

# IDÉ

---

Institut Droit et Economie  
Institut für Recht und Wirtschaft  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG  
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Walter A. Stoffel/Isabelle Chabloz (Hrsg.)

**13ème Journée de droit de la concurrence /  
13. Tagung zum Wettbewerbsrecht**

**Nouveaux développements en  
matière d'accords de durabilité  
de contrôle des concentrations /  
Neue Entwicklungen bei  
Nachhaltigkeitsvereinbarungen und  
bei der Fusionskontrolle**

**GROWTH**  
PUBLISHER LAW

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Growth Publisher Law, Bern 2021  
ISBN 978-3-906235-99-8 (Growth Publisher Law)

[www.growthpublisher-law.ch](http://www.growthpublisher-law.ch)

# L'appréciation des engagements des entreprises participantes à une concentration d'entreprises

## L'exemple de *Sunrise/Liberty Global* et de *CFF/Hupac/Rethmann/GBN*

Damiano Canapa<sup>1</sup>

### Table des matières

- I. Introduction
  - II. Sunrise/Liberty Global [UPC], 23.09.2019
    - A. Introduction
    - B. Appréciation de la concentration
    - C. Liberty Global [UPC]/Sunrise, 30.10.2020
    - D. France Télécom [Orange]/Sunrise, 19.04.2010
    - E. Analyse
  - III. CFF/Hupac/Rethmann/GBN [« Gateway Basel Nord »]
    - A. Introduction
    - B. Appréciation de la concentration
    - C. Analyse
  - IV. Conclusion : tous les engagements ne sauraient se valoir
- Bibliographie

### I. Introduction

Le droit suisse du contrôle des concentrations a une portée pratique relative<sup>2</sup>. Depuis l'entrée en vigueur, en 1995, de la Loi sur les cartels<sup>3</sup> [LCart], une seule décision d'interdiction d'une concentration d'entreprises prise par la Commission de la concurrence [Comco] est entrée en force. Il s'agit de l'acquisition avortée de *Sunrise Communications AG* [Sunrise] (alors filiale de *Tele Danmark Communications A/S*) par France

1 Prof. Dr. iur., LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale), professeur associé à l'Université de Lausanne, directeur du CEDIDAC. L'auteur remercie sincèrement Daniel Schiess, Dr sc. ETH Zurich, pour sa relecture critique de l'article.

2 Pour MARTENET/HEINEMANN, p. 166, la réglementation en matière de contrôle des concentrations a avant tout un effet dissuasif. V. aussi GROUPE D'ÉVALUATION LCART, N 38 s.

3 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), du 6 octobre 1995, RS 251.

*Télécom SA [France Télécom]*<sup>4</sup>. Une seconde décision d'interdiction est pendante depuis de nombreuses années en raison de recours<sup>5</sup>.

Si la nature du critère d'appréciation utilisé par les autorités de la concurrence est essentielle<sup>6</sup>, l'application de ce critère est également fondamentale. Dans ce cadre, cette contribution analyse et critique la manière dont les engagements pris en cours de procédure de contrôle des concentrations par les parties à une concentration d'entreprises sont pris en compte dans l'analyse concurrentielle de la Comco.

Deux décisions récentes de la Comco sont examinées de manière circonstanciée : l'acquisition planifiée de *Liberty Global Europe Financing BV [Liberty Global]* par *Sunrise* (devenue, depuis la tentative d'acquisition de *France Télécom*, une entreprise cotée en bourse sans actionnaire majoritaire)<sup>7</sup> et la création de l'entreprise commune de plein exercice *Gateway Basel Nord [GBN]* par les *Chemins de fer fédéraux [CFF]*, *Hupac* et *Rethmann*<sup>8</sup>. La décision rendue dans l'opération de concentration entre *Sunrise* et *Liberty Global* est par ailleurs comparée avec celle de la tentative d'acquisition de *Sunrise* par *France Telecom*<sup>9</sup> : bien que les états de faits de ces deux cas soient similaires, l'autorité est parvenue à des conclusions opposées, et les engagements pris par *Sunrise* lorsqu'elle souhaitait acquérir *Liberty Global* ont joué un rôle fondamental à cet égard.

## II. Sunrise/Liberty Global [UPC], 23.09.2019

### A. Introduction

Le 1<sup>er</sup> mai 2019, Sunrise a notifié à la Comco son intention d'acquérir *Liberty Global*, propriétaire d'*UPC Suisse Sàrl [UPC]*<sup>10</sup>.

4 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, p. 499.

5 Comco (22.05.2017, *Ticketcorner/Tamedia/Starticket*) DPC 2018/3, p. 616. Un recours contre cette décision est pendant devant le TAF.

6 La question de l'adéquation du critère d'appréciation des concentrations d'entreprises prévu par la LCart est débattue et pourrait prochainement donner lieu à une révision de la loi. Le Conseil fédéral a chargé le 12 février 2020 le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche de préparer un projet de consultation en vue d'une révision partielle de la LCart qui concernera entre autres la modernisation des aspects formels et matériels du contrôle des concentrations d'entreprises, cf. Conseil fédéral, Loi sur les cartels, le Conseil fédéral prépare un projet de consultation relatif à une révision partielle, Berne 12 février 2020 (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-78074.html>). Sur le critère d'appréciation des concentrations d'entreprises en droit suisse, cf. de manière générale BOTTERON, N 192 ss.

7 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 759 N 3.

8 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 658.

9 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, p. 499.

10 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 759 N 1.

*UPC* possède et exploite un réseau câblé en offrant différents services, notamment de télécommunication (téléphonie et internet) et de télévision<sup>11</sup>. En acquérant l'entreprise, *Sunrise*, qui est un opérateur de télécommunications qui exploite son propre réseau de téléphonie mobile, souhaitait se doter d'un réseau fixe propre<sup>12</sup>.

La Comco a identifié vingt-et-un marchés pertinents<sup>13</sup>. Parmi ceux-ci, le marché de l'internet à haut débit pour les clients privés a fait l'objet d'une analyse détaillée<sup>14</sup>. Ce marché pouvait être subdivisé (1) en un marché régional pour l'internet à haut débit pour les clients privés dans des zones où *UPC* exploite sa propre infrastructure *et où une infrastructure de réseau à fibre optique est disponible* et (2) en un marché régional pour l'internet à haut débit pour les clients privés dans les zones où *UPC* exploite sa propre infrastructure *et où une infrastructure de réseau à fibre optique fait défaut*<sup>15</sup>.

## B. Appréciation de la concentration

### 1) Structure du marché

L'analyse de l'autorité de la concurrence s'est concentrée sur la problématique de la création ou du renforcement d'une position dominante collective et des possibles effets coordonnés qu'une telle situation pourrait entraîner<sup>16</sup>. Le marché régional de l'internet à haut débit pour les clients privés dans les zones où *UPC* exploite sa propre infrastructure *et où une infrastructure de réseau à fibre optique faisait défaut* a occupé une place centrale.

Effectivement, sur ce marché, la concentration aurait réduit le nombre d'opérateurs de trois à deux : les parts de marché cumulées des parties à la concentration et de leur principal concurrent, *Swisscom SA* [Swisscom], se montaient à plus de 90% et une incidence de *Salt Mobile SA* [Salt], troisième opérateur de téléphonie en Suisse, sur la situation concurrentielle n'existait que dans le marché régional de l'internet à haut débit pour les clients privés dans les zones où *UPC* exploitait sa propre infrastructure

11 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 759 N 7.

12 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 759 s. N 4, 12.

13 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 763 ss, N 53 ss, spec. N 287 ss.

14 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 812 ss N 369 ss.

15 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 774 N 145.

16 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 808 ss N 346 ss. La Comco avait auparavant conclu que la création ou de renforcement d'une position dominante individuelle était exclu, cf. Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 799 ss N 292 ss, spéc. 345. Sur la position dominante collective et les effets coordonnés qu'elle peut entraîner, cf. CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart N 64 ss ; PRÜMMER, DIKE-KG, Art. 10 N 98 ss.

*et où une infrastructure de réseau à fibre optique était disponible*: Salt y proposait des solutions basées justement sur la technologie de la fibre optique<sup>17</sup>.

## 2) Examen des symétries

La Comco a passé en revue les symétries qui auraient existé entre les entreprises qui seraient demeurées, après la concentration, sur le marché régional de l'internet à haut débit pour les clients privés dans les zones où *UPC* exploite sa propre infrastructure *et où une infrastructure de réseau à fibre optique faisait défaut*. Les symétries sont essentielles, car elles facilitent les comportements collusoires<sup>18</sup>. Dans l'ensemble, la concentration entre *Sunrise* et *Liberty Global* aurait eu pour effet d'augmenter de manière significative les symétries entre l'entreprise fusionnée et *Swisscom*; cet élément aurait pu avoir une influence sur la stratégie commerciale de celle-là, qui aurait bénéficié de davantage d'indépendance vis-à-vis de celle-ci<sup>19</sup>.

En premier lieu, l'opération aurait accru les symétries technologiques, car *Swisscom* et *Sunrise* auraient alors chacune disposé de leur propre infrastructure de réseau fixe. La propriété d'un tel réseau aurait permis à *Sunrise* d'accroître son indépendance vis-à-vis de *Swisscom*; le fait que les deux réseaux avaient des bases techniques différentes aurait été secondaire dans ce contexte<sup>20</sup>.

La structure des coûts de *Sunrise* et de *Swisscom* (dans une certaine mesure)<sup>21</sup>, tout comme leurs activités commerciales et leurs canaux de vente, se seraient rapprochées: tout comme *Swisscom*, *Sunrise* aurait acquis le statut de *quadruple player*, capable d'offrir des services de téléphonie mobile, de téléphonie fixe, d'internet à haut débit et de télévision<sup>22</sup>.

## 3) Stratégie commerciale de *Sunrise*

Dans la procédure de contrôle des concentrations, *Sunrise* a indiqué qu'elle prévoyait de poursuivre la stratégie de réduction des prix et d'augmentation de la qualité des

17 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 814 N 378, 380.

18 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, pp. 538 ss N 274 ss. V. aussi: MOTTA, p. 147 s.

19 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 833 s. N 521 ss, 524.

20 *Sunrise/Liberty Global*, para. 471. L'infrastructure de réseau d'UPC est de type Hybrid Fiber Coax (HFC), qui comprend des câbles coaxiaux et de la fibre optique. Elle se distingue d'une infrastructure composée uniquement de fibre optique, cf. Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 763 N 59.

21 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 829 N 486.

22 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 831 N 500 s.

produits qui était la sienne jusqu'au moment de l'acquisition de *Liberty Global*; cette stratégie devait lui permettre d'élargir considérablement sa clientèle<sup>23</sup>. Ce rôle de franc-tireur et la volonté de poursuivre sur cette voie après la concentration ont été allégués de manière précise et répétée par *Sunrise* tout au long de la procédure<sup>24</sup>.

Les déclarations liées à la stratégie commerciale de *Sunrise* ont fait l'objet d'une analyse minutieuse et elles ont joué un rôle déterminant dans l'issue de la procédure. D'une part, ces déclarations permettaient à la Comco de conclure à l'existence d'une *asymétrie* d'intérêts entre *Sunrise* et *Swisscom* qui s'opposait à tout comportement coordonné futur, en dépit de l'importante augmentation des symétries qui aurait découlé de l'opération<sup>25</sup>. D'autre part, elles relativisaient le fait que le principal marché affecté était mature et que, sur un tel marché, les acteurs ont un intérêt limité à innover<sup>26</sup>. Aussi, alors que les caractéristiques d'un marché mature tendent à soutenir le fait qu'une opération de concentration pourrait y avoir des effets anticoncurrentiels, tel n'était pas le cas dans l'opération en question<sup>27</sup>.

Pour le surplus, la Comco a indiqué qu'elle aurait la possibilité, si nécessaire, de faire usage de l'art. 38 al. 1 let. a LCart, qui permet de révoquer une autorisation lorsque les entreprises ont fourni des indications inexactes. Dans le cas particulier, tel aurait pu être le cas en lien avec la politique en matière de prix annoncée par les parties à la concentration ou avec leur intention de ne pas adopter de comportement collusoire<sup>28</sup>.

En conclusion, alors que la nature commerciale et portée sur la maximisation des revenus des entreprises exploitées par *Sunrise* et *Swisscom*<sup>29</sup> démontrait une symétrie d'intérêts susceptible de favoriser un comportement collusoire<sup>30</sup>, la réalisation de cette hypothèse a été écartée par la Comco.

#### 4) Conclusion

Si l'acquisition de *Liberty Global* par *Sunrise* aurait eu, *a priori*, le potentiel de créer une position dominante collective, cette hypothèse a été exclue, en particulier en raison de l'orientation stratégique de *Sunrise*, telle qu'elle a été présentée durant la pro-

23 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 831 s. N 502 ss, spéc. 507.

24 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 834 N 525.

25 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 833 s. N 521 ss.

26 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 835 s. N 538 s. V. aussi COMMISSION EURO-PÉENNE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, N 45.

27 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 835 s. N 540 s.

28 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 832 N 510.

29 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 831 N 502.

30 Cf. à ce sujet Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, pp. 542 s N 299 ss.

cédure de contrôle de la concentration<sup>31</sup>. La concentration a donc été autorisée sans charge ni condition<sup>32</sup>.

La Comco a souligné dans sa conclusion que l'influence de la technologie 5G sur les développements futurs du marché de l'internet à haut débit pour les clients privés était inconnue<sup>33</sup>. Plus haut dans la décision, la Comco avait toutefois estimé que cette technologie n'était, pour l'heure, pas perçue comme un substitut ou comme une concurrence potentielle à l'internet à haut débit câblé pour les clients privés<sup>34</sup>. De plus, la nouvelle position de *quadruple player* dont aurait bénéficié *Sunrise*, et notamment le fait de disposer de son propre réseau câblé, lui aurait donné davantage d'indépendance vis-à-vis de *Swisscom* : *Sunrise* aurait bénéficié d'une marge de manœuvre étendue pour la fixation des prix qui, cumulée à sa stratégie commerciale, aurait rendu improbable tout comportement coordonné avec *Swisscom*<sup>35</sup>. La Comco n'a en revanche pas rappelé, dans sa conclusion, la possibilité qu'elle aurait eu de faire usage, au besoin, de l'art. 38 al. 1 let. a LCart.

### C. Liberty Global [UPC]/Sunrise, 30.10.2020

Alors que la Comco avait donné son accord à l'acquisition de *Liberty Global* par *Sunrise*, l'opération n'a jamais été menée à son terme en raison de l'opposition du principal actionnaire de cette dernière<sup>36</sup>. Quelques mois plus tard, c'est ainsi *Liberty Global* qui s'est portée acquéreuse de *Sunrise* ; la concentration a été notifiée à la Comco, qui l'a autorisée le 30 octobre 2020 au terme de la phase I<sup>37</sup>.

Le dossier de presse indique : « [p]ar rapport au projet de fusion d'il y a environ un an, aucun changement significatif perceptible ne justifierait une évaluation différente par la COMCO dans le cas d'espèce »<sup>38</sup>. L'autorité a en particulier conclu que l'opération ne créait pas de position dominante collective sur le marché régional de l'internet à haut débit pour les clients privés dans les zones où UPC exploite sa propre infrastructure de réseau et où une infrastructure de réseau à fibre optique n'est pas

31 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 840 s. N 575 ss. Voir en particulier Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2 p. 831 N 507 s., p. 834 N 525; p. 835 N 537.

32 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 842 N 595.

33 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 841 N 578.

34 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp 770 ss N 122 ss, spec. 124 ss, 130; p. 839 N 561; p. 841 N 578.

35 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 841 N 576 s.

36 Sunrise, Sunrise annule l'AGE avec le consentement de Liberty Global, Communiqué de presse du 22 octobre 2019.

37 Comco, (28.10.2020, *Liberty Global/Sunrise*), disponible sous : <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>.

38 Comco, Dossier de presse, 30 octobre 2020, p. 2.

disponible. Des technologies distinctes sont utilisées par *Liberty Global* et par *Swisscom*, qui demeureront les deux seuls acteurs du marché après la concentration. Il existe également des différences dans les orientations commerciales et dans les intérêts de ces deux sociétés et il est prévisible, au vu des informations communiquées durant la procédure de contrôle de la concentration, que la stratégie de croissance poursuivie jusqu'alors par *Sunrise* sera poursuivie par *Liberty Global*. Enfin, des acteurs de moindre importance demeureront actifs sur le marché<sup>39</sup>.

Une différence marquante entre les deux décisions consiste dans le fait que, dans le cas de l'acquisition de *Sunrise* par *Liberty Global*, les parties ne se sont *pas* engagées à poursuivre la stratégie de *réduction des prix* qui était celle de *Sunrise* jusqu'au moment de son acquisition par *Liberty Global*; les parties à la concentration ont en revanche assuré souhaiter poursuivre une stratégie commerciale visant à la croissance<sup>40</sup>. En dépit de cette différence, qui concerne pourtant l'un des éléments centraux de l'analyse menée dans le cas de l'acquisition de *Liberty Global* par *Sunrise*, la Comco a autorisé une nouvelle fois la concentration sans condition ni charge<sup>41</sup>.

#### D. France Télécom [Orange]/Sunrise, 19.04.2010

Comme indiqué plus haut<sup>42</sup>, l'unique décision d'interdiction d'une concentration entrée en force à ce jour concerne l'acquisition prévue de *Sunrise* par *France Télécom*. Cette dernière était alors actionnaire unique d'*Orange Communications SA* [*Orange*], active dans le secteur des télécommunications. Une comparaison entre cette décision d'interdiction – en raison de la création d'une position dominante collective qui aurait supprimé la concurrence efficace<sup>43</sup> – et la décision d'autorisation d'acquisition de *Liberty Global* par *Sunrise* – puis de *Sunrise* par *Liberty Global* – est intéressante : dans les deux cas, les marchés affectés sont liés au secteur des télécommunications et la Comco a utilisé une grille d'analyse similaire.

En premier lieu, tout comme dans *Sunrise/Liberty Global*<sup>44</sup>, l'acquisition de *Sunrise* par *France Télécom* aurait fait passer le nombre d'entreprises présentes sur le marché affecté ayant fait l'objet de l'analyse la plus détaillée – le marché des clients finaux de téléphonie mobile – de trois à deux<sup>45</sup>. *France Télécom* – par l'intermédiaire d'*Orange* – et *Swisscom* seraient alors demeurées seules actives sur le marché. *Orange* et *Sunrise*

39 Comco, Dossier de presse : La COMCO autorise l'achat de Sunrise, Berne 30 octobre 2020, pp. 2 s.

40 Comco, (28.10.2020, *Liberty Global/Sunrise*), N 329 ss, spéc. 332 s., 373, 397, 933 ss.

41 Comco, (28.10.2020, *Liberty Global/Sunrise*), N 403 ss.

42 Cf. *supra* l.

43 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, p. 560 N 428 s.

44 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 759.

45 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, p. 537 N 258.

disposaient toutefois chacune, avant la concentration, de leur propre réseau de téléphonie mobile et l'opération aurait donc entraîné la disparition de l'un de ceux-ci<sup>46</sup>. Contrastant avec cette situation, dans la concentration entre *Sunrise* et *Liberty Global*, *Sunrise*, à travers l'acquisition d'*UPC*, aurait accédé à une infrastructure qu'elle ne possédait pas encore<sup>47</sup>.

La concentration entre *France Télécom* et *Sunrise* aurait aussi augmenté les symétries entre *France Télécom* et *Swisscom*, notamment en matière de technologie<sup>48</sup>, de coûts<sup>49</sup> et de produits<sup>50</sup>. Les deux sociétés auraient eu l'intérêt et la possibilité, après la disparition du marché de *Sunrise*, d'adopter un comportement collusoire afin de maintenir des prix élevés sur le marché de la téléphonie mobile<sup>51</sup>. Enfin, dans la mesure où ce marché était considéré comme mature, l'intérêt à innover de *France Télécom* et *Swisscom* après la concentration aurait été limité<sup>52</sup>. En cela, la situation se distinguait de celle qui aurait prévalu suite à la concentration entre *Sunrise* et *Liberty Global*, où la stratégie commerciale que *Sunrise* entendait poursuivre après la concentration excluait toute hausse de prix ou collusion<sup>53</sup>.

## E. Analyse

### 1) Similitudes et différences entre Sunrise/Liberty Global et France Télécom/Sunrise

La comparaison des décisions rendues par la Comco dans *Sunrise/Liberty Global* et dans *France Télécom/Sunrise* soulève certaines questions. La différence d'appréciation menant, dans un cas, à l'autorisation sans charge ni condition et, dans l'autre, à l'interdiction de la concentration n'est en effet pas forcément évidente à saisir au premier abord.

Dans *France Télécom/Sunrise*, un opérateur exploitant son propre réseau de téléphonie mobile souhaitait acquérir une entreprise ayant pour l'essentiel la même activité. L'effet collatéral de la concentration aurait été la mise hors service de l'un des deux réseaux existants<sup>54</sup>. La concentration entre *Sunrise* et *Liberty Global* était quant à elle

46 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, p. 537 N 262 ss, spéc. 266.

47 Cf. *supra* II.A.

48 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, p. 541 N 290 ss, spéc. 292.

49 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, pp. 539 s. N 282 ss, spéc. 287.

50 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, pp. 541 s. N 294 ss., spéc. 298.

51 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, pp. 542 s. N 299 ss, spéc. 302, 305.

52 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, pp. 545 s. N 315 ss, spéc. 320.

53 Cf. *supra* II.B.4.

54 Cf. *supra* II.D.

une concentration avant tout complémentaire, avec le propriétaire d'une infrastructure de réseau mobile qui souhaitait se doter d'une infrastructure de réseau fixe<sup>55</sup>.

La concentration entre *Sunrise* et *Liberty Global* aurait pourtant aussi entraîné la disparition de l'une des trois entreprises présentes sur le marché de l'internet à haut débit pour les clients privés dans les zones où *UPC* exploitait sa propre infrastructure de réseau et où une infrastructure de réseau à fibre optique faisait défaut. De plus, l'opération aurait créé de nombreuses symétries entre *Sunrise* et *Swisscom*<sup>56</sup>. En cela, la situation était similaire à celle qui aurait prévalu sur le marché de la téléphonie mobile si l'acquisition de *Sunrise* par *France Télécom* avait été acceptée et que cette dernière et *Swisscom* étaient demeurées les seules concurrentes<sup>57</sup>.

Dans le cas de la concentration entre *Sunrise* et *Liberty Global*, les éléments qui auraient pu indiquer la création d'une position dominante collective capable de supprimer une concurrence efficace étaient toutefois contrebalancés par les déclarations de *Sunrise* relatives à sa future stratégie commerciale et par la nouvelle position de *quadruple player* de la société. Pour la Comco, ces éléments permettaient de garantir que la concurrence serait préservée après la concentration, en particulier s'agissant de la poursuite de la politique de prix pratiquée jusqu'alors par *Sunrise* et de l'absence de collusion avec *Swisscom*. La possibilité qu'aurait eue la Comco, si nécessaire, de faire usage de l'art. 38 al. 1 let. a LCart, et l'évolution probable du marché suite à l'introduction de la 5G, soutenaient cette conclusion<sup>58</sup>.

## 2) Révocation de la décision

Dans la mesure où la future stratégie commerciale de *Sunrise* a joué un rôle déterminant dans le raisonnement de la Comco, la question se pose de savoir à quelles conditions et dans quel intervalle de temps un changement de stratégie défavorable à la concurrence permettrait à la Comco de recourir à l'art. 38 LCart, qui vise à garantir la concurrence efficace<sup>59</sup>. Cet élément est fondamental pour les parties à la concentration, qui doivent bénéficier de la sécurité juridique et des droits acquis<sup>60</sup>, mais aussi pour la Comco, qui doit avoir la possibilité de révoquer une décision lorsque « les

55 Cf. *supra* II.B.4.

56 Cf. *supra* II.B.2.

57 Cf. *supra* II.D.

58 Cf. *supra* II.B.3. ; II.B.4.

59 CR Concurrence-BOVET/MERKT, art. 38 LCart N 4.

60 CR Concurrence-BOVET/MERKT, art. 38 LCart N 20 ss.

entreprises participantes ont fourni des indications inexactes» (art. 38 al. 1 let. a LCart)<sup>61</sup>. L'art. 38 al. 1 let. a LCart ne s'attache ainsi qu'au comportement des parties durant la procédure de contrôle des concentrations.

La Comco (ou le CF, en cas d'autorisation exceptionnelle de ce dernier, cf. art. 38 al. 2 LCart) est libre d'ouvrir en tout temps une procédure de révocation après la clôture de la procédure de contrôle des concentrations. Cependant, le délai de prescription absolu de dix ans, tiré du droit administratif général (art. 67 PA<sup>62</sup>), doit s'appliquer, à moins de se trouver dans le cas d'un crime ou d'un délit (art. 67 al. 2 *cum* 66 al. 1 PA); quant à la longueur du délai relatif, elle doit être appréciée selon le principe de la bonne foi<sup>63</sup>. La procédure de révocation – à laquelle doit être assimilée la réouverture d'une procédure d'examen approfondi s'étant achevée par une décision d'autorisation – peut conduire la Comco à révoquer la décision d'autorisation ou à prendre une nouvelle décision d'autorisation, avec ou sans charge ou condition<sup>64</sup>.

Les informations inexactes doivent avoir été fournies par les entreprises participantes, dans la notification de la concentration (art. 32 LCart; 9 ss OCCE<sup>65</sup>) ou sur demande du secrétariat (art. 15 al. 1 OCCE)<sup>66</sup>. L'inexactitude peut être intentionnelle ou résulter d'une négligence<sup>67</sup>; des indications incorrectes émises par des tiers ou par les entreprises participantes ne sauraient cependant permettre l'application de l'art. 38 LCart si les entreprises participantes avaient prévenu l'autorité des incertitudes liées auxdites informations<sup>68</sup>. Enfin, un lien de causalité doit exister entre les informa-

61 Cet article est largement inspiré de l'art. 8 ch. 5 Règlement 4064/89, qui se retrouve aujourd'hui aux art. 6 ch. 3 et 8 ch. 6 Règlement 139/2004. V. aussi Message LCart, FF 1995 602. Une telle réglementation est nécessaire, car une entreprise est susceptible de s'engager dans des comportements qui sont dommageables, en l'absence de prudence, sur le plan sociétal, cf. ENRIQUE et al., p. 93. De tels comportements sont induits par le but de maximisation des profits, qui est généralement poursuivi par chaque entreprise; à ce sujet, cf. TIROLE, pp. 34 ss; CARLTON/ PERLOFF, pp. 12 s.

62 Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA), RS 172.021.

63 CR Concurrence-BOVET/MERKT, art. 38 LCart N 14 s.; MOOR/POLTIER, p. 398; RITSCHARD/SPÜHLER, DIKE-KG, Art. 38 N 22; v. cependant BSK KG-BORER/KOSTKA, Art. 38 N 6, qui laissent ouverte la question d'un délai de prescription absolu, tout en soulignant que l'écoulement du temps entre le moment de la décision d'autorisation et celui de l'ouverture de la procédure de révocation doit être apprécié sur la base du principe de la bonne foi. Voir aussi Message LCart, FF 1995 610, qui indique qu'en matière de sanctions administratives, la prescription est régie par les principes usuels du droit administratif (ce sujet n'a pas été abordé lors de la révision de 2003, cf. Message LCart 2001). Voir aussi les développements du Tribunal administratif fédéral à l'arrêt B-831/2011, du 18 décembre 2018, N 1668 ss, spéc. 1670.

64 CR Concurrence-BOVET/MERKT, art. 38 LCart N 2 s.

65 Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 (OCCE), RS. 251.4.

66 RITSCHARD/SPÜHLER, DIKE-KG, Art. 38 N 23.

67 CR Concurrence-BOVET/MERKT, art. 38 N 17.

68 Dans ce sens BSK KG-BORER/KOSTKA, Art. 38 N 12. L'absence, dans un tel cas, de mise en garde peut avoir pour conséquence que la décision pourrait être révoquée en raison d'une obtention frauduleuse de l'autorisation (art. 38 al. 1 let. b LCart), cf. RITSCHARD/SPÜHLER, DIKE-KG, Art. 38 note 34.

tions inexactes et la décision de l'autorité : une révocation est uniquement possible si des indications correctes auraient entraîné une décision opposée<sup>69</sup>.

Si la concentration entre *Sunrise* et *Liberty Global* avait été implémentée par les parties, tout changement de stratégie commerciale décidé par *Sunrise* – dans un sens contraire aux engagements pris durant la procédure administrative – aurait pu donner lieu, aux conditions énoncées précédemment, à un nouvel examen de la concentration qui aurait pu aboutir, en dernier recours<sup>70</sup>, à la révocation de la décision d'acceptation<sup>71</sup>. En effet, la stratégie commerciale annoncée par *Sunrise* a joué un rôle déterminant dans l'analyse de la Comco et dans sa décision finale, en plus du nouveau statut de *quadruple player* dont aurait joui la société. Il aurait aussi été attendu de *Sunrise* qu'elle rectifie les informations inexactes fournies durant la procédure d'examen<sup>72</sup>, en application, par analogie, de l'art. 21 OCCE<sup>73</sup>.

### 3) Rôle jouée par la technologie 5G

Alors que la technologie 5G n'était pas considérée par la Comco, dans sa décision, comme un substitut ou comme concurrence potentielle à l'internet à haut débit câblé pour les clients privés<sup>74</sup>, cette technologie pourrait bientôt entraîner des bouleversements sur ce marché.

La couverture du réseau 5G ne cesse de s'étendre et des offres d'accès à internet par ce réseau destinées aux clients privés apparaissent<sup>75</sup>. Il n'est donc pas insensé d'imaginer que le développement du réseau 5G pourrait modifier à court ou moyen terme – dans le sens d'une extension – la définition du marché régional pour l'internet à haut débit pour les clients privés<sup>76</sup>. Ce dernier pourrait comprendre, à l'avenir, la 5G et les solutions câblées, ce qui relativiserait l'importance du réseau à fibre optique<sup>77</sup>. L'un des marchés nouvellement définis pourrait alors être le marché régional pour l'in-

69 DUCREY, in Homburger et al., Art. 38 N 4; RITSCHARD/SPÜHLER, DIKE-KG, Art. 38 N 25.

70 Message LCart, FF 1995 602.

71 La Comco aurait aussi pu décider de confirmer la première décision ou de rendre une nouvelle décision d'autorisation en l'assortissant de conditions ou de charges ; sur les moyens d'action de la Comco dans le cadre de l'art. 38 LCart, cf. CR Concurrence-BOVET/MERKT, art. 38 LCart N 29 ss.

72 Sur l'obligation de rectification dans un tel cas, cf. CR Concurrence-BOVET/MERKT, art. 38 LCart N 27; BSK KG-BORER/KOSTKA, Art. 38 N 7; plus nuancé RITSCHARD/SPÜHLER, DIKE-KG, Art. 38 N 20, qui limitent cette obligation aux cas où les art. 32 ou 33 LCart sont applicables par analogie à la procédure de l'art. 38 LCart.

73 Ordonnance du 17 juin 1996 du Conseil fédéral sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4).

74 Cf. *supra* II.A.2.d.

75 Seydtaghia, p. 8.

76 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 841 N 578.

77 Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, pp. 770 ss. N 122 ss.

ternet à haut débit – par câble ou par 5G – pour les clients privés dans des zones où UPC exploite sa propre infrastructure, *qu'une infrastructure de réseau à fibre optique soit disponible ou qu'elle fasse défaut*. D'ailleurs, le développement du réseau à fibre optique et la possibilité, pour les opérateurs, d'obtenir un accès direct à l'infrastructure dudit réseau<sup>78</sup> pourrait également influencer la définition du marché dans le même sens.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas à exclure que le déploiement en cours du réseau 5G ait joué dans le raisonnement de la Comco un rôle plus important que la décision ne le laisse transparaître. Ce déploiement renforce en effet les conclusions matérielles de la Comco<sup>79</sup> : à un horizon de deux à trois ans, qui constitue le laps de temps sur lequel porte l'analyse d'une concentration d'entreprises<sup>80</sup>, la définition du marché pourrait évoluer dans le sens d'un élargissement, excluant de la sorte toute création de position dominante entraînée par l'acquisition, par *Sunrise*, de *Liberty Global*<sup>81</sup>.

### III. CFF/Hupac/Rethmann/GBN [« Gateway Basel Nord »]

#### A. Introduction

Le 14 janvier 2019, les *Chemins de fer fédéraux CFF* [CFF], *Hupac SA* [Hupac] et *Rethmann SE & Co. KG* [Rethmann] ont notifié à la Comco leur intention d'acquiescer le contrôle de *Gateway Basel Nord SA* [GBN]. Les trois sociétés prévoient de construire et d'exploiter en commun un terminal permettant le transbordement de marchandises ; cette installation aura une fonction de passerelle (« gateway ») pour l'ensemble de la Suisse<sup>82</sup>. Plus particulièrement, six nouvelles voies ferrées d'une longueur de 740 m et, à terme, un nouveau port, seront construits à Bâle<sup>83</sup>. Ces équipements permettront, en raison de leur longueur, de transborder des trains de marchandises complets vers d'autres trains, vers des bateaux, ou vers des camions. La possibilité de

78 La Comco est intervenue afin de garantir cette concurrence et d'éviter que *Swisscom* n'écarte des concurrents du marché lors de la construction du réseau de fibre optique, cf. Comco, Communiqué de presse du 17 décembre 2020 ; Comco, Dossier de presse, 17 décembre 2020.

79 Si une concentration menant, dans les deux à trois ans, à la création ou au renforcement d'une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace doit être interdite, *a contrario* une concentration qui ne posera certainement pas de problème dans cet horizon de temps doit être autorisée.

80 BSK KG-Meinhardt/Waser/Bischof, Art. 10 N 58.

81 Pour l'heure, la Comco ne semble toutefois pas considérer cette hypothèse comme réaliste : « [i]nsgesamt muss daher davon ausgegangen werden, dass zumindest im Bereich Breitbandinternet [...] keine ausreichende potenzielle Konkurrenz ersichtlich ist [...] Allenfalls könnte in Zukunft die 5G-Technologie einen Wettbewerbsdruck auf gewisse leitungsgebundene Breitbandinternetangebote ausüben », cf. Comco (23.09.2019, *Sunrise/Liberty Global*) DPC 2020/2, p. 840 N 573.

82 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 659 N 1 s.

83 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, pp. 662 s. N 24 ss.

traiter un train de marchandises dans sa totalité, sans avoir à le séparer au préalable en groupes de wagons, permettra des économies en termes de coûts et de temps dans le transport combiné<sup>84</sup>.

Une installation de transbordement avec fonction de passerelle sert de plaque tournante ; une telle infrastructure permet de distribuer des containers entrant en Suisse vers des installation de transbordement régionales décentralisées ou, dans le sens inverse, d'envoyer des containers provenant desdites installations régionales vers l'étranger<sup>85</sup>. Bâle Nord est le seul emplacement du pays où un bassin portuaire construit sur le Rhin permet une liaison directe au rail (corridor de fret européen Rhin-Alpes) et à la route (autoroute A2)<sup>86</sup>.

*GBN* sera une infrastructure pouvant être utilisée par tous les acteurs du marché, en particulier par les sociétés actives dans le transbordement de conteneurs, de caisses mobiles et de semi-remorques pour le trafic d'import et d'export provenant et ayant lieu dans le bassin du Rhin, aux mêmes conditions et sur un pied d'égalité avec les parties notifiantes. L'accès non discriminatoire à l'infrastructure a une double origine : elle ressort (1) de l'intention des parties, telle qu'exprimée durant la procédure de contrôle des concentrations, et (2) de la loi<sup>87</sup>. Les propriétaires d'installations subventionnées par la Confédération, telle que *GBN*, doivent en effet accorder un accès non discriminatoire à celles-ci (art. 8 al. 5 LTM ; art. 6 OTM).

La Comco a identifié vingt-neuf marchés pertinents<sup>88</sup>, dont différents marchés relatifs aux prestations de transbordement. Parmi ces derniers, le marché des prestations de transbordement rail/rail de conteneurs, de caisses mobiles et de semi-remorques pour le trafic d'import et d'export provenant et ayant lieu dans le bassin du Rhin a fait l'objet d'une attention particulière<sup>89</sup>.

## B. Appréciation de la concentration

### 1) Introduction et structure du marché

La concentration notifiée par les *CFE*, *Hupac* et *Rethmann* était de nature verticale : par exemple, *GBN* devait permettre le transbordement de containers transportés par *CFE Cargo SA* [*CFE Cargo*], filiale des *CFE*. Partant, la Comco a concentré son ana-

84 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 715 N 434.

85 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 715 N 433.

86 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 715 N 435.

87 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 663 N 33.

88 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 704 s. N 384.

89 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, pp. 715 ss N 432 ss, spec. 449 ss.

lyse sur les questions de savoir si les parties à la concentration, à travers *GBN*, disposeraient de pouvoir de marché qui leur permettrait de verrouiller le marché des prestations de transbordement rail/rail de conteneurs, de caisses mobiles et de semi-remorques pour le trafic d'import et d'export provenant et ayant lieu dans le bassin du Rhin ou de discriminer certains de ses acteurs, et si des incitations à adopter de tels comportements existeraient<sup>90</sup>.

L'analyse des parts de marché cumulées des parties se montait à un intervalle compris entre 70 % et 80 %. Trois autres concurrents étaient présents sur le marché avec des parts de marché se montant à un intervalle compris entre 10 % et 20 % pour l'un, et entre 0 % et 10 % pour les deux autres<sup>91</sup>. La Comco a aussi souligné l'importance nationale de l'installation pour la politiques des transports<sup>92</sup>, que ce soit en lien avec la fonction de passerelle de *GBN*, qui serait unique en Suisse ou à proximité de ses frontières<sup>93</sup>, avec les avantages procurés par la longueur des voies de transbordement prévues, ou avec la position géographique du site sur lequel le terminal de *GBN* allait être construit<sup>94</sup>.

## 2) Création ou renforcement d'une position dominante supprimant une concurrence efficace

La Comco a conclu que l'opération créait ou renforçait une position dominante sur le marché des prestations de transbordement rail/rail de conteneurs, de caisses mobiles et de semi-remorques pour le trafic d'import et d'export provenant du bassin du Rhin ou ayant lieu dans ce bassin<sup>95</sup>. Cette situation entraînait des effets verticaux en offrant des possibilités de transactions couplées : *CFF Cargo*, qui est en Suisse le seul fournisseur de transport par wagon isolé, aurait en particulier la possibilité de regrouper ses activités sur *GBN* et de profiter de la sorte de gains d'efficacité importants. La société pourrait par ailleurs se passer complètement de plateformes de transbordement alternatives<sup>96</sup>.

90 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, pp. 718 ss N 449 ss.

91 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, pp. 718 ss N 449 s.

92 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 715 N 432. V. aussi OFFICE FÉDÉRAL DES TRANSPORTS, p. I.

93 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 715 N 433.

94 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 715 N 434 s.

95 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 732 N 548.

96 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 728 N 513.

La position dominante supprimait une concurrence efficace en raison des parts de marché cumulées des parties à la concentration, de la disparition de la concurrence entre elles et des gains d'efficacité en matière verticale qui résultaient de l'opération<sup>97</sup>. Les avantages et termes de coûts et de temps dont bénéficieraient les utilisateurs de *GBN* auraient pour conséquence que les installations de transbordement concurrentes ne seraient plus compétitives sur le marché affecté<sup>98</sup>. Enfin, *CFF Cargo* pourrait regrouper tous ses transbordements sur *GBN*, ce qui donnerait à l'installation un avantage décisif par rapport à d'autres installations de transbordement ; la filiale des *CFF* dispose en effet d'une position très forte dans le trafic ferroviaire intérieur suisse sur le marché du transport de marchandises par rail et sur celui des services d'opérateurs par rail – qui sont situés en amont et en aval du marché affecté<sup>99</sup>.

### 3) Accès non discriminatoire à *GBN* et amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché

Après avoir constaté que la concentration créait une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, la Comco a analysé si les conditions de concurrence sur un autre marché étaient améliorées au point que les avantages de la concentration dépasseraient ses inconvénients<sup>100</sup>.

Comme indiqué plus haut, la mise en fonction de *GBN* entraînera des gains d'efficacité considérables, en termes de coûts et de temps, dans le transport combiné, en particulier dans le trafic d'import et d'export par rail<sup>101</sup>. Ces gains se retrouveront en particulier en amont et en aval des services de transbordement, dans les domaines du

97 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 735 N 571. De même, la Comco est parvenue à la conclusion que la concentration conduisait à la création ou au renforcement d'une position dominante supprimant une concurrence efficace sur le marché des prestations de transbordement bateau/rail (N 571). L'autorité a en revanche nié la création ou le renforcement d'une telle position sur le marché des prestations de transbordement rail/route (N 572).

98 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, pp. 734 s. N 562.

99 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, pp. 734 s. N 563. A noter que, suite à la concentration, l'une des concurrentes de *GBN*, *Swissterminal SA [Swissterminal]*, a annoncé l'acquisition de trois installations de transbordement françaises situées à Ottmarsheim, Huningue-Village-Neuf et Ile Napoléon. Si l'installation de Ottmarsheim était considérée par la Comco comme un concurrent à *GBN* (Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 703 N 376, 380), tel n'était pas le cas, pour des raisons logistiques, de Huningue-Village-Neuf. Aussi, *Swissterminal* a annoncé son souhait de développer ce dernier en une installation trimodale (rail/bateau/route), afin de remplacer le terminal *Kleinhüningen* à Bâle qu'elle cessera d'exploiter, cf. SWISSTERMINAL, Communiqué de presse du 12.01.2021.

100 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, pp. 748 ss N 654 ss.

101 Cf. *supra* III.A.

transport de marchandises par rail et des services d'opérateurs par rail<sup>102</sup>, et concerneront donc différents marchés<sup>103</sup>.

Les gains d'efficacité ne seront pas réservés aux parties à la concentration, mais profiteront aussi aux autres parties présentes sur le marché ; l'accès non discriminatoire à *GBN*, qui est garanti par la loi en raison du caractère subventionné par la Confédération de l'installation, limite par ailleurs les possibilités de discrimination entre les parties et leurs concurrents<sup>104</sup>. De plus, les exigences légales sont renforcées par les engagements des parties à la concentration de permettre à tous les concurrents de profiter des gains d'efficacité<sup>105</sup>. Enfin, les gains d'efficacité découlant de l'opération de concentration surpassent les inconvénients découlant du risque de suppression d'une concurrence efficace ; il convient en particulier de tenir compte du fait que les frais afférant aux prestations de transbordement ne représentent qu'une petite part des frais de transport totaux<sup>106</sup>.

Pour cette raison, la Comco a jugé que la concentration, en dépit du fait qu'elle créait ou renforçait une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace, ne devait pas être interdite en application de l'art. 10 al. 2 let. b LCart : l'amélioration de la situation concurrentielle découlant du projet devait prévaloir sur les désavantages inhérents à la position dominante de *GBN* en matière de prestations de transbordement<sup>107</sup>.

### C. Analyse

L'opération de concentration notifiée par les *CFF*, *Hupac* et *Rethmann* en vue de la construction et de l'exploitation de *GBN* met en lumière l'importance des gains d'efficacité lors de l'examen de l'art. 10 al. 2 let. b LCart<sup>108</sup> et le rôle que l'accès à une infrastructure, garanti par la loi et par des engagements des parties à la concentration, peut avoir dans l'analyse de ces gains.

102 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 751 N 688.

103 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 754 N 702.

104 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 752 N 685.

105 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 752 N 686.

106 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 755 N 708.

107 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 758 N 745.

108 PRÜMMER, DIKE-KG, Art. 10 N 161. V. aussi CoRe (01.05.2006, Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Nordostschweizerische Kraftwerke AG/Wettbewerbskommission) DPC 2006/2, p. 330 ss c. 5.3.2.

L'art. 10 al. 2 let. b LCart implique qu'une concentration qui crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace doit<sup>109</sup> être autorisée si elle provoque une amélioration – dans le sens d'une intensification – des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante<sup>110</sup>. Afin que la condition négative<sup>111</sup> de l'article 10 al. 2 LCart trouve application, les gains d'efficacité sur le marché tiers doivent découler de l'opération de concentration<sup>112</sup> et surpasser les inconvénients découlant de l'opération<sup>113</sup>. Il s'agit d'un motif justificatif à part entière<sup>114</sup>, qui découle du principe de la proportionnalité<sup>115</sup> et qui est analysé d'un point de vue global en comparant « [les] effets positifs et [les] effets négatifs sur des marchés différents »<sup>116</sup>. Par exemple, il se peut qu'« une position dominante [soit] créée sur un marché moribond et que, simultanément, la concurrence [soit] renforcée sur un marché prometteur »<sup>117</sup>.

Un « autre marché », dans le sens de l'art. 10 al. 2 let. b LCart, peut être n'importe quel marché de produits ou géographique autre que le marché sur lequel une position dominante est créée ou renforcée, à condition que la concentration y produise des effets en Suisse (art. 2 al. 2 LCart)<sup>118</sup>. Dans le cadre de concentrations verticales, il s'agit en particulier des marchés amont et aval au marché affecté<sup>119</sup>.

Dans *France Télécom/Sunrise*, la Comco avait considéré que les gains d'efficacité peuvent empêcher la suppression d'une concurrence efficace à condition qu'ils soient propres à la concentration, qu'ils profitent aux consommateurs et qu'ils soient supérieurs aux effets anticoncurrentiels engendrés par la concentration<sup>120</sup>. Les consommateurs, dans ce cadre, sont les consommateurs au sens étroit, mais aussi les utilisateurs finaux commerciaux ou institutionnels<sup>121</sup>.

109 PRÜMMER, DIKE-KG, Art. 10 N 169.

110 PRÜMMER, DIKE-KG, Art. 10 N 166; CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart N 128 s. Pour ZÄCH, N 818, les avantages et les inconvénients doivent par ailleurs toucher les mêmes personnes.

111 PRÜMMER, DIKE-KG, Art. 10 N 162.

112 ZÄCH, N 820.

113 Comco (27.05.2019, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*) DPC 2020/2, p. 747 N 658.

114 CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart N 125.

115 BSK KG-Meinhardt/Waser/Bischof, Art. 10 N 157.

116 Message LCart, FF 1995 579.

117 Message LCart, FF 1995 579.

118 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, Art. 10 N 157. V. aussi CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart N 128 s.

119 PRÜMMER, DIKE-KG, Art. 10 N 165.

120 Comco (19.04.2010, *France Télécom/Sunrise*) DPC 2010/3, p. 559 N 408 ss. V. aussi: PRÜMMER, DIKE-KG, Art. 10 N 160; CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart N 130, pour qui les gains d'efficacité doivent également être vérifiables. A noter que certains auteurs considèrent que les gains d'efficacité ne sauraient être pris en compte en droit suisse dans la mesure où la LCart ne les prévoit pas expressément, cf. IMMENGA, pp. 92 ss.

121 ELLGER, in Immenga/Mestmäcker, Art 4 Vertikal – GVO N 64 ss; NOLTE, in Langen/Bunte, Nach Art. 101 AEUV N 504 ss; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, DIKE-KG, Art. 6 N 193 ii.

Dans *CFF/Hupac/Rethmann/GBN*, les gains d'efficacité sont la conséquence de l'accès non discriminatoire garanti à *GBN* par la loi et par les engagements des parties<sup>122</sup>. Cet accès a joué un rôle déterminant dans le raisonnement de la Comco, dans la mesure où il influence de manière déterminante les conditions de concurrence après la concentration. En effet, alors que l'opération de concentration crée une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace<sup>123</sup>, l'amélioration des conditions de concurrence sur des marchés amont – dans le domaine du transport de marchandises par rail – et aval – dans celui des services d'opérateurs par rail – contrebalance les inconvénients de la position dominante. De plus, ces améliorations découlent directement de l'accès non discriminatoire accordé à *GBN* et elles profitent aux autres parties présentes sur le marché, permettant une intensification des conditions de concurrence<sup>124</sup>.

#### IV. Conclusion : tous les engagements ne sauraient se valoir

La comparaison des motifs ayant amené la Comco à autoriser les concentrations *Sunrise/Liberty Global* et *CFF/Hupac/Rethmann/GBN* donne de précieuses indications sur la manière dont l'autorité analyse les engagements des parties à une concentration d'entreprises.

En l'absence d'indices contraires, la Comco doit considérer que l'entreprise fusionnée se conformera au droit de la concurrence lorsqu'elle met en balance les effets positifs et négatifs de la concentration ; après coup, l'autorité aura en effet la possibilité d'in-

122 Cf. *supra* III.B.3.

123 Cf. *supra* III.B.2.

124 Cf. *supra* III.B.3. A noter que le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche [DEFR] n'a pas donné suite à une dénonciation de la Comco par *Swissterminal Holding SA*, *Swissterminal Basel SA*, et *Swissterminal*. Le DEFR a notamment indiqué qu'il ne lui appartenait pas de revoir le contenu matériel de la décision de la Comco. Il a par ailleurs rappelé que, en vertu de l'art. 43 al. 4 LCart, seules les entreprises participantes ont qualité de partie dans la procédure de contrôle des concentrations. Dans un cas plus ancien, le TF avait en effet jugé que les tiers n'ont, suivant l'art. 33 al. 1 LCart, que le droit de communiquer leur avis sur la concentration notifiée, y compris dans les cas où ils sont directement touchés par une décision d'autorisation d'une concentration d'entreprises (ATF 131 II 497, consid. 5.5), cf. Comco, Antwort des Eigenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF vom 23. Juni 2020 in Sachen Aufsichtsbeswherde von Swissterminal gegen Wettbewerbskommission WEKO betreffend Zusammenschlussvorhaben SBB/Hupac/Rethmann/GBN (disponible sous <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>, publié le 30.3.2021). Suite au rejet de sa dénonciation, *Swissterminal* a annoncé avoir déposé un recours devant le Tribunal administratif fédéral (<https://www.swissterminal.com/beschwerde-beim-bundesverwaltungsgericht-gegen-die-weko/>).

tervenir sur la base de l'art. 7 LCart<sup>125</sup>. Lors de l'examen de la concentration entre *Sunrise* et *Liberty Global*, la Comco s'est ainsi basée, dans une large mesure, sur les déclarations des parties pour conclure que la concentration ne créait ni ne renforçait de position dominante. Ces déclarations indiquaient notamment l'absence de volonté d'adopter un comportement collusoire et de continuer à l'avenir la stratégie commerciale poursuivie jusqu'alors par *Sunrise*. Elles s'ajoutaient à la nouvelle position de *quadruple player* de la société qui lui aurait procuré davantage d'indépendance vis-à-vis de *Swisscom* et d'une marge de manœuvre étendue pour la fixation de ses prix.

Il est cependant indispensable, dans le cas d'engagements unilatéraux qui ne sont pas sanctionnés sous forme de charge, que la Comco dispose d'un moyen d'intervention afin de contrôler que les parties tiennent leurs engagements. A ce titre, la procédure de révocation de l'art. 38 LCart, mentionnée par la Comco dans *Sunrise/Liberty Global*, n'offre qu'une réponse partielle qui ne saurait remplacer, de manière générale, une charge formelle. Baser une décision sur les seules promesses des parties tout en se réservant la possibilité de faire usage de l'art. 38 LCart serait contraire à l'esprit de la loi.

Dans l'hypothèse où la Comco était parvenue à la conclusion que la concentration créait ou renforçait une position dominante supprimant une concurrence efficace sur le marché régional de l'internet à haut débit pour les clients privés dans les zones où UPC exploitait sa propre infrastructure et où une infrastructure de réseau à fibre optique faisait défaut, elle aurait toujours pu autoriser l'opération en l'assortissant de charges ou de conditions. La difficulté aurait alors résidé dans la manière de définir la nature de la ou des charges liées à la stratégie commerciale que *Sunrise* s'était engagée à suivre en lien avec sa politique de prix et l'absence de collusion future avec *Swisscom*.

L'art. 38 al. 1 let. a LCart procure cependant une grande flexibilité à la Comco pour revoir une opération de concentration. Cette lettre complète habilement, et de manière étendue, la possibilité de révoquer une autorisation en cas de violation « grave » d'une charge ou condition (art. 38 al. 1 let. c LCart).

En comparaison, lors de l'examen de la concentration *CFF/Hupac/Rethmann/GBN*, la Comco pouvait sans autre faire jouer un rôle déterminant à l'obligation d'accès à *GBN* découlant de la loi. Contrairement à des engagements volontaires des parties à la concentration, une telle obligation légale permet de garantir, si nécessaire devant

125 CoRe (01.05.2006, Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Nordostschweizerische Kraftwerke AG/Wettbewerbskommission) DPC 2006/2, p. 333 c. 5.3.2.c.bb i.f. V. aussi CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart N 127.

les tribunaux<sup>126</sup>, que les parties à la concentration adopteront un certain comportement. Il est en revanche douteux que, en l'absence de garantie légale d'accès à *GBN*, la Comco serait parvenue à la conclusion que la concentration allait provoquer une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché qui l'aurait emportée sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 let. b LCart). La concentration aurait alors dû être interdite ou assortie de charges ou de conditions.

En définitive, il est indéniable que la Comco doit pouvoir tenir compte des déclarations des parties dans son analyse concurrentielle d'une concentration d'entreprises. Ces déclarations doivent être étayées et supportées par des pièces. En ce sens, l'art. 38 al. 1 let. a LCart est une cautèle pouvant être utilisées si des informations inexactes sont données et qu'elles influencent de manière déterminante la décision de l'autorité. Néanmoins, les déclarations des parties à la concentration ne devraient être suffisantes, à elles seules, pour autoriser une opération de concentration qui pourrait créer ou renforcer une position dominante supprimant une concurrence efficace, du moins en l'absence d'obligation légale concrétisant ces déclarations : les engagements des parties à la concentration ne sauraient tous se valoir.

126 L'art. 23 al. 5 LTM dispose que l'autorité compétente en vertu du droit cantonal statue notamment en matière de garantie d'accès non discriminatoire aux installations subventionnées.

## Bibliographie

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI, Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010 (cité: BSK-KG-AUTEUR·E, Art. X N Y).
- BOTTERON VALENTIN, Le contrôle des concentrations d'entreprises: Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain, Zurich 2021.
- CARLTON DENNIS W. /PERLOFF JEFFREY M., Modern Industrial Organization, 4<sup>e</sup> éd., Boston et al. 2005.
- Comco, Dossier de presse: La COMCO assure la concurrence sur le réseau de fibres optiques, Berne 17 décembre 2020 (cité: Comco, Dossier de presse, 17 décembre 2020).
- Comco, Dossier de presse: La COMCO autorise l'achat de Sunrise, Berne 30 octobre 2020 (cité: Comco, Dossier de presse, 30 octobre 2020).
- Comco, La COMCO assure la concurrence sur le réseau de fibres optiques, Communiqué de presse du 17 décembre 2020 (cité: Comco, Communiqué de presse du 17 décembre 2020).
- Comco, La COMCO autorise l'achat de Sunrise, Communiqué de presse du 30 octobre 2020 (cité: Comco, Communiqué de presse du 30 octobre 2020).
- COMMISSION EUROPÉENNE, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, [2004] J.O. C31/5.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), FF 1995 472 (cité: Message LCart).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911 (cité: Message LCart 2001).
- ENRIQUE LUCA et al., The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies, in: Kraakman Reinier et al., The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and functional Approach, 3<sup>e</sup> éd., Oxford 2018.
- GROUPE D'ÉVALUATION L CART, Zusammenschlusskontrolle: Überprüfung der Notwendigkeit einer Revision, Projektbericht P17 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Berne 2008.
- HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRIK, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Zurich 1997 (cité: AUTEUR·E, in Homburger et al., Art. X N Y).

- IMMENGA ULRICH, *Materiellrechtliche Unterschiede des Schweizer und EU-Kartellrecht am Beispiel der Fusionskontrolle*, in : WEBER ROLF/HEINEMANN ANDREAS/VOGT HANS-UELI, *Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext: Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch*, Berne 2009.
- IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (éds), *Wettbewerbsrecht: Band 1: EU. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 6<sup>e</sup> éd., Munich 2019 (cité : [AUTEUR·E], in Immenga/Mestmäcker, Art. X N Y).
- LANGEN EUGEN/BUNTE HERMANN-JOSEF (éds), *Kartellrecht: Kommentar: Band 2: Europäisches Kartellrecht*, 13<sup>e</sup> éd., Neuwied 2018 (cité : AUTEUR·E, in Langen/Bunte, Art. X N Y).
- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (éds), *Commentaire romand : Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013 (cité : CR Concurrence-AUTEUR·E, art. X [loi] N Y).
- MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la concurrence*, 2<sup>e</sup> éd. Genève/Zurich 2021.
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit Administratif: Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2011.
- MOTTA MASSIMO, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge 2004.
- OFFICE FÉDÉRAL DES TRANSPORTS, *Gateway Basel Nord: cofinancement de la première étape du terminal*, Fiche info du 9 juillet 2018.
- SEYDTAGHIA ANOUCH, *Transformer la 5G et la 4G en reseau wi-fi, nouvelle tendance*, Le Temps 25.01.2021, p. 8.
- SWISSTERMINAL, *Swissterminal takes over operation of three French inland ports*, Communiqué de presse du 12.01.2021.
- TIROLE JEAN, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge/London 1988.
- ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2005.
- ZÄCH ROGER et al., *KG : Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar*, Zurich/Saint-Gall 2018 (cité : AUTEUR·E, DIKE-KG, Art. X N Y).