

Fazit

In seinen Berichten vom Mai 2000 und November 2002 erachtet der Bundesrat die internationale Erschöpfung im Patentrecht als die aus wirtschaftstheoretischer (wettbewerbs- bzw. ordnungspolitischer) Sicht sachgerechte Lösung. Im Mai 2000 bekannte sich der Bundesrat dennoch zur nationalen Erschöpfung, weil die für eine definitive Beurteilung notwendigen Informationen, insbesondere die empirischen Studien, noch nicht vorlagen. Diese Informationen liegen nun vor. Sie sprechen nach Auffassung der Wettbewerbskommission für den Übergang zur internationalen, oder - als zweitbeste Lösung - zur regionalen Erschöpfung im Patentrecht.

Die Wettbewerbskommission bittet den Bundesrat daher um Kenntnisnahme dieser Stellungnahme.

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Commission de recours pour les questions de
concurrence
Commissione di ricorso in materia di concorrenza

B 3	1. Edipresse S.A.
-----	-----------------------------

Décision incidente du 20 février 2003 concernant Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. contre Edipresse S.A et Commission de la concurrence en matière de concentration d'entreprises (Décision du 16 décembre 2002) (retrait de l'effet suspensif)

Vu:

- ?? le communiqué de presse du 17 décembre 2002 de la Commission de la concurrence par lequel elle a annoncé son approbation au rachat du groupe Corbaz, qui édite les quotidiens "La Presse Riviera Chablais" et "La Presse Nord Vaudois", par le groupe de presse lausannois Edipresse,
- ?? le recours administratif du 30 janvier 2003 des Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. contre ledit communiqué de presse devant la Commission de recours pour les questions de concurrence,
- ?? l'ordonnance du 6 février 2003 de la Commission de céans fixant un délai jusqu'au 12 février 2003 aux parties ainsi qu'à l'instance inférieure pour se prononcer sur l'effet suspensif, respectivement un éventuel retrait de l'effet suspensif,
- ?? le courrier du 12 février 2003 de la recourante qui conclut, sous suite de frais et dépens, notamment à ce qui suit:

(...)

Dans tous les cas

?? Maintenir l'effet suspensif attaché au présent recours (art. 55 al. 1 PA).

(...)

Ou subsidiairement

?? Ordonner des mesures provisoires adéquates (art. 56 PA) de façon à maintenir la situation actuelle dans l'attente d'une décision définitive sur le recours du 30 janvier 2003, en particulier (1.) faire interdiction à Edipresse SA et au groupe qu'elle contrôle, sous menace des peines prévues par la loi, de conclure un contrat d'affermage avec Publicitas SA ou une entité tierce concernant la publicité dans les colonnes du quotidien "La Presse Riviera Chablais", (2.) faire obligation à Edipresse SA et au groupe qu'elle contrôle, sous menace des peines prévues par la loi, de se conformer aux engagements pris dans le cadre de la procédure ayant conduit à la décision du 16 décembre 2003 (recte: 2002), y compris ceux figurant dans le communiqué de presse du groupe Edipresse (recte: de la Commission de la concurrence) du 17 décembre 2002, notamment celui de ne procéder à aucun licenciement lié au changement d'actionnaire majoritaire, et (3.) faire interdiction à Edipresse SA et au groupe qu'elle contrôle, sous menace des peines prévues par la loi, d'entreprendre le moindre acte de gestion au sein des sociétés et titres contrôlés par l'imprimerie Corbaz SA et de modifier de quelque façon que ce soit la direction ou la rédaction de ces derniers.

(...)

?? la réponse du 12 février 2003 de l'intimée qui conclut, sous suite de frais et dépens, notamment à ce qui suit:

Principalement

?? dire que le recours du 30 janvier 2003 déposé par Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA contre la prise de position de la Commission de la concurrence du 16 décembre 2002 n'a pas d'effet suspensif;

Subsidiairement

?? retirer l'effet suspensif attaché au recours du 30 janvier 2003 déposé par Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA

contre la prise de position de la Commission de la concurrence du 16 décembre 2002;

(...)

?? le courrier du 12 février 2003 de la Commission de la concurrence qui renonce à se déterminer sur la présente procédure,

?? les autres actes de la procédure,

et attendu:

que la Commission de recours pour les questions de concurrence est compétente pour statuer sur le recours dirigé contre les décisions de la Commission de la concurrence ou de son secrétariat (art. 44 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [loi sur les cartels, LCart; RS 251] et art. 44 ss. et 71a ss. de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021] en relation avec les articles 20 ss. de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage [RS 173.31]);

que le président prend les décisions en matière de mesures provisionnelles, d'avances de frais et d'assistance judiciaire (art. 20 al. 5, in fine, de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage);

que, conformément à l'article 30, alinéa 1, PA, les parties ont eu l'occasion de se prononcer sur la question de l'effet suspensif;

que le recours a un effet suspensif (art. 55 al. 1 PA en rel. avec l'article 39 LCart);

que cette règle générale de l'article 55, alinéa 1, PA ne signifie pas que le retrait de l'effet suspensif ne peut se justifier que dans des circonstances tout à fait extraordinaires (ATF 99 Ib 215, consid. 5; GEROLD STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: ZBL 94/1993, p. 149 ss.), mais que, selon la jurisprudence, il doit reposer sur des motifs clairs et convaincants;

que l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une comparaison entre les intérêts à l'exécution immédiate de la décision, d'une part, et au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu, d'autre part, et qu'il s'agit donc de procéder à une pesée des intérêts publics et privés en présence (ATF 117 V 185, consid. 2b; 110 V 40, consid. 5b; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème éd., Berne 1983, p. 244; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, n° 280);

que l'autorité de recours ou son président peut retirer l'effet suspensif d'un recours dirigé contre une décision qui n'impose pas l'obligation de faire une prestation pécuniaire (art. 55 al. 2 PA);

que la loi n'indique pas quels motifs peuvent justifier le retrait de l'effet suspensif;

que l'autorité de recours, disposant d'une certaine liberté d'appréciation, se fonde en général sur les documents qui sont dans le dossier et examine "prima facie" sans ordonner de compléments de preuve (ATF 117 V 185, consid. 2b; 110 V 40, consid. 5b; ATF 106 Ib 115, consid. 2a);

que l'autorité n'a pas à tenir compte de l'issue probable du recours, à moins qu'aucun doute n'existe à ce sujet (ATF 127 II 132, consid. 3 et les références citées);

qu'il appert du communiqué de presse entrepris que la recourante n'est pas société participante à la concentration (art. 4 al. 3 LCart);

qu'à teneur de l'article 43, alinéa 4, LCart, seules les entreprises participantes ont qualité de parties dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises;

que l'instance inférieure n'a pas accordé à la recourante la qualité de partie au cours de la procédure d'examen, mais qu'elle lui a laissé en revanche la possibilité de déposer des prises de positions écrites;

qu'ainsi donc la qualité pour agir de la recourante paraît douteuse;

que la recourante soutient que le contrôle exercé par Edipresse SA sur l'imprimerie Corbaz SA et ses actifs et accessoires occasionnerait un dommage irréparable sur la structure de certains marchés (région Riviera Chablais, région Nord Vaudois, région de la Côte) en éliminant totalement la concurrence actuelle et en créant un renforcement des barrières à l'entrée équivalent à un effet de dissuasion;

qu'elle allègue par ailleurs qu'il subsiste une grande incertitude au sujet des engagements pris par l'intimée en contrepartie de l'autorisation d'acquérir l'imprimerie Corbaz SA;

qu'elle ajoute enfin disposer d'un intérêt privé prépondérant au motif que l'intimée serait en position d'offrir aux annonceurs nationaux un taux de couverture et de pénétration suffisant pour leur permettre de se passer du journal "La Côte" détenu par la recourante et que la perte de gain estimée pour cette dernière atteindrait ainsi entre 50% et 80% du chiffre d'affaires de publicité nationale, soit entre CHF 900'000.-- et CHF 1'440'000.-- pour l'année 2003;

que, pour sa part, l'intimée relève que le législateur a exprimé sa volonté de faire bénéficier les parties à une concentration d'une procédure rapide et efficace;

qu'elle allègue que l'intérêt des parties à la concentration est manifeste, aux motifs que les entreprises participantes ont déjà réalisé la concentration avec effet au 1^{er} janvier 2003 en procédant à des investissements importants et à l'intégration liés à l'acquisition du groupe Corbaz, que l'assemblée générale d'Edipresse SA permettant la sortie

de Publigroupe des sociétés opérationnelles du groupe Edipresse a déjà été convoquée pour le 13 février 2003;

qu'enfin, selon l'intimée, l'admission d'un effet suspensif aurait des conséquences très graves également pour les investisseurs, l'intimée étant une société cotée en bourse;

que la Commission de la concurrence a de manière constante considéré que, comme en l'espèce, l'autorisation sans charges ni conditions d'une opération de concentration à l'issue d'une procédure d'examen approfondi ne constitue pas une décision au sens de l'article 5 PA, mais une simple communication aux parties (DPC 1997/2, p. 179, ch. 111 à 115);

que l'intimée a, de bonne foi, débuté les opérations liées à la concentration des entreprises en effectuant, à cet effet, certains investissements;

qu'un maintien de l'effet suspensif aurait pour conséquence d'interrompre ces opérations en causant un préjudice non seulement à l'intimée, mais également aux différents investisseurs impliqués;

que, pour sa part, la recourante invoque surtout des motifs d'ordre général ayant trait à la concurrence lorsqu'elle affirme que l'opération contestée aura des conséquences sur plusieurs marchés tous directement ou indirectement liés au domaine de la presse écrite en Suisse romande et qu'elle déploiera des effets certains sur la structure de la concurrence;

qu'elle se prévaut en outre d'hypothétiques effets néfastes pour la concurrence lorsqu'elle prétend que le groupe Edipresse pourrait faire usage d'une stratégie de "type prédatrice" en vue d'évincer toute concurrence sur le marché considéré;

que selon la jurisprudence, la qualité pour recourir n'est pas reconnue à celui dont le recours est avant tout fondé sur des motifs idéaux ou sur une conviction personnelle (ATF 123 II 376 consid. 4a et références);

que la recourante allègue une perte de gain qu'elle estime entre CHF 900'000.-- et CHF 1'440'000.-- pour l'année 2003;

que les atteintes auxquelles devrait faire face l'intimée en cas de maintien de l'effet suspensif ne seraient pas à considérer comme mineures;

qu'il serait choquant au regard du principe de la bonne foi et de la proportionnalité d'interrompre les opérations de concentration déjà débutées (art. 9 Cst, [RS 101]; ATF 126 II 377 consid 3a et les arrêts cités; 124 II 265 consid. 4a; art. 5 al. 2 et 36 Cst; ATF 126 I 219 consid. 2c);

que de surcroît, il en va de la sécurité du droit, plus précisément de la prévisibilité de l'action administrative particulièrement importante en droit administratif économique;

qu'il découle de ce qui précède que non seulement les intérêts privés de l'intimée, mais également l'intérêt public, l'emportent sur ceux de la recourante et commandent ainsi un retrait de l'effet suspensif;

qu'au surplus, non seulement la question de la qualité pour agir, mais également la qualification de l'acte administratif sur lequel se fonde la recourante pour agir sont douteuses;

qu'en conséquence, il y a lieu de retirer l'effet suspensif du recours;

que subsidiairement, dans le cadre de sa requête de mesures provisionnelles (art. 56 PA), la recourante demande à la Commission de céans d'interdire à l'intimée et au groupe qu'elle contrôle de conclure un contrat d'affermage avec Publicitas SA ou une entité tierce concernant la publicité dans les colonnes du quotidien "La Presse Riviera Chablais", de même que d'entreprendre le moindre acte de gestion au sein des sociétés et titres contrôlés par l'Imprimerie Corbaz SA et de modifier de quelque façon que ce soit la direction ou la rédaction de ces derniers;

que la Commission de céans ne saurait donner suite à cette demande pour les mêmes motifs que ceux qui justifient le retrait de l'effet suspensif;

qu'enfin la recourante demande aussi à la Commission de céans de faire obligation à l'intimée et au groupe qu'elle contrôle de se conformer aux engagements pris dans le cadre de la procédure ayant conduit à la décision du 16 décembre 2003 (recte: 2002), y compris ceux figurant dans le communiqué de presse du groupe Edipresse (recte: de la Commission de la concurrence) du 17 décembre 2002, notamment celui de ne procéder à aucun licenciement lié au changement d'actionnaire majoritaire;

que la Commission de la concurrence a précisément renoncé à assortir l'autorisation de clauses accessoires;

qu'il ne compète pas à la Commission de céans, dans le cadre d'une requête de mesures provisionnelles, de compléter l'acte attaqué dans le sens proposé par la recourante alors même que la nature de l'acte est incertaine;

que la question des frais et dépens de la présente procédure est renvoyée à la décision quant au fond;

la Commission de recours pour les questions de concurrence:

1. Retire l'effet suspensif au recours du 30 janvier 2003 et, au surplus, rejette la requête de mesures provisionnelles déposée par la recourante.
 2. Réglera la question des frais et dépens de la présente procédure dans la décision sur le fond.
-

3. Signale que, pour autant qu'elle cause un préjudice irréparable, la présente décision incidente peut être attaquée devant le Tribunal fédéral suisse, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours de droit administratif, dans les dix jours suivant sa notification. Le mémoire doit être produit en trois exemplaires, indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature de la recourante ou de son mandataire qui y joindra la présente décision et les pièces invoquées comme moyens de preuve si elles se trouvent en ses mains.

4. Notifie la présente décision par Lettre Signature (LSI) avec accusé de réception aux parties et à l'instance inférieure.

Cette décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence a fait l'objet d'un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral. Celui-ci est encore pendant actuellement.

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia
------------	--

ALFTER Mette, "Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle - SLC-Test versus Marktbeherrschende Stellung?", Wirtschaft und Wettbewerb, 1/2003, S. 20 ff.

ANTONIOLI Barbara/FILIPPINI Massimo, "Optimal Size in the Waste Collection Sector", Review of Industrial Organization, 20/3(2002), S. 239 ff.

ARP D. Jarret/SWAAK Christof R.A., "A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission's New Leniency Notice", European Competition Law Review, 24/1(2003), S. 9 ff.

BAJARI Patrick/SUMMERS Garrett, "Detecting Collusion in Procurement Auctions", The Antitrust Law Journal, 70/1(2002), S. 143 ff.

BAKER Edwin C., "Media Concentration: Giving Up on Democracy", University of Pennsylvania Law School, Research Paper No. 16, 2002 (auch: University of Florida Law Review)

BAKER Simon/COSCELLI Simon/VAN DIJK Theon, "Unilateral Effects in Retail Chain Mergers: An Application to Supermarkets", European Competition Law Review, 4/2002, S. 180 ff.

BARTON John H., "Antitrust Treatment of Oligopolies with Mutually Blocking Patent Portfolios", The Antitrust Law Journal, 69/3(2002), S. 851 ff.