183 c. 4b/aa et les références = JdT 1994 I 222). De fait, on doit bien reconnaître que l'opinion de la minorité de la doctrine repose sur une analyse juridique qui ne tient pas suffisamment compte du texte légal et de l'intention du législateur.

Reste à examiner si ces conclusions sont conciliables avec les dispositions réglant la procédure d'examen des concentrations (interprétation systématique).

- 3.4. La section 3 du chapitre 4 de la loi sur les cartels consacrée à la procédure administrative contient des dispositions particulières concernant l'examen des concentrations d'entreprises (art. 32 à 38 LCart). L'évaluation d'une opération de concentration s'effectue en deux phases: la phase préliminaire du contrôle (l'art. 10 al. 1 LCart parle d'«examen préalable» et de «vorläufige Prüfung»; dans la doctrine, on trouve la même expression que dans le texte français «Vorprüfverfahren») et la phase principale de l'évaluation de la concentration (selon la note marginale de l'art. 33 LCart «Procédure d'examen» «Prüfungsverfahren», en doctrine on rencontre l'expression «Hauptprüfverfahren»).
- 3.4.1. Dès réception de la notification d'une concentration d'entreprises, la Comco entame, dans une première phase, un examen préalable pour déterminer s'il y a lieu d'ouvrir une procédure d'examen proprement dit. L'examen préalable sert à déterminer s'il existe «des indices [que les concentrations d'entreprises] créent ou renforcent une position dominante» (art. 10 al. 1 LCart; selon l'article 6 ch. 1 du règlement CE sur les concentrations «La Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception. Si elle aboutit à la conclusion que la concentration notifiée ne relève pas du présent règlement, elle le constate par voie de décision [let. a]. Si elle constate que

la concentration notifiée, bien que relevant du présent règlement, ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide de ne pas s'y opposer et la déclare compatible avec le marché commun [let. b]). Selon la doctrine et la jurisprudence, l'ouverture de la procédure d'examen ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA (décision du 12 novembre 1998 de la Commission de recours pour les questions de concurrence in RPW/DPC 1998 consid. 1.4 p. 665 et 666; Scherrer, op. cit., p. 395; Richli, op. cit., p. 505; Gross, op. cit., ad. art. 44 chiffre 26; Commentaire romand, Carron, ad art. 44 chiffre 13 p. 931). Cet examen doit avoir lieu impérativement dans le délai d'un mois; faute de communication dans ce délai, la concentration peut être réalisée sans réserve (art. 32 LCart). S'il est vrai que la Comco doit s'acquitter de son obligation d'examen dans ce délai, elle peut aussi agir avant son échéance, les autorités compétentes en la matière devant faire preuve de célérité «afin de ne pas pénaliser l'économie» (cf. réponse du Conseiller fédéral Delamuraz au CN Baumberger qui proposait de réduire le délai d'un mois à quinze jours [BO 1995 CN p. 1108]; Kommentar KG, Ducrey, ad art. 32 chiffre 31). Dans ce sens, l'article 16 alinéa 1 OCCE dispose que les entreprises participantes sont autorisées à réaliser la concentration avant la fin du délai d'un mois prescrit à l'article 32, 2e alinéa, LCart, lorsque la commission leur communique que la concentration ne soulève pas d'objection.

Contrairement au droit européen qui prévoit que la Commission rend une décision à l'issue de cet examen (cf. art. art. 6 précité du règlement sur les concentrations qui prévoit expressément la prise d'une décision; Schapira / Le Tallec / Blaise / Idot, op. cit., Tome 2, p. 741; Mercier / Mach / Gilliéron / Affolter, op. cit., p. 599), la législation fédérale sur les cartels ne contient aucune disposition sur la manière de procéder. Pour la majorité de la doctrine, la détermination de clore l'examen préalable, tout comme la déclaration de non opposition (Unbedenklichkeitserklärung; «comfort letter») n'est pas une décision au sens de l'article 5 PA (Kommentar KG, Ducrey / Drolshammer, ad art. 10 chiffre 56 et Ducrey, ad art. 32 chiffre 31; Richli, op. cit., p. 505). Dans le même sens, Bovet souligne que la détermination de clore l'examen de la concentration au terme de l'examen préalable n'est pas une décision, cette «prise de position» n'ouvrant aucune voie de droit, et il ajoute «en l'état actuel du droit, cette analyse est en tous points correcte» (Commentaire romand, ad art. 32 chiffre 75 p. 854). Selon Scherrer, la détermination de clore l'examen préalable constitue une «autorisation fictive» («Zulassungsfiktion im Vorprüfungsverfahren»), non sujette à recours (thèse op. cit., p. 434 et 397 s.). Quant à la déclaration de non opposition au sens de l'article 16 alinéa 1 OCCE, elle devrait, selon cet auteur (thèse op. cit., p. 434), constituer une décision susceptible de recours.

- 3.4.2. Si l'examen préalable des opérations de concentration d'entreprises fait apparaître des indices d'une position dominante ou d'un renforcement de position dominante, la Comco ouvre la phase principale de l'évaluation de la concentration (Hauptprüfverfahren) afin d'examiner si la position dominante est capable de supprimer une concurrence efficace et si elle ne provoque pas une amélioration des conditions de la concurrence sur un autre marché qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 et 33 LCart; selon l'article 6 chiffre 1 lettre c du règlement CE sur les concentrations, si la Commission constate que la concentration notifiée relève du présent règlement et soulève des doutes sérieux quant à la compatibilité avec le marché commun, elle décide d'engager la procédure). Cet examen doit être achevé dans les quatre mois, sauf empêchement dû aux entreprises participantes; faute de décision dans le délai imparti, la concentration est réputée autorisée (art. 33 al. 3 LCart).

L'article 33 alinéa 1 LCart rappelle qu'il compète à la Comco de décider de procéder à un examen approfondi; comme en cas d'enquêtes portant sur des restrictions à la concurrence (art. 28 LCart), le Secrétariat se charge de publier un avis d'ouverture d'enquête dans la Feuille fédérale et dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 18 OCCE) en indiquant le délai dans lequel des tiers peuvent communiquer leur avis sur la concentration notifiée. L'ouverture de la procédure d'examen proprement dit ne crée ni droit ni obligation à l'endroit des entreprises participant à la fusion de sorte qu'elle ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA (Kommentar KG, Ducrey, ad art. 33 chiffre 9; Scherrer, thèse op. cit., p. 395).

Bien que l'article 16 alinéa 1 OCCE se rapporte à l'examen préalable, la doctrine majoritaire admet une application analogique de cette disposition à la procédure d'examen proprement dit (Kommentar KG, Ducrey / Drolshammer, ad art. 10 chiffre 56 et Ducrey, ad art. 33 chiffre 2). En d'autres termes, les entreprises participantes peuvent réaliser l'opération de concentration sur la base d'une déclaration de non opposition (Unbedenklichkeitserklärung; «comfort letter») émise par la Comco avant l'échéance du délai de quatre mois. Scherrer est d'un autre avis pour les motifs déjà exposés ci-dessus (consid. 3.2.).

- 3.4.3. La loi sur les cartels prévoit aux articles 32 alinéa 1 et 34 les conséquences juridiques du silence de l'autorité (Bovet observe que cette manière de procéder est unique en procédure administrative suisse, Commentaire romand, ad art. 32 chiffre 77 p. 854). La teneur de ces deux dispositions diverge sur deux points: l'article 32 alinéa 1 LCart, qui se rapporte à la première phase de la procédure d'examen (Vorprüfverfahren), prévoit qu'à

défaut de «communication» («Mitteilung», «comunicazione») «la concentration peut être réalisée sans réserve», alors que l'article 34 LCart, relatif à la deuxième phase (Hauptprüfverfahren), précise que «faute de décision» («keine Entscheidung», «non decide») «la concentration est réputée autorisée».

L'expression communication figurant à l'article 32 alinéa 1 LCart laisse entendre que la phase préliminaire du contrôle ne s'achève pas par une décision. On pourrait en revanche déduire de la teneur de l'article 34 LCart que la procédure d'examen proprement dit s'achève par une décision. La notion de décision doit cependant être comprise dans un sens large et non pas au sens étroit de l'article 5 PA. Il sied de relever que ces dispositions ont dû être adaptées au nouveau système de contrôle des concentrations (modification des articles 9 et 10 LCart); pour le reste, elles correspondent au projet du Conseil fédéral, hormis quelques modifications rédactionnelles, et elles ont été adoptées par le Parlement sans discussion (BO 1995 CN p. 1107–1108 et BO 1995 CE p. 867-868).

Selon Bovet (Commentaire romand, ad art. 35 chiffre 19), l'article 34 prévoit une présomption irréfragable en tous points semblable à celle posée par l'article 32 alinéa 1 LCart: le silence équivaut à «une décision positive». Pour Scherrer, il s'agit dans les deux cas d'une «Zulassungsfiktion» sans possibilité de recours (thèse op. cit., p. 434, dans la note 1865 Scherrer se réfère à Gygi «Stillschweigende Verfügungen kommen als Anfechtungsobjekt nicht in Betracht», voir in: Bundesverwaltungsrechtspflege, op. cit., p. 131). Selon Ducrey, le silence de l'autorité crée une fiction légale selon laquelle l'autorité ne s'oppose pas à la concentration qui peut en conséquence être réalisée sans réserve (Kommentar KG, ad art. 32 chiffre 20).

- 3.4.4. Il appert de ce qui précède que, de manière unanime, la doctrine considère qu'il n'y a pas de décision, où à tout le moins pas de décision susceptible de recours (Zulassungsfiktion), pour les actes administratifs suivants: l'ouverture et la fermeture de l'examen préalable, l'ouverture de la procédure d'examen proprement dit ainsi que le silence de l'autorité. La doctrine est en revanche divisée sur les autres actes administratifs: la majorité des auteurs considère qu'il n'y a pas non plus de décision lorsque la Comco déclare ne pas s'opposer à la concentration avant le délai d'un mois ou de quatre mois (Unbedenklichkeitserklärung) et lorsqu'elle déclare ne pas s'opposer à la concentration au terme du délai de quatre mois, alors que la minorité soutient qu'il y a décision dans ces deux cas.

On voit mal pour quelle raison il faudrait qualifier différemment l'acte administratif suivant qu'il clôt la phase préliminaire du contrôle (Vorprüfverfahren) ou la phase principale de l'évaluation de la concentration (Hauptprüfverfahren). Ni la loi ni les travaux préparatoires ne permettent cette distinction. L'interprétation systématique conduit plutôt à considérer que les deux phases de la procédure d'examen s'achèvent par un acte administratif identique, soit une simple détermination, lorsque la concentration n'entraîne pas la création ou le renforcement d'une position dominante (art. 10 al. 1 LCart) ou lorsque la Comco ne s'oppose pas à l'opération de concentration notifiée (art. 10 al. 2 LCart). L'argument de Bovet (voir ci-dessus consid. 3.2.) selon lequel il est conforme au parallélisme des formes de soutenir que l'enquête principale se termine également par une décision est dénué de fondement dès lors que, comme nous venons de le voir, l'ouverture de la procédure de contrôle ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA. Certes, comme le relève Scherrer, l'article 38 alinéa 1 lettre b LCart prévoit la révocation de l'autorisation obtenue frauduleusement (thèse op. cit., p. 411; le texte allemand recourt à l'expression «Zulassung», alors que le texte italien utilise le même terme «autorizzazione» que le texte français). Cette disposition doit cependant être interprétée au regard du système mis en place par le législateur aux articles 9 et 10 LCart et non l'inverse. Il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires que cette disposition a été adaptée au changement de système sans discussion par les deux Chambres (BO 1995 CN p. 1109 et CE p. 867-868). Il convient enfin de relever que la nomenclature retenue par Scherrer crée un réseau complexe d'actes administratifs – décisions susceptibles de recours, autorisations fictives, mais non susceptibles de recours – qui manque de cohérence et qui complique la procédure au risque de l'allonger, alors même que le législateur voulait un système simple – non formaliste – permettant un traitement rapide des concentrations. Ainsi selon cet auteur, il y a décision lorsque la Comco déclare ne pas s'opposer à la concentration avant le délai d'un mois ou de quatre mois (Unbedenklichkeitserklärung), alors qu'il y a autorisation fictive non susceptible de recours (Zulassungsfiktion) lorsque la Comco n'agit pas dans lesdits délais (thèse op. cit., p. 434). Il y a donc recours possible lorsque l'autorité prend les devants pour raccourcir la procédure et acte non susceptible de recours lorsqu'elle attend l'écoulement du délai; l'adoption d'un tel régime aurait pour conséquence que l'autorité attendrait l'écoulement du délai plutôt que de s'exposer à une procédure de recours alors même que, comme nous venons de le voir, le législateur s'est engagé pour une procédure non formaliste et rapide.

- 3.5. Il appert de ce qui précède que la pratique de la Comco soutenue par la majorité de la doctrine selon laquelle l'autorisation de procéder à une

concentration d'entreprises constitue une simple détermination et non pas une décision au sens de l'article 5 PA est conforme à la lettre et à l'esprit des articles 9 et 10 LCart et qu'elle répond tant au but poursuivi qu'à la volonté du législateur.

S'il est vrai que l'absence de tout contrôle juridictionnel n'est pas sans poser problème (voir notamment à ce sujet: Fritz Gygi, *Verwaltungsrechtspflege und Wirtschaftsartikel, Wirtschaft und Recht* 1958, p. 40 ss; Pierre Louis Manfrini, *Le contentieux en droit administratif économique*, RDS 1982 II p. 376 ss; Alexandre Flückiger, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration*, Berne 1998, en particulier p. 11; Paul Richli, *Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege*, AJP/PJA 1998 p. 1426 ss; Roger Zäch (éd), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zurich 1996, Jürg Borer, *Unternehmenszusammenschlüsse*, Art. 9–11 KG, p. 74), il n'en demeure pas moins que la Comco est soumise à un contrôle dans la mesure où l'article 22 OCCE lui fait obligation de présenter au Département fédéral de l'économie un rapport sur chaque concentration qui ne soulève aucune objection (Kommentar KG, ad art. 9 chiffre 5 en particulier note 9, p. 11).

Enfin, il n'est pas inutile de noter que dans son Rapport sur la situation en droit des cartels du 11 octobre 2000 (FF 2001 IV 3191), l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) note à propos du contrôle des concentrations que selon Christian Bovet, la modification introduite par le Parlement n'a pas eu les effets escomptés et ajoute: «l'on est arrivé au même résultat avec une situation moins claire du point de vue juridique. Surtout, il y a une conséquence: dans le domaine du contrôle des concentrations, la seule fois où la Comco rend une décision administrative au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative, c'est lorsqu'elle interdit une concentration ou lorsqu'elle impose des charges ou des conditions. Lorsqu'elle approuve une concentration, il n'y a pas de décision formelle qui est rendue. Il n'y a donc pas de possibilité de recours contre cette détermination, ce qui est favorable pour les entreprises qui procèdent à l'opération de contrôle» (p. 3222). Si le législateur avait considéré cette pratique comme non conforme au système mis en place en 1995, il aurait saisi l'occasion de la récente révision pour préciser dans la loi qu'une décision devait être également rendue en cas d'approbation pure et simple d'une concentration (lors de la dernière révision, le CN a rejeté une proposition de minorité qui voulait conférer la qualité de partie aux cantons dans lesquels les entreprises participantes à une concentration ont leur siège; à cette occasion, on a rappelé la nécessité d'une procédure simple et rapide, BO 2002 CN 1448).

4. A titre subsidiaire, la recourante soutient que la Comco a, dans le cas d'espèce, prononcé en réalité une décision d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges au sens de l'article 10 alinéa 2 LCart. Selon elle, il serait contraire à cette disposition que les éléments, qui sont mentionnés dans le communiqué de presse du 17 décembre 2002 (la présence du groupe Hersant en Suisse romande, les nouvelles coopérations de titres indépendants, la réduction par Edipresse de sa participation dans Rhône Media SA en dessous de 30 pour cent, la sortie de Publigroupe du capital de Presse Publications SR SA, la présence d'autres vecteurs d'informations indépendants, la renonciation par Edipresse au rachat de la chaîne de télévision locale ICI TV, l'abrogation d'une clause d'exclusivité en faveur d'Edipresse dans un contrat entre cette dernière et Publigroupe) et qui ont déterminé l'autorisation de l'opération de concentration, n'aient pas été formellement garantis par le biais de conditions et/ou de charges dès lors qu'ils n'étaient pas encore réalisés. Aux yeux de la recourante, on peut partir de l'idée qu'à défaut de ces six facteurs, la condition visée à l'article 10 alinéa 2 lettre a LCart serait remplie. Dès lors qu'un ou plusieurs de ces facteurs étaient manifestement non réalisés, la Comco avait, de l'avis de la recourante, l'obligation de rendre une décision assortie de charges et/ou de conditions afin de garantir la réalisation de ceux-ci.

Dans sa réplique du 10 juin 2003, la recourante précise que les circonstances du cas d'espèce plaident en faveur de la reconnaissance d'une décision assortie de conditions et/ou de charges. Elle se réfère au courrier du 16 décembre 2002 de la Comco dans lequel cette dernière fait état des «engagements» que l'intimée a «pris» à son égard pour autoriser la concentration Edipresse / Corbaz, ainsi qu'aux motifs et aux conclusions de la décision concernant ladite concentration qui mentionnent également ces engagements. La notion d'engagements répondrait nécessairement à celle de conditions et/ou de charges au sens de l'article 10 alinéa 2 LCart.

La Comco ne s'est pas prononcée sur cette question. De son côté, l'intimée note qu'aucune condition ni charge n'a été imposée aux entreprises participantes à la concentration. Selon elle, de telles clauses accessoires doivent figurer dans le dispositif de la décision. Il appartiendrait à la Comco d'ériger ou non au rang de charges ou de conditions les mesures de modifications de l'opération de concentration qu'elle suggère. Dans sa duplique du 14 juillet 2003, Edipresse SA précise que, si les charges et conditions doivent figurer dans le dispositif, c'est parce que les administrés doivent savoir d'emblée avec précision quel comportement ils seront tenus d'adopter afin de rester au bénéfice de l'autorisation dont ils sont les destinataires.

- 4.1. Le 20 août 2002, la Comco a transmis aux entreprises participantes un rapport intermédiaire sur l'opération de concentration projetée. Dans la lettre accompagnant cet envoi, le Secrétariat relevait: «en l'état actuel, la

Commission de la concurrence ne peut (...) pas souscrire à ce projet de concentration, qui renforce la position dominante d'Edipresse de manière susceptible de supprimer la concurrence efficace sur le marché des lecteurs». Le 7 octobre 2002, la Comco informa Edipresse que la Chambre Infrastructures de la Commission de la concurrence s'apprêtait à rendre une décision formelle d'interdiction et qu'il lui était loisible de retirer la notification de l'opération de concentration; elle attira cependant l'attention des parties à la concentration sur le fait que l'opération de concentration envisagée pourrait néanmoins être autorisée par ladite chambre « sous certaines conditions précises, dans une nouvelle procédure de notification» et elle conclut en ces termes: «En conséquence, si les parties venaient à retirer la notification du 22 mai 2002 et à assurer que les quatre conditions cumulatives susmentionnées sont remplies, la Chambre Infrastructures de la Commission de la concurrence pourrait accepter l'opération de concentration. Celle-ci devra alors être notifiée à nouveau lorsque les conditions seront remplies».

Le 9 octobre 2002, Edipresse sollicita de la Comco d'une part qu'elle prolonge le délai d'examen de 60 jours et, d'autre part, qu'elle renonce à une nouvelle procédure de notification. Par décision incidente du 14 octobre 2002, la Comco a fait droit à la requête d'Edipresse et, partant, a prolongé le délai pour achever la procédure d'examen jusqu'au 20 décembre 2002. Le 13 décembre 2002, Edipresse SA a remis à la Comco une série de documents attestant les modifications et engagements pris par les parties à la concentration conformément au courrier du 7 octobre 2002. Le 16 décembre 2002, la Comco communiqua à l'intimée ce qui suit:

Au nom de la Chambre Infrastructures, nous sommes en mesure de vous communiquer qu'elle a décidé, suite à l'examen approfondi de la concentration Presse Publications SA / Imprimerie Corbaz SA et au vu des modifications intervenues, de l'autoriser. Dès lors, la concentration peut être réalisée sans réserve.

Nous vous remercions de nous communiquer dès que possible toutes les pièces prouvant la réalisation des engagements que vous avez pris dans les divers documents qui nous ont été soumis le 13 décembre dernier.

La motivation complète de la communication autorisant la concentration vous parviendra prochainement.

Par ailleurs, nous vous remettons en annexe une décision relative aux frais liés à cette procédure.

(...)

Dans le même sens, la Comco note dans le rapport final publié dans la revue «Droit et politique de la concurrence» (RPW/DPC 2003 p. 177 ss) qu'au vu des effets induits par les diverses modifications structurelles engagées par les

parties, la concentration entre Edipresse et Corbaz ne soulève pas d'objection de la Comco.

- 4.2. L'article 10 alinéa 2 LCart prévoit que lorsque les critères d'appréciation prévus aux lettres a et b sont remplis, la Comco «peut» soit interdire la concentration soit l'autoriser moyennant des conditions et/ou des charges. Malgré les termes employés («peut», «kann»), il s'agit, comme le souligne la doctrine, d'une «muss» et non pas d'une «kann Vorschrift» en ce sens que la Comco n'a que le choix entre ces deux possibilités, l'interdiction demeurant toutefois l'ultima ratio (comme le note Roger Zäch «Dabei handelt es sich um ein der Behörde eingeräumtes Auswahlermessen und nicht um ein Entschliessungsermessen», Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, no 478 p. 280; Commentaire romand, Venturi, ad art. 10 LCart, no 15 p. 530; SIWR V/2, p. 300). La Comco dispose en revanche d'une certaine latitude de jugement dans l'appréciation des trois critères, soit la création ou le renforcement de la position dominante, la suppression de la concurrence efficace, ainsi que l'absence de retombées favorables sur un autre marché (art. 10 al. 2 let. a et b LCart); car il s'agit de notions juridiques indéterminées qui font appel à des connaissances techniques et, à certains égards, à des considérations qui relèvent d'une politique publique (RPW/DPC 2000 p. 731 s. consid. 5).

Dans le cas d'espèce, la Comco a considéré que la concentration notifiée ne créait plus une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace sur le marché en cause après les modifications apportées par les entreprises concernées au projet initial. Elle relève à cet égard que même si les modifications structurelles apportées au projet initial de concentration «ne permettent pas d'éviter le renforcement de la position dominante d'Edipresse sur le marché des quotidiens d'analyse diffusés dans le canton de Vaud, elles garantissent un niveau de concurrence suffisant afin d'éviter la suppression de la concurrence efficace sur ce marché» (RPW/DPC 2003 no 149 p. 204). Dans ce contexte, elle note que la réduction de la participation d'Edipresse de Rhône Media SA et le renoncement à toute possibilité d'influencer la stratégie du journal le «Nouvelliste» permet non seulement de renforcer la concurrence entre ce titre et «La Presse RC» dans le Chablais, mais également de poursuivre la coopération entre quotidiens romands, coopération qui engendre un effet «disciplinatif» sur le marché des lecteurs; elle souligne par ailleurs que grâce à l'abandon de la clause d'exclusivité contenue jusqu'alors dans le contrat de fermage conclu entre Edipresse et Publicitas et à la rupture des liens structurels entre cette dernière et la société éditrice des publications suisses d'Edipresse, le potentiel d'entrée sur le marché est sensiblement renforcé; la Comco signale enfin que la vente de la télévision locale «ICI-Télévision» à un tiers renforce l'effet concurrentiel d'autres vecteurs d'information dans le canton

de Vaud, en particulier dans la région Riviera-Chablais (op. cit., no 146 à 149 p. 203-204).

Il ressort de ce qui précède qu'au terme de son examen, la Comco est parvenue à la conclusion que grâce aux modifications structurelles apportées au projet initial de concentration le risque de la suppression de la concurrence était écarté. La recourante soutient cependant qu'à défaut des facteurs mentionnés ci-dessus, on peut partir de l'idée que la condition visée à l'article 10 alinéa 2 lettre a LCart serait remplie. Elle en déduit que, du moment qu'in casu, ils n'étaient manifestement pas réalisés, mais susceptibles d'être garantis par le biais de conditions et/ou de charges au sens formel, la Comco avait l'obligation de rendre une décision d'autorisation formellement assortie des clauses accessoires.

Dans la lettre du 16 décembre 2002 adressée aux entreprises participant à l'opération de concentration, la Comco déclare que «la concentration peut être réalisée sans réserve». Dans le même sens, elle déclare dans la conclusion de son rapport final (RPW/DPC 2003 p. 204) que «la concentration entre Edipresse et Corbaz ne soulève pas d'objection de la part de la Comco». Ainsi que nous venons de le démontrer (consid. 3 ss), l'autorisation de procéder à une concentration d'entreprises constitue une simple détermination et non point une décision au sens de l'article 5 PA. Il s'ensuit que l'acte attaqué ne constitue ni formellement ni matériellement une décision. Il ressort en outre des considérants qui suivent (cf. infra consid. 4.3 et 4.4.) qu'on ne peut pas non plus déduire de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce l'existence d'une décision matérielle assortie de conditions et/ou de charges implicites. C'est dire que faute d'une décision formelle et matérielle, la Commission de recours pour les questions de concurrence ne peut pas entrer en matière sur les griefs soulevés par la recourante et ainsi examiner si la Comco a violé ou non la loi sur les cartels en décidant que les conditions d'application de l'article 10 alinéa 2 lettre a LCart n'étaient pas réunies au vu des effets induits par les diverses modifications structurelles engagées par les parties. Cette question ne peut être examinée que par l'autorité de surveillance dans le cadre d'une procédure de dénonciation au sens de l'article 71 PA, l'autorité de recours n'étant pas saisie d'un recours pour déni de justice (art. 70 PA). Du reste, même dans cette hypothèse, le recours devrait être écarté faute de qualité pour agir de la recourante (cf. infra consid. 5 ss).

- 4.3. Cherix soutient à titre subsidiaire que la Comco n'a prononcé ni une autorisation pure et simple, ni une décision d'interdiction, ni encore une décision d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges au sens de l'article 10 alinéa 2 LCart, mais a approuvé la concentration par une décision «sui generis», c'est à dire en considération de certains engagements pris par

les entreprises participantes, lesquels engagements n'ont cependant pas été garantis par le biais de conditions et/ou de charges au sens de l'article 10 alinéa 2 LCart.

De l'avis de la recourante, il existe une lacune dans la loi qui devrait être comblée par «une application analogique de l'art. 10 al. 2 LCart, c'est-à-dire par référence à la décision d'autorisation assortie de conditions et/ou de charges, ou de l'art. 29 LCart, c'est-à-dire par référence au régime des accords amiables, lequel implique également nécessairement une décision susceptible de recours». Plus clair, Knapp explique dans son avis de droit que la procédure d'examen approfondi comporte un dialogue entre les entreprises participant à la concentration et la Comco au cours duquel des modifications sont conçues, concrétisées et convenues. Cette procédure serait le parallèle de la procédure d'accord amiable prévue à l'article 29 LCart pour les restrictions à la concurrence qui se conclut par une décision d'approbation lui conférant un caractère obligatoire et qui est sujette à recours.

- 4.3.1. La législation sur les cartels ne contient ni dans la loi ni dans l'ordonnance de disposition topique qui règle la procédure des engagements souscrits par les entreprises participantes pour éviter soit l'opposition de la Comco (autorisation sans réserve), soit le refus (autorisation assortie de conditions et/ou de charges).

Le règlement CE sur les concentrations prévoit pour sa part que la Commission peut prendre une décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun après des modifications apportées par les entreprises concernées; elle peut assortir la décision qu'elle prend de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché (art. 6 chiffre 2). Le considérant 30 du règlement du Conseil précise en outre que «Lorsque les entreprises concernées modifient une concentration notifiée, notamment en présentant des engagements afin de la rendre compatible avec le marché commun, la Commission devrait pouvoir déclarer cette concentration, telle qu'elle est modifiée, compatible avec le marché commun. Ces engagements devraient être proportionnels au problème de concurrence et le résoudre entièrement. Il y a lieu également d'accepter des engagements au cours de la première phase de la procédure lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu. (...) » (Olivier D'Ormesson / Stéphane Kerjean, Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations, in Revue trimestrielle de droit européen, 1998, p. 479 ss; Laurence Idot, A propos des

engagements en droit de la concurrence: quelques réflexions sur la pratique communautaire et française, in Cahiers de droit européen 1999, p. 570).

De fait, la Comco a développé dans ce domaine une pratique calquée sur celle de la Commission européenne. Selon Ducrey, la Comco signale en règle générale aux entreprises participantes les opérations qui pourraient poser de graves problèmes au regard du droit de la concurrence à tel point que l'affaire en question ne pourrait pas être autorisée sans réserve. Il appartient alors aux parties de soumettre des propositions à la Comco, respectivement des engagements, afin de dissiper ces doutes. Les parties ont la possibilité de retirer la notification de l'opération de concentration. Mais la Comco peut, à ce stade de la procédure, également faire part aux parties de ses propres réflexions sur les modifications structurelles envisageables qui permettraient de lever les doutes et en discuter avec elles. Elles décident librement de se rallier aux réflexions de la Comco et d'accepter les engagements suggérés ou d'autres engagements (SIWR V/2, p. 301, également repris en traduction dans l'avis de droit de Knapp chiffre 100). Dans le même sens, Zäch relève que si l'opération de concentration ne peut pas être autorisée, les entreprises participantes ont la possibilité soit de retirer la notification et d'en déposer une nouvelle après avoir modifié l'opération initialement soumise, soit de s'engager envers la Comco à prendre des mesures dont la réalisation entraîne une modification de l'opération notifiée de sorte qu'elle peut être réalisée moyennant des conditions et/ou des charges (Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, p. 285 et 286). Ducrey / Drolshammer fondent cette pratique sur une application par analogie de l'article 37 LCart (Kommentar KG, ad art. 10 chiffres 50 ss).

- 4.3.2. Il convient donc d'examiner s'il existe un fondement juridique à cette pratique des engagements, dès lors que, comme nous venons de le voir, la loi est lacunaire sur ce point.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une véritable ou authentique lacune («echte Gesetzeslücke», «lacune proprement dite») suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse mais que celle-ci est insatisfaisante. Seule l'existence d'une lacune authentique appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est, en principe, interdit selon la conception traditionnelle de corriger les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le

sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 125 III 425 consid. 3a p. 427 et les arrêts cités, ATF 124 V 271 consid. 2a; 122 I 253 consid. 6a; voir également ATF 128 I 34 consid. 3b p. 41).

La loi sur les cartels autorise la pratique des engagements: d'une part, la section 2 consacrée aux enquêtes portant sur les restrictions à la concurrence prévoit que le secrétariat peut, soit dans le cadre de l'enquête préalable, proposer des mesures pour supprimer ou empêcher des restrictions à la concurrence (art. 26 al. 2 LCart), soit dans le cadre de la procédure d'enquête, proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction à la concurrence (art. 29 al. 1 LCart); d'autre part, la section 3 ayant trait à l'examen des concentrations d'entreprises contient une disposition (art. 37 LCart) selon laquelle la Comco peut exiger des entreprises participantes qu'elles fassent des propositions en vue de rétablir une concurrence efficace lorsqu'une concentration interdite est néanmoins réalisée ou lorsque, réalisée provisoirement grâce à une autorisation, une concentration est, après coup, interdite faute d'une demande d'autorisation exceptionnelle au Conseil fédéral ou suite au rejet d'une telle demande (Commentaire romand, Bovet, ad. art. 37 LCart p. 881-882; Kommentar KG, Ducrey, ad art. 37, chiffre 4).

Du moment que la loi prévoit la recherche de solutions négociées dans le cadre de la procédure d'enquête des restrictions illicites à la concurrence tout comme dans celle de rétablissement d'une concurrence efficace, on voit mal pour quelles raisons on devrait écarter les engagements en ce qui concerne les opérations de concentration. D'autre part, on doit bien constater que si la loi ne règle pas la question des engagements, elle ne l'interdit en tous cas pas. Enfin, il ressort de ce qui précède que l'application de l'article 10 alinéa 2 LCart confère à la Comco un large pouvoir d'appréciation (cf. supra consid. 4.2.). Or, le fondement juridique du pouvoir de négocier ou de suggérer des engagements est le corrélat du pouvoir d'appréciation. Selon Idot, «(...) l'existence du pouvoir d'accepter les engagements des parties n'est jamais qu'une facette du pouvoir discrétionnaire reconnu aux autorités spécialisées» (op. cit., p. 582). La doctrine suisse s'exprime dans le même sens. Selon Bovet (Commentaire romand, p. 882), «la recherche d'une solution élaborée en coopération avec les parties devrait (...) être la règle, le droit de la concurrence tendant souvent à privilégier le *règlement amiable*» (cf. également du même auteur, Quels sont les avantages et les inconvénients des accords ou règlement négociés dans le cadre d'une procédure de concurrence ? in sic! 1/2000 p. 65; Karl Hofstetter / Reto Schiltknecht, Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: SJZ/RSJ 93/1997 p. 127). Richli signale pour sa part que des domaines comme ceux notamment des

subventions, des cartels, de la surveillance des prix et des banques se prêtent à des règlements amiables tout en soulignant: «Verhandlungselemente können vor allem dort vermehrt und bedenkenloser verwendet werden, wo Ermessensbestimmungen und unbestimmte Rechts- oder Gesetzesbegriffe Gestaltungsspielräume eröffnen. Sie sind die eigentlichen Einfallstore für Verhandlungselemente“ (Paul Richli, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBL 1991 p. 404; également du même auteur: SIWR V/2, p. 435; voir également: Kommentar KG, Schmidhauser, ad art. 29 chiffre 6; selon l'art. 9 LSPr, RS 942.20, lorsque le Surveillant des prix constate un abus, il s'efforce de parvenir à un règlement à l'amiable avec l'auteur de l'abus allégué; l'art. 8 du règlement du 21 novembre 1997 de la Commission fédérale des banques, RS 952.721 prévoit que le secrétariat peut, conformément à la pratique de la Commission des banques, recommander une marche à suivre à une entreprise assujettie à sa surveillance et lui fixer un délai pour se prononcer sur son acceptation de la recommandation). Quant à Zäch, il explique que le manque de compétence de l'autorité pour proposer des modifications de l'opération de concentration provient du fait que, dans un régime fondé sur la liberté économique, les autorités ne peuvent pas prescrire aux entreprises ce qu'elles doivent faire, mais seulement interdire certains comportements comme les accords de concentration d'entreprise: «Sie dürfen, mit anderen Worten, den Rahmen abstecken (Rahmenordnung), der nicht überschritten werden darf» (op. cit., p. 285 et 286).

A cela s'ajoute que le règlement amiable allège la procédure et permet un traitement rapide des dossiers. Il répond donc également à la volonté du législateur qui a renoncé à un régime d'autorisation notamment pour réduire la bureaucratie et la durée de la procédure de contrôle des concentrations.

Relevons enfin que la question s'est également posée en droit communautaire en ce sens que l'ancienne réglementation ne prévoyait pas la possibilité d'accepter des engagements dans la deuxième phase de la procédure de contrôle. Malgré les textes lacunaires, la Commission a accepté de tels engagements à la double condition que le problème potentiel de concurrence soit clairement identifié et limité dans ses effets et que la modification proposée par les parties réponde de façon claire et définitive à ce problème (Idot, op. cit., p. 577).

De l'interprétation systématique, historique et téléologique, il résulte que la loi n'exclut pas un règlement amiable. Reste à examiner si un tel règlement doit être avalisé sous forme d'une décision de la même manière qu'un accord amiable au sens de l'article 29 LCart.

- 4.3.3. Le procédé de l'analogie «consiste à appliquer à une situation non régie par la loi une règle établie pour une situation différente mais avec laquelle la première présente une ressemblance essentielle» (Henri Deschenaux, *Le titre préliminaire du code civil, Traité de droit civil suisse, Tome II* p. 105; selon l'ATF 126 III 129 [in SJ 2000 I p. 462]: «Le comblement de la lacune doit ainsi avoir recours à l'analogie, à l'analogie légale lorsqu'une norme de droit positif règle une situation équivalente, à l'analogie du droit lorsqu'une telle norme fait défaut, mais que selon l'esprit de l'ordre juridique positif, il existe un principe qui peut être transcrit comme norme»).

En cas de restrictions illicites à la concurrence, le secrétariat peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction; l'accord requiert la forme écrite, il doit être approuvé par la commission et faire l'objet d'une décision formelle de la Comco (art. 29 et 30 al. 1 LCart). Selon le Conseil fédéral (FF 1995 I p. 595), la Comco doit approuver les accords amiables négociés par le secrétariat et les entreprises concernées afin d'assurer la cohérence de la politique de la concurrence (cette disposition a été acceptée sans discussion par le Parlement cf. BO 1995 CN p. 1106, CE p. 867). L'accord amiable est donc soumis à une condition suspensive; une fois approuvée par la Comco, la décision d'approbation vient se substituer à l'accord (Commentaire romand, Carron, ad. art. 29 chiffres 14 et 15, p. 800).

L'article 30 alinéa 1 LCart prévoit que la Comco prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable. Doivent être prises sous forme de décision au sens de l'article 5 PA non seulement les mesures correctives imposées ou négociées, mais également la clôture pure et simple de l'enquête (Carron, op. cit., ad. art. 30 chiffre 16 p. 804; SIWR V/2, Richli, p. 434, 438; il en va de même pour l'article 37 LCart, la Comco se prononce sur les mesures proposées et, si elle les accepte, elle en définit les modalités dans une décision; Commentaire romand, Bovet, ad. art. 37 LCart chiffre 9 p. 883). Ainsi donc, contrairement à l'examen du contrôle des opérations de concentration qui s'achève par une déclaration de non opposition en cas d'«autorisation» pure et simple, l'acte par lequel il est mis fin à la procédure d'enquêtes relatives à des restrictions à la concurrence doit revêtir la forme d'une décision au sens de l'article 5 PA. Enfin, les accords amiables sont négociés, en principe, par le secrétariat, alors que les engagements qui conduisent à modifier l'opération de concentration le sont par la Comco elle-même (Kommentar KG, Ducrey, ad art. 37, page 5 note 5). La cohérence de la pratique est ainsi d'emblée assurée par la Comco en matière de concentration d'entreprises.

Il ressort de ce qui précède que l'économie des deux procédures diverge de sorte que l'article 29 LCart n'est pas transposable aux ententes et

engagements négociés dans le cadre de l'examen des opérations de concentration. De plus, l'argumentation de la recourante n'est pas soutenable dans la mesure où elle pose comme prémisses que les opérations de concentration sont soumises à un régime implicite d'autorisation. L'application de l'article 29 LCart aurait pour conséquence de soumettre à autorisation toute opération de concentration dès qu'elle est «négociée» et, cela, même s'il n'est pas nécessaire d'assurer l'exécution des engagements pris par les entreprises participantes. Une telle pratique serait contraire à la procédure d'opposition introduite par le Parlement dans la mesure où la pratique réintroduirait un régime d'autorisation pour les opérations de concentration «négociées». De plus, elle pourrait ouvrir la voie à des abus dans la mesure où la Comco pourrait éviter la prise d'une décision soit en recourant à la déclaration de non-opposition («comfort letter») au sens de l'article 16 alinéa 1 OCCE, soit en laissant s'écouler le délai au-delà duquel la concentration est réputée autorisée. Enfin, l'application systématique de l'article 29 LCart aux engagements consacrerait un formalisme excessif, les entreprises en cause pouvant être amenées à retirer leur notification initiale pour éviter une décision formelle, ce qui rallongerait encore la durée des procédures. C'est dire qu'il appartient à la Comco de décider de cas en cas dans le cadre de sa liberté d'appréciation s'il y a lieu de soumettre ou non à autorisation une opération de concentration «négociée» parce qu'il lui paraît nécessaire d'assurer l'exécution de certains engagements pris par les entreprises participantes au moyen de conditions et/ou de charges (on pourrait envisager à l'instar du règlement précité de la Commission fédérale des banques [art. 8] une disposition cadre qui règle l'intervention de la Comco dans ces cas). Dût-elle échapper à tout contrôle judiciaire dans ce choix, c'est la conséquence du moins de bureaucratie voulu par le législateur.

4.4. Pour la recourante, l'ensemble des circonstances conduisent à conclure à l'existence d'une décision assortie de conditions et/ou de charges. La notion d'engagement induirait un tel acte. De plus, lorsque des engagements non encore exécutés sont acceptés comme en l'espèce par la Comco, ils seraient (implicitement) garantis par des conditions et/ou des charges.

4.4.1. La doctrine distingue notamment deux types de clauses accessoires: la condition et la charge (André Grisel, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. I, p. 407). La condition subordonne les effets d'un acte administratif à la survenance d'un événement; elle est suspensive lorsqu'elle suspend les effets de l'acte jusqu'à l'arrivée de l'événement, alors qu'elle est résolutoire lorsqu'elle éteint les effets au moment où l'événement se produit

(appelée aussi réserve de révocation, *Widerrufsvorbehalt*) (Grisel, op. cit., p. 408; Ulrich Häfelin / Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4e éd., Zurich 2002 n° 907 et 908 p. 188; Max Imboden / René A. Rhinow, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Allgemeiner Teil*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1986, n° 39 II p. 233; ATF 129 II 361 consid. 4.2 p. 370). Quant à la charge, elle se définit comme une clause ajoutée au dispositif d'une décision et qui oblige son destinataire à faire, ne pas faire ou tolérer quelque chose (Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, n° 985 p. 223; Häfelin / Müller, op. cit., n° 913 p. 188).

La condition grève directement les effets d'un acte administratif ou, plus précisément, l'entrée en force ou l'échéance d'une décision de sorte que l'autorité administrative n'est pas liée par les conditions relatives à la reconsidération ou la révision procédurale lorsque survient l'événement qui éteint les effets de l'acte (voir p. ex. ATF 126 V 46 consid. 2b et les références). Quant à la charge, elle n'est pas un élément nécessaire de la décision, mais seulement un complément de sorte que la décision n'est pas inefficace ni ne devient caduque du seul fait qu'une charge n'est pas (ou plus) respectée; le non respect d'une charge pouvant par contre entraîner la révocation de l'acte administratif (Knapp, op. cit., p. 223 ss; Häfelin / Müller, op. cit., n° 914 p. 188; Imboden / Rhinow, op. cit., p. 233; ATF 129 II 361 consid. 4.2).

Dans un arrêt du 21 mai 2003 concernant l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (ATF 129 II 361), le Tribunal fédéral souligne que, vu les effets rigoureux attachés au non respect d'une condition – caducité automatique de la décision – et le caractère relativement peu fréquent d'une telle clause dans la pratique, son existence ne sera admise que si elle ressort clairement de l'autorisation qu'elle concerne. Selon la Haute Cour, il en va toutefois différemment pour les charges, du moins certaines d'entre elles, en ce sens que la jurisprudence admet que, même en l'absence de charge explicitement prévue à cet effet, l'acquéreur est durablement tenu d'affecter l'immeuble conformément au but indiqué dans la demande à l'origine de l'autorisation (cf. ATF 104 Ib 141 consid. 3c p. 148-149). Dans le cadre d'une autorisation de construire, le Tribunal fédéral a cependant jugé que le permis de bâtir ne dispensait pas son bénéficiaire de requérir une autorisation de défricher arguant du fait que ledit permis revêtait le caractère d'un acte administratif conditionnel, c'est-à-dire muni d'une condition suspensive implicite (ATF 108 Ib 377 consid. 3a). Pour Imboden / Rhinow, la reconnaissance de conditions implicites est problématique: «Grundsätzlich ist zu fordern, dass Nebenbestimmungen jeder Art klar im Dispositiv festgehalten werden» (*Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband*, Basel 1990, Nr. 39 IIa, p. 115). Dans le même sens, Grisel relève que les conditions et les charges prévues par les motifs doivent être

reprises dans le dispositif de la décision, faute de quoi leur exécution ne pourrait pas être exigée (op. cit., vol. II, p. 872).

- 4.4.2. La notion d'engagements évoque de prime abord celle de mécanisme contractuel, ce qui ne correspond pas à la pratique; de fait, il n'y a pas transaction avec l'autorité au sens juridique du terme. Des engagements peuvent être pris à l'initiative des parties, être suggérés par l'autorité (art. 26 al. 2 et 29 al. 1 LCart), voire même être imposés par celles-ci (art. 37 al. 2 LCart). Le «Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne» (Direction générale de la concurrence, Bruxelles, juillet 2002) définit les engagements (ou mesures correctives) de la manière suivante: «Proposition des parties à une opération de concentration de modifier le projet initialement notifié dans un délai précis (par exemple en cédant des activités ou des actifs). Ces engagements doivent permettre de résoudre les problèmes de concurrence soulevés par la Commission et de rétablir la concurrence sur les marchés de produits et géographiques en cause. Ils peuvent amener la Commission à autoriser l'opération de concentration notifiée. Celle-ci **peut** assortir sa décision d'autorisation de conditions et/ou de charges destinées à assurer le respect des engagements pris».

Dans sa lettre du 7 octobre 2002, la Comco a suggéré (cf. supra consid. 4.1.) aux parties à la concentration divers engagements d'ordre structurel (dans un autre contexte, le Tribunal fédéral a jugé que la décision de principe qui définit clairement l'attitude qu'adoptera l'autorité à l'avenir et qui restreint ainsi sa marge d'appréciation est une décision au sens de l'article 5 PA qui peut faire l'objet d'un recours immédiat [ATF 114 Ib 190 consid. 1a; Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, JAAC 66.45; Ulrich Häfelin / Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3e édition, Zürich 1998, chiffre 703 p. 180]; cependant, point n'est besoin d'examiner cette question puisqu'elle n'est objet du présent litige). Ces engagements constituent des obligations auxquelles les intimées ont consenti pour obtenir la déclaration de non opposition de la Comco, voire même pour échapper à une décision d'interdiction. Formellement, ils se distinguent clairement des conditions et des charges prévues dans le cadre d'une procédure d'autorisation dans la mesure où elles sont imposées par l'autorité administrative et sont des éléments constitutifs de la décision d'autorisation. Dans un système d'opposition où la procédure s'achève par une simple détermination lorsque l'autorité de contrôle ne formule aucune objection à l'opération notifiée ou rectifiée par des engagement subséquents, ces derniers ne doivent pas être transformés en une décision de ratification. En revanche, dans un système d'autorisation comme celui de la Communauté européenne où la procédure s'achève nécessairement par une

décision d'autorisation, les engagements doivent corrélativement être entérinés par une décision. Ainsi donc, contrairement à ce que soutient la recourante, la notion d'engagements n'implique pas celle de décision dans le système retenu par le législateur suisse.

Certes, dans le courrier précité, la Comco demande aux parties à la fusion de lui communiquer le moment venu toutes les pièces prouvant la réalisation des engagements pris. Cette déclaration ne peut toutefois pas être interprétée comme une condition et/ou une charge découlant d'une autorisation implicite. Il est vrai que le Tribunal fédéral a admis l'existence d'une condition implicite dans le cadre d'une autorisation de construire. Mais cette jurisprudence n'est toutefois pas transposable dans la présente occurrence. Car, comme déjà dit, l'examen des opérations de concentration obéit à une procédure d'opposition et non d'autorisation. D'autre part, la Commission de céans est d'avis qu'au vu du système de contrôle mis en place par le législateur et de l'importance que revêt la sécurité juridique dans ce domaine du droit, les charges et/ou les conditions doivent être clairement prévues dans une décision formelle d'autorisation assortie de clauses accessoires. Or tel n'est pas le cas en l'espèce.

- 4.5. Il ressort de ce qui précède que la thèse de la recourante n'est pas soutenable au regard du système mis en place par le législateur. Faute d'une décision formelle et matérielle, son recours doit donc être déclaré irrecevable.

5. Du reste, même si l'acte attaqué devait être considéré comme une décision au sens de l'article 5 PA, le présent recours devrait également être déclaré irrecevable, la recourante n'ayant pas qualité pour agir.
 - 5.1. Aux termes de l'article 39 LCart, «la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable aux procédures, dans la mesure où il n'y est pas dérogé dans les dispositions qui suivent». Plus précises, les versions allemande et italienne ne se réfèrent pas seulement aux dispositions qui suivent, mais à la loi (« [...] soweit dieses Gesetz nicht davon abweicht», « [...] in cui la presente legge non vi deroghi»; Commentaire romand, Carron, ad. art. 39 chiffre 7 p. 892).

La section 4, intitulée procédure et voies de droit, contient une disposition particulière consacrée à la «participation de tiers à l'enquête», «Beteiligung Dritter an der Untersuchung», comme l'indique la note marginale (art. 43 LCart). Son alinéa 1 traite de la participation de tiers à l'enquête concernant une

restriction à la concurrence, tandis que l'alinéa 4 vise la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Selon cette dernière disposition, seules les entreprises participantes ont qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Sont réputées entreprises participantes, en cas de fusion, les entreprises qui fusionnent et, en cas d'acquisition du contrôle, les entreprises qui acquièrent le contrôle et celles que vise l'acquisition du contrôle (art. 3 al. 1 OCCE).

La teneur de l'article 43 alinéa 4 LCart (adopté par les Chambres fédérales tel que proposé par le Conseil fédéral, cf. BO 1995 CN p. 1109 et CE p. 868; dans le cadre de la dernière révision, le Parlement a rejeté une proposition de minorité qui voulait étendre la qualité de parties aux cantons dans lesquels les entreprises participantes ont leur siège, cf. BO 2002 CN p. 1448) est claire: par l'emploi des mots «seules» et «sole» dans les versions française et italienne et «nur» dans la version allemande, le législateur a clairement manifesté sa volonté de restreindre le cercle des personnes ayant qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations. Dans ce sens, la Commission de recours pour les questions de concurrence a précisé dans une décision récente (RPW/DPC 2003 p. 899) que l'article 43 alinéa 4 LCart énumère de manière exhaustive les parties à la procédure et qu'elle constitue une *lex specialis* qui déroge à l'article 6 PA conformément à l'article 39 LCart. En d'autres termes, les tiers concernés ne peuvent pas bénéficier du statut de partie ni des droits qui s'y rattachent; ils n'ont ainsi le droit que de prendre position par écrit sur la concentration en cause (art. 33 al. 1 LCart et 19 OCCE; ATF 124 II 499 consid. 3a et les références à la doctrine). Sur ce point, le législateur s'est écarté du droit européen (Hofstetter / Schiltknecht, op. cit., p. 127).

In casu, il est établi que la recourante ne participe pas à l'opération de concentration litigieuse de sorte qu'elle n'a pas la qualité de partie dans la procédure d'enquête.

Pour la recourante, l'exclusion de la qualité de partie prévue à l'article 43 alinéa 4 LCart ne concerne que la procédure d'examen devant la Comco au sens des articles 32 et 33 LCart.

La Comco estime pour sa part que les concurrents, non parties à la procédure d'examen, n'ont pas qualité pour recourir puisqu'ils sont étrangers à la procédure.

Quant à l'intimée, elle soutient que l'exclusion du droit de recours des tiers – soit les personnes qui n'appartiennent pas au cercle des entreprises participantes – est inhérente à l'article 44 LCart. Elle résulterait de la volonté exprimée par le législateur de faire bénéficier les parties à une concentration d'une procédure rapide et efficace. De plus, bien que l'article 43 alinéa 4 LCart

concerne la qualité de partie, il devrait également être pris en compte pour la détermination des conditions de la qualité pour recourir.

- 5.2. Le Tribunal fédéral tout comme la Commission de recours pour les questions de concurrence ont laissé ouverte la question de savoir si l'article 43 alinéa 4 LCart déroge à l'article 48 lettre a PA (ATF 124 II 499; RPW/DPC 1998 p. 114; voir Bovet, *Premières expériences dans le contrôle des concentrations*, op. cit., p. 81). En revanche, dans le cadre d'une procédure d'enquête concernant une restriction à la concurrence, la susdite commission a jugé que la qualité pour agir devait être examinée sur la base des règles ordinaires de la procédure administrative (art. 48 PA) et non pas selon l'article 43 alinéa 1 lettre a LCart (RPW/DPC 1997 p. 243, consid. 1.7.1, p. 249 et les références).

Quant à la doctrine, elle est divisée. Une partie soutient que l'exclusion des tiers de la participation à la procédure d'examen des concentrations d'entreprises (art. 43 al. 4 LCart) entraîne automatiquement leur exclusion dans la procédure de recours (Kommentar KG, Ducrey, ad. art. 33 no 13; Walter A. Stoffel, *Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen*, in *Revue suisse de droit des affaires*, Numéro spécial 1996, p. 48; Francis Nordmann, *Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts* in: *Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 172, p. 246), alors que d'autres auteurs sont d'avis que la qualité pour recourir des tiers est régie par la loi sur la procédure administrative, soit l'article 48 lettre a PA, et non par l'article 43 alinéa 4 LCart; selon Richli, «Ein genereller Ausschluss des Beschwerderechts wäre rechtsstaatlich in höchstem Masse fragwürdig» (Richli, *SIWR* V/2, p. 510; Zäch, op. cit., p. 380; Kommentar KG, Gross, ad. art. 44, chiffre 54). Dans le même sens, Benoît Carron observe que l'article 43 alinéa 4 LCart traite de la «qualité de partie» et non de la «qualité pour recourir» qui continue, selon lui, d'être régie par l'article 48 PA (Commentaire romand, ad. art. 44 chiffre 21 p. 933; voir également Scherrer, thèse op. cit., p. 436-438). Parmi ces auteurs, certains soutiennent cependant que l'interprétation de la notion de qualité pour recourir doit tenir compte de l'article 43 alinéa 4 LCart. Ainsi la qualité pour recourir devrait être reconnue, à titre tout à fait exceptionnel et avec une grande retenue, aux tiers qui ont des liens particulièrement étroits, plus forts que ceux d'un concurrent, avec la concentration d'entreprises en cause (Gross, op. cit., chiffre 55; Scherrer *ibidem*); selon Gross, le droit suisse est sur ce point plus restrictif que le droit européen (*ibidem*).

- 5.3. L'article 6 PA permet de déterminer qui a qualité de partie au stade de la procédure non contentieuse (juridiction primaire ou de première instance)

(Benoît Bovay, Procédure administrative, Berne 2000, p. 128 ss). Mais ce n'est que lorsque la décision est rendue que l'on peut fixer de manière précise qui a qualité pour recourir (Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1998, chiffre 262 p. 94 s.). Dit autrement, la qualité de partie devant la juridiction primaire n'implique pas la qualité pour recourir, celle-ci devant être déterminée à chaque étape en fonction des intérêts dignes de protection au sens de l'article 48 lettre a PA (Bovay, *ibidem*; Scherrer, thèse op. cit., p. 436; voir également RDAF 55/1999: Note à l'ATF 124 II 499 [p. 572]; pour Pierre Moor, il serait préférable de définir de façon plus générale la partie au sens de l'article 6 PA et d'en faire découler ensuite la qualité pour recourir plutôt que l'inverse (*Droit administratif*, Vol. II, Berne 1991, p. 164).

A l'instar de l'article 6 PA, l'article 43 alinéa 4 LCart définit le cercle des personnes qui ont qualité de partie dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Cette dernière disposition est cependant ambiguë dans la mesure où la note marginale parle de la participation de tiers à l'«enquête» «Untersuchung», laissant ainsi entendre qu'elle vise uniquement le premier échelon de la procédure administrative (juridiction primaire, comme l'article 6 PA) puisque l'enquête relève de la compétence de la Comco et de son secrétariat, alors que l'alinéa 4 se réfère à la «procédure» «Verfahren» terme plus large qui pourrait englober également les échelons de recours et qu'il ne précise pas qu'il s'applique uniquement à la juridiction primaire. D'autre part, à la lecture de l'article 43 LCart, il apparaît que la note marginale se rapporte essentiellement aux états de fait visés aux alinéas 1 à 3. S'il est vrai que l'article 43 alinéa 4 LCart recourt à la notion de «parties» «Parteirechte» et non à celle de «qualité pour recourir» «Beschwerdelegitimation», c'est vraisemblablement parce que le premier de ces termes permet, contrairement au second, de désigner les personnes légitimées à agir à tous les échelons de la procédure.

L'article 33 alinéa 1 LCart mentionne que les tiers peuvent communiquer leur avis sur la concentration notifiée. Par tiers, il faut entendre les personnes qui n'ont pas qualité de partie au sens de l'article 43 alinéa 4 LCart, soit les entreprises qui ne participent pas directement à l'opération de concentration. Dans ce sens, le Conseil fédéral explique dans le message que le statut des tiers dans la procédure d'examen des concentrations n'est pas le même qu'en matière de restrictions à la concurrence et ajoute: «en raison des délais très courts, une vraie participation des tiers à la procédure n'est pas souhaitable» (FF 1995 I 598 note 211). Hormis cette note, le message ne contient aucune information concrète sur la portée de l'article 43 alinéa 4 LCart. Pour le reste, ces dispositions ont été acceptées par le Parlement sans discussion (BO 1995 CN p. 1108 et 1109, 1995 CE p. 867 et 868; on peut noter toutefois que dans le cadre de la récente révision, l'auteur de la proposition de minorité qui voulait étendre la qualité de partie aux cantons dans lesquels les entreprises

participantes ont leur siège, a parlé de «Beschwerdemöglichkeit» à propos de l'article 43 alinéa 4 LCart, BO 2002 CN 1448).

Ainsi donc, tant l'interprétation textuelle qu'historique ne permettent pas d'inférer que l'article 43 alinéa 4 LCart règle, à l'instar de l'article 6 PA, uniquement la procédure devant la juridiction primaire, les échelons de recours tombant sous le coup de l'article 48 lettre a PA. L'ambiguïté du texte ne permet en effet pas de tirer une telle conclusion, l'article 43 alinéa 4 LCart ne précisant pas qu'il s'applique uniquement à la juridiction primaire. Cependant, on peut affirmer que les textes et les travaux préparatoires n'interdisent pas une interprétation extensive de l'article 43 alinéa 4 LCart dès lors qu'elle trouve des points d'appui dans le texte lui-même et que l'article 39 LCart prévoit expressément une dérogation à la PA.

Dans ces conditions, il sied d'examiner si l'application de l'article 48 lettre a PA répond de manière optimale au système de contrôle mis en place par le législateur et au but que la loi sur les cartels assigne au contrôle des opérations de concentration d'entreprises. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'interprétation restrictive de l'article 43 alinéa 4 LCart, qui ouvre la voie à l'article 48 lettre a PA, est conforme au système (ATF 128 II 56 consid. 4 ss). Pour ce faire, il est nécessaire d'examiner brièvement quelles seraient les conséquences d'une application des dispositions de droit commun.

- 5.4. Selon Balz Gross, l'interprétation de l'article 48 lettre a PA doit tenir compte de l'article 43 alinéa 4 LCart (Kommentar KG, ad art. 44 chiffre 54). Selon Scherrer, tant les concurrents que les employés peuvent être touchés. La qualité pour agir ne devrait cependant pas être admise pour n'importe quelle entrave à l'activité économique. Il y aurait ainsi intérêt digne de protection par exemple lorsqu'un tiers concurrent serait avec certitude évincé du marché à cause de la concentration. Scherrer estime enfin que la jurisprudence de la Cour européenne de justice est transposable en droit suisse (thèse op. cit., p. 436 s.).

Dans le même sens, la recourante soutient que les juridictions suisses peuvent sans autre s'inspirer de la pratique des communautés européennes au titre de l'article 230 alinéa 4 du Traité CE. Selon elle, cette disposition est interprétée par les juridictions communautaires de la même façon que le Tribunal fédéral interprète l'article 48 PA.

De son côté, l'intimée relève que le droit de contrôle des concentrations représente un domaine particulier où l'article 48 lettre a PA, s'il était applicable, devrait être interprété de manière encore plus restrictive que dans les autres domaines du droit.

- 5.4.1. De prime abord, il convient de préciser que si l'on admet que l'article 48 lettre a PA régit le droit de recours, la question de la qualité pour agir doit être jugée exclusivement sur la base de cette disposition sans se référer à la loi sur les cartels et sans examiner le fondement du recours (ATF 123 II 376 consid. 4c et références). En revanche, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que la qualité pour agir d'un concurrent suppose qu'il ait avec l'objet du litige une relation suffisamment étroite «au regard du droit fédéral déterminant» (ATF 109 Ib 198; voir également l'avis critique de Moor à propos de cet arrêt, op. cit., p. 416). Enfin, le fait que le recourant n'ait pas participé à la procédure de première instance ne joue aucun rôle sur la qualité pour agir en seconde instance (contrairement au droit européen [ci-après: consid. 5.4.2.]; voir Lucrezia Glanzmann-Tarnutzer, *Die Legitimation des Konkurrenten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht*, thèse Saint-Gall 1996, p. 174 et 116 ss).

L'article 48 lettre a PA, dont la teneur est identique à l'article 103 lettre a de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110) qui règle la qualité pour former un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral, soumet la qualité pour agir à deux conditions cumulatives: une atteinte et un intérêt digne de protection. Cet intérêt peut être de nature juridique ou factuelle; il ne doit pas nécessairement correspondre à celui protégé par la norme invoquée. Le recourant doit cependant être touché plus que quiconque par la décision attaquée et se trouver, avec l'objet du litige, dans une relation spéciale, étroite et digne d'être prise en considération. Il y a intérêt digne de protection lorsque la situation de fait ou de droit du recourant peut être influencée par le sort de la cause. Autrement dit, l'admission du recours doit procurer au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 125 I 7, 124 II 499, 123 II 376 consid. 4a, 121 II 171 consid. 2b, 120 Ib 379 consid. 4b et renvois, 123 II 115 consid. 2a). On peut renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque la question soulevée pourrait se poser à nouveau en tout temps et dans des circonstances identiques ou analogues (ATF 118 Ib 1 consid. 2b, 111 Ib 56 consid. 2b et 182 consid. 2c).

La question de la qualité pour agir ne pose pas de grandes difficultés lorsqu'il s'agit du destinataire de la décision. En revanche, les difficultés surgissent lorsque des tiers entendent recourir (Alain Wurzbarger, *Le recours de droit administratif*, in Publications FSA, vol. 15, 1997 p. 108). Lorsque ce n'est pas le destinataire de la décision qui recourt mais un tiers, les exigences tendent à exclure l'action populaire et doivent faire l'objet d'un examen particulièrement attentif (voir Fritz Gygi, *Vom Beschwerderecht in der Bundesverwaltungsrechtspflege*, in recht 1986, p. 8 ss; le même auteur,

Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne 1983, p. 148; Glanzmann-Tarnutzer, op. cit., p. 23; Paul Richli, Verfahren und Rechtsschutz, in Roger Zäch, Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, p. 158 ss). En pareil cas, il faut une atteinte directe, une relation particulièrement proche avec l'objet du litige, pour que le recourant puisse invoquer un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (ATF 121 II 176 c. 2a).

Selon la jurisprudence (voir notamment ATF 125 I 7 consid. 3d et les références citées), le fait que la mesure critiquée expose des concurrents à une concurrence accrue n'est pas en soi suffisant pour leur reconnaître la qualité de partie, ils doivent en outre se trouver dans un rapport spécial, étroit et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. Dans ce sens, la Commission de recours pour les questions de concurrence a précisé que le concurrent devait subir une entrave concrète et propre à obstruer de manière notable son activité économique (RPW/DPC 1997 p. 243 ss; dans le même sens, l'ATF 125 I 7 précise: «Oft wird zudem verlangt, dass der Konkurrent eine spürbare Verschlechterung der wirtschaftlichen Position geltend macht»; voir également Paul Richli, Legitimation von Konkurrenten zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die Erteilung einer Bewilligung an eine Apotheke zum Versand von Arzneimitteln in AJP/PJA 1999 p. 351).

La qualité pour agir a été reconnue aux concurrents lorsque l'octroi d'un contingent provoquait un effet économique défavorable sous la forme de la perte d'un client potentiel (ATF 100 Ib 421); dans ce cas, le Tribunal fédéral a tenu compte du fait que le contingentement créait une relation particulière entre concurrents. Il a en outre admis qu'un organe de révision pouvait recourir contre la reconnaissance d'un concurrent qui exerce la même activité parce qu'il se trouvait dans un rapport étroit avec l'objet du litige (ATF 99 Ib 104 consid. 1b; voir également ATF 97 Ib 593). Dans un arrêt récent relatif à l'adjudication d'un marché public, le Tribunal fédéral a considéré que le juge ne devait pas faire preuve d'une trop grande rigueur dans l'examen de l'utilité pratique que présenterait l'admission du recours pour un soumissionnaire évincé, compte tenu de la position privilégiée qu'il avait acquis dans la procédure (ATF du 8 août 2003 en l'affaire C. [2P.261/2002]). En revanche, il a jugé qu'un commerçant n'était pas atteint par la délivrance d'une autorisation de construire à un concurrent dès lors qu'il était, en tant que personne appartenant à la même branche économique, touché uniquement de manière générale dans sa position économique (ATF 109 Ib 198). De même, il a considéré comme n'étant pas digne de protection l'intérêt des producteurs qui souhaitaient protéger leur chiffre d'affaires contre des produits concurrents (ATF 123 II 376 consid. 5b/cc; 113 Ib 363 consid. 3c; 100 Ib 331 consid. 2c). Enfin, le Tribunal fédéral a jugé que les inconvénients causés aux anciens producteurs par l'autorisation de mise

dans le commerce d'un nouveau produit devaient être considérés comme de simples conséquences possibles du développement du marché, mais qu'ils n'impliquaient pas un rapport étroit et digne d'être protégé avec le litige (ATF 123 II 376 consid. 5b/cc).

- 5.4.2. Selon l'article 230 alinéa 4 du Traité CE, «toute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les décisions dont elle est destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement». Le caractère direct de l'affectation est reconnu dès lors que la décision attaquée permet, en droit comme en fait, la réalisation immédiate de l'opération projetée qui est de nature à induire une modification immédiate de la situation du ou des marchés concernés, modification qui ne dépend alors que de la seule volonté des parties (voir arrêt du Tribunal de première instance du 24 mars 1994, *Air France / Commission*, T-3/93, chiffre 80). D'autre part, selon une jurisprudence constante, les sujets autres que les destinataires d'une décision sont individuellement concernés « si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire » (arrêt de la Cour du 15 juillet 1963, *Plaumann / Commission*, 25/62).

En matière de concentration, la jurisprudence européenne semble moins favorable aux actionnaires minoritaires et aux salariés des entreprises participant à la concentration qu'aux entreprises concurrentes (Droit européen des affaires, op. cit., Tome 2, p. 748). Le recours d'actionnaires minoritaires a été déclaré irrecevable au motif qu'ils n'étaient pas directement individuellement concernés (ibidem). Dans l'arrêt *Nestlé-Perrier* (arrêt du 27 avril 1995, *CCE Grandes Sources, CE Perrier et autres c/ Commission*, T-96/92), le Tribunal de première instance a certes admis que les syndicats étaient individuellement concernés, mais il a nié l'existence d'une atteinte directe (voir également *Mercier / Mach / Gilliéron / Affolter*, op. cit., p. 617). La jurisprudence paraît en revanche plus souple pour les concurrents: dans l'arrêt *Air France*, le Tribunal de première instance a levé l'exception d'irrecevabilité au motif que, sur l'ensemble des routes exploitées, les entreprises parties à l'opération de concentration renforçaient substantiellement leur position, alors que parallèlement *Air France* voyait sa position concurrentielle affectée «dans les conditions qui l'individualisent par rapport à tout autre transporteur aérien» (arrêt précité chiffre 82). Dans un arrêt du 3 avril 2003 (*BaByliss SA c/ Commission*, T-114/02), il a tenu compte de la participation active de la *BaByliss SA* (société concurrente) à la procédure d'examen (cet élément n'étant cependant pas suffisant à lui seul

pour fonder la recevabilité; chiffre 95 et références) et du fait que ladite société était concurrente potentielle et qu'elle s'était, à plusieurs reprises, portée candidate à la reprise d'une des entreprises participante à la concentration (la simple potentialité est admise lorsqu'«il s'agit de marchés oligopolistiques caractérisés, notamment, par des barrières à l'entrée élevées résultant de la grande fidélité à la marque ainsi que par la difficulté d'accès au commerce de détail», voir en particulier chiffres 100 et 116).

Il ressort de ce bref survol qu'on trouve dans la jurisprudence européenne des exigences proches de celles du droit suisse, hormis l'exigence de la participation à la procédure de première instance qui, contrairement au droit européen, ne joue aucun rôle en droit suisse (cf supra consid. 5.4.1.). En effet, exiger du recourant qu'il soit individuellement concerné par la décision, c'est poser une relation spéciale et étroite (*Beziehungsnähe*) avec l'objet de la contestation. Selon Glanzmann-Tarnutzer, «Schält man aus der Rechtsprechung des EuGH und des EuG die auf die Konkurrentenbeschwerde nach Art. 103 lit. a OG transponierbaren Kriterien heraus, so bleibt allein das Erfordernis der spürbaren Verschlechterung der Wettbewerbsposition des Klägers übrig» (op. cit., p. 173). Cependant, cette proximité n'implique pas sans autre une transposition des principes dégagés ci-dessus en droit suisse. Quoi qu'il en soit, point n'est besoin d'examiner plus avant cette question dès lors que, comme nous le verrons ci-après, cette jurisprudence n'est pas conciliable avec le système mis en place par le législateur helvétique.

- 5.4.3. Des développements qui précèdent et qui rappellent en substance la position de la jurisprudence actuelle, il appert que l'exigence d'une relation étroite avec l'objet du litige (*Beziehungsnähe*) et d'une lésion (*spürbare Verschlechterung*) constitue l'élément essentiel pour déterminer la qualité pour recourir. Selon le Tribunal fédéral, il faut, dans chaque domaine particulier, choisir des critères adaptés (ATF 123 II 376 consid. 5 b) *bb*). S'agissant des opérations de concentration d'entreprises, on devra forcément retenir le critère du marché pertinent – soit le marché des produits et le marché géographique affectés par la concentration - pour déterminer si les tiers concurrents se trouvent dans une situation particulièrement étroite avec l'objet du litige. D'autre part, pour établir le dommage économique (*spürbare Verschlechterung*) subi par eux, il faudra s'appuyer sur une évaluation prospective de la concurrence après la réalisation de la concentration. Clef de voûte de la loi sur la concurrence, la détermination du marché constitue, tout comme le pronostic de la concentration sur la concurrence, une question de fond. C'est dire que l'application de l'article 48 lettre a PA conduira inévitablement les juridictions de recours à devoir examiner déjà au stade de la recevabilité des questions de fond – souvent

fortement controversées dans la doctrine – ce qui allongera considérablement la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. La spécificité du droit de la concurrence place en fait l'autorité de recours devant deux écueils: poser des exigences élevées sous l'angle de la «Beziehungsnähe» et de la lésion conduit à ouvrir un débat sur le fond et à rallonger considérablement la durée de la procédure; en revanche, se contenter de la simple vraisemblance ouvre la voie à l'action populaire (voir Manfrini, op. cit., p. 428 ss).

C'est le lieu de rappeler que, contrairement au droit européen, le droit suisse ne soumet pas les opérations de concentration à un régime d'autorisation. De fait, les entreprises concurrentes ne disposeraient d'un droit de recours qu'en cas d'interdiction – et dans ce cas, elles n'auraient vraisemblablement aucun intérêt à recourir – ou contre les opérations autorisées sous réserve de conditions et/ou de charges. Comme relevé ci-dessus (consid. 4.4.2.), même les opérations de concentration «négociées» n'ouvrent pas la voie du recours lorsque l'autorité renonce à assurer l'exécution des transactions au moyen de conditions et/ou de charges. Le législateur a donc déjà introduit une large brèche dans le contrôle juridictionnel des opérations de concentrations d'entreprises. L'application de l'article 48 lettre a PA affaiblirait la cohérence du système mis en place par le législateur et, par là même, porterait atteinte à la sécurité du droit. Mais plus encore, elle rallongerait considérablement la durée des procédures, alors même que le législateur a accepté la mise en place d'un contrôle des concentrations d'entreprises à condition de réduire au maximum la bureaucratie et d'assurer une procédure simple et rapide. Or l'application de l'article 43 alinéa 4 LCart a précisément le mérite de tracer dès le début de la procédure de contrôle des opérations de concentration une ligne claire en déterminant simultanément qui a qualité de partie et pour recourir, ce qui répond parfaitement à l'exigence de simplicité et de célérité voulue par le législateur.

Il ressort de ce qui précède (supra consid. 5.3.) que si l'interprétation de l'article 43 alinéa 4 LCart ne permet pas une conclusion univoque sur sa portée, elle n'interdit cependant pas une interprétation extensive. Ainsi que nous venons de le voir, l'application de l'article 48 lettre a PA n'est pas conciliable avec le système mis en place par le législateur dès lors qu'elle obligerait les juridictions à devoir examiner au stade de la recevabilité des questions de fond, ce qui entraînerait inmanquablement un allongement de la procédure. Dans ces conditions, il paraît conforme à la volonté du législateur et au but qu'il a assigné au contrôle des opérations de concentration d'admettre que l'article 43 alinéa 4 LCart vise non seulement la procédure de première instance, mais également celle de recours.

6. Il ressort de ce qui précède que le recours doit être déclaré irrecevable.

Il s'ensuit que les frais, y compris ceux occasionnés par les décisions incidentes (x francs pour chacune des décisions), doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe, sous déduction de l'avance de frais qu'elle a déjà versée (art. 63 al. 1 PA et art. 5 al. 3 de l'ordonnance fédérale du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative, RS 172.041.0). De plus, il y a lieu d'octroyer des dépens à l'intimée (art. 64 PA).

Par ces motifs, la Commission de recours pour les questions de concurrence:

1. Déclare le recours irrecevable.
2. Met à la charge des recourants les frais de procédure suivants: (...)
3. Dépens.
4. Voies de droit.
5. Notification.

COMMISSION DE RECOURS
POUR LES QUESTIONS DE CONCURRENCE

Le président:
H. Urech

Le secrétaire-juriste:
J.-Y. Felley