

B 2	8. Diverses Divers Diversi
B 2.8	1. X SA

Feststellungsverfügung der Wettbewerbskommission

Décision constatatoire

Decisione di accertamento

Demande de décision constatatoire de X SA

A. Etat de fait

1 Requête de X SA du 11.10.1996

1. Le 11 octobre 1996, le représentant de l'entreprise X SA s'est adressé au Secrétariat de la Commission de la concurrence en requérant l'ouverture d'une enquête préalable, en raison du fait que les producteurs de ciment, en particulier le groupe Jura-Cement, se trouvent dans une position de monopole et rachètent de manière systématique leurs clients. Il prit des conclusions tendant à ce qu'il plaise au Secrétariat:

"a) d'enregistrer la présente plainte et, le cas échéant, ordonner une enquête préalable (Art. 26) ou une enquête (Art. 27);

b) rendre une décision constatant que les groupes Jura-Cement et Holderbank occupent en Suisse une position dominante sur le marché du ciment situé en amont de celui des matériaux de construction;

c) informer le groupe Jura-Cement et, le cas échéant, les autres cimentiers suisses, que, compte tenu d'une présomption de leur part de détention d'une position dominante sur le marché du ciment, position dominante devant encore être formellement constatée par une décision passée en force, il leur est d'ores et déjà fait interdiction de procéder à toute nouvelle opération de concentration dans le cadre d'une intégration verticale sans notification préalable, les dispositions de l'art. 9, al. 4 LCart leur étant dès maintenant applicables. "

2. Bien que la LCart ne donne aucun droit à l'ouverture d'une enquête préalable, le Secrétariat a néanmoins ouvert d'office une enquête préalable le 16 juin 1997, suivant partiellement la requête déposée, pour les motifs suivants :

"1. Application de l'art. 9 al. 4 LCart

Selon l'article 9 al. 4 LCart, il faut qu'il y ait une décision passée en force pour établir qu'une entreprise participante occupe une position dominante. Or, il n'existe pas de telle décision, s'agissant du marché du ciment, qui mettrait en particulier en cause l'entreprise Jura Cement-Fabriken. Pour cette raison déjà, l'art. 9 al. 4 LCart n'est pas applicable en l'espèce.

Il n'existe pas de présomption légale de position dominante en droit suisse. Une application anticipée de l'art. 9 al. 4 LCart (conclusion c) n'est dès lors pas possible.

La question de savoir s'il est possible d'engager une procédure uniquement dans le but de faire constater une position dominante (conclusion b) peut demeurer ouverte, dans la mesure où des abus sont allégués.

2. Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante selon l'art. 7 LCart

Peut constituer une restriction illicite à la concurrence selon l'article 7 LCart, le fait pour un acheteur de s'intégrer verticalement par des achats d'entreprises actives sur les marchés en amont, lorsque, comme dans le cas présent, une entreprise (en l'occurrence Jura Cement) rachète des entreprises clientes et de ce fait livre du ciment à la fois à ses filiales et à leurs concurrents (en l'espèce X SA).

Afin de vérifier s'il existe des indices d'un abus de position dominante, le secrétariat ouvre une enquête préalable selon l'article 26 LCart afin de vérifier le comportement de l'entreprise Jura Cement Fabriken en ce qui concerne l'intégration verticale d'entreprises de matériel de construction (conclusion a). "

3. Le 18 mai 1998, le Secrétariat a clos sans suite l'enquête préalable. Le rapport final a été remis aux parties. X SA a été informée de la possibilité d'en exiger une version française.

2 Demande d'une décision constatatoire

4. Par courrier du 23.6.1998, X SA, après réception du rapport final, a demandé une décision formelle.

B. Considérants

1 Formellement/Prétention à l'obtention d'une décision constatatoire

5. Le rapport final d'une enquête préalable n'est pas une décision au sens de l'article 5 al. 1 de la Loi fédérale sur la procédure administrative (LPA), du fait qu'il ne crée, ne modifie, ni ne constate de façon contraignante les droits ou obligations d'une partie. Une enquête

préalable a uniquement pour but de déterminer, en fait et en droit, de manière sommaire, s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence. Le cas échéant, le Secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, ouvre une enquête au sens de l'article 27 LCart; dans le cas contraire, le rapport final met fin à la procédure.

6. L'enquête préalable est une procédure du Secrétariat au terme de laquelle il n'y a pas de décision en force "sur les mesures à prendre" au sens de l'article 30 LCart. La requête de X SA peut donc tout au plus être interprétée comme une demande visant à adopter une décision constatatoire.

7. X SA ne précise pas le genre de décision qu'elle sollicite. Elle dépose sa demande en réaction à l'envoi du rapport final. Placée dans ce contexte, la requête peut être considérée comme (i) une demande d'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart, (ii) une demande en vue de la constatation de l'existence ou de l'inexistence d'indices d'une restriction illicite à la concurrence, ou (iii) une demande en vue de la constatation du caractère licite ou illicite d'une restriction à la concurrence selon la LCart, respectivement des droits et obligations qui en découlent.

8. Le contenu d'une décision cartellaire porte toujours sur les droits et obligations d'une partie (art 5 LPA). C'est pourquoi, une décision constatant l'existence ou l'inexistence d'indices d'une restriction illicite à la concurrence est impossible. La LCart ne confère aux personnes concernées aucun droit à l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 27 LCart (décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence, in RPW/DPC 1997/4, p. 608). Une constatation, dans un cas particulier, (i) de l'existence de ce droit ou (ii) d'indices d'une restriction à la concurrence n'est donc pas possible.

9. L'enquête préalable remplit une fonction de triage. Elle permet en effet une sélection des cas qui nécessitent une enquête et de préparer déjà celle-ci. Elle est donc menée en fonction de ce qui est nécessaire pour constater l'existence ou l'inexistence d'indices. L'état de fait n'établit pas la présence de preuves strictes. En conséquence, (iii) l'enquête préalable ne fournit aucune base pour une décision au fond au sujet du caractère licite ou illicite d'une restriction à la concurrence. Il résulte de ce qui précède que rien ne peut être décidé dans le cas particulier au sujet des droits et des obligations des personnes concernées.

10. Par conséquent, une décision constatatoire d'un des types mentionnés n'est pas possible. La Commission de la concurrence n'entre donc pas en matière sur la requête.

C. Frais

11. En vertu de l'art. 2 de l'Ordonnance du 25 février 1998 sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument "celui qui occasionne une procédure administrative". En l'espèce, la procédure a été occasionnée par X SA.

12. Selon l'art. 4 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, "l'émolument se calcule en fonction du temps consacré. Il s'élève à 130 francs l'heure." En l'occurrence, le temps consacré est de 21,5 heures. L'importance économique de l'objet en question ne justifie ni une augmentation ni une réduction de l'émolument.

13. Selon l'article 5 al. 1 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, "l'assujetti est également tenu de rembourser les débours du secrétariat de la Commission de la concurrence". En l'espèce, ils se montent à SFr. 41.90.

D. Dispositif

La Commission de la concurrence décide:

1. de ne pas entrer en matière sur la requête de X SA visant à l'adoption d'une décision constatatoire.
2. frais
3. notifiée