

Liberté et restrictions à la concurrence - le droit des restrictions à la concurrence

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1986. "Liberté et restrictions à la concurrence - le droit des restrictions à la concurrence." In *Recueils pratiques du droit des affaires dans les pays du marché commun, tome III: pratiques commerciales - Allemagne*, edited by William Garcin and François Hepp, Loseblatt-Ausgabe, 4. Paris: Editions Jupiter.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



4-... Liberté et restrictions à la concurrence – Le droit des restrictions à la concurrence (*)

INDEX ANALYTIQUE

40-... GENERALITES - EVOLUTION ET REGIME DU DROIT ALLEMAND

I. Définition du problème

II. Evolution du droit des restrictions à la concurrence

III. Résumé des éléments constitutifs de pratiques restrictives de la concurrence

IV. Le champ d'application de la loi contre les restrictions à la concurrence

A. Les entreprises concernées par les dispositions légales

B. Dérogations, et selon les cas, application limitée pour différents secteurs de l'économie

C. Champ d'application international de la GWB

V. Règles de procédure garantissant les dispositions légales contre les restrictions à la concurrence

A. Le régime des sanctions dans la GWB

- 1) Invalidité des accords contractuels et résolutions
- 2) Ordonnance d'interdiction de l'administration des ententes
- 3) La condamnation au paiement d'amendes
- 4) Obligations de réparation et d'abstention
- 5) Prélèvement du supplément de gain réalisé

B. Autorités administratives compétentes

- 1) Office fédéral des ententes
- 2) Ministre fédéral de l'Economie
- 3) Administration des ententes du Land

C. Différents types de procédure

- 1) Procédure administrative devant l'administration des ententes
- 2) Procédure dans les affaires de pénalités
- 3) Voie judiciaire pour les actions de nature civile

D. Interférences de la GWB et des dispositions du droit européen

(*) Etude réalisée par le Dr. Herbert BUCHNER, Professeur à l'université d'Augsbourg. Traduction de Mme Annie BARSEGHIAN..

41.--- RESTRICTIONS A LA CONCURRENCE PAR LA CONSTITUTION D'ENTENTES

I. Principe de l'interdiction des accords restrictifs de la concurrence, article 1 GWB

- A. Accords et décisions constituant des actions restrictives de la concurrence*
- B. Objectif commun de la restriction à la concurrence*
- C. Aptitude à influencer (de manière sensible) sur la situation du marché*
- D. Restriction de la portée de l'interdiction dans l'intérêt de l'efficacité d'institutions contractuelles*
- E. Conséquences juridiques et sanctions*

II. Protection de l'interdiction des ententes contre les procédés permettant de les tourner

- A. Interdiction des pratiques concertées*
- B. Interdiction des recommandations tendant à faire commettre des infractions au droit des ententes*
- C. Interdiction des contraintes d'adopter des pratiques enfreignant le droit des ententes*

III. Ententes et recommandations licites

- A. Théorie appliquée par la GWB pour autoriser des accords et recommandations restrictifs de la concurrence*
- B. Formes et conditions de licéité des accords d'ententes*
 - 1) Ententes notifiées
 - 2) Ententes pouvant faire l'objet d'opposition
 - 3) Ententes autorisées
 - 4) Recommandations licites
- C. Validité des mesures restrictives de la concurrence et contrôles*

42.--- CONVENTIONS RESTRICTIVES DE LA CONCURRENCE DANS LES CONTRATS D'ECHANGE

I. Prix et conditions

- A. Nullité de principe des accords imposant des prix et conditions*
- B. Sanctions en cas d'infractions à l'interdiction des prix imposés*
- C. Prix imposés licites*
- D. Recommandations de prix licites pour des articles de marque*

II. Restrictions à la liberté d'utilisation et contraintes de distribution

- A. Analyse des types de pratiques en fonction de leurs éléments constitutifs*
- B. Licéité de principe des clauses de contrainte*
- C. Déclaration de nullité et interdiction de clauses d'engagement*

III. Restrictions à la concurrence dans les contrats de licence

- A. Reconnaissance des restrictions à la concurrence résultant de droits de propriété industrielle*
- B. Autres accords restrictifs de la concurrence figurant dans des contrats de licence*
- C. Appréciation juridique et conséquences juridiques*

43.--- LA CONCURRENCE SOUS FORME D'ENTRAVES

I. Incitation au boycottage

A. Eléments constitutifs de l'interdiction de l'article 26 al. 1 GWB

B. Conséquences juridiques

II. Abus de puissance sur le marché

A. Entreprises soumises au contrôle des abus

B. Les pratiques abusives motivant l'intervention de l'administration

C. Possibilités d'intervention de l'administration et conséquences juridiques

III. Discrimination et entrave d'entreprises

A. Les entreprises et associations d'entreprises visées par l'interdiction

- 1) les entreprises occupant une position dominante sur le marché (art. 26 al. 1 phrase 1, 1^{re} variante GWB)
- 2) les ententes licites en vertu de la GWB (art. 26 al. 2 phrase 1, 2^e variante GWB)
- 3) les entreprises qui imposent des prix de manière licite (art. 26 al. 2 phrase 1, 3^e variante GWB)
- 4) les entreprises ayant une position de force sur le marché (art. 26 al. 2 phrase 2 GWB)
 - a) dépendance tenant aux gammes de produits
 - b) dépendance tenant à l'entreprise
 - c) dépendance tenant à une pénurie
 - d) dépendance tenant à la demande

B. Pratiques interdites

- 1) Interdiction des entraves non équitables (art. 26 al. 2 phrase 1, première variante GWB)
- 2) Interdiction des discriminations non justifiées par les faits (art. 26 al. 2 phrase 1, 2^e variante GWB)

C. Conséquences juridiques

IV. Admission dans une association économique ou professionnelle

44.--- CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES ET LEUR CONTRÔLE PAR L'ADMINISTRATION DES ENTENTES

I. Les processus compris dans le contrôle des concentrations

II. Obligation de notification prévue à l'article 23 al. 1 GWB

III. Interdiction de concentrations d'entreprises, art. 24 GWB

A. Conditions de la décision d'interdiction

B. Décisions des administrations des ententes

C. Autorisation de la concentration par le ministre fédéral de l'Economie, art. 24 al. à 5 GWB.

ABREVIATIONS UTILISEES DANS LES NOTES

BVerfGE	Décisions de la Cour fédérale constitutionnelle
BGBI.	Bundesgesetzblatt (journal officiel)
BT - Drucks	Publications du Deutsche Bundestag (chambre basse du Parlement)
RG	Reichsgericht (Tribunal d'Empire)
RGZ	Décisions du Tribunal d'Empire en matière civile
RGBI.	Reichsgesetzblatt (journal officiel de l'Empire)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Revue « Economie et Concurrence »)
WuW/E	= WuW, recueil de décisions concernant le droit des ententes
BGH	Bundesgerichtshof (Cour fédérale suprême)
BGHZ	Décisions de la Cour fédérale suprême en matière civile
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Revue « la nouvelle semaine juridique »)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, loi contre les restrictions à la concurrence (loi sur les ententes)
BGHSt	Décisions de la Cour fédérale suprême en matière pénale
DB	Der Betrieb (Revue « l'exploitation »)
KG	Kammergericht (Cour d'appel de Berlin)
BKartA	Bundeskartellamt (Office fédéral des ententes)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Cour de justice des Communautés Européennes)
BB	Betriebs-Berater (Revue « le Conseil d'Entreprise »)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Revue « La Propriété industrielle et les droits d'auteur »)
LM	Lindenmaier-Möhring (Ouvrage de référence de la Cour fédérale Suprême)

4-... Liberté et restrictions à la concurrence – Le droit des restrictions à la concurrence (*)

40-... GENERALITES - EVOLUTION ET REGIME DU DROIT ALLEMAND

I. DEFINITION DU PROBLEME

Le système économique de la République fédérale allemande est considéré unanimement comme ce que l'on appelle une «économie sociale de marché». La Loi Fondamentale de la République fédérale allemande, en date du 23.5.1949 n'a certes pas institué une constitution économique déterminée et n'a notamment pas fixé le système économique de la République fédérale selon un modèle précis de droit constitutionnel économique. Mais tout le monde s'accorde pour reconnaître qu'elle a, en garantissant la liberté d'action économique (et en particulier la liberté contractuelle), la liberté professionnelle, la propriété privée et le droit d'association, pris des positions de principe importantes qui témoignent d'un système économique fondé sur une économie de marché caractérisée par des processus décisionnels décentralisés. De même, en établissant constitutionnellement que le système économique reposerait sur le principe de l'Etat social, il a été décidé que la Constitution économique ne peut évoluer dans la direction d'une pure économie libérale concurrentielle, mais qu'au contraire, l'Etat a le pouvoir et la mission d'intervenir de manière normative dans le cours de l'économie, dans l'intérêt de la protection des plus faibles sur le plan économique et d'une certaine équité sociale. On trouve d'autres indices en faveur de cette théorie dans les réserves dont ont été assorties les réglementations des différentes libertés au profit de restrictions légales, ou qui leurs sont inhérentes, et qui vont jusqu'à conférer au législateur le pouvoir de mettre les moyens de production en propriété collective ou sous toute autre forme d'exploitation collective. En conséquence, le législateur a bénéficié d'une vaste latitude pour façonner, sur le plan concret, l'ordre économique de la République fédérale ⁽¹⁾. Pour la plupart des secteurs de l'économie, il n'a pas utilisé la possibilité d'intervenir dans l'évolution économique par voie de planification ou de réglementation. Il s'est plutôt limité à exercer une influence sur le développement de l'économie générale par l'intermédiaire de certaines règles cadre (notamment le droit fiscal et le droit budgétaire), tout en laissant toutefois en principe la direction aux mécanismes du marché. C'est la raison pour laquelle l'image générale qu'offre le système économique de la République fédérale est celle d'un

système reposant sur une économie de marché. Cela n'est pas seulement le résultat d'une passivité inconsciente du législateur, mais bien au contraire cela correspond à sa conception de politique économique, telle qu'elle apparaît dans le contexte de la publication de la loi du 8.6.67 tendant à promouvoir la stabilité et la croissance de l'économie ⁽²⁾. La loi dispose dans son article premier que l'Etat fédéral et les Etats fédérés doivent prendre des dispositions de politique économique qui «dans le cadre du système de l'économie de marché», contribuent en même temps à la stabilité du niveau des prix, à un accroissement du niveau de l'emploi, et à un équilibre du commerce extérieur dans l'hypothèse d'une croissance économique constante et satisfaisante. Ce texte montre clairement que l'Etat se réserve de manière absolue le pouvoir d'exercer une influence sur l'évolution de l'économie générale, mais ce, toutefois sur la base d'un ordre économique dont la structure fondamentale repose sur une économie de marché et dont les forces motrices doivent être utilisées au maximum, d'où la nécessité de garantir leurs possibilités de développement. Ce faisant, il était possible d'utiliser en même temps la fonction de direction et d'ordre exercée par la concurrence.

Tel fut également le point de départ des réflexions du législateur sur la création d'un système de concurrence. Si un ordre étatique veut tabler sur les forces de la concurrence, et ainsi faire en même temps bénéficier les participants au marché de cette fonction de garantie de la liberté personnelle assurée par la concurrence — il doit alors non seulement s'abstenir d'influer sur les processus économiques par la réglementation étatique, mais également veiller à ce que les sujets privés de l'économie ne se soustraient aux exigences de la concurrence par des pratiques restrictives ou tout autre type de pratique portant atteinte à la concurrence. Le législateur a rempli sa mission à cet égard en publiant une loi contre les restrictions à la concurrence ⁽³⁾. Dans sa motivation officielle ⁽⁴⁾ cette loi a été définie comme l'une des bases les plus importantes de la promotion et du maintien de l'économie de marché devant garantir la liberté de la concurrence et éliminer la puissance économique là où elle porte préjudice à l'efficacité de la concurrence et aux tendances d'augmentation de puissance qui lui sont inhérentes.

(*) Etude réalisée par le Dr. Herbert BUCHNER, professeur à l'université d'Augsbourg. Traduction de Mme Annie BARSEGHIAN.

(1) En ce sens également l'appréciation de la Cour fédérale constitutionnelle dans sa première décision de l'année 1954, BVerfGE 4, p. 17.

(2) BGBl. 1967 I p. 582.

(3) Loi du 27.7.1957, BGBl. 1957 I p. 1081; Nouvelle publication du 24.9.1980, BGBl. 1980 I p. 1761.

(4) BT Drucks. 1158 (2^e législature) après l'annexe 1 p. 21.

II. EVOLUTION DU DROIT DES RESTRICTIONS A LA CONCURRENCE

On ne savait pas dès le départ qu'une économie concurrentielle reposant sur la liberté contractuelle nécessite la protection de l'Etat ou des pratiques restrictives de la concurrence de l'économie privée. Dans sa jurisprudence antérieure ⁽⁵⁾ le Tribunal d'Empire avait encore autorisé des actes effectués à des fins de concurrence comme étant des implications de la liberté générale d'agir et de contracter. Ce n'est que dans les années ultérieures qu'il a accordé aux parties opposées du marché et aux parties extérieures aux cartels une protection fondée sur le droit délictuel contre l'abus de positions économiques de puissance ⁽⁶⁾. Auparavant les organes législatifs étaient en fait déjà intervenus. Sur la base de la loi d'habilitation du 13.10.1923, le gouvernement impérial avait édicté le «décret contre l'abus de positions dominantes économiques» en date du 2.11.1923 ⁽⁷⁾. D'après les dispositions de ce texte, le Tribunal des ententes pouvait, sur demande du Ministre de l'Economie de l'Empire, déclarer nuls et interdire l'exécution d'accords sur la production, la vente, les conditions contractuelles ou les prix lorsqu'ils constituaient une menace pour l'économie générale ou le bien public. Dans la pratique cette réglementation eut peu d'effet et ne put endiguer la création et l'activité des ententes. Sous le régime national-socialiste, les ententes devinrent alors un instrument du dirigisme économique suscité et pratiqué par l'Etat. La «Loi relative à l'institution de cartels obligatoires», du 15.7.1933 en constitua la base légale ⁽⁸⁾. «Aux fins de réglementer le marché», le Ministre de l'Economie de l'Empire pouvait réunir des entreprises en groupements, cartels, conclure des conventions ou autres accords, et fixer les droits et obligations de ces concentrations. Avec le rétablissement de l'économie de marché après la deuxième guerre mondiale, il apparut également que l'évolution du marché requiert un régime qui permette de repousser les atteintes qui viennent troubler son cours.

C'est après de rudes discussions de politique juridique autour de l'aspect conceptuel de la loi que fut adoptée en 1957 la «loi contre les restrictions à la concurrence» ⁽⁹⁾, qui fut, complétée au cours des années ultérieures, et jusqu'à présent par quatre réformes au total ⁽¹⁰⁾.

III. RESUME DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE PRATIQUES RESTRICTIVES DE LA CONCURRENCE

Les formes de manifestation et les problèmes liés aux pratiques restrictives de la concurrence ne se posent pas, en République fédérale allemande, dans des termes différents de toute autre économie concurrentielle. Toutefois, tout régime juridique décide lui-même quelles sont les limites qu'il souhaite

imposer dans cette mesure aux personnes qui prennent part à la vie économique. A cet égard, le premier élément qui entre en ligne de compte est que l'interdiction de types de pratiques restrictives de la concurrence a pour effet de limiter la liberté d'entreprise, et donc, à chaque fois il convient de décider dans quelle mesure il est opportun de limiter, pour favoriser les chances de pénétration sur le marché et de réussite d'autres entreprises, les possibilités de réalisation de l'entreprise touchée par l'interdiction légale. D'autre part il existe des secteurs et situations économiques dans lesquels le bien public ou l'intérêt prééminent de quelques parties imposent, ou en tout cas justifient, la restriction de la concurrence.

Par la loi contre les restrictions à la concurrence (GWB) promulguée en 1957 et complétée ultérieurement par quatre réformes, le législateur de la République fédérale a recensé les types suivants de pratiques restrictives de la concurrence :

a) Conclusion et exécution de conventions ou décisions restrictives de la concurrence adoptées par des entreprises du même stade économique (concurrents et en tout cas concurrents potentiels), aux fins de prendre une mesure restrictive de la concurrence (appelées «ententes»), articles 1 à 14 GWB. Peu importe à cet égard la puissance sur le marché des entreprises concernées; il suffit que les accords soient susceptibles d'avoir une influence sur la situation du marché. En fait, la loi qui part du principe que de tels accords sont nuls et illicites (article 1 GWB) prévoit une série d'éléments de fait constitutifs d'exceptions, en présence desquels les accords d'ententes sont reconnus (articles 2 à 8 GWB); voir pour plus de détails ci-dessous la décimale 41.---

b) Conclusion et exécution de contrats entre entreprises de différents stades économiques, qui limitent un des cocontractants dans sa liberté de formation des conditions de concurrence au niveau des relations commerciales avec des tiers, qu'il s'agisse finalement d'engager des relations d'affaires ou de former des conditions (articles 15 à 21). Là encore, il n'est, en principe, pas tenu compte de la puissance sur le marché des entreprises intéressées, néanmoins, seule une partie des éléments constitutifs légaux est soumise au principe d'interdiction, pour l'autre partie une intervention de l'administration des ententes n'est possible que lorsque les accords affectant la concurrence revêtent une certaine importance; pour plus de détails, voir ci-après la décimale 42.---

c) Attitude unilatérale sur le marché d'entreprises occupant une position dominante ou une position importante sur le marché, dans la mesure où elles utilisent abusivement leur position; sont notamment visées par la loi, la discrimination et l'entrave d'autrui dans le commerce (article 26 al. 2 GWB), ainsi que l'exécution de conditions non conformes à la concurrence (article 22 GWB); pour plus de détails voir ci-après décimale 43.---

d) La création de positions dominantes ou de positions importantes sur le marché par des contrats et dispositions adéquats en matière de droit des sociétés ou de droit des ententes, notamment fusion d'entreprise, acquisition de participations ou autres actes ayant pour effet de soumettre une entreprise à l'influence dominante d'une autre entreprise. A ce niveau, la réglementation légale mise en place seulement depuis la réforme de la loi de 1973 prévoit un contrôle et éventuellement une interdiction par les autorités.

(5) Arrêt du 4.2.1897, RGZ 38, p. 155 (158).

(6) RG du 15.12.1933, RGZ 143, p. 24; RG du 18.12.1931, RGZ 134, p. 342.

(7) RGBl. 1923, p. 1067.

(8) RGBl. 1933, p. 488.

(9) BGBl. 1957 I p. 1081.

(10) 1. réforme du 15.9.1965, BGBl. 1965 I p. 1363.

2. réforme du 5.8.1973, BGBl. 1973 I p. 917.

3. réforme du 28.6.1976, BGBl. 1976 I p. .

4. réforme du 26.4.1980, BGBl. 1980 I p. 458.

Il faut encore mentionner la «Loi tendant à l'assainissement de dispositions de droit économique» du 27.2.1985 (BGBl. I p. 457) qui a introduit quelques allègements au niveau de la procédure (en particulier suppression du registre des ententes).

La loi contre les restrictions à la concurrence traite de la garantie de la concurrence et des restrictions autorisées; ce faisant, elle tend à la concurrence loyale. La protection des transactions commerciales contre la concurrence déloyale des concurrents fait l'objet d'une réglementation légale distincte, à savoir la loi déjà assez ancienne contre la concurrence déloyale, du 7.6.1909 (*Reichsgesetzblatt* p. 499), et différentes réglementations spécifiques (Loi sur les rabais du 25.11.1933, Décret sur les primes du 9.3.1932). Les dispositions et conventions qui se limitent à concrétiser les exigences de loyauté de la concurrence et à assurer son respect ne constituent pas des conventions restrictives de la concurrence illicites au sens de l'article 1 GWB. Les articles 28 et s. GWB prévoient expressément que les associations économiques et professionnelles peuvent établir dans les domaines qui les concernent des règles de concurrence en vue de s'opposer à l'adoption de pratiques déloyales en matière de concurrence, c'est-à-dire de pratiques contraires à l'exercice d'une concurrence effective, et d'inciter à des pratiques loyales. Pour de telles règles de concurrence, il est possible de requérir l'agrément de l'Office fédéral des Ententes, qui est prononcé dans le cadre d'une procédure formelle, article 28 al. 3 GWB. L'administration des ententes doit alors vérifier le caractère licite au regard du droit de la concurrence des règles de concurrence qui lui sont communiquées. Si la reconnaissance est prononcée, les règles de concurrence ne sont plus alors considérées, en vertu de l'article 29 GWB, comme des contrats et décisions illicites au sens de l'article 1 GWB, en dépit des effets restrictifs de la concurrence qu'elles peuvent éventuellement produire. Les associations économiques de la République fédérale ont fait un usage intensif de la faculté d'établir de telles clauses de concurrence. Même indépendamment de cette possibilité consacrée par la loi de concrétiser certains types de pratiques déloyales en matière de concurrence, il n'est pas possible de considérer comme une restriction illicite de la concurrence au sens de l'article 1 GWB des conventions au moyen desquelles des entreprises se bornent à s'engager à s'abstenir d'utiliser des pratiques déloyales. C'est ainsi par exemple que fut établi et publié dans une «déclaration commune d'organismes d'économie de concurrence», le 25.6.1984⁽¹¹⁾, par les associations centrales de l'économie industrielle, et sur l'initiative du Ministre fédéral de l'Economie, un relevé de types de pratiques litigieuses qui, de l'avis général des associations intéressées perturbent ou mettent en péril l'exercice d'une concurrence effective. Tel est supposé le cas, entre autres, lorsque des droits d'entrée sont exigés lors du premier engagement de relations contractuelles, ou lorsque des biens sont systématiquement proposés au consommateur final au dessous du prix d'achat, sans justification effective. Le caractère illicite au regard du droit de la concurrence des types de pratiques invoqués n'est en fait, considéré sous l'angle de l'interdiction de la concurrence déloyale au sens de l'article 1 UWG, pas incontesté, ce qui se manifeste entre autres dans l'exemple de la vente à perte⁽¹²⁾. De même, on discute le point de savoir si les associations centrales, en déterminant leurs principes de pratiques conformes aux règles de concurrence, se tenaient encore dans le cadre de la détermination pure et simple du caractère loyal de la concurrence, ou bien s'il n'y a pas quelque danger déjà que l'on restreigne aussi la concurrence loyale dans la zone limite.

(11) WuW 1984, p. 712.

(12) En principe la Cour fédérale suprême ne la considère pas comme déloyale puisque le commerçant dispose de la liberté de fixer ses prix; il pourrait y avoir des limites en cas d'entrave d'autres participants au marché — elles ne sont toutefois pas encore suffisamment concrétisées dans la jurisprudence de la Cour fédérale suprême.

IV. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI CONTRE LES RESTRICTIONS A LA CONCURRENCE

A. LES ENTREPRISES CONCERNEES PAR LES DISPOSITIONS LEGALES

Sont concernées par les interdictions de la GWB les entreprises et, selon certaines des dispositions de la loi, également les associations d'entreprises. Ce n'est pas la loi elle-même qui fixe en fait la notion d'entreprise. C'est pour une large part la Jurisprudence et la doctrine majoritaire qui l'ont définie, en se référant au but poursuivi par la loi.

a) Selon les termes employés par la Cour fédérale suprême (BGH)⁽¹³⁾, «toute forme d'activité intervenant en matière commerciale» caractérise l'entreprise au sens de la GWB; la notion d'entreprise doit être entendue dans un sens fonctionnel et non institutionnel⁽¹⁴⁾.

Selon l'opinion communément admise, la consommation à des fins purement privées reste en fait hors de considération, quand bien même elle doit être satisfaite par une participation à l'activité commerciale. D'autre part les personnes privées doivent aussi être traitées comme des entreprises dès lors qu'elles interviennent sur un marché en qualité de pollicitant, ne serait-ce qu'à un degré infime; ainsi en est-il par exemple des professeurs de musique qui dispensent leur enseignement dans le cadre d'une profession libérale⁽¹⁵⁾. Toutefois les pourvoyeurs de main-d'œuvre ne sont pas touchés par la GWB, dès lors que cette activité ne repose pas sur le droit du travail. La GWB concerne exclusivement «des biens ou des prestations commerciales», ce qui signifie que les prestations offertes doivent être fournies par des personnes intervenant de manière indépendante dans les échanges commerciaux. La prestation de travail fournie par un employé ne répond pas aux conditions de la GWB, puisqu'elle intervient dans le cadre d'un contrat de travail — et par voie de conséquence, la représentation collective des intérêts dans le secteur du droit du travail (constitution et activité des syndicats) n'est pas un problème qui relève du droit des ententes.

b) Même des personnes n'exerçant pas jusqu'à présent ou provisoirement une activité commerciale indépendante peuvent en fait être concernées par les dispositions de la GWB en tant que chefs d'entreprise potentiels s'ils entrent en ligne de compte dans l'avenir en tant que participants au marché, mis en sont empêchés par exemple par des accords restrictifs de la concurrence, ainsi éventuellement lors d'une interruption provisoire de l'activité commerciale mais qui pourrait être reprise à tout moment, ou en cas d'interdictions de concurrence auxquelles sont tenus des employés durant la période postérieure à la fin du contrat de travail et qui leur interdisent de s'engager après l'expiration du contrat de travail dans le même secteur d'activité que celui de leur précédent employeur; il en va de même pour des interdictions de concurrence que souscrivent des associés à l'égard de leur société.

(13) BGH du 22.3.1976, BGHZ 67, p. 81 (84).

(14) BGH du 23.10.1979, NJW 1980, p. 1046.

(15) BGH du 23.10.1979, NJW 1980, p. 1046.

c) Pendant longtemps on a controversé le point de savoir si les membres des professions libérales (par exemple médecins, architectes) entrent dans la notion d'entreprise au sens de la GWB; cette question se trouvait posée parce que, selon les règles de leurs ordres professionnels, ces personnes n'exercent pas une activité commerciale. Dans un premier temps, la jurisprudence les a considérés comme des entreprises au regard de la GWB, et donc liées par ses dispositions, du moins lorsqu'en effectuant leurs prestations (par exemple des médecins avec des prestations de laboratoire), elles se trouvent en concurrence avec des entreprises commerciales et que ces dernières peuvent revendiquer la protection de la GWB contre des pratiques non conformes aux règles de la concurrence. Il leur fut même accordé la protection des dispositions de la GWB contre les pratiques restrictives de la concurrence d'autres participants au marché. Il est indéniable qu'il y a une tendance à faire entrer de manière générale les professions libérales dans le champ d'application de la GWB. Ce qui signifie que ce n'est pas seulement le comportement des professions libérales qui doit être apprécié au regard des dispositions de la GWB, mais encore les décisions et actions de leurs associations et chambres, par exemple les résolutions relatives à l'introduction et la mise en œuvre de tarifs minima pour les honoraires. Ce n'est que dans la mesure où des prestations et des rémunérations sont régies par des dispositions légales que le droit des ententes n'a aucune compétence.

d) La notion d'entreprise est généralement indépendante du point de savoir si l'on recherche un but lucratif. C'est pourquoi même les entreprises d'intérêt public sont soumises à la GWB, dans la mesure où elles participent simplement à l'activité commerciale.

Les tribunaux adoptent la même attitude pour les associations sans but lucratif, par exemple les associations sportives. En ce qui concerne les entreprises qui appartiennent en totalité ou en partie à des collectivités publiques (Etat, communes, sociétés de droit public), l'article 98 al. 1 GWB dispose expressément — sous réserve de quelques dispositions particulières — que la GWB est applicable, indépendamment du point de savoir si elles ont un caractère lucratif ou non. C'est ainsi que la Jurisprudence a dû trancher à plusieurs reprises des problèmes de relations juridiques (par exemple le refus d'approvisionnement) entre des organismes publics d'assurances sociales et des entreprises privées (par exemple des entreprises privées d'assurance maladie, des fournisseurs de produits pharmaceutiques), et la GWB a été considérée applicable sans restriction. Mais les rapports juridiques présentant les caractéristiques structurelles du droit public, c'est-à-dire droits à des prestations et de participation, qui doivent être jugés sur le fondement des normes de droit public, restent en dehors du champ d'application de la loi.

B. DEROGATIONS, ET SELON LES CAS
APPLICATION LIMITEE POUR DIFFERENTS
SECTEURS DE L'ECONOMIE

Dans les articles 99 à 105 GWB, le législateur a partiellement exclu ou limité l'applicabilité des dispositions de la loi pour une série de secteurs économiques. La caractéristique commune de toutes les exceptions appelées «dérégations par secteur», est que l'Etat peut soit exercer son influence d'une

autre manière, au moyen de réserves d'autorisations ou d'autres possibilités d'intervention similaires, sur la formation des prix et les conditions contractuelles, ou que des particularités du secteur concerné de l'économie font apparaître justifiées certaines mesures restrictives de la concurrence. En outre, ces articles prévoient non pas une exemption totale des dispositions de la GWB, mais simplement l'inapplicabilité de certaines normes. Voici dans le détail les dérogations qui sont prévues :

a) L'article 101 n° 1 GWB prévoit une exemption totale des dispositions de la GWB pour la Banque fédérale d'Allemagne et pour l'Institut de crédit pour la reconstruction. Le domaine dans lequel s'exerce l'activité de ces deux organismes investis de missions d'ordre public, voire même de souveraineté, a même déjà été défini par le législateur (Loi relative à la Banque Fédérale, Loi relative à l'Institut de crédit pour la reconstruction).

b) Ensuite, en vertu de l'article 101 n° 2 GWB, la loi n'est pas applicable aux secteurs de l'économie qui sont soumis au monopole des spiritueux et au monopole des allumettes.

c) Enfin la GWB est exclue en vertu de l'article 101 n° 3, dans la mesure où le Traité du 18 avril 1951 instituant la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier contient des dispositions spéciales. Tel est fréquemment le cas en ce qui concerne les objets essentiels de la réglementation de la GWB. L'article 65 du traité CECA interdit les conventions, décisions et pratiques concertées ayant pour objectif d'entraver directement ou indirectement, de restreindre ou de fausser le jeu normal de la concurrence dans le Marché Commun. L'article 66 subordonne les fusions d'entreprises à une autorisation obligatoire de la Haute autorité. De ce fait, la GWB perd sa compétence dans une très large mesure en ce qui concerne ces domaines. Les rapports de droit doivent être exclusivement jugés en fonction des dispositions du Traité CECA. Selon la Cour fédérale suprême, les dispositions de la GWB sont toutefois encore applicables lorsque les entreprises intéressées n'exercent pas leur activité seulement dans le secteur du charbon et de l'acier, et que les mesures restrictives de la concurrence ne concernent pas exclusivement ce secteur; ainsi le contrôle de fusion prévu par la GWB ne deviendrait pas inopérant du seul fait que l'entreprise relève pour une partie de son activité de la réglementation CECA, et que l'accord envisagé a reçu l'approbation de la Haute autorité⁽¹⁶⁾. La question est controversée par la doctrine et tranchée de manière contradictoire par la Commission des communautés européennes.

d) Ce n'est que d'une manière très limitée et sous une forme très nuancée que les dispositions de la GWB sont applicables aux accords de l'Administration fédérale des Postes, des Chemins de fer fédéraux, et de diverses entreprises de transport. Compte tenu des diverses réglementations étatiques dans ces secteurs, leur activité commerciale n'est pas ouverte à la libre concurrence, et par voie de conséquence il semble logique de les avoir retirés du champ d'application de la GWB.

L'article 99 al. 1 GWB distingue, selon que les rétributions et conditions de ces entreprises de transport ont été fixées ou approuvées par une loi, ou un décret, ou en

(16) BGHZ 71, p. 102 (107, 108).

vertu d'une loi ou un décret, et déclare non applicable la GWB, en raison du contrôle étatique déjà assuré diversement. L'article 99 al. 2 exclut seulement de l'applicabilité de principe, pour des secteurs partiels de l'économie des transports spécifiquement énumérés, les dispositions de la GWB relatives à l'illicéité des restrictions contractuelles à la concurrence. Dans le détail la réglementation est très nuancée.

e) La GWB est également déclarée partiellement inapplicable aux accords et recommandations des établissements de crédit et des compagnies d'assurances, ainsi qu'aux décisions et recommandations adoptées par des associations de ces entreprises, dans la mesure où il s'agit d'éléments soumis à l'autorisation, voire au contrôle des organismes de surveillance compétents selon les cas. Même lorsqu'ils comportent des clauses restrictives de la concurrence, de tels accords et recommandations ne sont pas nuls d'office. L'administration des ententes peut toutefois les déclarer nuls lorsqu'ils constituent un abus de la non-application des normes restrictives de la GWB, article 102 GWB.

f) L'article 103 GWB prévoit une réglementation similaire — c'est-à-dire principe d'exemption de l'interdiction des accords restrictifs de la concurrence, avec cependant un contrôle des abus par l'administration des ententes — en ce qui concerne les accords spéciaux conclus par les entreprises publiques d'approvisionnement en électricité, gaz, ou eau; il s'agit là des accords usuels de délimitation de territoire, de concession, d'exclusivité et de prix (article 103 al. 1 n^{os} 1 à 4). En vertu de l'article 103 al. 2 GWB, ils doivent en fait être notifiés à l'administration des ententes. L'article 103 a GWB précise que leur durée d'application ne doit pas excéder vingt années, avec cependant la possibilité d'un nouvel accord ultérieur.

g) La GWB n'a qu'une application limitée pour les accords et décisions des entreprises de producteurs, des associations de producteurs, qui ont trait à la production et à l'écoulement de produits agricoles ou à l'utilisation d'installations communes pour le stockage, le traitement ou la transformation de produits agricoles. D'une manière générale la GWB n'est pas applicable pour autant que des lois spéciales (loi sur les céréales, loi sur le sucre, loi sur le lait et les matières grasses, loi sur le bétail et la viande) autorisent des restrictions à la concurrence.

h) Enfin, sont exclues de l'interdiction des accords comportant des restrictions à la concurrence les sociétés d'exploitation assurant la défense des droits d'auteur et autres droits protégés assimilés, dès lors qu'elles agissent dans le cadre de la mission qui leur est impartie par la loi. Là aussi, la loi prévoit en fait un contrôle des abus par l'administration des ententes, article 102 a GWB.

C. CHAMP D'APPLICATION INTERNATIONALE DE LA GWB

Aux termes de l'article 98 al. 2 GWB, la loi s'applique à toutes les restrictions à la concurrence exerçant un effet dans le domaine d'application de la loi, c'est-à-dire en République fédérale allemande. Peu importe que le siège des personnes intéressées par la restriction à la concurrence soit situé sur le territoire national ou à l'étranger et peut importe, le lieu où est prise la mesure comportant une restriction à la concurrence. Il s'ensuit que même des entreprises étrangères sont destinataires des interdictions contenues dans la GWB ainsi que des mesures que doit prendre l'administration

des ententes en vertu de la présente loi, dès lors que leurs mesures produisent des effets sur le territoire de la République fédérale allemande. Selon l'opinion de la Cour fédérale suprême⁽¹⁷⁾, cette interprétation est également valable pour le secteur du contrôle des fusions, en sorte que, en principe, même des fusions d'entreprises étrangères doivent selon les règles de droit allemandes être notifiées à l'Office fédéral des ententes, lequel doit, le cas échéant, les interdire dès lors qu'elles ont pour effet de renforcer la position sur le marché allemand des entreprises étrangères concernées par la fusion, d'une manière telle que les conditions d'application des normes allemandes sont réunies. En fait, la faculté d'action des autorités administratives des ententes se trouve limitée par des principes généraux de droit international (interdiction d'abus et d'immixtion), tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'ordonnances d'interdiction prononcées à l'encontre de fusions d'entreprises conçues et mises en œuvre à l'étranger, mais produisant des effets sur le marché allemand. En outre l'administration allemande des ententes ne doit plus pouvoir prendre de mesures lorsque l'intérêt de l'Etat étranger est à l'évidence prééminent. Sur ce sujet la doctrine a beaucoup controversé de points de détail qui n'ont pas encore été élucidés par la jurisprudence⁽¹⁸⁾.

V. REGLES DE PROCEDURE GARANTISSANT LES DISPOSITIONS LEGALES CONTRE LES RESTRICTIONS A LA CONCURRENCE

Les types de réactions prévues par le législateur aux pratiques restrictives de la concurrence sont très variés. Selon la nature de l'élément constitutif de la restriction à la concurrence, la loi prévoit des conséquences sur le plan du droit civil (nullité de la convention, recours en cessation et en dommages et intérêts), des possibilités d'intervention de l'administration des ententes en matière de procédure administrative (ordonnances d'interdiction, déclaration d'invalidité des accords contractuels), ainsi que la fixation d'amendes dans le cadre de la procédure d'infractions administratives.

A. LE REGIME DES SANCTIONS DANS LA GWB

1) Invalidité des accords contractuels et résolutions

Dès lors que des restrictions à la concurrence trouvent leur origine dans des accords et résolutions ou divers actes contractuels, la GWB prévoit l'invalidité ou la nullité de ceux-ci, ou pour le moins la possibilité pour l'administration des ententes de les déclarer nuls.

a) L'article 1 GWB prévoit déjà que les accords et décisions d'entreprises de même stade économique ayant pour effet de restreindre la concurrence sont nuls d'office dès lors que la loi ne prévoit pas de dérogation les concernant. Lorsque des accords restreignent la liberté pour les parties de fixer les prix et les conditions contractuelles dans les contrats qu'elles concluent avec des tiers, ils sont « nuls » en vertu de l'article 15 GWB.

b) Une série de dispositions (par exemple articles 18, 22 GWB) donne pouvoir à l'administration des ententes de

(17) BGHZ 74, p. 322 et s. (324 et s.).

(18) Voir Rehbindner dans Immenga/Mestmäcker, GWB art. 98 al. 2, notes 19 et s., 182 et s.

déclarer sans effet des accords restrictifs de la concurrence ou portant atteinte de manière injustifiée aux droits de tiers. S'il advient que l'administration des ententes proclame ainsi la nullité d'un accord, les opérations juridiques concernées sont frappées de nullité de la même manière que lorsqu'elles le sont en vertu d'une injonction légale similaire.

L'invalidité ou la nullité des accords et décisions a d'abord simplement cette conséquence sur le plan de la procédure civile, que le respect de l'accord restrictif de la concurrence ou limitant indûment la liberté des tiers ne peut être obtenu judiciairement par les parties à cet accord. En fait cette conséquence devrait normalement déjà ne pas inciter les parties à ne pas adopter néanmoins une attitude constitutive d'une restriction à la concurrence conformément à l'accord frappé de nullité.

2) Ordonnance d'interdiction de l'administration des ententes

Dans le but de supprimer l'effet produit dans la réalité par les accords restrictifs de la concurrence (nuls au regard du droit civil), le législateur a, par la loi de réforme du droit des ententes de 1973, octroyé aux autorités administratives des ententes le pouvoir d'interdire aux parties l'exécution des accords et décisions nuls, article 37 a GWB. Les autorités administratives des ententes disposent déjà depuis longtemps, en vertu d'une série d'autres dispositions, de pouvoirs d'interdiction pour les cas où des entreprises utilisent des pratiques restrictives de la concurrence, restreignent injustement l'accès au marché de nouvelles entreprises, ou abusent de leur propre position sur le marché. Les ordonnances d'interdiction que doivent alors rendre les autorités condamnent l'entreprise qui a un comportement restrictif de la concurrence, et interdisent la pratique restrictive. L'exécution de ces ordonnances est garantie, en tant qu'actes administratifs, dans le cadre d'une procédure administrative, conformément à la loi relative à l'exécution des décisions en matière administrative, par des astreintes. En pratique, c'est en fait normalement la procédure de pénalité prévue par la GWB qui est utilisée.

3) La condamnation au paiement d'amendes

Les violations des dispositions de la GWB sont recensées comme infractions administratives dans une longue liste à l'article 38 al. 1 GWB. En vertu de l'article 38 al. 4 GWB, elles sont sanctionnées par des amendes. Au terme des dispositions susvisées, commet une infraction administrative notamment quiconque ne tient pas compte de l'invalidité ou de la nullité d'accords restrictifs de la concurrence ou d'ordonnances d'interdiction émanant de l'administration des ententes. Mais la menace d'amende concerne aussi les autres pratiques non conformes au droit de la concurrence ou restrictives de la concurrence qui sont visées par la loi.

Doivent être en premier lieu frappées de décisions de pénalité les personnes qui commettent des infractions au droit des ententes. Mais en outre peut être tenue responsable toute personne qui, en qualité de propriétaire d'un établissement ou d'une entreprise, omet volontairement ou par négligence de prendre les mesures de surveillance qui s'imposent pour éviter dans l'établissement ou l'entreprise les violations d'obligations, lorsque sont commises des infractions qui eussent pu être évitées par une surveillance adéquate. Sont assimilés au propriétaire de l'établissement ou de l'entreprise, ses représentants légaux, les membres des organes d'une personne morale ou d'une société qui sont investis de sa représentation légale,

ainsi que les personnes chargées de la direction de l'exploitation. Enfin, il est possible d'infliger une amende même à la personne morale ou l'association de personnes lorsque quelqu'un a commis, en qualité d'organe investi du pouvoir de représentation d'une personne morale ou d'une société commerciale de personnes, l'infraction administrative par laquelle les obligations de la personne morale ou de l'association de personnes ont été violées (articles 130, 30 de la loi relative aux infractions administratives, du 2.1.1975). L'amende peut atteindre 1 million de Deutsche Marks, ou une somme égale au triple du montant de gain supplémentaire qui a pu être réalisé grâce à l'infraction (article 38 al. 4 GWB).

4) Obligations de réparation et d'abstention

La violation de dispositions de la GWB ou d'autres décisions prises par l'administration des ententes sur le fondement de la présente loi, peut également être à l'origine d'actions en réparation au profit de la personne dont la protection est recherchée avec la disposition légale ou la décision administrative violée. Jusqu'à quel point, et au profit de qui (concurrents, fournisseurs, clients, membres d'ententes) les dispositions légales peuvent elles être considérées comme une loi protectrice, c'est une question qui est très controversée dans le détail. Durant les dernières années, on a eu tendance à étendre l'effet protecteur des normes de la GWB, et de ce fait également les sanctions sous forme de réparation. Parallèlement à l'action en réparation, il est possible d'exercer en application des principes généraux du droit délictuel une action en cessation, voire même en cas d'endommagement imminent, par voie de demande en cessation à titre préventif. L'action en cessation peut également être invoquée par des groupements de promotion d'intérêts commerciaux.

5) Prélèvement du supplément de gain réalisé

La quatrième loi de réforme du droit des ententes a introduit la possibilité pour l'administration des ententes d'exiger, pour les cas d'utilisation abusive de positions dominantes sur le marché, la restitution du supplément de gain encore réalisé par une entreprise du fait de son comportement, soit intentionnellement, soit par négligence, après la notification de l'ordonnance d'interdiction. Les montants de dommages et intérêts à verser à des tiers sont bien sûr imputés sur ces sommes, voir article 37 b GWB.

B. AUTORITES ADMINISTRATIVES COMPETENTES

Les missions imparties par la GWB à l'administration des ententes sont assumées, conformément à la répartition prévue à l'article 44 GWB, soit par l'Office fédéral des ententes, soit par le Ministre fédéral de l'Economie, ou encore par l'administration des ententes du Land.

1) Office fédéral des ententes

L'office fédéral des ententes est une autorité administrative fédérale supérieure, indépendante, dont le siège se trouve à Berlin, article 48 GWB. Il est compétent pour toutes les procédures dans lesquelles les effets d'influence exercée sur le marché, ou de pratiques restrictives de la concurrence ou discriminatoires, ou d'une règle de concurrence dépassent le territoire d'un Land, et en outre essentiellement pour l'octroi d'autorisations de constitution d'ententes, pour les conventions de prix imposés et de prix recommandés, pour les décisions prises dans le cadre des contrôles de fusions, et pour les mesures à prendre à l'égard des chemins de fer fédéraux et de la Poste fédérale, article 44 al. 1 n° 1 lettres a à e GWB.

2) Ministre fédéral de l'Economie

La compétence du Ministre fédéral de l'Economie est prévue pour des décisions concernant des cas particuliers. Il s'agit de l'autorisation à titre dérogatoire de cartels exceptionnels, pour des motifs prééminents d'économie générale et d'utilité publique, de possibilités d'intervention vis-à-vis de cartels du secteur de l'exportation et de fusions d'entreprises, article 44 al. 1 n° 2 GWB.

3) Administration des ententes du Land

Dans tous les autres cas, ce sont les « autorités suprêmes du Land compétentes en vertu du droit du Land », qui sont compétentes en matière de droit des ententes, article 44 al. 1 n° 3. C'est le Land concerné qui décide quelle autorité est compétente dans chaque cas particulier.

C. DIFFERENTS TYPES DE PROCEDURE

A chaque type de sanction prévue pour réprimer les pratiques restrictives de la concurrence, au sens large, correspond un type de procédure différent.

1) Procédure administrative devant l'administration des ententes

Le prononcé d'ordonnances d'interdiction à l'encontre d'accords ou de pratiques restrictifs de la concurrence, le contrôle du comportement des entreprises sur le plan de la concurrence, qui précède ces ordonnances, la vérification des ententes reconnues licites par la loi ou susceptibles d'être autorisées, et des recommandations restrictives de la concurrence, relèvent de ce que l'on appelle la procédure administrative, articles 51 et s. GWB.

a) L'administration des ententes a le droit de rechercher tous moyens de preuve, d'administrer la preuve, et de saisir les moyens de preuve, articles 54, 56 GWB. Elle peut exiger des entreprises, groupements d'entreprises et associations économiques des informations sur leurs documents commerciaux ainsi que la possibilité de les examiner; elle est habilitée à procéder à leur vérification, et dispose à cette fin d'un droit d'accès aux locaux commerciaux, article 46 GWB. Les ordonnances rendues par l'administration des ententes doivent être motivées, notifiées et dans certains cas, publiées au Bundesanzeiger (Journal d'annonces légales) articles 57, 58 GWB. Par anticipation, l'administration des ententes peut être amenée dans certaines conditions à prendre des dispositions provisoires dans le cadre de l'article 56 GWB afin de procéder au règlement d'une situation provisoire.

b) Les parties peuvent exercer un recours contre les ordonnances de l'administration des ententes. En vertu de la réglementation spéciale prévue aux articles 62 à 72 GWB, c'est la Cour d'appel compétente en fonction du siège de l'administration des ententes qui se prononce sur le recours, un organe des juridictions civiles, en dépit donc du fait que les décisions attaquées sont des mesures d'autorités administratives. Les décisions de la Cour d'appel peuvent elles-mêmes faire, dans certaines conditions, l'objet d'un pourvoi présenté devant la Cour fédérale suprême, article 73 GWB.

2) Procédure dans les affaires de pénalités

C'est à l'administration des ententes compétente déjà en matière de procédure administrative qu'il incombe de même, d'instruire les procédures d'infractions administratives et de prononcer des pénalités au titre d'infractions à la réglementation; à cet égard l'article 81 GWB renvoie aux règles de compétence édictées à l'article 44 GWB. La procédure elle-même se déroule selon les principes généraux de la loi sur les infractions administratives⁽¹⁹⁾. Toutefois, par dérogation à ces dispositions, en vertu de l'article 82 GWB, c'est à nouveau la Cour d'appel dans le ressort de laquelle l'administration des ententes compétente a son siège, qui statue sur les oppositions formées à l'encontre de décisions de pénalités. Les pourvois sont portés devant la Cour fédérale suprême. Qu'il s'agisse donc de procédure en matière administrative ou dans les affaires de pénalités, la voie judiciaire ramène aux mêmes juridictions de droit commun.

3) Voie judiciaire pour les actions de nature civile

En ce qui concerne les actions qui trouvent leur origine dans des conventions restrictives de la concurrence ou en ce qui concerne les actions en réparation ou en cessation fondées sur des violations de dispositions du droit des ententes, les juridictions civiles de droit commun sont compétentes conformément aux principes généraux. La seule particularité prévue par l'article 87 GWB est que tous les litiges doivent être portés devant le tribunal de grande instance — chambre des affaires commerciales — quelle que soit la valeur de l'objet du litige. Il est certes possible de prévoir par des conventions d'arbitrage que la sentence sera rendue par un tribunal arbitral, mais pas d'exclure la compétence des juridictions d'Etat lorsqu'une partie revendique la décision d'une juridiction d'Etat, article 91 GWB.

D. INTERFERENCES DE LA GWB ET DES DISPOSITIONS DU DROIT EUROPEEN

L'essentiel des pratiques restrictives de la concurrence et abusives sur le marché régies par la GWB fait aussi l'objet d'une interdiction en vertu des articles 85 et 86 du Traité CEE, en raison de leur incompatibilité avec le marché commun; les éléments constitutifs relevés respectivement par le droit allemand et le droit européen se recoupent. Les tendances actuellement en vigueur de la doctrine et de la jurisprudence, tant de la Cour de Justice des Communautés, que de la Cour fédérale suprême allemande, partent du principe que les dispositions du droit allemand des ententes doivent être utilisées parallèlement aux dispositions du droit européen, et que les procédures engagées devant les administrations nationales des ententes suivent leur cours parallèlement à la procédure devant les autorités européennes. Sous l'angle du droit allemand, la Cour fédérale suprême a déjà jugé depuis longtemps⁽²⁰⁾ que le droit communautaire n'empêche pas davantage les juridictions allemandes d'appliquer le droit allemand des ententes, que l'application du droit allemand ne peut empêcher l'application sans restriction et uniforme du droit communautaire. La Commission des Communautés ne saurait d'ailleurs que sanctionner des violations du droit Communautaire, et inversement les administrations allemandes des ententes ne sauraient poursuivre que des infractions au droit national des ententes. Les deux systèmes de réglementation protègent le régime de l'économie de marché, chacun dans des domaines différents

(19) Loi dans la rédaction du 2.1.1975, BGBl. 1975 I p. 80.

(20) BGHst. 25, p. 54; WuW/E 1501, 1502; Immenga/Mestmäcker, GWB, introduction C II Rn. 39.

cependant (commerce interétatique d'une part, marché allemand interne d'autre part). C'est la raison pour laquelle il n'existe pas de préférence ou de prééminence de la procédure allemande ou européenne des pénalités. Toutefois on considère sur la base des principes généraux constitutionnels qu'il convient de prendre en considération des sanctions infligées dans le cadre d'une procédure se déroulant parallèlement, pour le calcul des pénalités.

Ultérieurement, la Cour fédérale suprême a appliqué, pour un cas de contrôle de concentration, le droit allemand des ententes, sans considérer que la Cour de justice des Communautés avait déjà vérifié la validité de la concentration en vertu de l'article 66 CECA; même dans ce cas d'espèce précis, il n'a pas été reconnu que l'article 101 n° 3 GWB avait pour effet d'exclure l'application du droit allemand, au motif que l'activité des entreprises intéressées ne se limitait pas au secteur du charbon et de l'acier; l'article 101 n° 3 GWB prévoit que la GWB n'est pas applicable lorsque le Traité instituant la Communauté européenne pour le charbon et l'acier comporte des dispositions particulières (voir sur ce point ce

qui a déjà été exposé à la décimale 40.--- IV).

Lorsqu'il y a donc concomittence de normes de droit européen et de droit allemand, il faut partir du principe qu'elles sont applicables parallèlement et qu'il existe des procédures parallèles.

La jurisprudence nationale n'a pas encore envisagé le cas où le droit national et le droit européen en matière d'ententes seraient en conflit, le droit européen interdisant par exemple ce que le droit allemand autorise, ou bien une déclaration d'exemption au titre de l'article 85 alinéa 3 du Traité CEE étant prononcée en faveur de pratiques restrictives de la concurrence qui sont interdites par le droit allemand. Dans un tel cas, la doctrine majoritaire, ainsi que la Commission de Communautés posent comme principe la prééminence du droit communautaire, mais en fait dans une large mesure cette prééminence ne s'exerce que pour autant qu'elle est nécessaire pour garantir l'application du droit communautaire. La ligne directrice de cette théorie est que l'application uniforme du droit communautaire ne doit pas être entravée par l'application du droit allemand.

41.— RESTRICTION A LA CONCURRENCE PAR LA CONSTITUTION D'ENTENTES

Le premier chapitre de la GWB concerne les accords d'ententes et les décisions d'ententes entre entreprises. La loi pose à l'article premier le principe de leur nullité, et tente de les décourager par un système de sanctions et d'interdictions de contourner le principe. En fait elle autorise des conventions ou recommandations restrictives de la concurrence pour toute une série de pratiques spécifiques.

I. PRINCIPE DE L'INTERDICTION DES ACCORDS RESTRICTIFS DE LA CONCURRENCE, ARTICLE 1 GWB

Aux termes de l'article 1 GWB, les accords conclus entre entreprises ou associations d'entreprises en vue d'atteindre des objectifs communs, ainsi que les décisions des associations d'entreprises, sont nuls dans la mesure où ils sont susceptibles d'influer, par des restrictions à la concurrence, sur la production ou les conditions du marché concernant les échanges de biens ou la prestation de services commerciaux.

A. ACCORDS ET DECISIONS CONSTITUANT DES ACTIONS RESTRICTIVES DE LA CONCURRENCE

Le principe de l'interdiction des ententes a pour point de départ la nullité des accords et décisions restrictifs de la concurrence au sens de l'article 1 GWB. La question est de savoir si les notions de l'accord et de la décision doivent être entendues selon le sens de la théorie des actes juridiques en droit civil, ou dans un sens spécifique au droit des ententes, est controversée. Sous l'angle du droit allemand, le problème réside dans ce que, pour qu'un acte juridique (contrat ou décision) soit générateur d'obligations, la doctrine du droit civil exige qu'il y ait une volonté d'engagement juridique ou d'effets juridiques.

En matière de conventions d'ententes, les parties doivent cependant nécessairement tenir compte de la nullité des conventions proclamée par la loi, elles savent qu'il n'est absolument pas possible de conclure des conventions produisant des effets sur le plan juridique. C'est la raison pour laquelle une opinion répandue se borne à exiger qu'il existe une volonté tendant à un engagement effectif⁽²¹⁾. Mais on doit encore insister sur ce point. En particulier, la Cour fédérale suprême considère qu'il appartient à l'essence du contrat, au sens de l'article 1 GWB, qu'il existe un accord réalisé par l'échange des consentements en ce sens. L'article 1 GWB ne vise pas, à la différence de l'article 85 al. 1 du Traité CEE, d'autres formes d'attitude consciemment similaire, c'est en tout cas en ce sens qu'a statué la Cour fédérale suprême par la délimitation qu'elle a faite dans la décision dite «Teerfarben», BGHZ 25, p. 54. Celle-ci a été indirectement confirmée ultérieurement par le fait que le législateur a visé le comportement convenu, dans une disposition particulière de l'article 25 al. 1 GWB.

B. OBJECTIF COMMUN DE LA RESTRICTION A LA CONCURRENCE

Les accords et décisions restrictifs de la concurrence doivent avoir été adoptés dans un objectif commun, ce en quoi toutefois la loi elle-même ne dispose plus expressément que cet

objectif commun doit être de restreindre la concurrence; l'article 1 GWB pose comme seule condition que les accords et décisions soient susceptibles d'influer sur la situation du marché par une restriction de la concurrence. Cette rédaction de l'article 1 GWB a suscité des difficultés considérables à l'application juridique dans le secteur limite de la pratique encore licite.

a) Il est évident qu'il faut ranger sous le concept d'entente les cas classiques d'accords restrictifs de la concurrence dans lesquels la restriction de la concurrence est déjà l'objet de la convention en elle-même. On peut citer à titre d'exemples les accords relatifs aux prix à exiger, quelle que soit la forme sous laquelle ils ont pu être conclus; ils peuvent se rapporter au prix de vente final du produit, mais ils peuvent tout aussi bien ne concerner que des prix de vente minima, des augmentations de prix concertées, des conditions de prix ou certains éléments constitutifs du prix (par exemple, répercussion des augmentations de taxe sur le chiffre d'affaires). Font également partie des formes typiques de conventions restrictives de la concurrence tous les accords relatifs à la répartition du marché et aux clauses de protection de la clientèle, comme les mesures de partage de territoire, d'affectation de pourcentage, de restriction de l'offre. Il faut également citer dans ce contexte ce que l'on appelle les ententes de soumission — il s'agit d'accords entre entreprises d'une même branche (elles constituent une pratique fréquente dans l'industrie du bâtiment en République fédérale), aux termes desquels, conformément à une coordination interne, une partie, à déterminer dans chaque cas, des soumissionnaires, ne prend pas part, ou seulement par une offre fictive à la soumission d'un marché. Il suffit de la concentration d'entreprises de cette nature en groupements de soumission ou de travail pour constituer un accord restrictif de la concurrence, dès lors que cette forme de concentration a pour conséquence que les membres du groupement ne s'efforcent plus personnellement de décrocher le marché, et donc qu'ils ne sont plus concurrents. Un groupement de soumission, ou de travail ne présente pas toutefois de caractère restrictif de la concurrence — et est donc licite — lorsque ses membres n'auraient pu prendre part à l'appel d'offre en tant qu'entreprise indépendante, pour des raisons de capacité de production, ou même simplement pour des raisons de rentabilité; dans une telle hypothèse, le groupement de soumission ou de travail crée un nouveau concurrent, en apparence; il ne restreint donc pas la concurrence, mais la renforce.

Les accords peuvent également ne concerner qu'une pratique particulière sur le marché, dès lors qu'elle est significative au regard de la concurrence, par exemple des accords sur les modes de distribution (abandon des ventes directes) sur les congés d'entreprise, sur la fermeture des magasins.

b) Il était plus difficile de cataloguer les conventions qui produisent des effets restrictifs de la concurrence ou tout au moins qui pourraient le faire, mais dans la réglementation desquelles il n'est pas possible de trouver directement un objectif restrictif de la concurrence. Dans cette catégo-

(21) Immenga dans Immenga/Mestmäcker, GWB, § 1 note 117.

rie la jurisprudence était notamment saisie d'affaires de procédures d'information du marché et de centrales de vente et d'achat en commun.

aa) En ce qui concerne la procédure d'information du marché, il s'agit d'accords et d'organisations d'entreprises ayant pour objectif fixé contractuellement d'obtenir une information sérieuse des éléments du marché, condition nécessaire pour atteindre une concurrence efficace non falsifiée, une production rationnelle, et un stockage rentable. Les participants sont tenus de communiquer aux centres de déclaration communs, dans un bref délai, les prix bruts, avec les suppléments et réductions, qu'ils ont pratiqués dans les affaires qu'ils ont conclues; les autres parties à l'accord peuvent obtenir les informations et ainsi se tenir au courant des agissements de la concurrence. Dans de tels cas, la Cour fédérale suprême, tout comme l'Office fédéral des ententes, considèrent qu'il y a un objectif commun (obligation d'échanger les informations), et une restriction des pratiques de concurrence, quand bien même la liberté des parties à l'accord n'est pas atteinte vis-à-vis des tiers. Le système d'information est, dans tous les cas, susceptible d'exercer une influence sur les chances de l'autre côté du marché. D'après une information à la presse n° 8/77 du 24.1.1977, l'Office fédéral des ententes considère les déclarations sur les prix comme ne présentant pas de danger, au niveau du droit des ententes, dès lors qu'elles se bornent à indiquer les prix maxima et minima, ou les prix moyens, et qu'il ne s'agit en aucun cas d'en tirer des conclusions pour les opérations individuelles; par contre, l'infraction à l'article 1 GWB serait constituée si l'accord devait comporter l'obligation de révéler les détails des offres ou des conditions dans lesquelles les affaires sont conclues (procédure d'informations sur les conditions du marché par identification), ou si l'accord comportait des recommandations en faveur de l'adoption de pratiques restrictives de la concurrence, ou s'il était décidé d'un commun accord l'adoption de certains types de pratiques restrictives de la concurrence.

bb) L'institution de centres de vente collectifs représente une restriction illicite à la concurrence lorsque ceux-ci doivent, aux termes de la convention qui est à leur origine, mettre sur le marché la production des entreprises intéressées, et, ce faisant, garantir des prix égaux aux entreprises qui apportent leur production. Telle est la position de la Cour fédérale suprême⁽²²⁾ même lorsqu'il n'a pas été prévu d'obligation d'apport par les entreprises intéressées, et que donc celles-ci sont en droit, si elles le désirent, de commercialiser directement leurs produits sur le marché. Pour ce qui est de la fraction de la production écoulée par l'intermédiaire des centres de vente, les entreprises intéressées se seraient en tout état de cause engagées à écouler leurs produits aux prix convenus, et la restriction à la concurrence inhérente à un tel engagement serait de nature à influencer le marché.

La même théorie s'applique par analogie pour les centrales d'achat. Un groupement d'achat est considéré constituer une infraction à l'article 1 GWB, lorsque les intéressés décident sa création dans le but de restreindre la concurrence, et sont d'accord pour reconnaître que l'accord produit bien le résultat recherché; peu importe donc en

l'occurrence si les entreprises intéressées se sont engagées à acheter exclusivement par le groupement d'achat. Si l'objectif du groupement d'achat, à savoir obtenir des conditions plus favorables grâce à la coopération, ne peut être atteint que par un regroupement considérable des capacités d'achat, et pas seulement occasionnel ou partiel, le but restrictif de la concurrence réside alors dans la renonciation continue à des négociations individuelles d'achat. La conséquence qui en résulte, et qui est que le fait de renoncer à acheter individuellement renforce la position du demanceur au détriment de l'autre partie du marché, est contraire aux objectifs de la loi, à savoir garantir la liberté de la concurrence pour tous les participants au marché⁽²³⁾.

c) En statuant sur le cas des centrales collectives de vente, la Cour fédérale suprême a également pris position sur la question de principe théorique qui est de savoir si la restriction à la concurrence doit être l'objet, le but ou seulement la conséquence de la convention, pour que celle-ci soit considérée comme illicite au sens de l'article 1 GWB. La théorie de l'objet a été clairement rejetée. L'accord ne doit pas présenter un aspect de pratique restrictive de la concurrence en tant qu'objet ou même simplement en tant que but de l'obligation contractuelle.

Il suffit que soit fixé contractuellement comme objectif commun que l'écoulement d'une partie suffisante de la production se fera par l'intermédiaire des centrales de vente, et que cette vente en commun s'avère susceptible d'influer sur le marché.

L'aspect collectif de l'objectif ne suppose pas que l'obligation d'adopter la pratique génératrice d'une restriction à la concurrence soit établie dans des statuts de société ou quelque autre convention similaire tendant à la poursuite d'objectifs communs, ni que les restrictions mutuelles de la liberté d'action soient identiques, comme c'est en fait généralement le cas en matière d'ententes. On peut également trouver des conventions restrictives illicites de la concurrence au sens de l'article 1 GWB, dans des accords d'échanges de prestations. Il suffit que la restriction à la concurrence aille dans le sens d'un intérêt commun, et soit collectivement recherchée. C'est ainsi que la Cour fédérale suprême a jugé que constitue une violation de l'article 1 GWB la convention aux termes de laquelle un fabricant s'était engagé à acheter exclusivement auprès d'un fournisseur déterminé les matériaux dont il avait besoin pour sa production, ce fournisseur promettant quant à lui de ne pas livrer de produits correspondants dans le territoire de vente du fabricant. Les limitations réciproques de la liberté d'exercice n'étaient pas identiques, mais correspondaient toutefois à un objectif commun⁽²⁴⁾. Il en va de même lorsque le vendeur d'une entreprise prend vis-à-vis de son acquéreur l'engagement de s'abstenir de lui faire concurrence pendant une période appropriée, afin que l'acquéreur de l'entreprise puisse consolider la clientèle qu'il reprend; l'intérêt commun des deux parties est que l'entreprise cédée se poursuive⁽²⁵⁾. Il n'existe en principe

(22) Décision faisant autorité du 19.6.1975, BGHZ 65 p. 30, DB 1975 p. 1884.

(23) KG Berlin du 16.6.1982, WuW 1983, p. 141.

(24) BGH du 14.10.1976, BGHZ 68, p. 6, DB 1977, p. 622.

(25) BGH du 3.11.1981, WuW 1982, p. 470.

pas de différence en ce qui concerne la nullité des accords restrictifs de la concurrence entre la partie représentant l'offre et celle représentant la demande. Pendant longtemps certes c'était la partie de l'offre qui constituait le point d'intérêt central, et aujourd'hui encore, c'est elle qui donne lieu à la plus grande partie des actions en matière de droit des ententes. Plus récemment toutefois, des restrictions à la concurrence se manifestant du côté de la demande ont également fait l'objet de discussions ardues, notamment sous forme de groupements d'achat existants. Il est toujours admis unanimement que l'article 1 GWB protège la concurrence des demandeurs de la même manière que celle des offrants⁽²⁶⁾, mais en fait le phénomène de la puissance de la demande est encore peu étudié.

C. APTITUDE A INFLUER (DE MANIERE SENSIBLE)
SUR LA SITUATION DU MARCHE.

La nullité d'un accord restrictif de la concurrence n'intervient, en vertu de l'article 1 GWB, que lorsqu'il est susceptible d'influer sur les conditions du marché. Ce n'est pas la restriction des possibilités d'intervention des parties au contrat sur le plan de la concurrence qui constitue en tant que telle l'objet de la protection assurée par la loi. L'article 1 GWB interdit les restrictions à la concurrence en raison de leur incidence externe sur le marché, mais pas à cause de la liberté d'exercice des parties à l'accord. En conséquence il faut que l'accord soit en mesure de provoquer une action externe sur le marché.

En invoquant «la lettre, le sens et le but de l'article 1 GWB», la jurisprudence exige de surcroît que l'accord soit susceptible d'influer d'une manière sensible, appréciée selon les critères empiriques de l'économie générale, sur les conditions du marché concerné dans chaque cas. Les choix qui s'offrent aux intéressés sur le marché doivent avoir été touchés d'une manière évidente. Tel n'est généralement pas le cas lorsqu'un grand nombre de participants sont actifs sur le marché, des deux côtés, et que les parties à l'accord ne représentent en elles-mêmes qu'une part infime du marché⁽²⁷⁾. L'Office fédéral des ententes s'est rallié à cette interprétation. Il est même allé encore plus loin en se fixant pour règle, dans le cadre du pouvoir d'appréciation dont il dispose, de ne pas interdire ou frapper de pénalités des infractions à l'interdiction de conclure des ententes ou des pratiques concertées, lorsque les entreprises concernées sont exclusivement des petites ou moyennes entreprises et que la part du marché touchée par la restriction ainsi que l'action de cette dernière sur le marché sont négligeables; la condition exigée est que cet accord crée une coopération interentreprises augmentant la rentabilité de ces dernières sans comporter de stipulation sur les prix, les pourcentages ou les bénéfices : c'est ce qui résulte de l'avis de l'Office fédéral des ententes relatif à l'immunité de poursuite des accords de coopération ayant une action restrictive de la concurrence de faible importance», publié le 8.7.1980 (*Bundesanzeiger* n° 133 du 23.7.1980).

D. RESTRICTION DE LA PORTEE DE L'INTERDICTION
DANS L'INTERET DE L'EFFICACITE
D'INSTITUTIONS CONTRACTUELLES

En dépit de la formulation très large de l'interdiction des ententes de l'article 1 GWB, on admet de manière générale

que les clauses restrictives de la concurrence figurant dans des statuts de société, des contrats de louage de services, ou des contrats d'entreprises, qui limitent les possibilités de concurrence des associés, de l'employé ou du vendeur d'entreprise, ne sont pas comprises dans l'objectif de protection de l'article 1 GWB, et sont donc licites. En ce qui les concerne, le but de l'accord n'est pas de restreindre la concurrence, mais au contraire une prestation contractuelle déterminée qui ne peut être obtenue avec le résultat recherché par les parties à l'accord, que si la personne tenue de fournir la prestation ne s'y dérobe pas par des mesures restrictives de la concurrence. On doit en principe admettre que le fait qu'un associé ne doive pas entrer en situation de concurrence avec sa société est un impératif que commande l'efficacité fonctionnelle des éléments d'une société de personnes. C'est la raison pour laquelle l'article 112 du Code de Commerce (HGB) prévoit déjà, de par la loi, que les associés ne peuvent, sans l'agrément de leurs co-associés, faire des affaires dans la même branche commerciale que celle de la société, ou prendre de participation dans une société commerciale similaire. En ce qui concerne les contrats de louage de services des employés, l'article 60 du Code de commerce dispose que les commis n'ont pas le droit, sans le consentement de leur employeur, d'exercer une activité commerciale, ou de faire des affaires dans la branche commerciale de ce dernier. Pour les autres salariés, la jurisprudence applique cette disposition légale par analogie. Pour la période postérieure à la fin du contrat de travail, la loi ne prévoit pas d'obligation de non concurrence, mais cependant les conventions contractuelles les stipulant sont licites, lorsqu'elles se tiennent dans les limites d'une contrainte tolérable pour le salarié. Ces limites sont fixées dans le détail par les articles 74 et suivants HGB (entre autres, durée maximale de 2 ans, paiement d'une indemnité compensatrice). En ce qui concerne l'aliénation d'entreprises, clientèle comprise, la jurisprudence a posé comme principe depuis plusieurs dizaines d'années que l'obligation pour le vendeur de ne pas faire de concurrence à l'acquéreur est — sans qu'il soit nécessaire de statuer expressément sur ce point — une obligation inhérente au contrat, car une telle attitude serait en contradiction avec l'obligation de procurer également à l'acquéreur la potentialité de l'entreprise, qu'il s'est tacitement engagé à respecter.

La doctrine et la jurisprudence en matière de droit des ententes ont tenu compte de cette évolution du droit en limitant parallèlement le domaine d'application de l'article 1 GWB. Pour les associés personnellement responsables des sociétés de personnes, (société commerciale en nom collectif, société en commandite), la Cour fédérale suprême considère que les interdictions de concurrence requises par le droit des sociétés ne sont pas touchées par l'article 1 GWB; elles constituent le fondement de la société de personnes, qui se caractérise comme étant une «communauté de travail et de responsabilité». Cette dérogation aux interdictions de concurrence trouve ses limites là où ce n'est pas l'apport en travail personnel et la responsabilité personnelle de l'associé qui prédominent, mais l'apport de ce dernier en capital⁽²⁸⁾. De plus, la protection de la concurrence procurée à l'entreprise par l'interdiction de concurrence ne doit pas dépasser la mesure nécessaire pour garantir l'efficacité fonctionnelle de l'entreprise. En particulier, la conclusion du contrat de société ne doit pas permettre de poursuivre des objectifs restrictifs de la concurrence. Lorsque plusieurs entreprises actives sur un marché

(26) BGH du 13.12.1983, WuW 1984, p. 611.

(27) BGH du 14.10.1976, BGHZ 68, p. 6 et s. (11).

(28) BGH du 6.12.1962, BGHZ 38, p. 305 (312).

déterminé créent une entreprise commune servant de société de distribution, afin d'influer sur les conditions du marché en restreignant la concurrence, il ne s'agit plus alors d'une clause de concurrence inhérente aux statuts de la société et sans incidence sur le terrain du droit des ententes, mais au contraire d'une entente illicite en vertu de l'article 1 GWB, quand bien même elle a été conclue dans le cadre des statuts; la conclusion du contrat de société constitue en elle-même une coopération sous forme d'entente⁽²⁹⁾.

L'Office fédéral des ententes considère que l'article 1 GWB est applicable en matière de création d'entreprises communes lorsqu'elles servent essentiellement à la coordination de certaines activités ou à des pratiques des sociétés mères sur le marché. Tant que les sociétés mères restent elles-mêmes actives sur le marché de l'entreprise commune, l'applicabilité de l'article 1 GWB dépend du point de savoir si l'entreprise commune doit être instituée dans le but de tourner l'interdiction des ententes (ce que l'on appelle les concentrations sous forme coopérative). Ce n'est que lorsque l'entreprise commune est elle-même une entreprise totalement opérationnelle, qu'elle réalise des prestations concernant le marché, et que les sociétés mères ne sont plus personnellement présentes sur le marché concret de l'entreprise commune — ce que l'on appelle l'entreprise commune concentratrice — que l'article 1 GWB ne doit plus être écarté⁽³⁰⁾. Le processus de création de l'entreprise commune est exclusivement un problème de contrôle des concentrations en application des articles 23 et s. GWB.

La délimitation entre les clauses de concurrence dans les contrats de cession d'entreprises est réalisée selon des principes analogues. Tout dépend du point de savoir si l'obligation de non concurrence doit seulement garantir l'échange contractuel de prestations — et dans ce cas, l'article 1 GWB n'y fait pas obstacle — ou si elle sert d'une manière plus vaste à un but de restriction de la concurrence, ce qui est à supposer lorsque les obligations de non concurrence dépassent, quant au territoire auquel elles s'appliquent, à leur objet, ou à leur durée, la mesure qui est concrètement nécessaire : c'est ce qui a été supposé par exemple s'agissant d'une interdiction de concurrence de dix ans dans un contrat de vente d'entreprise⁽³¹⁾.

E. CONSEQUENCES JURIDIQUES ET SANCTIONS

Pour les conventions et décisions restrictives de la concurrence, la loi et la jurisprudence ont établi spécifiquement les conséquences et sanctions suivantes (en ce qui concerne le régime général des sanctions et de la procédure, se reporter à la décimale 40.--- V supra).

a) Aux termes de l'article 1 GWB les accords et décisions restreignant la concurrence sont nuls.

b) L'administration des ententes peut, par voie de procédure administrative, interdire l'exécution des accords et décisions nuls (Ediction d'une ordonnance d'interdiction, dont la mise en œuvre intervient selon les dispositions

relatives à l'exécution administrative), article 37 a GWB.

c) Si les parties passent outre — d'une manière qui peut leur être reprochée — la nullité des accords et décisions, l'administration des ententes peut infliger des pénalités aux intéressés, article 38 al. 1 n° 1 GWB; selon les articles 1 et 10 de la loi sur les infractions administratives, le caractère répréhensible suppose qu'elles aient agi intentionnellement.

d) Dans quelle mesure une infraction à l'article 1 GWB oblige-t-elle, en vertu de l'article 35 GWB, à verser des dommages et intérêts en cas de préméditation ou de négligence? c'est une question controversée et qui n'a été jusqu'à présent que partiellement élucidée par la jurisprudence. S'agissant des personnes ayant subi un préjudice du fait d'un accord restrictif de la concurrence, trois types de personnes peuvent entrer en considération :

- les concurrents qui n'ont pas été parties à l'accord relatif à la concurrence,
- la partie du marché opposée à celle de l'entreprise qui conclut l'accord,
- les participants à l'accord d'entente.

Dans la mesure où un accord restrictif de la concurrence vise à exclure de la participation au trafic commercial (à « l'accès au marché ») les concurrents non parties à l'accord, l'article 1 GWB a été reconnu par la Cour fédérale suprême comme étant une mesure légale de protection en faveur de ces derniers⁽³²⁾. Sans aucune équivoque possible, on doit nier le caractère de mesure légale de protection en faveur des parties à l'accord. Ce n'est pas leur liberté d'exercice que protège l'article 1 GWB, mais la situation du marché. Allant encore plus loin, la doctrine en avait déduit que les personnes appartenant à la partie opposée du marché disposaient aussi de recours. La jurisprudence de la Cour fédérale suprême n'a jusqu'à présent suivi cette théorie que pour les cas dans lesquels un accord visait précisément des clients ou des fournisseurs déterminés de la partie opposée du marché. Pour le reste, la portée de la protection conférée par les articles 35 alinéa 1 GWB sur le plan du droit à réparation n'est actuellement pas encore fixée⁽³³⁾.

II. PROTECTION DE L'INTERDICTION DES ENTENTES CONTRE LES PROCÉDES PERMETTANT DE LA TOURNER

La GWB comporte, outre l'interdiction des ententes figurant à l'article 1, quelques dispositions subsidiaires qui permettent de réprimer les pratiques destinées à contourner la loi.

A. INTERDICTION DES PRATIQUES CONCERTEES

Comme la Cour fédérale suprême exigeait comme élément constitutif de l'article 1 GWB qu'il existe un accord contractuel sur la pratique restrictive de la concurrence,

(29) BGH du 1.12.1981, WuW 1982, p. 473.

(30) BKartA du 24.1.1984, WuW 1984, p. 433.

(31) BGH du 3.11.1981, WuW 1982, p. 470.

(32) BGH du 4.4.1975, BGHZ 64, p. 232 (236).

(33) BGH du 25.1.1983, DB 1983, p. 1139.

lequel est caractérisé par une déclaration de volonté engageant les parties de manière obligatoire, et qu'il n'était pas possible de faire tomber sous le coup de l'article 1 GWB une simple pratique concertée, dans le cadre de la réforme du droit des ententes de 1973, le législateur a introduit une infraction propre à cette situation. L'article 25 al. 1 GWB interdit « toute action concertée de la part d'entreprises ou d'associations d'entreprises qui, conformément à la présente loi ne peut faire l'objet d'un engagement contractuel ».

Depuis lors, la délimitation entre pratiques concertées et accords et décisions restrictifs de la concurrence a perdu son importance pratique. Désormais les réflexions sont orientées vers la distinction entre pratiques concertées et pratiques parallèles involontaires ou pour le moins non coordonnées. Les pratiques parallèles en tant que telles ne sont pas visées par les dispositions de la GWB et, considérées sous l'angle de la politique juridique, ne peuvent d'ailleurs pas l'être parce qu'elles correspondent à une réaction aux contraintes oligopolistiques du marché. Toutefois, les pratiques parallèles ne doivent pas être coordonnées par les intéressés (ou des tiers). La publication d'augmentations de prix imminentes ou de toutes autres données importantes concernant le marché peut constituer la base d'une pratique concertée si, ce faisant, on espère et on fait savoir que la concurrence va s'aligner sur cette décision par analogie. La distinction opérée dans le cadre de l'article 25 al. 1 GWB a été faite également suivant le modèle de la délimitation opérée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire dite « Teerfarben » au sujet de la disposition parallèle de l'article 85 al. 1 du Traité CEE. La Cour de justice a jugé qu'il faut retenir comme élément décisif que, par suite des augmentations de prix annoncées par une entreprise indépendante, l'incertitude quant à l'attitude future des entreprises, et ce faisant, le risque normal de modification unilatérale des pratiques du marché était supprimé⁽³⁴⁾.

Aux termes de l'article 25 al. 1 GWB, les pratiques concertées sont « interdites ». L'article 37 a al. 2 GWB offre à l'administration des ententes la possibilité d'interdire aux entreprises et associations d'entreprises d'adopter un comportement interdit en vertu de l'article 25 GWB. Selon l'article 38 al. 1 n° 8 GWB, commet une infraction quiconque enfreint une interdiction édictée par l'article 25 GWB; il peut donc être sanctionné par une amende, tout comme une partie à un accord restrictif de la concurrence. Quant à savoir s'il existe éventuellement une obligation de réparation, la question se pose dans les mêmes termes que pour les accords restrictifs de la concurrence.

B. INTERDICTION DES RECOMMANDATIONS TENDANT A FAIRE COMMETTRE DES INFRACTIONS AU DROIT DES ENTENTES

Aux termes de l'article 38 al. 1 n° 10 GWB, le fait pour une personne d'inciter par des recommandations à ce que soit commise une des infractions visées précédemment à l'article 31 al. 1 GWB, constitue en soi une infraction. Ainsi une recommandation est également cataloguée comme infraction si elle doit inciter les participants à l'entente à ne pas tenir compte de la nullité des accords et décisions au sens de l'article 1 GWB.

L'article 38 al. 1 n° 11 GWB retient comme infractions les recommandations ayant pour effet, par l'adoption d'un comportement uniforme, de tourner les interdictions édictées par la GWB ou par les ordonnances rendues par l'administration des ententes. Sous l'angle du droit des ententes, le comportement uniforme n'est pas, au premier abord, caractéristique, mais ce, seulement tant qu'il n'est pas convenu (article 1 GWB) ou concerté (article 25 GWB). Ce n'est pas le comportement uniforme en tant que tel que retient l'article 38 al. n° 11 GWB, mais exclusivement la recommandation en ce sens.

C. INTERDICTION DES CONTRAINTES D'ADOPTER DES PRATIQUES ENFREIGNANT LE DROIT DES ENTENTES

L'article 25 al. 2 GWB interdit aux entreprises et associations d'entreprises de menacer d'autres entreprises de leur causer un préjudice, ou de leur en causer ou de leur promettre des avantages ou de leur octroyer, afin de les inciter à adopter des pratiques qui, en vertu de la GWB ou de décisions de l'administration des ententes, ne peuvent faire l'objet d'un engagement contractuel. Cette interdiction peut également être mise en œuvre par l'administration des ententes au moyen de dispositions d'interdiction prises en vertu de l'article 37 a al. 2 GWB, et peut donner lieu à des peines d'amende conformément à l'article 38 al. 1 n° 8 GWB. Dans la jurisprudence de la Cour fédérale suprême⁽³⁵⁾, ces dispositions sont reconnues comme ayant pour but d'assurer la protection de l'entreprise menacée, et de l'aider à obtenir réparation du préjudice subi dans les conditions prévues à l'article 35 GWB.

III. ENTENTES ET RECOMMANDATIONS LICITES

A. THEORIE APPLIQUEE PAR LA GWB POUR AUTORISER DES ACCORDS ET RECOMMANDATIONS RESTRICTIFS DE LA CONCURRENCE

Pour diverses raisons de politique juridique, le législateur a, aux articles 2 à 8 GWB, autorisé la constitution d'ententes par l'édition de dérogations à l'article 1 GWB, pour toute une série de cas spécifiquement détaillés. Ces éléments constitutifs de dérogations coexistent avec les exemptions de la GWB, qui ont déjà été prévues partiellement ou totalement en vertu des articles 99 à 103 GWB pour différents secteurs de l'économie (se reporter ci-dessus à la décimale 40.--- IV, B). On distingue les formes d'ententes licites en vertu des articles 2 à 8 GWB, en fonction de la voie procédurale par laquelle ils ont acquis leur validité :

a) La validité des ententes notifiées est purement et simplement subordonnée à la notification des accords et décisions auprès de l'administration des ententes; cette notification est en fait une condition de validité, article 9 al. 1 phrase 1 GWB. Toutes les précisions concernant la procédure à suivre pour la notification de telles ententes ont été fournies par « Les principes administratifs de l'Office fédéral des ententes sur la procédure à suivre en cas de notification d'ententes et de recommandations en matière de normes, de modèles, et de conditions » du 23.8.1973 (*Bundesanzeiger* n° 167

(34) EuGH 72, p. 713.

(35) BGH du 24.6.1965, BGHZ 44, p. 279 et s. (281).

du 6.9.1973). La notification doit être publiée au *Bundesanzeiger*, article 10 al. 1 n° 2 GWB; toutefois cette publication n'est pas une condition de validité de l'entente.

b) Les ententes pouvant donner lieu à opposition ne sont valables que si l'administration des ententes ne soulève pas d'opposition dans les délais prévus par les différentes dispositions légales. Le délai pour l'opposition administrative court à compter de la notification de l'entente auprès de l'administration des ententes. L'administration des ententes dispose d'un droit d'opposition de cette nature pour une partie des conditions prévues par la loi aux articles 2 à 8 GWB.

c) Les ententes autorisées dépendent, en ce qui concerne leur licéité et leur validité, avant tout de l'autorisation de l'administration des ententes. En règle générale l'autorisation est accordée seulement pour trois ans, mais peut toutefois être prorogée. Elle peut dès l'origine ou ultérieurement être assortie de restrictions, conditions et charges.

d) En parallèle à l'admission de certains accords et décisions restrictifs de la concurrence, la loi prévoit également, à l'article 38 al. 2 GWB des exemptions à l'interdiction d'émettre des recommandations de l'article 38 al. 1 n° 11 GWB, dans des conditions essentiellement identiques.

B. FORMES ET CONDITIONS DE LICEITE DES ACCORDS D'ENTENTES

1) Ententes notifiées

L'article 5 al. 1 GWB soustrait les accords et décisions à l'interdiction de l'article 1 GWB, lorsque ceux-ci n'ont pour objet que l'application uniforme de normes ou de types — ententes de normes ou de types —. La notification doit être accompagnée des observations formulées par une organisation de rationalisation. Sont seulement subordonnés à une notification, de la même manière, les accords et décisions qui établissent des méthodes uniformes pour la spécification des prestations et des prix, lorsqu'ils ne comportent pas de fixations des prix ou d'éléments des prix; ceci s'applique à des secteurs de l'économie dans lesquels, à la suite d'appels d'offres, des marchandises ou des prestations commerciales ne peuvent être offertes que sur la base de spécifications qui ne rendent plus possible un examen de valeurs lors de la conclusion du contrat — ententes d'offres, ou ententes de schémas de calcul —, article 5 al. 4 GWB. Enfin l'article 6 al. 1 GWB homologue comme des ententes notifiées les ententes d'exportation. En vertu de l'article 6, l'article 1 GWB n'est pas applicable aux accords et décisions qui servent à assurer et à promouvoir l'exportation, dans la mesure où ceux-ci se limitent à une réglementation de la concurrence sur des marchés se situant en dehors du domaine d'application de la GWB.

2) Ententes pouvant faire l'objet d'opposition

Constituent par contre des ententes à opposition les ententes de conditions, c'est-à-dire les accords et décisions qui ont pour objet l'application uniforme de conditions générales d'affaires, de livraisons et de prix, y compris les escomptes de caisse; là encore les réglementations adoptées ne doivent pas avoir trait aux prix ou éléments de fixation des prix.

Ces ententes prennent effet si, dans un délai de trois mois à compter de la réception de la notification, l'administration des ententes n'y a pas fait opposition. L'exercice de l'opposition par l'administration des ententes est soumis à des conditions de droit. L'opposition ne peut se fonder que sur le fait que les accords et décisions, ou la manière dont ils sont mis en œuvre, constituent une exploitation abusive de la position sur le marché résultant de la non-application de l'interdiction prévue à l'article 1 GWB (article 2 al. 3 GWB en liaison avec l'article 12 al. 1 GWB.)

Les ententes de rabais constituent également des ententes à opposition. Il s'agit, en ce qui les concerne, d'accords et décisions relatifs aux rabais qui peuvent être consentis pour la livraison de marchandises, dans la mesure où ces rabais représentent la véritable rémunération d'une prestation et n'entraînent pas un traitement discriminatoire injustifié entre différents stades du processus économique ou entre des clients relevant du même stade du processus économique. L'administration des ententes doit faire opposition à de telles ententes (à nouveau dans un délai de trois mois), lorsque les conditions d'une véritable contrepartie de prestation ne sont pas réunies, que l'entente a manifestement des effets néfastes sur le cours de la production ou le commerce, ou sur l'approvisionnement convenable des consommateurs, ou que des participants au marché apportent la preuve que, du fait de l'entente, ils subissent un traitement injustement discriminatoire.

Sont exemptés de surcroît de l'interdiction des ententes, en vertu de l'article 5 a GWB, les autres accords et décisions qui ont pour objet la rationalisation des processus économiques par la voie de la spécialisation, à condition qu'ils laissent subsister sur le marché une concurrence substantielle (ententes de spécialisation), là également avec une possibilité d'opposition de l'administration des ententes. La rationalisation des processus économiques par d'autres types de coopération inter-entreprises que ceux visés à l'article 5 a GWB est encore considérablement favorisée par l'article 5 b GWB, lorsque la concurrence sur le marché n'en est pas substantiellement affectée, et que l'accord ou la décision sert à promouvoir l'efficacité des petites et moyennes entreprises : c'est ce que l'on appelle les mesures favorisant la coopération des petites et moyennes entreprises. Cette disposition, qui a été introduite par la loi de réforme du droit des ententes en 1973, a été commentée dans une note du ministre fédéral de l'économie intitulée : « mesures facilitant la coopération des petites et moyennes entreprises dans le cadre de l'article 5 b GWB », du 15.4.1975, et sa portée pour les praticiens a été exposée. Le Ministre fédéral de l'Economie fait observer qu'il existe déjà dans le cadre de l'article 1 GWB, et donc sans que cela constitue une infraction, un grand nombre de possibilités de coopération ne constituant pas des ententes, et qui ont déjà été antérieurement réunies par le « manuel de la coopération » publié par le Ministre fédéral de l'Economie le 29.10.1963^(35 bis). Il s'agit de la coopération pour l'acquisition et l'analyse d'informations (par exemple, prospection du marché en commun, analyses conjoncturelles et structurelles), l'achat, la production (par exemple recherche et développement en commun, utilisation en commun d'équipements de production, communautés de travail, entreprises communes, services communs de clientèle et de réparation), la vente (publicité commune, communautés de marque de fabrique, communautés de transport et d'entreposage), pour l'administration commerciale (collaboration en matière de comptabilité, communautés d'encaissement) ainsi que pour d'autres domaines (pour l'octroi de crédit, pour l'apprentissage et la formation professionnelle). Les coopérations de cette nature figurent en dehors du champ des ententes lorsque la concurrence ne s'en

(35 bis) Wu W 1964, p. 35.

trouve pas, ou peu sensiblement, influencée. Grâce à l'article 5 b GWB, dans l'intérêt de l'efficacité des petites et moyennes entreprises, des accords restrictifs de la concurrence au sens de l'article 1 GWB se trouvent également admis lorsque la concurrence ne s'en trouve pas substantiellement affectée. Même les conventions visées à l'article 5 b GWB peuvent comprendre toutes les formes de collaboration inter-entreprises qui, de par la rationalisation des processus économiques, servent à l'amélioration de l'efficacité des entreprises intéressées (par exemple, mesures de coopération dans les secteurs de la production, de la recherche et du développement, du financement, de l'administration, de la publicité, de l'achat et de la vente). La collaboration inter-entreprises peut intervenir sous forme de coordination mais aussi de détachement d'une fonction distincte ou de plusieurs fonctions d'entreprise. Le critère de «rationalisation des processus économiques» exclut en fait a priori des formes de coopération sortant du champ d'application de l'article 5 b GWB, qui tendent avant tout, non pas à une augmentation de prestation, mais au contraire à l'exclusion de la concurrence (en ce sens, la note du Ministre fédéral de l'Economie du 15.4.1975).

3) Ententes autorisées

L'entente dite «de crise structurelle» appartient à la catégorie des ententes autorisées, article 4 GWB. L'administration des ententes peut, en cas de régression des ventes due à une modification durable de la demande, autoriser, sur requête, des entreprises de production, de fabrication ou de transformation, à conclure un accord ou prendre une décision de la nature de ceux décrits à l'article 1 GWB, si l'accord ou la décision est nécessaire pour adapter méthodiquement aux besoins les capacités de production et si les mesures adoptées tiennent compte de l'économie générale et de l'intérêt public. Cette disposition doit faciliter aux entreprises d'une branche le processus d'adaptation aux modifications des conditions de la demande. C'est notamment lorsqu'il existe un risque réel que, du fait d'une demande en diminution durable, des petites et moyennes entreprises en soi viables, doivent disparaître du marché, ou que des capacités de production doivent être anéanties au-delà de la mesure nécessaire sous l'angle de l'économie nationale, que se trouve justifiée la restriction provisoire de la concurrence par une entente du type de celles visées à l'article 4 GWB; telle est la position de l'Office fédéral des ententes dans sa décision du 31.5.1983⁽³⁶⁾ ainsi que dans les «Principes administratifs de l'Office fédéral des ententes pour l'appréciation des ententes de crise structurelle et des ententes de rationalisation», du 31.3.1978 (*Bundesanzeiger* 1978, n° 66).

C'est d'une idée similaire que procède la règle d'exception de l'article 5 al. 2 et 3 GWB. Aux termes de cette disposition, une entente peut être autorisée lorsque l'accord favorise la rationalisation des activités économiques, et est de nature à apporter un accroissement substantiel de l'efficacité ou de la productivité des entreprises intéressées sur le plan technique, de la gestion commerciale ou de l'organisation, et si, ce faisant, il permet de mieux répondre à la demande, le résultat de la rationalisation doit être en rapport avec les restrictions à la concurrence qu'implique cette rationalisation (ententes de rationalisation). Aux termes de l'article 5 al. 3 GWB l'autorisation ne peut être accordée en réalité, lorsque l'accord ou la décision comporte des accords sur les prix ou fait intervenir

des organismes d'achat ou de vente en commun, qu'à la stricte condition que le but de rationalisation ne puisse être atteint par un autre moyen, et que la rationalisation est souhaitable dans l'intérêt général. Sur ce point également l'Office fédéral des ententes a donné de plus amples précisions dans les principes administratifs susvisés.

Parmi les ententes autorisées, figurent ensuite celles que l'on appelle les ententes d'exportation, pour le cas où elles englobent aussi le trafic de marchandises ou de prestations commerciales entrant dans le champ d'application de la GWB. L'autorisation doit être accordée lorsque la mesure est nécessaire pour assurer la réglementation souhaitée de la concurrence sur des marchés situés en dehors du champ d'application de la GWB (dans la mesure où leurs effets se limitent à l'étranger, les ententes d'exportation sont de simples ententes notifiées).

Les ententes d'importation sont généralement soumises à une autorisation de l'administration des ententes. En vertu de l'article 7 GWB, l'administration des ententes peut accorder l'autorisation dans la mesure où la disposition prise concerne exclusivement l'importation dans le champ d'application de la GWB, et où les importateurs allemands ont affaire à des fournisseurs qui ne se font pas ou qu'une faible concurrence.

Si les conditions des articles 2 à 7 GWB (c'est-à-dire des éléments rapportés ci-dessus) ne sont pas réunies, le Ministre fédéral de l'économie peut, sur requête, accorder l'autorisation de conclure un accord ou de prendre une décision (constitutifs d'entente), lorsqu'exceptionnellement une restriction à la concurrence est nécessaire pour des motifs prééminents tenant à l'intérêt public et à l'économie générale (entente particulière).

4) Recommandations licites

Sur le modèle des éléments constitutifs d'ententes licites en vertu des articles 2 à 5 b GWB, l'article 38 al. 2 GWB autorise également que soient édictées des recommandations, faisant dans cette mesure une brèche à l'interdiction de principe de l'article 38 al. n° 11 GWB. Aux termes de cette disposition sont notamment licites des recommandations formulées par des associations de petites et moyennes entreprises en vue de stimuler l'efficacité des participants, des recommandations qui ont pour objet l'application uniforme de normes ou de types, et des recommandations d'associations professionnelles et commerciales relatives à l'application uniforme de conditions générales d'affaires, de livraison et de paiement.

C. VALIDITE DES MESURES RESTRICTIVES DE LA CONCURRENCE ET CONTRÔLES

L'exemption dont bénéficient les ententes notifiées à opposition et autorisées a pour conséquence qu'elles produisent des effets sur le plan du droit civil, et qu'elles lient les parties. La seule chose qui soit illicite en vertu de l'article 25 al. 3 n° 1 GWB est de contraindre des entreprises à adhérer à un accord ou à une décision au sens des articles 2 à 8 GWB, c'est-à-dire à une entente conclue de manière illicite.

Les ententes sont en fait soumises à la surveillance de l'administration des ententes. En cas d'abus de la dérogation à l'interdiction de l'article 1 GWB en faveur d'une entente, s'il s'agit d'une entente autorisée, l'autorisation doit être retirée, article 11 al. 5 GWB, s'il s'agit d'une entente notifiée

(36) Bkarta du 31.5.1983, DB 1983, p. 1348.

ou à opposition, l'administration des ententes peut enjoindre aux entreprises intéressées de mettre fin à l'abus incriminé, de modifier les accords et décisions; mais elle peut également déclarer nuls ces accords et décisions, article 12 al. 3 GWB. Dans de tels cas les accords restrictifs de la concurrence ne peuvent plus ensuite être mis en œuvre. En cas d'infractions à ces dispositions, les éléments constitutifs d'infractions administratives de l'article 38 al. 1 n° 1, 2 et 4 GWB entrent à nouveau en jeu.

Même tant que les accords ne sont pas contestés au regard

du droit des ententes et produisent tous leurs effets, l'article 13 GWB donne au membre individuel de l'entente des facilités pour se libérer de son engagement. Les accords et décisions entrant dans les catégories visées aux articles 2 à 8 GWB peuvent être dénoncés sans préavis par tout partenaire, pour motif grave. On se trouve en présence d'un motif grave notamment lorsque la liberté d'action économique du partenaire qui dénonce l'accord a été restreinte d'une façon injuste, ou compromise par un traitement discriminatoire vis-à-vis des autres membres, article 13 GWB.

42.— CONVENTIONS RESTRICTIVES DE LA CONCURRENCE

DANS LES CONTRATS D'ECHANGE

Le deuxième chapitre de la *GWB* régleme les autres accords ayant un contenu restrictif de la concurrence (articles 15 à 21). Les accords évoqués sous ce titre sont les accords portant sur un échange de prestations, qui sont liés pour une partie à des restrictions de sa possibilité d'action sur le plan de la concurrence; mais la restriction à la concurrence n'est plus un objectif commun, et ne favorise plus un intérêt commun. La loi distingue trois types différents de problèmes.

I. PRIX ET CONDITIONS

Les articles 15 à 17 *GWB* concernent les accords entre entreprises relatifs à des marchandises ou à la prestation de services commerciaux, se rapportant à des marchés compris dans le domaine d'application de la *GWB*, et qui restreignent la liberté de l'une des parties de fixer les prix ou conditions commerciales des contrats qu'elle conclut avec des tiers relativement aux marchandises livrées, à d'autres marchandises, ou à des prestations de services commerciaux.

A. NULLITE DE PRINCIPE DES ACCORDS IMPOSANT DES PRIX ET CONDITIONS

Aux termes de l'article 15 *GWB*, de tels accords sont nuls. Cette disposition doit garantir la liberté pour les parties de déterminer le contenu des contrats qu'elles concluent avec des tiers. De ce fait, se trouvent notamment exclues les conventions de prix imposés, qui étaient autrefois courantes en République fédérale pour les produits de marque, et dont l'effet était que les commerçants s'engageaient, dans les contrats de livraison conclus avec les fabricants, à ne vendre les marchandises qu'au prix de vente final déterminé par le fabricant. Toutefois l'article 15 *GWB* ne se borne pas à envisager les dispositions contractuelles de cette nature, mais également tous les accords ayant pour résultat des effets tendant à une restriction de la liberté de formation des prix, comme par exemple les clauses de marge ou de calcul, qui contraignent le commerçant à appliquer «la base de calcul pratiquée pour la formation des prix par un commerçant ordinaire compte tenu d'une marge convenable»⁽³⁷⁾. Mais l'Office fédéral des ententes, tout comme la Cour fédérale suprême ont également rattaché à l'article 15 *GWB* ce que l'on appelle les «clauses du plus favorisé», qui lient les fournisseurs quant aux prix qu'ils pratiquent vis-à-vis de certains clients, par rapport à d'autres acheteurs. Selon le processus normal, les fournisseurs donnent à certains clients l'assurance de leur accorder à chaque fois les prix et conditions d'achat les plus favorables, et qu'au cas où le fournisseur offrirait à d'autres acheteurs des conditions plus favorables, celles-ci seraient automatiquement valables pour le partenaire contractuel bénéficiant de la clause du plus favorisé. Selon l'opinion de l'Office fédéral des ententes, tout comme de la Cour fédérale suprême⁽³⁸⁾, les dispositions de cette nature limitent la liberté de détermination des prix du fournisseur, laquelle comporte aussi la possibilité de gratifier les acheteurs de prix et conditions commerciales différentes, d'une manière illicite. Le fait que le fournisseur

soit certes libre juridiquement d'octroyer des conditions préférentielles à des clients, n'est pas en contradiction avec l'application de l'article 15 *GWB*, si l'on considère que celui-ci est cependant empêché dans les faits d'accorder des prix plus favorables pour la bonne raison que ceci impliquerait automatiquement pour lui le désavantage suivant que les mêmes conditions seraient alors ensuite applicables au cocontractant.

L'article 15 *GWB* n'intervient pas dans les rapports entre entreprises lorsqu'il existe, en vertu de la nature particulière des relations juridiques existantes, un droit de donner des instructions même pour la détermination des prix et conditions des contrats de vente ultérieurs. Ce principe a été reconnu également par la jurisprudence pour les contrats de commissionnaires et représentants de commerce. C'est en effet la caractéristique du contrat de gestion d'affaires qui est à la base de ces rapports contractuels, que le mandant, que concernent également les incidences économiques de la liquidation de l'opération, peut donner des instructions sur l'exécution de l'opération. En fait ce principe ne s'applique que pour les marchandises vendues et les prestations commerciales relativement auxquelles l'exploitant qui est lié agit en qualité de commissionnaire ou représentant de commerce, mais pas pour les activités de vente de la même personne qui dépassent ce domaine. De même, la réorganisation d'un régime de distribution sur une base de représentation commerciale ou de commission ne peut pas intervenir dans le simple objectif de tourner l'interdiction des prix imposés par le biais d'une stratégie frauduleuse; les limites de la liberté de disposition des entreprises en ce qui concerne leur régime de distribution sont à cet égard actuellement très controversées dans le détail.

B. SANCTIONS EN CAS D'INFRACTIONS A L'INTERDICTION DES PRIX IMPOSES

a) Aux termes de l'article 15 *GWB*, les accords sont nuls, c'est-à-dire dépourvus de tout effet sur le plan du droit civil. En conséquence également de tels accords n'ouvrent la voie à aucun recours.

b) L'administration des ententes peut interdire l'exécution de tels accords en vertu de l'article 37 a al. 1 *GWB* dans le cadre de la procédure administrative.

c) Quiconque ne tient pas compte de la nullité de ces accords commet une infraction, conformément à l'article 38 a al. 1 n° 1 *GWB*.

C. PRIX IMPOSES LICITES

De nos jours seuls restent licites les prix imposés en matière d'articles d'édition. La dérogation qui existait antérieurement aussi pour les produits de marque a été supprimée par la loi de réforme du droit des ententes de 1973, après de rudes discussions de politique juridique; à sa place il a été prévu la possibilité de pratiquer des recommandations de prix non obligatoires, conformément à l'article 38 a *GWB* (voir ci-après D).

(37) KG, WuW 1974, p. 547.

(38) BKartA du 3.9.1975, BB 1975, p. 1359; BGH du 7.1.1981, BGHZ 80, p. 43 et s.

En vertu de l'article 16 GWB, l'interdiction des prix imposés n'est pas applicable dans la mesure où une entreprise contraint juridiquement ou économiquement les acheteurs de ses publications à pratiquer certains prix de revente, ou à imposer la même obligation à ses propres clients, jusqu'à la vente au consommateur final. Ce privilège légal devait permettre — ainsi le comprend la Cour fédérale suprême⁽³⁹⁾ — de protéger le régime établi des prix fixes de librairie dans le cadre du régime général du processus de distribution et de comptes du secteur libraire. La dérogation est considérée comme une décision du législateur en matière de politique structurelle et culturelle, mais qui du fait de son caractère dérogatoire oblige à interpréter restrictivement l'article 16 GWB. Ainsi la Cour fédérale suprême a refusé d'étendre le champ d'application de l'article 16 GWB éventuellement à la distribution de disques.

La conséquence qui résulte de la disposition particulière de l'article 16 GWB est que les accords de prix imposés concernés par cette disposition sont juridiquement valables. Une entreprise d'édition peut contraindre ses partenaires contractuels à respecter leurs engagements résultant d'une convention de prix imposés, c'est-à-dire à faire respecter judiciairement les pratiques correspondantes. Elle y est même contrainte dans la pratique, puisque la jurisprudence considère que la cohérence théorique et pratique du régime des prix imposés constitue la condition pour que les obligations souscrites soient raisonnables et de ce fait impératives; si le régime des prix imposés était déjà incomplet dès sa conception, ou n'est dans la pratique pas respecté, on ne peut exiger des autres participants qu'ils respectent les prix imposés, et ces derniers peuvent ne pas en tenir compte.

Dans de tels cas l'administration des ententes peut en outre déclarer la nullité des prix imposés sur le fondement de l'article 17 GWB, au motif que ceux-ci constituent des manœuvres abusives. L'article 17 GWB lui confère d'une manière générale la possibilité de déclarer d'office, ou sur requête d'un acheteur lié, la nullité de l'obligation de prix imposé, et d'interdire la mise en œuvre d'une nouvelle obligation similaire de prix imposés, lorsqu'elle constate soit que l'obligation de prix imposés donne lieu à des abus, soit que l'obligation de prix imposés ou sa conjugaison avec d'autres restrictions de la concurrence est susceptible d'augmenter le prix des marchandises concernées d'une manière non justifiée par la situation économique générale, ou d'empêcher que les prix baissent, ou bien de limiter la production ou la vente de ces marchandises. Avant d'intervenir par une telle décision, l'administration des ententes doit inviter les entreprises à mettre fin aux abus incriminés.

D. RECOMMANDATIONS DE PRIX LICITES POUR DES ARTICLES DE MARQUE

Pour remplacer les pratiques des prix imposés pour les articles de marque, qui étaient jusqu'alors licites, la réforme du droit des ententes de 1973 a institué — en compensation — la possibilité d'influer sur la formation des prix du commerce par des « recommandations non obligatoires ». Aux termes de l'article 38 a al. 1 n° 12, il est certes illicite de recommander aux acheteurs d'une marchandise de pratiquer certains prix lors de sa revente à des tiers. Toutefois, l'article 38 a GWB autorise les recommandations de prix non obligatoires formulées

par une entreprise pour la revente de ceux de ses produits de marque qui sont en concurrence de prix avec d'autres produits de même nature provenant d'autres fabricants, pourvu que les recommandations :

- soient expressément désignées comme n'étant pas obligatoires, contiennent exclusivement une certaine indication de prix, et qu'aucune pression d'ordre économique, social ou autre ne soit exercée pour les imposer, et que
- en les formulant, on s'attende à ce que le prix recommandé corresponde au prix que pratiqueront en majorité les destinataires de la recommandation.

A cet égard les produits de marque sont définis comme étant des produits pour lesquels les entreprises qui en recommandent les prix garantissent des livraisons de qualité constante ou même améliorée, et qui portent un signe indiquant leur origine (nom de société, nom, insigne).

Si ces conditions ne sont pas réunies, toute recommandation émise tout de même ne bénéficie pas de la dérogation à l'interdiction de l'article 38 al. 1 n° 12 GWB. Elle constitue alors une infraction conformément à l'article 38 al. 1 n° 12 GWB. L'administration des ententes peut en outre interdire le prononcé de la recommandation, car l'article 37 a al. 2 GWB l'autorise à interdire aux entreprises d'adopter un comportement qui est interdit en vertu de l'article 38 al. 1 n° 12 GWB.

Lorsque les conditions de fait d'une recommandation de prix correspondant à celles visées à l'article 38 a al. 1 GWB sont réunies, l'administration peut néanmoins déclarer celle-ci illicite dans le cas particulier, et interdire de nouvelles recommandations similaires. Tel est le cas lorsque l'administration des ententes constate que les recommandations constituent un abus de la dérogation à l'interdiction des recommandations de l'article 38 al. 1 n° 12 GWB. On se trouve notamment en présence d'un abus, lorsque :

- la recommandation à elle seule ou en relation avec d'autres restrictions de la concurrence est susceptible d'augmenter le prix des produits d'une manière non justifiée par les conditions économiques générales, ou d'empêcher les prix de baisser, ou de restreindre leur production ou leur vente, ou que
- la recommandation est susceptible de tromper le consommateur sur le prix exigé par la majorité des destinataires de la recommandation, ou que
- le prix recommandé est dans un grand nombre de cas nettement supérieur aux prix exigés sur l'ensemble du territoire d'application de la GWB ou sur une partie essentielle de celui-ci, ou que
- certaines entreprises ou certains groupes d'acheteurs sont, sans raison matériellement justifiée, exclus par des règles de distribution ou d'autres mesures de l'entreprise qui émet les recommandations, de la distribution des produits.

Lorsque ces conditions sont réunies, l'administration des ententes doit ouvrir une procédure administrative aux fins de faire déclarer illicites ou faire interdire des recommandations similaires.

Des recommandations initialement licites en vertu de l'article 38 a al. 1 GWB peuvent donc être déclarées illicites dans le cadre de cette procédure. Jusqu'à ce que l'administration rende sa décision, la recommandation en matière de prix avait toutefois une force obligatoire. Ce n'est qu'à partir de ce

(39) BGH du 30.6.1966, GBHZ 46, p. 74 et s. (84).

moment qu'il n'est plus possible d'édicter de nouvelles recommandations. Toute violation de la décision administrative constitue une infraction dans les termes de l'article 38 al. 1 n° 4 GWB.

Compte tenu de ces données, les administrations des ententes et les tribunaux sont saisis de recommandations de prix non obligatoires sur des terrains procéduraux variés. Déjà, il se peut que les conditions constitutives d'une recommandation de prix licite ne soient pas réunies, par exemple lorsque celle-ci n'est pas suffisamment clairement caractérisée de non obligatoire (article 38 al. 1 n° 1 GWB). C'est ce que suppose l'Office fédéral des ententes lorsque par exemple la mention «recommandation de prix non obligatoire» figurant sur une indication de prix est, compte tenu de sa taille et de sa place, très clairement disproportionnée par rapport à l'indication de prix⁽⁴⁰⁾. Dans ce cas il y a lieu d'utiliser la procédure d'interdiction de l'article 37 al. 2 GWB. En outre, la recommandation garde son caractère d'infraction au sens de l'article 38 al. 1 n° 12 GWB et peut être sanctionnée d'une pénalité dans le cadre d'une procédure d'infraction. Il en va de même en cas de recommandations de prix dites illusoire, c'est-à-dire lorsque même l'entreprise qui émet la recommandation sait à l'avance que la recommandation ne sera pas suivie de la majorité des personnes à qui elle s'adresse en raison du prix excessif qu'elle indique. Par contre il s'agira de statuer dans le cadre d'une procédure administrative distincte, sur le caractère illicite d'une recommandation de prix, lorsque celle-ci n'a certes pas été émise dans l'attente que le marché ne la respecterait pas, mais que pourtant l'évolution des circonstances a fait que le prix recommandé est, dans un grand nombre de cas, considérablement supérieur aux prix demandés.

S'agissant de recommandations qui ne sont pas illicites dès leur prononcé, l'abus est constitué par la pratique qui en est faite ultérieurement, bien qu'il soit constaté que le marché n'a pas accepté, ou ne suit plus cette recommandation. En fait, les praticiens du droit des ententes ont là une délimitation délicate à tracer. Il résulte du régime même de toute la réglementation que, du fait du caractère dit non obligatoire de la recommandation de prix, les commerçants vendent à un prix plus ou moins inférieur au prix recommandé : c'est précisément ce qu'a voulu garantir le législateur en optant pour le caractère non obligatoire. Le seul fait que se diffuse un prix inférieur ne suffit toutefois pas à faire apparaître le maintien de la recommandation de prix comme abusive en soi. Toutefois, dans le secteur des produits alimentaires, la Cour a reconnu par exemple l'existence d'un abus lorsque dans 20% des points de vente, les prix pratiqués étaient d'au moins 10% inférieurs à celui de la recommandation : dans ces circonstances, le prix recommandé aurait été considérablement supérieur aux prix effectivement pratiqués dans un grand nombre de cas (article 38 al. 3 n° 3 GWB)⁽⁴¹⁾.

II. RESTRICTIONS A LA LIBERTE D'UTILISATION ET CONTRAINTES DE DISTRIBUTION

Alors que l'article 15 GWB tend à garantir la liberté de déterminer le contenu des contrats à conclure avec des tiers, les articles 18 et 19 GWB comportent des dispositions qui assurent aux acheteurs de marchandises et de prestations de

services commerciaux la liberté d'utiliser ceux-ci. Les restrictions d'utilisation, les contraintes de distribution et clauses d'exclusivité déterminées contractuellement ne sont pas en fait purement et simplement illicites, car chaque entreprise doit avoir la liberté de choisir son mode de distribution. Cependant elles peuvent, d'une part, massivement bloquer l'accès au marché pour les concurrents des parties au contrat, d'autre part, provoquer des restrictions de la concurrence sur le marché et aussi, dans des cas particuliers, une dépendance excessive des parties liées par l'accord. C'est pourquoi la GWB prévoit pour de tels accords un contrôle des administrations des ententes, et la possibilité de prendre des décisions d'intervention.

A. ANALYSE DES TYPES DE PRATIQUES EN FONCTION DE LEURS ELEMENTS CONSTITUTIFS

Sont visés par l'article 18 GWB les accords entre entreprises relatifs à des marchandises ou à la prestation de services commerciaux qui :

- restreignent l'une des parties dans la liberté qu'elle a d'utiliser les marchandises livrées, d'autres marchandises ou des prestations de services commerciaux (restrictions dans l'utilisation);
- limitent la possibilité pour l'une des parties d'acheter à des tiers ou de leur fournir d'autres marchandises ou prestations de services commerciaux (obligations d'exclusivité);
- limitent la liberté de l'une des parties de vendre à des tiers les marchandises fournies (contraintes de vente);
- font obligation à l'une des parties d'accepter des marchandises ou des prestations de services commerciaux qui, en fait, ou selon les usages commerciaux n'ont aucune relation entre elles (opérations liées).

Constitue par exemple une restriction d'utilisation (article 18 al. 1 n° 1 GWB), l'obligation, pour des ateliers de réparation de véhicules automobiles, de n'utiliser que des lubrifiants ou des pièces de rechange d'une certaine origine : dans cette hypothèse, l'utilisation d'autres marchandises est limitée. Parmi les contraintes d'exclusivité (article 18 al. 1 n° 2 GWB), figurent notamment les accords de distribution exclusive, qui peuvent tout aussi bien donner le droit au commerçant d'être le seul à commercialiser un produit sur un territoire de distribution déterminé (la garantie d'une telle promesse suppose que le fabricant du produit oblige tous ses autres acheteurs à ne pas commercialiser le produit sur ce même territoire), que d'autre part obliger le commerçant à ne vendre que les marchandises d'un producteur sur son territoire de vente. Les engagements d'exclusivité sont pratiqués par exemple dans la vente de véhicules automobiles et de carburants, et dans l'exploitation de distributeurs automatiques. Il est fait notamment usage des engagements de distribution dans le secteur des articles de marque; dans ce domaine, c'est davantage la distribution qui est liée au commerce spécialisé, et la livraison à des libre-service interdite. Comme nous venons de le préciser déjà, pour qu'un territoire puisse bénéficier d'une protection efficace il faut également que les entreprises concurrentes soient liées par des engagements de distribution. Quant aux opérations liées (article 18 al. 1 n° 4 GWB), elles présentent peu d'importance dans la pratique.

La réglementation de l'article 18 GWB ne concerne que les accords d'échange de prestations et non les conventions soutenues par un intérêt commun de restriction de la concurrence. Ne sont pas visées à l'article 18 GWB les rapports de droit

(40) BKartA du 11.5.1976, BB 1976, p. 900.

(41) KG du 2.4.1975, BB 1975, p. 848.

dans le cadre desquels une partie s'engage à sauvegarder des intérêts au profit de l'autre partie, ainsi par exemple des contrats de représentants de commerce. Puisque le représentant de commerce (et il en est de même pour les commissionnaires), doit tenir compte des instructions du chef d'entreprise, la restriction des possibilités d'action du représentant de commerce est nécessairement inhérente à ces contrats. Par contre, l'application de l'article 18 GWB ne s'oppose pas à ce que la clause restreignant la faculté d'action se trouve dans un contrat portant sur des droits réels. Il arrive que soient d'usage des servitudes inscrites au registre foncier et qui font obligation à la personne supportant la charge de la servitude de ne pas entreprendre certains actes sur un fonds (par exemple interdiction de fabriquer, entreposer ou vendre de la bière sur un terrain). Il est ensuite possible d'autoriser par une convention relevant du droit des obligations, la personne tenue de cet engagement, à vendre la bière d'une certaine brasserie, ce qui a pratiquement pour résultat que sur le fonds concerné seule peut être vendue la bière en provenance d'une brasserie déterminée (voir le cas au BGHZ 74, p. 293).

B. LICITE DE PRINCIPE DES CLAUSES DE CONTRAINTES

L'article 18 GWB se borne à accorder à l'administration des ententes un pouvoir de contrôle des abus sur les clauses de concurrence susvisées. Le législateur part donc du principe que de telles clauses sont licites et pourvues d'effets. L'article 34 GWB exige en fait comme condition de leur validité qu'elles soient rédigées par écrit; à cet égard c'est l'ensemble des dispositions contractuelles qui doit satisfaire à l'exigence de la forme écrite et pas seulement la convention restreignant la concurrence elle-même. L'exécution des restrictions d'utilisation, contraintes de distribution et clauses d'exclusivité peut être obtenue par la voie judiciaire. L'exploitant ayant acquis des droits dans le cadre de conventions d'engagements de vente est même pratiquement obligé, pour préserver sa position juridique, de veiller au respect des engagements de distribution vis-à-vis de clients non tenus par le respect du contrat, car sinon l'intégrité de son régime d'engagements de distribution en souffrirait; mais d'autre part l'intégrité du régime d'engagements de distribution est la condition que le respect des engagements de distribution reste obligatoire pour les acheteurs individuels, parce que l'on part généralement du principe que le respect d'un engagement d'exploitation ne peut être exigé d'un partenaire contractuel que si le système d'engagements de distribution dans son ensemble est respecté par les parties, c'est-à-dire observé.

C. DECLARATION DE NULLITE ET INTERDICTION DE CLAUSES D'ENGAGEMENT

L'administration des ententes peut déclarer nuls les accords visés à l'article 18 GWB et interdire l'utilisation de nouveaux engagements similaires dans la mesure où par ces accords

- a) un nombre d'entreprises notable au regard de la concurrence sur le marché se trouvent liées de la même façon et restreintes indûment dans leur droit à la libre concurrence, ou
- b) l'accès au marché d'autres entreprises est indûment restreint, ou
- c) par l'étendue de telles restrictions, la concurrence sur le marché est substantiellement compromise pour ces marchandises ou pour d'autres marchandises ou pour des prestations de services commerciaux.

A cet égard on ne doit pas considérer comme induue une restriction qui est insignifiante par rapport aux possibilités d'offre et de demande qui restent à la disposition des autres entreprises.

Lorsque l'administration des ententes déclare nul un engagement de prix ou une restriction, la validité du contrat pour le reste dépend du point de savoir si ce contrat aurait été conclu même en l'absence de cette clause restrictive de la concurrence; sur ce point, les principes généraux du droit civil sont applicables (article 139 BGB). La disposition de l'article 119 al. 1 GWB est en tout cas en ce sens. En outre, l'administration des ententes peut ordonner, avec la décision par laquelle elle prononce la nullité de la clause d'engagement, que les autres clauses du contrat ne sont pas touchées par la nullité, lorsque cela est nécessaire pour éviter des rigueurs injustifiées à l'égard de l'une des parties, et que des intérêts essentiels d'une autre partie à l'accord ne s'y opposent pas (article 19 al. 2 GWB). La nullité a pour conséquence que la disposition contractuelle n'a plus à être observée. Quiconque ne tient pas compte de cette nullité commet une infraction aux termes de l'article 38 al. 1 n° 2 GWB. Si l'interdiction de l'administration d'appliquer de nouveaux engagements similaires n'est pas respectée, ce fait constitue une infraction administrative conformément à l'article 38 al. 1 n° 4 GWB.

Il n'est pas possible d'agir en réparation du préjudice subi pour la période antérieure à la décision de l'administration des ententes, étant donné que des conventions contractuelles de la nature de celles de l'article 18 al. 1 GWB, même si elles produisent des effets restrictifs de la concurrence, ne sont pas illicites tant que l'administration n'a pas rendu de décision les concernant. Dans cette mesure, l'article 18 GWB n'est pas une disposition légale de protection au sens de l'article 35 GWB, mais au contraire une simple règle habilitant l'administration des ententes à des interventions ayant une incidence sur le plan du droit privé. Si toutefois une pratique restrictive de la concurrence est poursuivie après qu'ait été rendue la décision de l'administration des ententes déclarant la nullité de l'accord et interdisant l'utilisation d'engagements similaires, il peut alors être question d'obligation de réparation, puisque l'article 35 GWB tient aussi d'une obligation de réparation celui qui enfreint une décision rendue par l'administration des ententes, dans la mesure où cette décision vise à assurer la protection d'un tiers. Cette mesure entre tout à fait en ligne de compte s'agissant des décisions rendues en vertu de l'article 18 GWB puisque, par exemple, il y a lieu de prononcer une déclaration de nullité lorsque l'accès au marché est limité indûment pour d'autres entreprises (cette faculté d'intervention de l'administration des ententes sert sans aucun doute à assurer la protection de l'entreprise empêchée d'accéder au marché).

III. RESTRICTIONS A LA CONCURRENCE DANS LES CONTRATS DE LICENCE

A. RECONNAISSANCE DES RESTRICTIONS A LA CONCURRENCE RESULTANT DE DROITS DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

Aux termes de l'article 9 de la loi sur les brevets, un brevet a pour effet que seul le titulaire du brevet est habilité à utiliser l'invention brevetée. Il est interdit à tout tiers, sans son autorisation, de fabriquer un produit qui fait l'objet du brevet, de le mettre en vente, de le commercialiser ou de

l'utiliser ou de l'importer dans les buts susvisés, ou de le posséder, ou encore d'utiliser un procédé qui fait l'objet du brevet, de l'offrir à l'utilisation, ou d'offrir, de mettre en circulation, d'utiliser ou d'importer dans les buts susindiqués, ou de posséder le produit fabriqué par ce procédé. Les modèles d'utilité et droits de marque protégés entraînent des effets analogues à ceux des monopoles. Il n'est permis aux tiers d'utiliser l'objet de l'invention que si et dans la mesure où ils y ont été autorisés par le titulaire du brevet dans le cadre d'une convention conclue avec ce dernier (et appelée contrat de licence). Depuis toujours les effets restrictifs de la concurrence des droits de propriété industrielle constituent l'un des problèmes insolubles du droit des ententes. En fait, le législateur a jusqu'à présent respecté la position des droits de propriété industrielle et fait reculer dans cette mesure la demande de liberté de concurrence. C'est cette conception qui est aussi à la base de la GWB. Les positions de monopole engendrées par les droits de propriété industrielle n'ont pas été touchées. On a également respecté le fait que le licencié doit s'en tenir aux limites qui lui ont été imparties par la licence qui lui a été concédée, étant donné qu'il ne dispose bien sûr du droit d'utilisation se rapportant à l'invention que sur la base de la licence et dans le cadre qu'elle fixe. Les effets restrictifs de la concurrence qui en résultent sont inhérents à la position concédée au licencié.

B. AUTRES ACCORDS RESTRICTIFS DE LA CONCURRENCE FIGURANT DANS DES CONTRATS DE LICENCE

Les articles 20 et 21 GWB cernent exclusivement le problème résultant de ce que l'on essaye fréquemment d'insérer dans des contrats de licence des restrictions à la concurrence qui vont au-delà des restrictions résultant de la protection juridique industrielle. Cela n'est en principe plus autorisé par la GWB, mais en fait même dans ce domaine une série d'exceptions sont prévues.

La distinction de principe est entreprise à l'article 20 GWB. Aux termes de cet article, les accords relatifs à l'acquisition ou à l'exploitation de brevets, de modèles déposés ou de droits de variétés protégés sont nuls, dans la mesure où ils imposent à l'acquéreur ou au licencié des restrictions dans ses relations d'affaires, qui outrepassent les limites du droit protégé. La deuxième partie de la première phrase de cette disposition établit en outre, dans un but de précisions, que des restrictions relatives à la nature, à l'étendue, au volume, à la qualité, au territoire ou à la période d'utilisation du droit protégé, n'outrepasse pas les limites du droit protégé. Bien au contraire ces restrictions résultent directement du contenu du droit protégé. Selon l'article 21 GWB, les dispositions prises pour les brevets sont applicables par analogie aux accords relatifs à la concession ou à l'utilisation d'inventions, de procédés de fabrication, de constructions ou d'autres inventions enrichissant la technique, qui ne font pas l'objet d'une protection légale, ainsi que des inventions tendant à améliorer la culture des plantes dans le domaine des cultures en pépinières, qui ne font pas l'objet d'une protection légale, pour autant que toutes ces inventions constituent des secrets de fabrication.

L'article 20 al. 2 GWB autorise en fait ensuite une série de conventions restrictives de la concurrence qui outrepassent la portée des restrictions résultant des droits protégés. Sont citées :

1) Les restrictions imposées à l'acquéreur ou au licencié, dans la mesure où et aussi longtemps qu'elles sont justifiées par l'intérêt qu'a le vendeur ou le cédant de la licence à une utilisation techniquement irréprochable de l'objet du droit protégé; en vertu de cette disposition, peuvent bénéficier d'une exemption les prescriptions de qualité et de contrôle, les prescriptions relatives aux conditions minimales à respecter pour la fabrication, les restrictions d'utilisation et de vente;

2) Les obligations de l'acquéreur ou du licencié concernant le prix de l'objet protégé;

3) Les obligations de l'acquéreur ou du licencié concernant l'échange d'expériences ou l'octroi de licences portant sur des inventions de perfectionnement ou d'application dans la mesure où, à ces obligations, correspondent des obligations similaires du titulaire du brevet ou du cédant de la licence;

4) Les obligations pour l'acquéreur ou licencié de ne pas contester le droit protégé;

5) Les obligations de l'acquéreur ou du licencié, dans la mesure où elles concernent la réglementation de la concurrence sur des marchés ne relevant pas du domaine d'application de la GWB.

En tout état de cause il est requis, comme condition, que les restrictions ne dépassent pas la période de validité du droit protégé acquis ou faisant l'objet d'une licence.

En outre, l'administration des ententes peut, sur requête, autoriser un contrat de licence lorsque la liberté d'action économique de l'acquéreur ou du licencié ou d'autres entreprises n'est pas restreinte de façon indue, et que l'ampleur des restrictions n'entrave pas substantiellement la concurrence sur le marché, article 20 al. 3 GWB.

Tous les accords passés dans le contexte du droit des sociétés qui ne tendent pas au premier degré à l'octroi d'une licence ne tombent pas sous le coup de l'article 20 GWB. L'article 20 GWB suppose que le rapport de droit des parties concernées à l'accord ait pour objectif l'échange de prestations et non la prise en considération d'intérêts parallèles tenant au droit des sociétés.

Les communautés de brevet ne sont pas favorisées par l'article 20 GWB; dans la mesure où elles sont liées par des accords restrictifs de la concurrence pesant sur leurs membres, il s'agit d'ententes au sens de l'article 1 GWB. L'alinéa 4 de l'article 20 dispose expressément qu'il n'est pas porté atteinte aux articles 1 à 14 GWB (il s'agit des dispositions relatives aux ententes). L'article 20 GWB veut également ne favoriser les accords de licence que dans la mesure où ils renforcent, en tant qu'accords restrictifs de la concurrence, la position juridique du titulaire du droit protégé par rapport à celle des licenciés. Mais par contre tous les accords qui veulent limiter la marge d'action du cédant vis-à-vis d'autres preneurs de licence potentiels, ne sont pas favorisés; ainsi par exemple les accords qui comportent des dispositions concernant les conditions préalables et d'exécution qui sont requises pour que le cédant puisse concéder encore d'autres licences. Selon l'opinion générale, les dispositions du droit des ententes ne portent en fait pas atteinte à la possibilité que réservent les dispositions du droit de la propriété industrielle d'octroyer des licences exclusives.

C. APPRECIATION JURIDIQUE ET CONSEQUENCES
JURIDIQUES

Il résulte de ce qui précède que les accords restrictifs de la concurrence figurant dans des contrats de licence sont licites et pourvus d'effets dès lors que :

- a) ils se tiennent dans les limites de la restriction qui est inhérente au droit de propriété industriel protégé en tant que tel, article 20 al. 1 GWB,
- b) ils outrepassent certes ces limites mais sont néanmoins autorisés spécialement par l'article 20 al. 2 GWB,

ou

- c) ils sont autorisés à titre particulier par l'administration des ententes, article 20 al. 3 GWB.

Les conventions restrictives de la concurrence qui sortent de ces limites sont nulles en vertu de l'article 20 GWB. Toute personne qui en met néanmoins en œuvre commet une infraction administrative conformément à l'article 38 al. 1 phrase 1 GWB. L'administration des ententes peut interdire de telles pratiques en vertu de l'article 37 a al. 1 GWB; ceci présente notamment une importance pour le cas où la situation juridique n'est pas claire — en règle générale l'administration des ententes mettra alors en œuvre une procédure administrative objective et non une procédure administrative en vue d'une condamnation à des amendes.

43.— LA CONCURRENCE SOUS FORME D'ENTRAVES

Dans les ententes et les autres accords que nous venons d'évoquer, il s'agit de restrictions à la concurrence qui font l'objet d'un accord entre les parties. Elles sont généralement dirigées contre des tiers participant au marché, dont les possibilités qui sinon s'offriraient à eux sur le plan de la concurrence, doivent être éliminées ou restreintes; dans certains cas particuliers, elles peuvent en fait aussi produire leurs effets à l'encontre de l'une de parties à l'accord elle-même, notamment les autres accords restrictifs de la concurrence au sens de l'article 15 et suivants GWB. Dans les autres ensembles de dispositions qu'elle prescrit, la GWB envisage les pratiques restrictives de la concurrence unilatérales, par lesquelles une entreprise ayant généralement une position forte sur le marché tente d'utiliser sa puissance sur le marché pour éliminer, ou tout au moins limiter les possibilités de concurrence des autres entreprises.

A cet égard, la prévoyance du législateur s'est exercée dans diverses directions.

I. INCITATION AU BOYCOTTAGE

A. ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INTERDICTION

DE L'ARTICLE 26 AL. 1 GWB

D'une manière générale l'article 26 al. 1 GWB interdit aux entreprises et associations d'entreprises d'inciter une autre entreprise ou association d'entreprises à refuser les livraisons ou à boycotter les achats auprès d'autres entreprises en vue de nuire d'une manière injuste à certaines entreprises. L'interdiction s'adresse à toutes les entreprises et associations d'entreprises, et ne concerne donc pas que les entreprises d'une certaine puissance sur le marché. Parallèlement à l'interdiction de l'article 26 al. 1 GWB, intervient souvent l'article 1 de la loi contre la concurrence déloyale, puisqu'en général les incitations au boycottage constituent également une forme de concurrence déloyale; dans ce dernier cas toutefois, encore faut-il qu'il existe des relations de concurrence entre l'entreprise incitant au boycottage et l'entreprise compromise. Les incitations au boycottage émanant de personnes qui ne sont pas des entreprises ou d'associations poursuivant des intérêts idéologiques ne tombent pas sous le coup de la GWB. Dans ce domaine, les limites juridiques sont posées en réalité par la disposition de l'article 823 al. 1 du Code civil (BGB) sur le plan du droit délictuel, en liaison avec le droit d'établir et d'exploiter un établissement industriel ou commercial.

L'article 26 al. 1 GWB vise les agissements restrictifs de la concurrence exercés par une entreprise sur d'autres entreprises afin que ces dernières boycottent du circuit commercial l'entreprise que l'on veut condamner, et part donc d'une relation triangulaire entre les boycottteurs (ceux qui appellent au boycottage), ceux qui réalisent le boycottage, et l'entreprise boycottée. Les refus de livraisons et d'achats qui sont le fait d'une seule entreprise agissant à titre indépendant ne tombent pas sous le coup de l'article 26 al. 1 GWB, et sont simplement concernés dans des conditions plus limitées par d'autres normes (articles 26 al. 2 GWB, 22 GWB). S'agissant des incitations au boycottage motivées par des raisons de concurrence,

le critère déterminant est l'injustice, au sens de l'article 26 al. 1 GWB, et donc le caractère illicite, dans la mesure où l'incitateur au boycottage ne doit pas lui-même se défendre contre des pratiques restrictives de la concurrence de l'entreprise boycottée. Il ne saurait y avoir d'injustice lorsque les objectifs poursuivis n'ont pas un caractère économique; s'agissant d'entreprises en concurrence, il est en fait très rare que l'on ait à reconnaître des objectifs sans caractère économique.

B. CONSEQUENCES JURIDIQUES

L'article 26 al. 1 GWB édicte l'interdiction légale d'inciter au boycottage. L'article 37 a al. 2 GWB donne à l'administration des ententes la possibilité de prendre des décisions d'interdiction en conséquence, dans le cadre d'une procédure administrative. Aux termes de l'article 38 al. 1 n° 8 GWB, toute personne qui enfreint l'interdiction de l'article 26 al. 1 GWB commet une infraction administrative. Enfin, nul ne conteste que l'article 26 al. 1 GWB est une disposition légale protectrice, au sens de l'article 35 al. 1 GWB, au profit de l'entreprise boycottée, qui par conséquent peut exercer des recours en réparation.

En tout état de cause, seul peut être poursuivi l'incitateur au boycottage et non celui qui exécute les ordres de boycottage et ne livre plus l'entreprise concernée ni ne lui achète plus, tant qu'il ne prend pas lui-même d'initiative, en influençant celui qui a lancé le boycottage.

II. ABUS DE PUISSANCE SUR LE MARCHÉ

Les entreprises ayant une position particulièrement forte sur le marché sont également liées par la GWB en ce qui concerne les pratiques unilatérales qu'elles mettent en œuvre de manière individuelle sur le marché; leurs pratiques sont soumises à un contrôle des abus particulier dans le cadre de l'article 22 GWB.

A. ENTREPRISES SOUMISES AU CONTRÔLE DES ABUS

Aux termes de l'article 22 al. 4 GWB ce sont les «entreprises ayant une position dominante sur le marché» qui sont soumises au contrôle des abus. La notion est définie — avec un caractère obligatoire pour toute la GWB — à l'article 22 al. 1 et 2 GWB.

Il résulte de cette définition qu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché lorsque :

- 1) elle n'a pas de concurrence ou n'est exposée à aucune concurrence notable.
- 2) elle jouit sur le marché d'une situation prépondérante par rapport à ses concurrents; à cet égard il convient de tenir compte non seulement de la part du marché qu'elle détient, mais notamment de sa puissance financière, de ses possibilités d'accès aux marchés de fourniture ou d'écoulement des produits, de ses liens avec d'autres entreprises ainsi que des obstacles de fait ou de droit qui s'opposent à l'entrée d'autres entreprises sur le marché.

Pour pouvoir déterminer s'il y a une position dominante sur le marché, il convient en premier lieu de délimiter le marché en cause, sur lequel doit s'exercer la position dominante; il faut décider quels sont les biens qui entrent en ligne de compte dans cette appréciation. Selon l'opinion générale de la doctrine et la conception de la jurisprudence, il faut prendre pour base les marchandises qui, de par leurs qualités, leur but d'utilisation et leur niveau de prix sont si proches les unes des autres que le consommateur, les considérant aptes à couvrir un besoin déterminé, les compare d'une manière tout à fait légitime les unes par rapport aux autres, et les tient pour interchangeables. La Cour d'appel de Berlin avait par exemple, dans l'une des décisions-clés rendues au sujet de l'article 22 GWB, limité le marché en cause aux produits à base de vitamine B 12 en forte proportion, et dénié la possibilité de substituer à ces préparations d'autres produits⁽⁴²⁾; là-dessus la Cour fédérale suprême a constaté ultérieurement que l'absence de possibilité fonctionnelle d'échange de ces préparations avec d'autres produits n'était pas soutenue par des constats de fait suffisantes⁽⁴³⁾. Cet exemple permet de comprendre l'une des difficultés d'application de l'article 22 GWB. Selon l'opinion générale, l'élément déterminant n'est pas la possibilité théorique d'échange, mais au contraire l'emploi effectif et l'idée que le consommateur se fait du produit.

Il peut y avoir des positions dominantes sur le marché aussi bien du côté de l'offre que du côté de la demande. Dans la pratique de l'Office fédéral des ententes et dans la jurisprudence passées, il s'est agi longtemps exclusivement de positions dominantes du côté de l'offre, toutefois, avec la décision de l'Office fédéral des ententes du 17.10.1983⁽⁴⁴⁾, c'est un litige d'importance en matière d'abus de la demande qui a été tranché. La décision permet de constater que — comme cela résulte déjà clairement de la loi — il n'y a pas lieu de faire de différence entre abus du côté de l'offre et du côté de la demande.

Une entreprise occupe une position dominante sur le marché d'abord lorsqu'elle n'a pas de concurrent — c'est-à-dire qu'elle est pratiquement une entreprise monopolistique — ou, lorsqu'elle n'est pas exposée à une concurrence notable quelconque (article 22 al. 1 n° 1 GWB). En fait, c'est la variante de l'article 22 al. 1 n° 2 GWB qui est plus révélatrice, laquelle prévoit que l'entreprise a une position prépondérante sur le marché. La Cour fédérale suprême part du principe que la position d'une entreprise sur le marché correspond à la marge d'action dont dispose l'entreprise pour utiliser ses moyens de concurrence, et qu'il y a lieu de considérer qu'on se trouve en présence d'une position dominante sur le marché lorsque l'entreprise dispose d'une marge d'action (unilatérale) dominante pour mettre en œuvre sa stratégie du marché, ou même pour introduire des paramètres d'action individuels⁽⁴⁵⁾. En ce qui concerne le cas concret des préparations à base de vitamines B 12, la Cour fédérale suprême n'avait plus observé, tout au moins à la date de la décision judiciaire, de telle latitude dominante et unilatérale de l'entreprise concernée dans ses pratiques concurrentielles, puisque en raison de l'intervention de concurrents pratiquant en partie des prix considérablement inférieurs, la part du marché détenue, en volume, par l'entreprise avait régressé constamment pendant des années; cet exemple montre que l'entreprise n'a pu,

malgré son avantage de confiance et malgré les particularités du marché des produits pharmaceutiques, imposer unilatéralement purement et simplement le prix fixé d'abord à un montant considérablement plus élevé.

Au niveau de l'appréciation, la date décisive est à cet égard pour l'administration des ententes nécessairement d'abord la date de son intervention, mais en fait, en cas d'exercice de voies de recours, finalement, selon l'avis de la Cour fédérale suprême, la date des derniers débats oraux devant la Cour d'appel, si bien que l'administration des ententes encourt non seulement le risque que se présente une position dominante sur le marché, mais aussi le risque d'une modification des conditions du marché durant la période située entre sa décision administrative et la décision judiciaire dans le cadre de la procédure de recours.

L'application de l'article 22 GWB se trouve facilitée en fait par l'existence d'éléments de présomption. En vertu de l'article 22 al. 3 GWB, il doit être supposé qu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché lorsque la part du marché qu'elle représente pour un certain type de marchandises ou de services commerciaux est d'au moins un tiers; cette présomption n'est toutefois pas retenue s'il s'agit d'une entreprise dont le chiffre d'affaires au cours du dernier exercice comptable clos était inférieur à 250 millions de DM.

L'article 22 GWB connaît ensuite un élargissement concret, du fait que, en vertu de l'alinéa 2 de cette disposition, deux ou plusieurs entreprises doivent aussi être considérées comme dominantes sur le marché, pour autant qu'il n'existe entre elles, pour un certain type de biens ou de services commerciaux, aucune concurrence notable d'une manière générale ou sur certains marchés déterminés, pour des raisons de fait, et dans la mesure où, conjointement, ou bien qu'elles n'ont soit pas de concurrente, soit pas de concurrence notable quelconque, ou bien elles jouissent d'une position dominante sur le marché par rapport à leurs concurrents. Toujours s'agissant de l'élargissement des éléments constitutifs de la notion, l'article 22 al. 3 GWB comporte à nouveau une présomption légale. Il convient de considérer que les conditions de ces éléments constitutifs sont réunies si, pour un type déterminé de marchandises ou de services commerciaux, trois ou moins de trois entreprises occupent conjointement une part du marché égale ou supérieure à 50%, ou si cinq ou moins de cinq entreprises occupent conjointement une part du marché égale ou supérieure aux deux tiers; les entreprises ayant réalisé au cours du dernier exercice comptable clos un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions de DM ne sont pas prises en considération.

B. LES PRATIQUES ABUSIVES MOTIVANT L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION

L'article 22 al. 4 GWB donne à l'administration des ententes le pouvoir d'intervenir pour le cas où des entreprises occupant une position dominante sur le marché abusent de leur position dominante pour ces biens ou d'autres marchandises ou services commerciaux. Le législateur a précisé sous trois alinéas les cas d'abus qu'il considère comme les plus importants, afin de concrétiser la possibilité d'intervention formulée comme une clause générale. Toutefois l'abus n'est pas uniquement constitué par les trois pratiques matérielles citées, celles-ci ne constituent que des exemples. En fait, les cas qui présentent une importance dans la pratique sont ce faisant largement appréhendés. Aux termes de l'article 22 al. 4 phrase 2, il existe un abus notamment lorsque des entreprises occupant une position dominante sur le marché adoptent les pratiques suivantes :

(42) KG du 19.3.1975, BB 1975, p. 1270 (1271).

(43) BGH du 3.7.1976, BGHZ 67, p. 104, DB 1976, p. 1903.

(44) WuW 1984, p. 170.

(45) BGH du 3.7.1976, BGHZ 67, p. 104, DB 1976, p. 1903 (1904).

1) Elles compromettent les possibilités de concurrence d'autres entreprises d'une manière très importante pour la concurrence sur le marché, sans que rien ne justifie un tel comportement — c'est ce que l'on appelle la concurrence d'entrave —. Parmi les cas connus de concurrence d'entrave figure notamment le dumping (politique de prix bas), qui permet d'éliminer du marché les concurrents occupant une faible position, lorsque par exemple à cette fin on effectue sur une fraction du territoire du marché d'écoulement, des ventes au-dessous du prix de revient; des marchés divisés peuvent dans une certaine mesure être l'indice de l'existence d'abus de puissance. Peuvent également produire des effets restrictifs de la concurrence au préjudice des concurrents les systèmes de rabais ou la formation de canaux de distribution au moyen d'engagements d'exclusivité, d'engagements de distribution, ou autres, plus encore des opérations liées imposées. L'Office fédéral des ententes a admis qu'est constitué un cas d'entrave du côté de la demande dans l'hypothèse où une entreprise commerciale ayant une position dominante sur le marché exige de ses fournisseurs le paiement de sommes d'argent ou l'octroi d'autres prestations pour l'admission de la première livraison (ce que l'on appelle les droits d'entrée) parce que, ce faisant, elle crée un obstacle à la concurrence entre les fournisseurs.

Les cas de concurrence d'entrave recouvrent partiellement ceux de l'article 26 al. 2 GWB (sur ce point voir ci-après, III).

2) Elles exigent des rémunérations ou d'autres conditions commerciales qui sont différentes de celles qui existaient, selon toute probabilité, s'il y avait une concurrence effective — c'est ce que l'on appelle l'abus d'exploitation —. Selon la jurisprudence de la Cour fédérale suprême — dans ce domaine la décision dite «Valium» fait loi —⁽⁴⁶⁾ pour que soit constaté un abus en matière de prix, il faut d'abord que soit établi le prix fictif de concurrence, c'est-à-dire le prix qui serait exigible s'il existait une concurrence. L'affaire renvoie elle-même à cet égard à la pratique des entreprises sur d'autres marchés; l'article 22 al. 4 phrase 2 n° 2 deuxième demi-phrase dispose que, dans ce contexte, il faut notamment tenir compte des pratiques des entreprises sur des marchés comparables qui se caractérisent par une concurrence effective (notion de «marchés de comparaison»). La Cour fédérale suprême exige pour cela que des majorations soient faites pour compenser d'éventuelles particularités structurelles; ce n'est que sur cette base que l'on obtient le «prix correspondant à la situation de concurrence» applicable pour le marché en question. Ce n'est qu'une fois posés ces fondements qu'il peut être statué sur la question de l'abus. Il n'existe de pratique abusive en matière de prix que lorsque le prix correspondant au prix de concurrence est considérablement dépassé, car c'est seulement dans cette hypothèse que, de l'avis de la Cour fédérale suprême, on peut avec une certitude suffisante poser comme principe que le prix exigé est injustifié et ne peut être imposé que dans le cadre d'une position dominante sur le marché.

3) Elles exigent des rémunérations ou d'autres conditions d'affaires moins favorables que celles qu'exige d'acheteurs analogues opérant sur des marchés similaires, l'entreprise occupant une position dominante elle-même sans que la différence soit matériellement justifiée — cas de l'écart de prix —.

C. POSSIBILITES D'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION

a) En vertu de l'article 22 al. 5 GWB, l'administration des ententes peut interdire une pratique abusive et déclarer nuls des accords. Auparavant l'administration des ententes doit mettre les intéressés en demeure de mettre fin à l'abus incriminé. Lorsqu'il s'agit de groupes d'entreprises, l'administration des ententes peut prendre ces dispositions à l'encontre de chacune des entreprises du groupe (article 22 al. 6 GWB).

Selon la formulation légale, l'administration des ententes peut seulement interdire une pratique déterminée; en conséquence la décision d'interdiction doit faire mention d'un acte de violation précis. Cependant la Cour fédérale suprême admet une interdiction de l'administration des ententes ayant pour contenu qu'il est interdit à l'entreprise de fixer des prix dans l'ensemble du secteur des prix au-dessus de la limite abusive déterminée par l'administration des ententes.

b) Les cas de pratiques abusives ne constituent des infractions administratives que lorsqu'une entreprise passe, intentionnellement ou par négligence, outre la nullité d'un accord que l'administration des ententes a déclaré nul en vertu de l'article 22 al. 5 GWB (article 38 al. 1 n° 2 GWB), ou lorsqu'une entreprise a enfreint une décision d'interdiction prononcée dans le cadre de l'article 22 al. 5 GWB (article 38 al. 1 n° 4 GWB). Il n'y a pas lieu de poursuivre en justice une pratique abusive en tant que telle, au sens de l'article 22 al. 4 GWB, comme constituant une infraction administrative, tant que l'administration des ententes n'a pas rendu de décision. La disposition de la GWB ne constitue en soi et en premier lieu qu'une simple autorisation d'intervention pour l'administration des ententes.

c) Par voie de conséquence, il n'est également pas possible d'exercer des actions en dommages et intérêts sur le simple fondement d'une pratique abusive au sens de l'article 22 GWB. Ce n'est qu'après que l'administration des ententes a pris les décisions appropriées qu'il peut exister une obligation de réparation, si ces décisions ne sont pas respectées. L'article 35 al. 1 GWB prévoit une obligation de réparation à la charge de toute personne qui, intentionnellement ou par négligence, enfreint une décision de l'administration des ententes prise sur le fondement de la GWB, dans la mesure où la décision a pour but la protection d'une tierce personne. On doit poser pour principe que tel est le cas s'agissant des décisions rendues par l'administration des ententes sur le fondement de l'article 22 al. 5 GWB, puisque celles-ci tendent sans aucun doute à la protection de la personne qui se trouve entravée dans ses possibilités de concurrence par la pratique abusive. En fait, on peut se demander si la décision de l'administration des ententes produit dès qu'elle est rendue les effets d'une disposition légale de protection ou seulement lorsqu'elle n'est plus susceptible de faire l'objet d'aucun recours. A cet égard l'article 35 al. 2 GWB précise que pour le cas où la décision devient définitive, il y a lieu de réparer le préjudice subi depuis la date où la décision a été rendue. Le fait que des recours soient exercés à l'encontre de la décision administrative ne modifie donc en rien l'obligation de réparer le dommage subi depuis la notification de la décision, pour peu que la décision devienne ultérieurement définitive.

(46) Arrêt du 16.12.1976, BGHZ 68, p. 23, BB 1977, p. 259.

d) De surcroît l'article 37 b GWB prévoit «l'écrémage» des recettes supplémentaires. Lorsqu'une entreprise a, intentionnellement ou par négligence, et du fait d'une pratique interdite par l'administration des ententes conformément à l'article 22 al. 5 GWB, réalisé des recettes supplémentaires après la notification de la décision, l'administration des ententes peut, après que la décision soit devenue définitive, ordonner à l'entreprise de lui reverser le montant correspondant aux recettes supplémentaires. Les prestations de réparation à verser à des personnes ayant subi un préjudice individuellement, en vertu de l'article 35 GWB, sont imputées sur cette somme. Dans les cas d'espèce, l'écrémage des recettes supplémentaires peut être réduit pour des raisons d'équité.

III. DISCRIMINATION ET ENTRAVERE D'ENTREPRISES

Avec l'article 26 al. 2 GWB, le législateur a prévu, parallèlement à l'article 22 GWB, une autre disposition légale qui doit permettre de faire obstacle à la concurrence d'entrave mise en œuvre par une entreprise occupant une position dominante sur le marché. Les articles 26 al. 2 et 22 GWB se recoupent partiellement quant à leurs éléments constitutifs, mais cependant l'article 26 al. 2 GWB est dans son ensemble conçu d'une autre façon que l'article 22 GWB. C'est une interdiction et pas seulement une norme d'intervention de l'administration des ententes. Le cercle des personnes auxquelles elle s'adresse est, notamment en liaison avec l'article 26 al. 2 phrase 2 GWB, plus vaste, et enfin elle concerne non seulement le cas d'entraves mais encore une interdiction de discrimination spécifique.

A. LES ENTREPRISES ET ASSOCIATIONS D'ENTREPRISES VISEES PAR L'INTERDICTION

Sont liées par l'article 26 al. 2 GWB au niveau de leurs pratiques concurrentielles les entreprises suivantes :

1) Les entreprises occupant une position dominante sur le marché (article 26 al. 1 phrase 1, 1^{re} variante GWB).

La définition de la notion et la délimitation des entreprises occupant une position dominante sur le marché doivent être empruntées à l'article 22 al. 1 à 3 GWB. Pour toutes les entreprises qui entrent dans le champ d'application de l'article 22 GWB, l'interdiction d'entrave de l'article 26 al. 2 GWB s'applique déjà également.

2) Les ententes licites en vertu de la GWB (article 26, al. 2 phrase 1 deuxième variante GWB).

Il s'agit aussi bien des ententes notifiées, des ententes susceptibles d'opposition et des ententes autorisées visées aux articles 2 à 8 GWB, que des accords et associations qui sont licites en vertu des articles 99 al. 2 et 100 al. 1 et 7, 102, 103 GWB, car les secteurs économiques visés à ces articles sont exemptés dans cette mesure de l'application de la GWB.

3) Les entreprises qui imposent des prix de manière licite (article 26 al. 2 phrase 1, troisième variante GWB).

Là encore sont concernés aussi bien les prix imposés autorisés en vertu de l'article 16 GWB, que les prix imposés possibles par le fait des dispositions d'exemption des articles 100 al. 3 et 103 al. 1 n° 3 GWB.

4) Les entreprises ayant une position de force sur le marché (article 26 al. 2 phrase 2 GWB).

Sont considérées comme occupant une position de force sur le marché les entreprises et associations d'entreprises dont sont tributaires des acheteurs ou des fournisseurs d'une certaine catégorie de marchandises ou de prestations de services commerciaux, dans la mesure où il n'existe pas en nombre suffisant des possibilités raisonnables de s'adresser à d'autres entreprises. Ce cercle d'entreprises a été englobé par la loi de réforme du droit des ententes de 1973 dans l'interdiction de discrimination et d'entrave de l'article 26 al. 2 GWB. Cette réglementation s'est avérée depuis lors être, dans les faits, d'une grande importance pratique. Néanmoins la délimitation du cercle des entreprises intéressées pose dans le détail des cas, des problèmes. Selon la conception de la Cour fédérale suprême, la question de savoir s'il existe suffisamment de possibilités de s'adresser à d'autres entreprises, au sens de l'article 26 al. 2 phrase 2 GWB, s'apprécie avant tout selon des critères objectifs, et notamment en fonction des possibilités qui existent sur le marché concerné, de se reporter, des marchandises de l'entreprise qui fait la discrimination, sur des marchandises d'autres fournisseurs⁽⁴⁷⁾. Dans l'état actuel de la pratique et des discussions scientifiques, on retient comme cas de dépendance dans lesquels il n'existe pas de possibilité de se reporter sur d'autres produits, notamment les cas suivants :

a) Dépendance tenant aux gammes de produits

Ce type de cas représente dans la jurisprudence le groupe le plus important. En règle générale, elle est l'indice d'une dépendance de marque. Un négociant, dans son intérêt face à la concurrence, est tenu d'être approvisionné en un produit déterminé, notamment avec des produits d'une marque renommée⁽⁴⁸⁾. La question de la dépendance n'est pas fonction uniquement du nombre des entreprises sur lesquelles les clients peuvent se reporter. Ce qui est davantage décisif, c'est de savoir si la marque, avant tout en tenant compte de la publicité pour un magasin spécialisé, a une importance telle que celui-ci est tenu, pour pouvoir continuer à prétendre au rang d'un magasin spécialisé reconnu de tous comme tel, d'avoir cette marque dans son assortiment et que pour cette raison il n'est pas possible de considérer qu'il existe des possibilités suffisantes en nombre raisonnable de s'adresser à d'autres entreprises⁽⁴⁹⁾.

b) Dépendance tenant à l'entreprise

Lorsque des entreprises se sont arrêties à certains fournisseurs en leur passant des commandes pendant des années, tout changement de fournisseur entraîne, selon les circonstances, des inconvénients importants. Ces considérations peuvent aussi constituer une dépendance au sens de l'article 26 al. 2 phrase 2 GWB.

(47) BGH du 20.11.1975, BGHZ 65, p. 269, NJW 1976, p. 801.

(48) Jugé par exemple pour l'approvisionnement d'un magasin de sport spécialisé en skis de marque Rossignol, BGH du 20.11.1975, BGHZ 65 p. 269, NJW 1976, p. 801.

(49) BGH du 18.9.1978, DB 1979, p. 642.

c) Dépendance tenant à une pénurie

A cet égard il est un cas qui est devenu d'actualité, à savoir que, en période de pénurie de matières premières, les producteurs et importateurs fournissent en priorité les clients qui leurs sont proches ou avec lesquels ils sont liés. L'article 26 al. 2 phrase 2 GWB garantit aux autres entreprises dépendantes des chances égales de concurrence.

d) Dépendance tenant à la demande

Ce que l'on veut simplement prendre en considération sous cet intitulé, c'est que l'article 26 GWB assure également, comme la GWB dans son ensemble, une protection contre les positions de force du côté de la demande.

B. PRATIQUES INTERDITES

Les entreprises visées à l'article 26 al. 2 GWB ne doivent ni entraver d'une manière non équitable, directement ou indirectement, une autre entreprise dans des relations d'affaires normalement accessibles à des entreprises similaires, ni appliquer directement ou indirectement un régime discriminatoire à l'égard d'entreprises similaires, sans raison objectivement justifiable.

Les entreprises ne sont liées que dans le cadre de relations d'affaires avec des entreprises similaires; le critère de la similitude joue un rôle dans la jurisprudence, notamment dans le contexte des souhaits d'approvisionnement du commerce de détail et de gros en libre service, lorsque le fabricant d'un article de marque ne veut fournir ses produits qu'à des commerçants spécialisés ou selon le cas de grossistes avec service. Plusieurs fois la Cour fédérale suprême a jugé qu'un commerce de libre service est similaire à un commerce spécialisé; elle estime que les deux groupes d'entreprises remplissent les mêmes fonctions en vertu de leur activité d'entreprise et de leur rôle économique⁽⁵⁰⁾. Les différences existantes ne sont pas importantes au point que puisse se poser à cause d'elles la question de la similitude au sens de l'article 26 al. 2 GWB. Même lorsqu'un grossiste fournit également le consommateur final, cela ne change rien au fait qu'il exerce une fonction de commerce de gros et que ce faisant il est similaire au commerce de gros spécialisé⁽⁵¹⁾. Il existe de la même façon une similitude entre les ateliers contractuels d'un fabricant de machines, voire le cas échéant ses propres ateliers de service après-vente d'une part, et d'autre part d'autres ateliers de réparation effectuant la réparation et l'entretien de ces machines⁽⁵²⁾. En cela il n'a pas encore été décidé si dans le cas d'espèce il est possible de faire une différenciation en ce qui concerne l'approvisionnement ou non. Un refus de livrer ou l'octroi de conditions différentes n'est pas en soi purement et simplement illicite, au contraire tel est le cas seulement lorsqu'il y a des agissements inéquitables, voire le cas échéant non justifiés par les faits.

1) Interdiction des entraves non équitables
(article 26 al. 2 phrase 1, première variante GWB).

Aux termes de l'article 26 al. 2 phrase 1, première variante, il est illicite d'entraver, directement ou indirectement, une

entreprise de manière non équitable. Cette interdiction vise notamment le refus de vente. Comme en tout état de cause, il réside dans cette attitude une entrave d'une autre entreprise, le critère du caractère équitable revêt une importance décisive pour délimiter les pratiques licites et les pratiques illicites. Pour les apprécier, il convient de peser les intérêts des parties concernées en prenant en considération le but que s'est assignée la GWB, à savoir sauvegarder la liberté de concurrence⁽⁵³⁾. Lorsqu'un atelier de réparation ne peut obtenir de livraison de pièces de rechange du fabricant d'une machine, qui assure son propre service d'entretien, le refus de livrer est injuste si le fabricant veut, ce faisant, uniquement assurer l'exploitation et la rentabilité de son propre service de réparation; en refusant de fournir des pièces de rechange, le fabricant empêche les ateliers concurrents de pénétrer sur le marché pour offrir des prestations de services de réparation. Dans des cas particuliers, des raisons acceptables peuvent en fait motiver le refus de livraison. Tel pourrait être le cas par exemple si les ateliers concurrents ne s'étaient pas démarqués d'une manière évidente du service de réparation du fabricant, et avaient ce faisant créé un risque de confusion, ou si le mauvais niveau technique de l'entreprise concurrente entraînait le risque que, par suite de mauvaises prestations de réparation les clients ne soient amenés à en tirer des conclusions négatives sur la qualité du produit purement et simplement. Si un revendeur de voitures a dénoncé ses relations contractuelles avec le fabricant et distribue ensuite des produits concurrents, le fabricant peut refuser de continuer à lui fournir des pièces détachées puisqu'il n'a pas besoin d'accepter que le revendeur continue longtemps encore, parallèlement à la vente des produits concurrents, à assurer les réparations du produit qu'il vendait antérieurement, et ce avec le risque qu'il conseille l'acquisition du produit désormais commercialisé par lui, pour le cas où ses clients devraient procéder à des investissements de remplacement. Le refus de vente d'un fabricant est inéquitable par exemple même lorsqu'il est simplement motivé par le fait que le commerçant ne suit pas les conceptions du fabricant relatives à la formation des prix; le fabricant ne doit pas sanctionner ce que l'on appelle des opérations de prix bas menées par le commerçant en bloquant les livraisons. Cette appréciation est la conséquence nécessaire de l'interdiction des prix imposés et du caractère purement indicatif des recommandations de prix.

D'un autre côté un commerçant ne présentant pas de qualification professionnelle peut se voir refuser l'approvisionnement en un produit, si la vente de ce dernier requiert des conseils particuliers et une assistance du commerçant. Le fabricant peut élaborer une conception de la vente qui ne retient que des commerçants compétents et, par exemple, exclut le commerce par correspondance⁽⁵⁴⁾.

2) Interdiction des discriminations non justifiées par les faits
(article 26 al. 2 phrase 1, deuxième variante GWB).

Aux termes de l'article 26 al. 2 phrase 1, deuxième variante GWB, il est également illicite d'appliquer à des entreprises similaires, directement ou indirectement, un régime discriminatoire, sans raison objectivement justifiée. Dans la mesure où il s'agit de refus de vente, cet élément constitutif recoupe celui de l'entrave inéquitable. Au niveau de leurs caractéristiques essentielles, les cas envisagés sous la deuxième variante sont subordonnés à des conditions de livraison différentes. Ainsi par exemple l'octroi d'un rabais supplémentaire à des clients particuliers n'est pas admis par la Cour fédérale suprême, si ce rabais est éventuellement accordé à condition

(50) BGH du 24.2.1976, BB 1976, p. 1334.

(51) BGH du 26.10.1972, GRUR 1973, p. 277.

(52) BGH du 26.12.1972, GRUR 1973, p. 277 (279).

(53) BGH du 8.3.1983, DB 1983, p. 2407.

(54) BGH du 24.2.1976, BB 1976, p. 1334.

que le grossiste ne fournisse les produits achetés qu'à un cercle déterminé de clients, par exemple à des établissements gastronomiques, et non à des commerçants individuels (55). La Cour fédérale suprême voit dans cette pratique un moyen inadéquat, et non justifié par des raisons objectives, de favoriser l'écoulement du produit dans le secteur de la gastronomie. Un demandeur indépendant ne doit pas être obligé de s'engager à des obligations contractuelles non justifiées objectivement et inéquitable. Selon cette décision, il serait par contre licite d'octroyer un rabais supplémentaire aux grossistes qui présentent exclusivement des produits du même fabricant.

C. CONSEQUENCES JURIDIQUES

a) L'article 26 al. 2 GWB comporte d'abord une interdiction légale directe des pratiques discriminatoires et d'entrave. L'administration des ententes peut de surcroît interdire, dans le cadre d'une procédure administrative, toute pratique enfreignant cette interdiction, conformément à l'article 37 a al. 2 GWB. Les tiers ne disposent en fait d'aucun droit à faire intervenir l'administration des ententes, même s'ils ont subi un préjudice du fait de la pratique d'entrave ou discriminatoire⁽⁵⁶⁾, au contraire ils ne peuvent agir que sur le terrain du droit civil.

b) Toute violation de l'interdiction de l'article 26 al. 2 GWB constitue une infraction administrative en vertu de l'article 38 al. 1 n° 8 GWB.

c) L'article 26 al. 2 GWB est également une disposition légale de protection au sens de l'article 35 GWB; les entreprises ayant subi des préjudices disposent donc d'actions en réparation et en interruption de l'infraction. La jurisprudence en a déduit, en partie en considération de la notion de restitution en nature qui est en principe nécessaire dans le droit de la réparation, que les intéressés ont aussi le droit d'obtenir la conclusion des contrats refusés dans un premier temps.

IV. ADMISSION DANS UNE ASSOCIATION ECONOMIQUE OU PROFESSIONNELLE.

L'article 27 GWB prévoit encore une disposition particulière pour les associations économiques et professionnelles. Si l'admission d'une entreprise dans une association économique ou professionnelle est refusée, l'administration des ententes peut ordonner, sur requête de l'entreprise intéressée, que celle-ci soit admise dans l'association, au cas où le refus a le caractère d'un traitement discriminatoire non justifié par les circonstances, et place injustement cette entreprise dans une situation défavorable au niveau de la concurrence. Sont également considérées comme des associations économiques au sens de la présente loi les labels de qualité.

(55) BGH, LM § 26 GWB 4° 29 = WuW/E 1429, 1435.

(56) BGH du 25.10.1983, DB 1984, p. 1674.

44.--- CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES ET LEUR CONTRÔLE PAR L'ADMINISTRATION DES ENTENTES

La deuxième réforme de la loi contre les restrictions à la concurrence a introduit en 1973 le contrôle par l'administration des ententes des fusions d'entreprises. Ce contrôle doit d'une part porter à la connaissance de l'Office fédéral des ententes les processus de concentration de l'économie, d'autre part permettre d'éviter l'élaboration et la création de positions dominantes sur le marché par des concentrations d'entreprises, ou tout au moins de contrôler leur caractère accommodant avec la concurrence. La troisième loi de réforme de la GWB en 1976 a ensuite introduit, dans l'intérêt du maintien de la diversité d'opinion dans la presse, une modification et une configuration particulière (plus sévère) pour les concentrations d'entreprises de presse.

En conséquence, la réglementation légale prévoit pour les concentrations d'entreprises d'un certain ordre de taille, une obligation de notification et, sous d'autres conditions (création de positions dominantes sur le marché), la possibilité d'une vérification et d'une interdiction par l'Office fédéral des ententes. A cet égard, la notion de concentration d'entreprise n'est pas à prendre au sens du droit des sociétés, mais au contraire dans un sens considérablement plus large.

I. LES PROCESSUS COMPRIS DANS LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

Ce qui est considéré comme une concentration au sens de la GWB est déterminé à l'article 23 al. 2, GWB. Les situations suivantes sont citées, et ce de façon limitative :

1) Acquisition du patrimoine d'une autre entreprise, en totalité ou pour une part essentielle, par absorption, création d'une société nouvelle ou de toute autre manière.

2) Acquisition de parts dans une autre entreprise à condition que les parts, seules ou jointes à d'autres parts déjà détenues par l'entreprise, atteignent 25 % ou 50 % des parts de capital dotées du droit de vote, de l'autre entreprise ou assurent à l'entreprise une participation majoritaire. Il y a donc toujours lieu de supposer qu'il y a fusion, chaque fois que l'une des limites citées se trouve de nouveau atteinte, et ce, même quand il y avait déjà à l'avance une fusion (ainsi par exemple, lorsqu'une entreprise, après avoir franchi le seuil des 25 %, atteint ultérieurement la limite des 50 %); il est simplement nécessaire que la fusion récente entraîne un renforcement essentiel de la liaison d'entreprises déjà existante. Dans le calcul du pourcentage, sont également comptées les parts détenues par des entreprises liées, ainsi que, en ce qui concerne les commerçants individuels, les parts qui se trouvent dans le patrimoine personnel du commerçant. Aux termes de l'article 23 al. 2 n° 2, phrase 3, GWB, la fondation ou la prise de participation dans une entreprise commune est également considérée comme une fusion. A l'acquisition de parts de capital, sont assimilées les positions de droit de vote correspondantes.

3) Les accords conclus avec d'autres entreprises et prévoyant la formation d'un cartel ou l'élargissement d'un groupe de sociétés constituant un cartel, une gestion d'entreprise, un transfert de bénéfices, ou une cession d'entreprise.

4) L'introduction d'une situation dans laquelle la moitié au moins des membres du Conseil de surveillance, du Conseil d'administration, du directoire ou de tout autre organe désigné par l'entreprise pour la gestion de ses affaires, sont les mêmes.

5) Toute autre combinaison d'entreprises permettant à une ou plusieurs entreprises d'exercer directement ou indirectement une influence dominante sur une autre entreprise.

II. OBLIGATION DE NOTIFICATION PRÉVUE À L'ARTICLE 23, AL. 1, GWB

L'article 23 al. 1, GWB prescrit que les fusions du type de celles qui ont été citées ci-dessus doivent être notifiées sans délai à l'administration des ententes lorsque, ou bien

1) dans l'ensemble du domaine d'application de la GWB, ou dans une partie substantielle de ce domaine, la fusion permet d'atteindre une part d'occupation du marché de 20 % au moins ou d'accroître du même pourcentage la part du marché détenue antérieurement, ou une entreprise participante détient une part d'au moins 20 % dans un autre marché, ou bien,

2) les entreprises participantes dans leur ensemble ont, à un moment quelconque au cours du dernier exercice comptable, employé au moins 10 000 personnes, ou ont enregistré, au cours de cette même période un chiffre d'affaires d'au moins 500 millions de DM.

Pour effectuer ces calculs, les entreprises affiliées à un cartel sont considérées comme une entreprise unique; les entreprises communes sont également intégrées à ces calculs. Pour certaines branches des dispositions spéciales ont été édictées. S'il s'agit d'établissements de crédit ou de caisses d'épargne pour la construction, le chiffre d'affaires est remplacé par le dixième du total du bilan, s'il s'agit de compagnies d'assurances, par le montant des primes encaissées au cours du dernier exercice clôturé; ce qui est décisif, c'est donc que ces sommes atteignent le chiffre de 500 millions de DM. Quant aux entreprises commerciales, il s'agit de savoir si les trois quarts du chiffre d'affaires atteignent le chiffre de 500 millions de DM. Par contre les entreprises de presse, elles, sont soumises à l'obligation de notification dès lors que leur chiffre d'affaires est égal à 25 millions de DM.

L'obligation de notification pèse en principe sur le propriétaire de l'entreprise ou son représentant, et s'il s'agit de personnes morales et de sociétés, les personnes désignées par la loi ou par les statuts pour la représenter. La notification doit mentionner les indications nécessaires pour l'appréciation (plus de détails à l'article 22 al. 4 et 5, GWB). L'Office fédéral des ententes peut en outre exiger de chaque entreprise participante des renseignements sur la part du marché qu'elle représente et son chiffre d'affaires; ce droit de renseignement s'étend aussi aux entreprises liées.

III. INTERDICTION DE CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES.
ARTICLE 24, GWB

A. CONDITIONS DE LA DÉCISION D'INTERDICTION

Aux termes de l'article 24 al. 1, GWB, l'administration des ententes peut, dans les conditions suivantes, prendre des mesures à l'encontre d'une opération de concentration :

a) Il doit y avoir lieu de s'attendre à ce que la concentration crée ou renforce une position dominante sur le marché. Les critères d'appréciation de la position dominante doivent être empruntés à l'article 22 al. 1 à 3, GWB (voir ci-dessus 43.--- II).

Ainsi qu'il est prévu à cet article, tout dépend donc du point de savoir si l'entreprise n'aurait aucun concurrent ou ne serait exposée à aucune concurrence sérieuse, ou acquerrait vis-à-vis de ses concurrents une position prééminente sur le marché, ou encore si cette situation, pour le cas où elle existe déjà avant la concentration, serait susceptible de se renforcer. L'administration des ententes a là des prévisions à faire en ce sens.

Pour cela elle dispose déjà de la présomption de l'article 22 al. 3, GWB, par exemple qu'on doit considérer qu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché si sa part du marché est au moins d'un tiers et que son chiffre d'affaires annuel est au moins de 250 millions de DM. Ensuite, l'article 23 a GWB met encore à sa disposition une autre présomption légale concernant spécifiquement les contrôles de concentrations effectués dans les conditions de l'article 24, GWB. Aux termes de cet article, nonobstant la réglementation déjà prévue à l'article 22 al. 1 à 3, GWB, il y a présomption qu'une position dominante sur le marché sera créée ou renforcée lorsque

- une grande entreprise, qui a réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 2 milliards de DM fusionne avec une autre entreprise qui opère sur un marché sur lequel les petites et moyennes entreprises détiennent ensemble une part au moins égale à deux tiers du marché, et que les entreprises qui prennent part à la fusion détiennent ensemble une part du marché d'au moins 20 %, ou que cette entreprise occupe une position dominante sur un ou plusieurs marchés, sur lesquels elle a réalisé durant la dernière année, un chiffre d'affaires d'au moins 150 millions de DM, ou
- les entreprises participant à la fusion ont réalisé ensemble au cours de la dernière année, un chiffre d'affaires d'au moins douze milliards de DM, et que deux au moins des entreprises participant à la fusion ont réalisé chacune un chiffre d'affaires d'au moins 1 milliard de DM. (à cet égard il n'existe de réglementations spécifiques que pour les entreprises communes).

A cette fin, un ensemble d'entreprises sera également considéré comme occupant une position dominante sur le marché si elles détiennent une part du marché correspondant à des pourcentages plus élevés en conséquence (article 23 a al. 2, GWB).

b) La possibilité d'intervention de l'administration des ententes disparaît, si les entreprises intéressées prouvent

que la concentration entraînera aussi des améliorations des conditions de concurrence, et que ces améliorations l'emporteront sur les inconvénients de la position dominante sur le marché.

Dans le cadre de son appréciation, l'Office fédéral des ententes ne doit faire entrer en ligne de compte que des points de vue relatifs à la structure du marché, et non des considérations générales d'économie nationale. Mais il peut parfaitement se produire le cas dans lequel la formation d'une position dominante sur un marché sectoriel ait pour effet d'améliorer les conditions de concurrence sur un autre marché. C'est ainsi par exemple que la Cour fédérale suprême a confirmé que la création d'une entreprise commune d'approvisionnement en gaz par plusieurs entreprises d'approvisionnement peut certes entraîner l'apparition d'une position dominante sur le marché d'approvisionnement en gaz, mais aussi en même temps une amélioration des conditions de concurrence sur le marché de la chaleur, puisque l'institution de l'entreprise commune permet d'instaurer une concurrence plus efficace avec l'agent d'énergie qu'est le pétrole (57). En fait l'importance et l'étendue du marché sur lequel la concentration renforce la position dominante ne doivent pas être, en considération du marché sur lequel on enregistre ou on attend une amélioration des conditions de concurrence, si considérables que, dans le cadre de la comparaison, les améliorations des conditions de la concurrence n'apparaissent plus comme très importantes au regard des inconvénients de la domination du marché (58). En règle générale, les fusions d'assainissement ne sont pas de nature à améliorer les conditions de la concurrence. Les autres avantages de la réorganisation (par exemple le maintien de l'emploi) ne peuvent pas la justifier au regard du droit de la concurrence, s'il en résulte que la position de l'entreprise qui reprend l'affaire est même renforcée sur le marché. Dans les cas d'espèce, il peut se faire en fait que la fusion avec une entreprise ayant une plus faible position sur le marché ait aussi pour effet d'améliorer les conditions de la concurrence; mais alors, c'est ce motif qui la justifie et non l'objectif d'assainissement.

c) La possibilité d'intervention de l'administration des ententes ne subsiste que les entreprises intéressées ne tombent pas en dessous de certains critères de dimensions précisés à l'article 24 al. 8, GWB. En vertu des dispositions négatives de l'article 24 al. 8, GWB, les possibilités d'intervention de l'administration des ententes ne sont pas applicables lorsque

- les entreprises intéressées ont enregistré ensemble au cours du dernier exercice clôturé un chiffre d'affaires inférieur à 500 millions de DM, ou
- une entreprise qui n'est pas une entreprise dépendante, et qui a réalisé au cours du dernier exercice clôturé un chiffre d'affaires n'excédant pas 50 millions de DM, s'associe à une autre entreprise (à moins que l'entreprise en question ait réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 4 millions de DM, et l'autre entreprise un chiffre d'affaires d'au moins un milliard de DM) — cette dérogation n'est pas applicable aux entreprises de presse, en vertu de l'article 24 al. 9, GWB, ou

(57) BGH du 12.12.1978, BGHZ 73, p.65 et s. (83).

(58) BGH du 12.12.1978, BGHZ 73, p.65 et s. (79).

- dans la mesure où le marché touché est un marché sur lequel sont fournis depuis au moins cinq ans des biens et services commerciaux, et que le chiffre d'affaires réalisé au cours de la dernière année civile est inférieur à dix millions de DM.

B. DÉCISIONS DES ADMINISTRATEURS DES ENTENTES

Aux termes de l'article 24 al. 2, GWB, lorsque les conditions précitées sont réunies, l'Office fédéral des ententes peut interdire la concentration. La décision d'interdiction peut être rendue dès que l'Office fédéral des ententes a eu connaissance du projet de la concentration, et donc déjà au niveau des préliminaires à la conclusion des actes juridiques correspondants. L'Office fédéral des ententes peut encore interdire les concentrations déjà réalisées pendant un délai d'une année à compter de la réception de la déclaration complète effectuée conformément à l'article 23.

Afin de parvenir à effectuer des vérifications et contrôles préventifs, l'article 24a, GWB prévoit la possibilité que les entreprises intéressées notifient le projet de fusion à l'Office fédéral des ententes (article 24 a al. 1 phrase 1, GWB). À partir d'un certain ordre d'importance de la fusion, cette notification est, déjà au niveau du projet, une obligation, notamment lorsqu'une des entreprises participant à la concentration a réalisé au cours du dernier exercice clôturé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de DM ou qu'au moins deux des entreprises intéressées ont réalisé au cours du dernier exercice un chiffre d'affaires d'au moins un milliard de DM chacune, et en outre lorsque la fusion doit être, en vertu du droit du Land, réalisée par une loi ou par tout autre acte de souveraineté. La notification du projet a pour effet que l'Office fédéral des ententes ne peut interdire la fusion que dans un délai déterminé et plus court (en principe quatre mois à compter de la réception de la notification), article 24a al. 2 GWB. D'autre part, le projet de concentration ne peut alors être également réalisé avant l'expiration de ce délai, article 24a al.4 GWB.

Lorsque l'Office fédéral des ententes a rendu une décision d'interdiction, il est interdit, en vertu de l'article 24 al.2 phrase 4, GWB, de réaliser la fusion ou de participer à la réalisation de la fusion sans autorisation du Ministre fédéral de l'Economie. Tout acte juridique qui contreviendrait à cette interdiction serait nul. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux accords relatifs à l'absorption, à la création d'une nouvelle société, à l'intégration ou à la constitution d'une entreprise, ni aux accords entre entreprises au sens de la loi sur les sociétés par actions, dès lors que ceux-ci ont été validés par leur inscription au Registre du commerce ou au Registre des sociétés coopératives. Toute fusion qui a été interdite par l'Office fédéral des ententes doit cependant être dissoute, à moins qu'elle n'obtienne a posteriori l'autorisation du Ministre fédéral de l'Economie. Pour faire exécuter ses ordres, l'Office fédéral des ententes peut, en vertu de l'article 24 al. 7, GWB prendre toute une série d'autres dispositions, et notamment fixer des astreintes pour contraindre à exécuter les mesures qu'il a ordonnées; en outre, il est possible d'interdire l'exercice du droit de vote, de déclarer nuls les accords réalisant la fusion, et de nommer un fidéicommissaire chargé de faire les déclarations de consentement et toutes les démarches nécessaires pour la dissolution de la fusion.

Toute violation de l'interdiction de l'article 24 al. 2 phrase 4, de réaliser une fusion ou de participer à la réalisation de

celle-ci, constitue une infraction administrative conformément à l'article 38 al. 1, n° 8, GWB.

Les entreprises participantes peuvent échapper à la décision de dissolution, par exemple dans le cas d'une acquisition de participation, en ramenant volontairement celle-ci à une mesure licite, de manière à ce que ne soient plus réalisés les éléments constitutifs de la fusion au sens de la loi. La possibilité de dissolution volontaire de la fusion ne subsiste pas seulement jusqu'à la décision de l'Office fédéral des ententes, mais encore pendant la procédure de recours, et doit donc être prise en considération lors de la décision judiciaire ultérieure (59). Dans ce contexte, il s'est développé dans le cadre de la procédure de l'administration des ententes la pratique suivante, à savoir que, pour éviter une décision d'interdiction ou de dissolution, des entreprises donnent à l'Administration des ententes l'assurance de restructurer le secteur d'entreprises devant être créé ou déjà créé par la fusion, dans la mesure nécessaire pour satisfaire aux exigences de l'article 24, GWB (ainsi par exemple en cédant des participations, en faisant entrer d'autres entreprises dans l'entreprise commune). L'Office fédéral des ententes est prêt à juger les fusions en prenant en considération ces assurances.

C. AUTORISATION DE LA CONCENTRATION PAR LE MINISTRE FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE. ARTICLE 24 AL. 3 À 5, GWB

Lorsque dans des cas d'espèces, la restriction à la concurrence est compensée par des avantages de la fusion pour l'ensemble de l'économie, ou lorsque la fusion est justifiée par un intérêt majeur de la Communauté, le Ministre fédéral de l'Economie délivre, sur requête, l'autorisation de la fusion (60). À cet égard, il convient de tenir également compte de la compétitivité des entreprises participantes sur les marchés extérieurs à la République fédérale. Une telle autorisation ne doit être accordée que dans la mesure où la portée de restriction à la concurrence ne met pas en péril le régime de l'économie du marché. Au niveau de la comparaison des restrictions à la concurrence constatées par rapport aux motifs d'intérêt public parlant en faveur de la concentration, l'argument tiré de la garantie de l'emploi, est, de l'avis du Ministre fédéral de l'Economie, d'une importance particulière. Cela étant, on ne cache pas que cet argument comporte de grands risques pour l'efficacité du contrôle des fusions, puisque la question de l'emploi est présente dans toute procédure, et que d'autre part, presque toujours avec la concentration on recherche des effets de rationalisation, en sorte que cela aboutit dans une large mesure pourtant à une libération de postes de travail.

L'autorisation peut être assortie de restrictions et conditions qui ne doivent cependant pas avoir pour but de soumettre les entreprises en cause à un contrôle permanent de leur comportement. La requête aux fins d'obtention de l'autorisation doit être adressée par écrit au Ministre fédéral dans un délai d'un mois, le délai partant en principe de la notification de la décision d'interdiction de l'Office fédéral des ententes, et en cas d'exercice de voie de recours, de la date à laquelle la décision de l'Office fédéral des ententes est devenue définitive.

(59) BGH du 4.10.1983, DB 1984, p.39.

(60) Décision du Ministre fédéral de l'Economie du 17.10. 1976, BB 1976, p.1526.