

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

B 3	1. Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc.
-----	--

Décision sur recours du 4 juillet contre la Commission de la concurrence (décision du 21 décembre 1998) en matière de concentration d'entreprises (sanctions administratives)

Vu les faits suivants:

A. Le 23 mai 1997, les entreprises Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont conclu un accord portant sur le regroupement d'une partie de leurs activités (santé animale et génétique avicole) au sein d'une nouvelle entreprise commune du nom de Merial, domiciliée à Londres.

Les entreprises prénommées ont notifié l'opération Merial au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) en date du 8 juillet 1997. Elles précisaient notamment qu'elles souhaitaient réaliser ladite opération au 1er août 1997.

Le Secrétariat a estimé que la notification était incomplète s'agissant notamment de la définition des marchés de produits en question et des indications ou des estimations sur les parts de marché en Suisse des entreprises participantes; il a demandé dans des courriers successifs des informations complémentaires aux prénommées. Le 5 août 1997, le Secrétariat a estimé que la notification était complète et a fixé le point de départ du délai d'un mois pour l'ouverture de la procédure d'examen au 1er août 1997.

Le 1er août 1997, Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont réalisé l'opération de concentration.

Dans sa prise de position du 18 août 1997, la Commission de la concurrence a conclu, à l'issue de l'examen préalable, que la concentration ne créerait ni ne renforcerait une position dominante dans les marchés des parasitocides et de la génétique avicole.

Le Secrétariat a informé Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. le 1er octobre 1997 qu'une procédure de sanction administrative avait été ouverte contre elles. Suite à la prise de position des entreprises prénommées le 16 octobre 1997 sur ladite procédure, la Commission de la concurrence leur a soumis son projet de décision, le 16 décembre 1997, dans lequel une sanction de CHF 100'000.-- a été fixée à la charge de chacune des sociétés. Ces dernières ont communiqué, en date du 22 janvier 1998, leurs observations au Secrétariat.

B. Par décision du 16 février 1998, notifiée le 24 mars 1998, la Commission de la concurrence a astreint les sociétés Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. au paiement d'une somme de CHF 60'000.-- chacune pour avoir contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration pendant le délai d'un mois prévu par la législation applicable. Elle estime en substance qu'un état de fait qui s'est réalisé à l'étranger peut produire des effets en Suisse sans que l'entreprise soit nécessairement présente physiquement en Suisse. Dans le cadre du contrôle des concentrations, cet effet est donné, selon la Commission de la concurrence, dès qu'au moins deux des entreprises ont réalisé en Suisse chacune un chiffre d'affaires de CHF [...]. Elle précise que cette interprétation se justifie du moment qu'une disposition de l'avant-projet de la loi, qui aurait permis une interprétation contraire, a été supprimée par les Chambres fédérales. S'agissant de la pratique des autorités allemandes dans ce domaine, la Commission de la concurrence estime que la comparaison n'est pas pertinente étant donné que les dispositions légales ne sont pas exactement les mêmes. Elle estime que les conditions pour astreindre les entreprises en cause à une sanction administrative sont réalisées. Au sujet de l'importance des entreprises participantes, elle s'appuie sur les chiffres d'affaires mondiaux réalisés par les parties. S'agissant de la faute, elle se réfère aux travaux préparatoires desquels il ressort clairement, selon elle, que le législateur n'entendait pas faire intervenir cette notion dans l'appréciation du montant de la sanction.

Les sociétés Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont recouru en date du 5 mai 1998 contre cette décision auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence en concluant principalement à son annulation et subsidiairement à la réduction des amendes infligées.

Par courrier du 15 octobre 1998, les recourantes ont attiré l'attention de la Commission de recours pour les questions de concurrence sur la nouvelle pratique de l'autorité intimée en matière de sanctions administratives. Selon cette nouvelle pratique, la détermination de l'importance des entreprises dépend de leur chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse. Elles soutiennent qu'il s'agit d'un revirement important affectant leur affaire, l'autorité intimée s'étant fondée sur le chiffre d'affaires international dans la décision attaquée.

Le 21 décembre 1998, la Commission de la concurrence a décidé, en remplacement du chiffre un de sa décision du 16 février 1998, de réduire les amendes fixées à respectivement CHF 23'625.-- pour Rhône-Poulenc S.A. et CHF 11'625.-- pour Merck & Co. Inc.

C. Par écritures du 28 janvier 1999, Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont estimé qu'il est douteux que la Commission de la concurrence ait été habilitée à rendre une nouvelle décision. S'agissant des amendements apportés par la décision du 21 décembre 1998, elles

soutiennent qu'ils n'ont pas rendu le recours sans objet car les conclusions de leur mémoire tendent à l'annulation pure et simple de la décision du 16 février 1998 et des sanctions imposées. Elles demandent à la Commission de céans de continuer à traiter le recours qu'elles ont introduit le 5 mai 1998.

Par décision du 29 avril 1999, la Commission de recours pour les questions de concurrence a déclaré le recours du 5 mai 1998 sans objet et radié l'affaire du rôle. Elle a estimé que l'autorité intimée avait procédé à un réexamen de la décision attaquée et qu'au vu de l'ampleur de la réduction, elle avait rendu une nouvelle décision.

Le 7 juin 1999, la Commission de recours pour les questions de concurrence a informé les recourantes que leur courrier du 28 janvier 1999 était considéré comme un recours et leur a demandé de préciser leurs conclusions et motifs.

Par mémoire complémentaire du 28 juin 1999, les recourantes ont complété leurs écritures du 28 janvier 1999 et ont précisé leurs conclusions de la manière suivante:

Principalement:

1. Annuler la décision du 21 décembre 1998 rendue par la Commission fédérale de la concurrence dans la procédure de sanction administrative ouverte contre les recourantes.
2. Libérer chacune des recourantes de toute sanction.
3. Condamner la Commission fédérale de la concurrence en tous les dépens, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat des recourantes.

Subsidiairement:

1. Réduire l'amende infligée à chacune des recourantes par la Commission fédérale de la concurrence dans sa décision du 21 décembre 1998.
2. Condamner la Commission fédérale de la concurrence en tous les dépens, lesquels comprendront une équitable participation aux honoraires d'avocat des recourantes.

Les recourantes se plaignent d'avoir été l'objet de formalisme excessif de la part de l'autorité intimée qui leur aurait demandé à plusieurs reprises des pièces justificatives qui figuraient selon elles dans le dossier accompagnant la notification.

Elles allèguent ensuite que c'est dans le doute de l'application du droit suisse qu'elles ont notifié l'opération de concentration alors même qu'aucune des entreprises participantes n'a son siège en Suisse et que

l'opération n'a donné lieu à aucune modification structurelle sur le marché suisse. Elles soutiennent que la suppression d'une des dispositions de l'avant-projet de la loi sur les cartels, visant à soustraire au régime de l'autorisation une concentration dont toutes les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et qui n'ont aucun lien avec une entreprise en Suisse, avait pour but de laisser une plus grande marge de manœuvre aux autorités suisses et non pas de faire l'impasse sur le principe dit des "effets". En matière de concentration, les recourantes soulignent qu'il ne suffit pas que les seuils prévus par la législation sur la notification des opérations de concentration soient atteints pour en conclure un effet extraterritorial sur le marché suisse. Selon elles, la volonté du législateur est claire, la loi n'est applicable à une concentration à l'étranger que dans l'hypothèse où elle entraîne des modifications structurelles sur le marché suisse. Elles relèvent qu'en l'espèce "les effets" sur le marché suisse résultent uniquement des ventes de produits non concurrents, ce qui ne suffit pas à leurs yeux pour engendrer un effet qualifié sur ce même marché. Elles ajoutent à ce sujet qu'il est surprenant que l'autorité intimée n'ait pas jugé utile d'esquisser des règles d'interprétation de l'application ratione loci de la disposition topique.

Les recourantes contestent également l'interprétation donnée par l'autorité intimée de leur référence au droit allemand. Elles relèvent avoir cité la pratique des autorités allemandes dans le contexte de la réalisation d'une opération de concentration et non pas en relation avec l'obligation de notifier. Elles précisent que, selon la pratique allemande, aucune sanction ne leur aurait été infligée. Elles constatent que l'amalgame fait par l'autorité intimée permet à celle-ci de limiter son examen à la question de la notification et, dans l'affirmative, retenir sans autre examen que la réalisation de l'opération est interdite sur quelque marché que ce soit.

Au sujet des conditions d'application de la sanction administrative, les recourantes observent de façon générale que le silence du législateur quant à la notion de faute ne signifie pas qu'il entendait sanctionner les entreprises indépendamment de toute faute. Elles soutiennent que la décision litigieuse ne tient pas compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle c'est surtout en fonction de la gravité de la sanction qu'une poursuite sera considérée comme pénale, quelle que soit la qualification conférée par le droit interne. Elles sont d'avis que la sanction qui leur a été infligée est de caractère pénal et non administratif. Elles estiment qu'en l'absence de faute de leur part - elles soulignent avoir pris toutes les précautions nécessaires en suspendant leurs ventes vers la Suisse à partir du 1er août 1997 - il ne saurait donc être question d'une sanction. S'agissant des autres conditions, obligation de notifier, violation de l'interdiction de réalisation provisoire, elles affirment qu'elles ne sont pas réunies en l'espèce.

D. Dans sa réplique du 5 août 1999, la Commission de la concurrence conclut au rejet du recours. Pour autant que cela soit utile à l'issue de la procédure, elle demande qu'une mesure d'instruction soit ouverte s'agissant des allégations des recourantes sur la suspension de leurs ventes vers la Suisse dès le 1er août 1997. Elle soutient que la notification effectuée par les recourantes en date du 8 juillet 1997 était tardive. Elle souligne à ce sujet que les recourantes devaient savoir qu'en notifiant à cette date, le délai d'un mois prévu par la loi pour l'ouverture de la procédure d'examen expirerait au plus tôt le 11 août 1997.

L'autorité intimée affirme qu'il est faux de prétendre qu'elle a procédé avec formalisme excessif dans la mesure où la notification des recourantes était incomplète sur plusieurs points essentiels. Dans le cadre d'un contrôle préventif des concentrations, elle souligne qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si une opération de concentration a une influence concrète sur le marché, un effet potentiel étant suffisant. Elle relève également que l'existence ou non d'un changement structurel sur le marché suite à une concentration n'est connue que suite à un examen et non pas dans le cadre d'un examen préalable, au risque sinon de nier l'existence du contrôle préventif. Au sujet de l'intensité de l'effet, l'autorité intimée allègue que dans la présente affaire il doit être qualifié d'important en ce sens que les entreprises participantes réalisent un chiffre d'affaires important en Suisse et qu'elles possèdent toutes deux des établissements en Suisse. Elle soutient, quant à la notion de faute, qu'il ne serait pas adéquat de la prendre en considération dans l'appréciation de la proportionnalité de la sanction pénale: il s'agit d'un élément trop flou dont la détermination se heurterait à des difficultés disproportionnées ne permettant alors plus un contrôle préventif des concentrations.

E. Par courrier du 7 septembre 1999, les recourantes ont renoncé à un deuxième échange d'écritures.

Le 22 juin 2000, la Commission pour les questions de concurrence a informé les recourantes qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner des débats publics, le litige en cause ne constituant pas une contestation sur des droits et des obligations de caractère civil au sens de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

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

Considérant en droit:

1. Une première décision de la Commission de la concurrence, rendue le 16 février 1998 et notifiée le 24 mars 1998, mettait à la charge des recourantes, en application de l'article 51 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi

sur les cartels, LCart; RS 251) un montant de CHF 60'000.-- chacune pour infraction à l'article 32 alinéa 2 de la loi sur les cartels. Cette décision a été attaquée par recours du 5 mai 1998.

Le 21 décembre 1998, la Commission de la concurrence a reconsidéré partiellement sa décision, réduisant les montants mis à la charge des recourantes à CHF 23'625.-- pour Rhône-Poulenc S.A. et CHF 11'625.-- pour Merck & Co. Inc. Par lettre du 25 janvier 1999, les recourantes estiment douteux que la Commission de la concurrence ait été habilitée à rendre une nouvelle décision et demandent à la Commission de céans de poursuivre l'instruction du recours.

Par décision du 29 avril 1999, la Commission de céans a radié du rôle le recours du 5 mai 1998 et décidé que "[...] la lettre des recourantes du 28 janvier 1999 [...] doit être considérée comme un recours contre la nouvelle décision du 21 décembre 1998".

L'acte attaqué du 21 décembre 1998 constitue une décision au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021; art. 5 al. 1, let. a). Comme telle, elle est susceptible de recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (art. 44 LCart et art. 44 ss. et 71a ss. PA en relation avec les art. 20 ss. de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage [RS 173.31]).

En matière de sanctions administratives, l'article 53 de la loi sur les cartels dispose que les cas d'inobservation qu'énumère la section 6 de la loi sont instruits par le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence. La commission statue (al. 1). Les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence (al. 2).

Les recourantes sont touchées par la décision attaquée et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée; elles ont donc qualité pour recourir (art. 48 let. a PA). Leur mandataire a justifié de ses pouvoirs (art. 11 al. 2 PA). Les exigences relatives au délai de recours (art. 50 PA) ainsi qu'au contenu et à la forme du mémoire de recours (art. 52 PA) sont satisfaites. L'avance de frais a été versée dans les délais (art. 63 al. 4 PA) et les autres conditions de recevabilité sont remplies (art. 44 ss. PA).

2. La Commission de la concurrence a infligé des sanctions s'élevant à CHF 23'625.-- à Rhône-Poulenc S.A. et à CHF 11'625.-- à Merck & Co. Inc. pour avoir contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration Merial. Il s'agit de dire si ces sanctions sont fondées en droit.

La première question est de savoir si la loi sur les cartels est applicable en l'espèce. Si oui, il faudra examiner s'il y a eu contravention à l'interdiction provisoire prévue à l'article 32 alinéa 2 de la loi sur les car-

tels. Ensuite si les sanctions sont justifiées (grief de formalisme excessif et rôle de la faute notamment). Enfin, s'il y a adéquation des montants fixés à la contravention.

3. La loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions de la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1).

Aux termes de l'article 2 de la loi sur les cartels, la loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (al. 1). Elle est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (al. 2).

La loi sur les cartels entend par concentrations d'entreprises: a) la fusion de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres; b) toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par la prise de participation au capital ou la conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci (art. 4 al. 3).

4. Qu'il y ait eu, en l'espèce, "concentration d'entreprises" n'est ni contesté, ni contestable. L'opération ayant eu lieu à l'étranger, les avis divergent en revanche sur la notion "d'états de fait qui déploient leurs effets en Suisse".

Pour la Commission de la concurrence, la loi sur les cartels est applicable, en matière de contrôle des concentrations d'entreprises, du seul fait que les conditions de son article 9 sont réunies. Toute opération de concentration atteignant les seuils établis par cette disposition est soumise à l'obligation de notification. Le projet de décision du 16 décembre 1997 expose que "l'exercice d'activités économiques en Suisse tel que la vente, par des entreprises situées à l'étranger, suffit déjà à la reconnaissance d'un effet en Suisse et à l'applicabilité *ratione loci* de la loi sur les cartels".

Dans sa décision du 16 février 1998, la Commission de la concurrence fait sienne cette interprétation, indiquant que "l'effet est donné dès lors que deux au moins des entreprises ont réalisé en Suisse chacune un chiffre d'affaires de CHF [...]". Elle cite à l'appui de sa thèse le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 (Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence; FF 1995 I, p. 472 ss; ci-après: message) et le commentaire HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997) à l'article 2 de la loi. Elle estime que la suppression, par les Chambres fédérales, de l'article 9 alinéa 4 figurant dans

l'avant-projet de loi renforce sa thèse. Cette disposition prévoyait qu'une concentration n'était pas soumise au régime de l'autorisation lorsque les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et ne sont pas affiliées à une entreprise ayant son siège en Suisse, ni ne disposent d'un établissement en Suisse. En la biffant, les Chambres fédérales ont "avalisé le fait que des entreprises, dont les chiffres d'affaires atteignent les seuils de l'article 9 de la loi sur les cartels, ont le devoir de notifier, même si elles n'ont pas de présence physique en Suisse. La Commission de la concurrence ne peut qu'en prendre acte". Elle estime que, dans l'optique du contrôle préventif des concentrations, il n'est pas nécessaire qu'un effet en Suisse existe concrètement. Il suffit qu'il puisse potentiellement exister. Exiger l'examen, à ce stade de la présence ou de l'absence de changements structurels, reviendrait à nier l'essence d'un contrôle de nature préventive.

Pour les recourantes, il est douteux que la loi sur les cartels soit applicable en l'espèce et, donc, que l'opération Merial ait été soumise à notification en Suisse. Elles estiment qu'en matière de concentrations le terme "effets" de l'article 2 alinéa 2 de la loi sur les cartels ne peut concerner que des modifications de nature structurelle. Or, en l'espèce, aucune des entreprises participant à la concentration n'a son siège en Suisse et l'opération Merial n'a donné lieu à aucune modification de nature structurelle en Suisse. Les seuls effets sur le marché suisse résultent des ventes de produits non concurrents effectuées en Suisse. Le fait de vendre est un comportement et n'engendre en rien une modification de nature structurelle. De plus, une interprétation large du terme "effets" conduit à méconnaître les limites imposées par le droit international public (principes généraux de non-ingérence dans les affaires d'Etats étrangers et de courtoisie internationale).

5. Les chapitres 2 de la loi sur les cartels, consacré au droit matériel, et 4, qui traite de la procédure administrative, doivent être lus à la lumière du chapitre 1 qui arrête les dispositions générales de la loi. L'examen du cas d'espèce doit se faire d'abord au regard du but et du champ d'application de la loi.

La loi sur les cartels vise à empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et à promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1). Cette définition du but reprend l'objectif inscrit à l'article 96 alinéa 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101, anciennement art. 31bis al. 3, lettre d) qui autorise le législateur à édicter des dispositions "afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence". La Confédération n'a que la tâche de lutter contre les conséquences nuisibles des cartels et groupements analogues (Commentaire de la Constitution fédérale suisse du 29 mai 1874, R. RHINOW,

vol. II, art. 31bis, ch. 189). Le message du Conseil fédéral concernant la loi sur les cartels précise que la législation suisse en matière de concurrence "n'a pas à poursuivre des objectifs quelconques, mais est tenue de lutter contre les conséquences économiques ou sociales nuisibles des cartels et organisations analogues" (FF, op. cit., p. 503). Plus loin: "... le seuil d'intervention des normes du droit de la concurrence à édicter est l'effet économiquement ou socialement nuisible" (FF, op. cit., p. 504).

En matière de concentrations d'entreprises "l'institution d'un instrument de contrôle doit donner aux autorités en matière de concurrence la possibilité d'identifier à temps les modifications de structure du marché qui menacent la concurrence de façon à intervenir si nécessaire, c'est-à-dire lorsque la concentration risque réellement de supprimer la concurrence efficace" (FF, op. cit., p. 521; dans ce sens: ROLF WALTER/URS LEHMANN, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, PJA 7/96, p. 855 ss.; PIERRE MERCIER/OLIVIER MACH/HUBERT GILLIÉRON/SIMON AFFOLTER, Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire - Droit suisse, Dossiers de droit européen, Bâle et Genève 1999, p. 659).

S'agissant de la compétence territoriale, la loi dispose qu'elle "est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger" (art. 2 al. 2 LCart). La loi sur les cartels reprend la théorie de l'effet que connaissait déjà la législation antérieure et qu'applique le droit communautaire (message, p. 535; MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, op. cit. p. 634; JENS IVAR DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, Berne 1997, p. 28; FELIX J. DASSER, Neue Tendenzen im internationalen Kartellprivatrecht der Schweiz, PJA 8/96, p. 950 ss., entre autres; voir également la décision du 25 mars 1999 du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'affaire Gencor contre la Commission des Communautés européennes [no T-102/96]).

La Commission de la concurrence ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que, l'examen préalable ayant un caractère préventif, cela permet de renvoyer le contrôle de ce point, le cas échéant, à la phase ultérieure de la procédure. Tant l'application de l'article 9 de la loi sur les cartels que celle de l'article 10 présupposent que les conditions fixées au chapitre 1 de la loi sont remplies.

Selon la théorie de l'effet, le droit suisse de la concurrence est applicable dès lors qu'une restriction de la concurrence produit ses effets sur le marché suisse. Ces effets doivent être immédiats, afin que l'application de la loi reste contrôlable et prévisible (JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1998, p. 106; ROLF BÄR, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: ROLAND VON BÜREN/THOMAS COTTIER, Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berne 1997,

p. 92). Ces effets doivent être réellement perceptibles, afin d'éviter l'ouverture de procédures dans les cas où aucun effet ne se fait concrètement sentir en Suisse (Borer, op. cit., p. 106).

Ce qui précède s'applique en principe également aux concentrations d'entreprises (BORER, op. cit., p. 108), tant à l'article 9 qu'à l'article 10 de la loi sur les cartels: la systématique de la loi le commande. Le critère légal reposant sur des chiffres d'affaires minimums - prévu à l'article 9 alinéa 1 de la loi sur les cartels - ne peut conduire à fonder une compétence territoriale propre à cette disposition: la volonté du législateur est ici de ne soumettre à l'obligation de notifier que "les entreprises qui, en raison du niveau de leur chiffre d'affaires, sont en mesure d'influencer de manière sensible la concurrence" (FF, op. cit., p. 572).

La Commission de la concurrence estime par ailleurs que le seul fait de vendre des produits en Suisse suffit à "la reconnaissance d'un effet en Suisse et à l'applicabilité *ratione loci* de la loi sur les cartels". Elle ne peut être suivie sur ce point pour deux raisons. D'abord, la seule vente de produits en Suisse par des entreprises sises à l'étranger n'est pas une conséquence nuisible d'ordre économique ou social que la loi sur les cartels a pour but d'empêcher. Ensuite, une application conséquente de cette opinion devrait conduire la Commission de la concurrence à exiger la notification de nombreuses grandes concentrations étrangères dont les produits des entreprises concernées sont vendus en Suisse, ce qu'elle n'est ni à même de faire, ni en mesure d'imposer en cas de refus opposé par les intéressés.

Certes, le premier examen auquel se livre la Commission de la concurrence est-il "préalable". Il a pour objectif de permettre à la Commission de procéder à un examen de la concentration ou d'y renoncer. Ce premier examen est moins approfondi et plus formel que le second. En outre, le contrôle est préventif, visant donc à empêcher que ne se produisent les conséquences nuisibles que la loi veut combattre.

Cela ne signifie pour autant pas que la loi soit applicable en l'absence de tout effet concret ou potentiel. La démonstration de l'existence ou de la vraisemblance d'un tel effet doit être faite préalablement à tout autre examen.

Que l'article 9 alinéa 4 du projet de la loi sur les cartels ait été supprimé par les Chambres fédérales n'infirmes pas ce qui précède. En le biffant, le Parlement n'a pas eu pour intention de décréter que toutes les entreprises atteignant les valeurs-seuils de l'article 9 alinéa 1 de la loi sur les cartels devaient - de ce seul fait - notifier une concentration opérée à l'étranger. Le message voyait dans cette disposition une règle de conflit spéciale limitant "en quelque sorte l'application du principe de l'effet produit", l'application du droit suisse de la concurrence ne se justifiant guère si la mise en œuvre de décisions promet de se heurter à la réalité ou n'est possible qu'au prix de difficultés disproportionnées

(FF, op. cit., p. 575). La suppression de cette disposition ne conduit qu'à une seule conclusion: les concentrations faites à l'étranger doivent être traitées comme les autres, c'est-à-dire que l'autorité devra "ordonner les mesures qui s'imposent lorsqu'il est prévisible que la concentration conduira à la suppression de la concurrence efficace" (FF, op. cit., p. 576).

En conclusion, il ressort du dossier que la décision attaquée du 21 décembre 1998 considérée par la Commission de la concurrence comme une "reconsidération partielle de la décision du 16 février 1998" n'a pas abordé la question de l'application de la loi sur les cartels au cas d'espèce. Celle du 16 février 1998 se limite, sur ce point, à affirmer que "l'exercice d'activités économiques en Suisse, tel que la vente, par des entreprises situées à l'étranger suffit déjà à entraîner l'applicabilité *ratione loci* de la loi sur les cartels".

De l'avis de l'autorité de recours, l'application de l'article 9 de la loi sur les cartels - disposition du droit matériel - requiert la référence au chapitre premier contenant les dispositions générales de la loi et notamment l'examen et la résolution de la question des effets en Suisse. Ces effets - concrets ou potentiels - doivent être en mesure d'influencer de manière sensible la concurrence.

Rien ne permet de conclure que tel soit le cas en l'espèce. Le recours doit dès lors être admis et la décision attaquée annulée pour ce seul motif.

Il n'y a dès lors pas lieu de prendre de nouvelles mesures d'instruction ni d'examiner s'il y a eu contravention à l'interdiction provisoire prévue à l'article 32 alinéa 2 de la loi sur les cartels, si, le cas échéant, des sanctions sont justifiées et s'il y a adéquation des montants fixés à la contravention.

6. Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de justice (art. 63 PA et art. 4a de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative [RS 172.041.0]); l'avance de frais doit donc être restituée.

Cette procédure ayant occasionné aux recourantes des frais indispensables et relativement élevés, il y a lieu de leur allouer des dépens (art. 64 PA en relation avec l'art. 8 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative). Le mandataire n'ayant pas communiqué de note, les dépens seront fixés d'office et selon la libre appréciation de l'autorité de recours (art. 8 al. 1, 3 et 4 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative).

Par ces motifs, la Commission de recours DFE:

1. Admet le recours et annule la décision du 21 décembre 1998 de la Commission de la concurrence.
 2. [Frais de procédure]
-

3. [Indemnité globale]
4. [Voie du recours]
5. [Notification]

B 3	2. BKW FMB Energie AG
-----	------------------------------

Abschreibungsverfügung vom 3. November 2000 in Sachen BKW FMB Energie AG (Beschwerde vom 13. Juli 1999) gegen die Wettbewerbskommission betreffend Untersuchung

wird nach Einsicht in:

- das Schreiben der Wettbewerbskommission vom 13. Juli 1999 betreffend Eröffnung einer kartellgesetzlichen Untersuchung gegen die BKW FMB Energie AG (BKW);
- die dagegen von der BKW (Beschwerdeführerin) eingereichte Verwaltungsbeschwerde vom 13. Juli 1999 und die ergänzende Beschwerdeschrift vom 24. August 1999;
- die Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999;
- die Replik der Beschwerdeführerin vom 28. Oktober 1999;
- die darauf Bezug nehmende Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. November 1999;
- die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2000;
- die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 7. Februar 2000 (inkl. Kostennote) sowie
- die übrigen sich bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen befindlichen Akten

und in Erwägung:

dass am 13. Juli 1999 das Sekretariat der Wettbewerbskommission gegen die Beschwerdeführerin eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eröffnete;

dass Gegenstand der Untersuchung die Frage bildete, ob die Weigerung der Beschwerdeführerin, elektrischen Strom der Elektrizitätsgesellschaft Laufenburg AG (EGL) gegen Entgelt über ihr Leitungsnetz zur Betriebsstätte der UMS Schweizerische Metallwerke AG (Swissmetal) in Reconvilier/BE zu leiten, eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstelle (vgl. Art. 7 KG);

dass die Beschwerdeführerin gegen das Schreiben der Wettbewerbskommission betreffend die Eröffnung der Untersuchung am 13.