

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Watt/Migros - EEF

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Décision du 5 mars 2001 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart dans le cas Watt/Migros - EEF relatif à un comportement illicite selon l'article 7 LCart

A. Etat de fait

A.1 Objet de la procédure

1. Le but de l'enquête est de clarifier si les Entreprises électriques fribourgeoises (ci-après: EEF) abusent d'une position dominante (au sens de l'art. 7 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, LCart, RS 251), en refusant de laisser transiter sur leur réseau électrique de l'électricité de Watt Suisse AG (ci-après: Watt) destinée à approvisionner Estavayer Lait SA (ci-après ELSA) et les sites de production de Courtepin de Micarna SA (ci-après Micarna).

a. Les entreprises

2. Les EEF sont une entreprise d'approvisionnement en électricité, notamment active dans la production, la distribution et la vente d'énergie électrique. Elles ont leur siège principal en ville de Fribourg. En vertu de la loi fribourgeoise du 18 septembre 1998 sur les Entreprises électriques fribourgeoises (LEEF, RS 772.1.1, art. 1), les EEF sont un établissement de droit public distinct de l'Etat, ayant qualité de personne morale.

3. Watt, qui a son siège à Emmen, est une entreprise du groupe Watt AG, Glarus, auquel appartient notamment l'entreprise d'approvisionnement en électricité Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (ci-après: EGL). La société Watt est la société du groupe Watt AG chargée de l'approvisionnement d'acheteurs situés en dehors des zones de distribution des entreprises du groupe.

4. Micarna et ELSA sont des filiales à 100% de la Fédération des coopératives Migros (ci-après: Migros) qui a son siège à Zurich. Migros est une fédération de sociétés coopératives au sens des articles 921 ss. du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO, RS 220). Migros est formée de 10 sociétés coopératives régionales.

5. ELSA, qui a son siège à Estavayer-le-Lac, est une entreprise industrielle produisant divers produits laitiers tels que yogourts et boissons lactées. Sa consommation annuelle en énergie électrique s'élève à 23,3 GWh (1998).

6. Micarna, qui a son siège à Courtepin, est une entreprise industrielle transformant des produits carnés. Micarna possède des sites de production à Courtepin (FR) et à Bazenheid (SG). Elle partage le site de Courtepin avec l'entreprise sœur Optigal SA, dont elle prend en charge l'approvisionnement en énergie électrique. La consommation annuelle de ces deux entreprises à Courtepin (ci-après: Sites de production Micarna Courtepin) s'élève à 26,3 GWh (1998).

b. La demande de transit d'électricité

7. Les EEF disposent d'un réseau de distribution d'électricité sur le territoire du canton de Fribourg, de même qu'en basse Broye et dans le Pays-d'Enhaut. Ce réseau de distribution peut être divisé comme suit: un réseau de 60 kV (supra-régional), un réseau de 18 kV (régional) et un réseau de 0.4 kV (local). Des transformateurs relient les différents réseaux à ceux caractérisés par une tension plus haute. Particulièrement, le réseau de 60 kV des EEF est relié à la ligne de 220 kV St. Triphon-Mühleberg aux postes d'interconnexion de Botterens et de Hauterive-Montynan, de même qu'à la ligne de 130 kV Lucens-Galmiz au poste de Villarepos. En dehors de ces trois points, le réseau des EEF n'a pas de connexion avec d'autres réseaux électriques.

8. La demande de transport d'électricité de Watt et Migros concerne la démarche suivante: l'électricité serait transportée depuis Laufenburg jusqu'à l'un des trois postes susmentionnés du réseau des EEF. Arrivée à l'un de ces postes, elle serait transformée en électricité de 60 kV et transportée par le réseau de 60 kV des EEF jusqu'au poste 60/18 kV Courtepin (pour les Sites de production Micarna Courtepin), respectivement jusqu'au poste 60/18 kV Estavayer (pour ELSA). A ces endroits, elle serait transformée en électricité de 18 kV et serait livrée par le réseau de 18 kV des EEF jusqu'aux Sites de production Micarna Courtepin, respectivement jusqu'à ELSA. La transformation en électricité de 400 V aurait lieu par le biais de transformateurs dont Micarna, respectivement ELSA, sont propriétaires.

c. Négociations

9. Jusqu'à présent, les Sites de production Micarna Courtepin et ELSA ont été approvisionnés en électricité par les EEF. Cet approvisionnement était assuré en vertu de contrats de fourniture (contrat

du 22 août 1990 avec Micarna; contrat du 10 décembre 1981 avec ELSA).

10. Le 30 juillet 1998, Migros a lancé un appel d'offres auprès de 14 entreprises d'approvisionnement en électricité. Cet appel d'offres portait sur un contrat pour l'approvisionnement en énergie électrique par un fournisseur unique de 26 sites de Migros, dont ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin.

11. Avant le début de la procédure relative à l'appel d'offres et durant celle-ci, ELSA et Micarna ont chacune poursuivi des négociations distinctes avec les EEF en vue de leur approvisionnement en énergie. Au cours de ces négociations, les EEF ont soumis plusieurs offres. ELSA et Micarna n'en ont cependant accepté aucune.

12. Le 21 juin 1999, Migros a conclu le contrat multi-sites ("Multisite-Energie-Liefervertrag") avec Watt. Migros s'est engagée pour son propre compte ainsi que pour le compte de plusieurs coopératives régionales et plusieurs entreprises du groupe, dont ELSA et Micarna. Le contrat prévoit que la fourniture d'énergie doit débuter avec la résiliation des contrats en vigueur et l'obtention des droits de transit, Watt étant chargée de négocier le transit avec les opérateurs de réseau concernés.

13. Par courrier du 22 juin 1999, ELSA a résilié pour le 31 décembre 1999 son contrat d'approvisionnement avec les EEF et a demandé aux EEF de lui faire parvenir une proposition d'un "contrat de raccordement et d'utilisation du réseau d'électricité".

14. Par courrier du 28 juin 1999, Micarna a résilié pour le 31 décembre 1999 son contrat d'approvisionnement avec les EEF. Par courrier du 29 juillet 1999, Micarna a informé les EEF que Watt était son nouveau fournisseur et qu'il entamerait des négociations avec les EEF au sujet du transit de l'électricité.

15. Par courrier du 30 juin 1999, les EEF attiraient l'attention d'ELSA sur le fait qu'un contrat pour l'acheminement de l'énergie au travers du réseau de distribution des EEF ne serait nécessaire qu'à partir du moment où la loi sur l'ouverture du marché rendrait possible l'accès de tiers au réseau.

16. Par courrier du 4 août 1999, les EEF attiraient l'attention de Micarna sur le fait que l'acheminement de l'énergie livrée par un autre fournisseur sur le réseau des EEF ne serait admis qu'à partir du moment où la loi sur l'ouverture du marché rendrait possible l'accès de tiers au réseau. Par courrier du 15 novembre 1999 à Migros, les EEF ont une fois de plus soutenu que le transit de l'électricité ne serait possible qu'après l'introduction officielle de l'accès de tiers au réseau en Suisse.

17. Les négociations suivantes avec les EEF au sujet de l'acheminement de l'électricité de Watt pour ELSA et les Sites de pro-

duction Micarna Courtepin ont été menées par EGL au nom de Watt. Deux rencontres ont eu lieu entre EGL et les EEF: le 10 septembre 1999 et le 23 novembre 1999.

18. Dans le courant des négociations, EGL a proposé aux EEF, au lieu de faire transiter du courant, de racheter l'électricité à la limite de la propriété entre les EEF et ELSA, respectivement les Sites de production Micarna Courtepin (Télécopie de EGL du 21.09.1999 et courrier de EGL du 25.11.1999).

19. Par courrier du 17 décembre 1999, les EEF communiquaient à EGL un refus définitif à cette proposition. De même, la demande de Watt (représentée par EGL) de faire transiter du courant sur le réseau des EEF a été refusée par ces dernières (selon la lettre du 17.12.1999 à Micarna).

20. Parallèlement aux négociations avec EGL, les EEF ont soumis à ELSA et Micarna plusieurs offres de contrat de fourniture. Se référant au contrat conclu avec Watt, ELSA et Micarna n'ont accepté aucune de ces offres. Elles ont par contre, à plusieurs reprises, sommé les EEF de présenter une offre pour un contrat de transit à partir du 1er janvier 2000, ce que ces dernières ont refusé de faire.

B. Etapes de la procédure

21. Le 14 février 2000, Watt et Migros ont chacune déposé une plainte contre les EEF auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence. Migros a en outre déposé la plainte contre les EEF auprès de la Commission de la concurrence.

22. Le 7 mars 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert contre les EEF une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart.

23. Les EEF ont pris position sur les principaux griefs des plaignants le 10 avril et le 31 mai 2000. Migros et les EEF ont par ailleurs répondu à des questions ponctuelles. L'administration cantonale fribourgeoise a fourni des documents relatifs à la législation cantonale en matière d'énergie.

24. Le 14 juin 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête selon l'article 27 LCart contre les EEF pour un (prétendu) comportement illicite au sens de l'article 7 LCart. L'ouverture de l'enquête a été communiquée aux parties par courrier du 14 juin 2000 et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce du 23 juin 2000.

25. Dans le cadre de cette enquête, le secrétariat a recueilli des informations auprès des EEF, de Watt et de Migros, de même qu'auprès de l'Inspection fédérale des installations à courant fort (ci-après: Inspection) au sujet de la construction de lignes électriques et d'un second réseau.

26. Dans le cadre d'une demande de prolongation de délai, les EEF ont demandé, le 28 septembre 2000, à ce que les enquêtes dirigées contre le Service intercommunal de l'électricité SA, Renens (ci-après: SIE), Elektra Baselland Liestal (ci-après: EBL) et EEF soient traitées simultanément. En conséquence les dates fixées aux parties pour répondre aux demandes de renseignements devraient être identiques dans ces trois procédures. Par lettre du 29 septembre 2000, le secrétariat a rejeté cette requête et accordé une prolongation de délai d'un mois, conformément à sa pratique.

27. En octobre 2000, les EEF ont consulté le dossier d'enquête par voie écrite.

28. Le 30 octobre 2000, les EEF ont répondu au questionnaire qui leur avait été adressé par le secrétariat. Elles requièrent l'audition de leurs représentants ainsi que de témoins, dont une liste devrait être fournie dans un prochain courrier. Cette liste n'a cependant été fournie que le 22 février 2001 (cf. ch. 32 ci-dessous).

29. Le 15 décembre 2000, le secrétariat a envoyé aux EEF, Watt et Migros le projet de décision, ainsi que la liste de la correspondance et leur a fixé un délai jusqu'au 22 janvier 2001 pour prendre position. Dans le courrier précité, les parties ont été rendues attentives à leur droit de consultation des pièces figurant au dossier.

30. Migros et Watt ont pris position sur le projet de décision le 22 janvier 2001.

31. Par courrier du 22 janvier 2001, les EEF ont requis une prolongation de délai jusqu'au 28 février 2001 pour prendre position sur le projet de décision. Conformément à sa pratique, le secrétariat a prolongé le délai d'un mois, jusqu'au 22 février 2001. Il a précisé qu'une deuxième prolongation ne pourrait être accordée que sur la base de motifs justifiés.

32. Le 22 février 2001, les EEF ont déposé une requête de décision incidente sur la compétence complétée d'une requête de jonction des causes et d'une requête de suspension de la procédure au fond. Leurs conclusions sont les suivantes:

"Les EEF requièrent:

- a) Que les enquêtes en cours à l'encontre des EEF, à l'encontre de EBL et à l'encontre de SIE soient jointes.
 - b) Qu'une décision au sens de l'article 9 alinéa 1 LPA soit rendue sur la compétence de la Commission de la concurrence, respectivement de son Secrétariat pour mener l'enquête en cours selon les article 26 ss. LCart.
 - c) Que la Commission de la concurrence communique aux EEF une copie de l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2001 dans l'affaire ISM/SMA (arrêt 2A.430/2000) dès que ce-
-

lui-ci lui aura été notifié par le Tribunal fédéral et qu'un délai de 10 jours soit alors imparti aux EEF pour compléter leur argumentation sur la question incidente de la compétence.

d) Que la procédure de l'enquête de la Commission de la concurrence, respectivement de son Secrétariat, soit suspendue jusqu'à ce qu'une décision définitive et exécutoire soit rendue sur la compétence.

e) Qu'un nouveau délai soit imparti aux EEF pour déposer leur détermination sur la suite de la procédure au fond, le cas échéant, lorsque la décision définitive et exécutoire sur la compétence aura été rendue".

En outre elles sollicitent des mesures d'instruction complémentaires, à savoir:

- ?? l'audition de Monsieur le Conseiller d'Etat Michel Pittet, Directeur de l'économie, des transports et de l'énergie, membre de la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie et Président du Conseil d'administration des EEF s'agissant de l'interprétation du droit cantonal fribourgeois;
- ?? une expertise, aux fins d'interpréter la situation du monopole des EEF en droit cantonal fribourgeois, menée par Monsieur Denis Loertscher, Chef de l'Office cantonal de législation;
- ?? l'audition d'un membre au moins de la commission parlementaire ayant participé aux travaux préparatoires des débats parlementaires sur la LME;
- ?? l'audition d'un représentant de la Commission européenne;
- ?? l'audition des représentants des EEF.

C. Considérants

C.0.1 Recevabilité de la plainte de Migros

33. Concernant la plainte de Migros, les EEF font valoir que celle-ci est illicite, puisque Migros n'aurait pas la qualité pour agir. Les clientes des EEF seraient ELSA et Micarna.

34. Selon l'article 26 alinéa 1 LCart, le secrétariat peut mener des enquêtes préalables d'office, à la demande des entreprises concernées ou sur dénonciation de tiers. Toutefois, l'enquête préalable ne peut être revendiquée (Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 23 novembre 1994, FF 94.100, tiré à part, p. 122, ci-après Message LCart). Selon l'article 27 alinéa 1 LCart, le secrétariat ouvre une enquête d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence. Il le fait dans tous les cas s'il y est invité par la Commission de la concurrence ou par le Département fédéral de l'économie.

35. La participation de Migros à la procédure n'a dès lors aucune importance ni pour l'ouverture d'une enquête préalable, ni pour celle d'une enquête.

36. Par ailleurs, il faut noter que Migros est en droit d'agir au nom d'une ou plusieurs de ses filiales dont elle a 100% de participations. Le fait, avancé par les EEF, que ce sont Micarna et ELSA, et non Migros, qui sont clientes des EEF, n'a à lui seul pas d'intérêt, puisque ces relations commerciales sont basées sur le comportement mis en cause par l'enquête.

C.0.2 Jonction des causes

37. Les EEF requièrent la jonction des trois enquêtes en cours à l'encontre des EEF, à l'encontre de EBL et à l'encontre de SIE (cf ch. 32a ci-dessus). Ces trois enquêtes examinent l'existence de comportements illicites selon l'article 7 LCart en relation avec le transit d'électricité de Watt sur le réseau de distribution de tiers en vue de l'approvisionnement de sites Migros (pour l'état de fait à la base de l'enquête à l'encontre de EBL, voir le rapport final de l'enquête préalable du 24 juillet 2000, DPC 2000/4, p. 561 ss.; publication du rapport final de l'enquête préalable SIE prévue dans DPC 2001/1).

38. Les EEF motivent leur requête par le fait que les parties plaignantes sont identiques dans les trois cas et que la problématique du libre passage sur le réseau dans le système actuel est la même.

39. Indépendamment du fait que les parties plaignantes sont les mêmes dans les trois enquêtes et que les questions de fond à traiter peuvent montrer des similitudes, l'état de fait à la base de ces trois enquêtes est différent. Il faut à cet égard prendre particulièrement en considération les points suivants:

a) EEF, EBL et SIE sont actives dans trois cantons différents. Il est en conséquence possible qu'une de ces entreprises bénéficie d'une prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart en vertu du droit cantonal, qui ne concernerait donc pas les deux autres entreprises.

b) Il s'agit de trois entreprises indépendantes, qui sont actives sur trois marchés de référence différents. Il est dès lors possible qu'une de ces entreprises ne puisse pas être considérée comme une entreprise en position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart alors qu'une autre le serait.

c) Chaque entreprise peut avoir des raisons différentes justifiant leur comportement. Il est ainsi possible qu'une entreprise ait des motifs matériels justifiant le comportement mis en cause dans le cadre de l'enquête ("legitimate business reasons"), qui n'existeraient pas pour une autre.

40. Pour toutes ces raisons, la jonction des trois enquêtes n'est pas justifiée. Il y a lieu de noter en particulier, en raison des états de fait

différents prévalant dans ces trois enquêtes, qu'on ne peut pas exclure de prime abord qu'une enquête aboutisse à la conclusion qu'il n'y a pas d'abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart, et que dans une autre, un tel abus puisse être prouvé.

41. Contrairement à ce que font valoir les EEF, le fait que les parties plaignantes aient déposé chacune une seule plainte dirigée contre les trois parties intimées, rédigée en un seul mémoire avec des conclusions communes aux trois intimés ne joue aucun rôle. En effet, la Commission de la concurrence, respectivement son secrétariat n'est pas liée par la plainte dans l'orientation qu'elle donne à une enquête préalable ou à une enquête. Il y a lieu de rappeler à cet égard que la Commission de la concurrence, respectivement son secrétariat, n'est même pas obligée d'ouvrir une enquête préalable, respectivement une enquête, sur la base d'une plainte (Message LCart, p.122, cf. ch. 34 ci-dessus).

42. En conséquence, la requête des EEF tendant à la jonction des trois enquêtes précitées doit être rejetée.

C.0.3 Décision incidente sur la compétence

43. Les EEF demandent à ce qu'une décision incidente au sens de l'article 9 alinéa 1 LPA soit rendue sur la compétence de la Commission de la concurrence, respectivement de son secrétariat pour mener l'enquête en cours selon les articles 26 ss. LCart. Elles se fondent essentiellement sur l'article 3 alinéa 1 LCart pour contester formellement la compétence de la Commission de la concurrence en l'espèce, compétence qu'elles indiquent avoir déjà contestée à deux reprises, dans leur détermination du 10 avril 2000 et dans leur réponse au questionnaire du 30 octobre 2000.

44. La décision incidente est prise pendant la procédure, à un stade préalable à la décision finale, ne représentant qu'une étape vers cette décision. La décision concernant la compétence matérielle doit en principe faire l'objet d'une décision incidente susceptible de recours (art. 9 et 45 LPA). Le but de la décision incidente en pareil cas est de pouvoir assurer la compétence de l'autorité aussi tôt que possible, par économie de procédure. A défaut, il conviendrait d'attendre la fin de l'affaire pour obtenir son annulation complète et la reprise à zéro de la procédure en raison d'un vice perceptible dès le début (B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 263 ss.; F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème éd. Berne 1983, p. 140 ss.).

45. En l'espèce, et contrairement à ce qu'elles indiquent dans leur requête à fin de décision incidente, les EEF n'ont contesté formellement la compétence matérielle de la Commission de la concurrence que le 22 février 2001, alors qu'elles étaient amenées à se prononcer sur le projet de décision finale qui leur avait été adressé le 15 décembre 2000. Dans leurs deux courriers précédents, des 10 avril et

30 octobre 2000, les EEF s'étaient bornées à indiquer que la LCart n'était pas applicable en raison de prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Il est à relever que c'est à juste titre que cet argument était alors invoqué par les EEF dans les courriers précités sur le fond, et non sur la recevabilité de la procédure. En effet, l'article 3 alinéa 1 LCart est une disposition de droit matériel (cf. ch. 75 ci-dessous).

46. A ce stade de la procédure, force est de constater que les EEF n'ont d'autre intérêt, en demandant à la Commission de la concurrence de se prononcer sur sa compétence par le biais d'une décision incidente, que de retarder la décision de la Commission de la concurrence sur le fond. En effet, elles ne peuvent se prévaloir du principe de l'économie de procédure alors que ladite procédure, ouverte depuis plus d'une année sans que la compétence de la Commission de la concurrence n'ait été contestée, est à son terme, et que cet argument aurait pu être invoqué dès le début de la procédure, le prétendu vice n'étant pas apparu en cours de procédure.

47. En outre, au stade final de l'enquête, à la veille de la décision finale, une décision incidente sur la compétence matérielle de la Commission de la concurrence n'a aucun intérêt, dans la mesure où les EEF pourront toujours faire valoir cet argument dans le cadre d'un recours sur la décision finale.

48. Le principe de la bonne foi exige des administrés qu'ils fassent valoir leurs prétentions dans un laps de temps raisonnable (P. MOOR, *Droit administratif*, I, Berne 1994, 5.3.3., p. 433 et références citées). En outre, l'exercice d'un droit peut constituer un abus de droit lorsque, dans un cas concret, une institution juridique est utilisée manifestement à l'encontre de la finalité pour laquelle elle a été créée (P. MOOR, *op. cit.*, I, 5.3.4., p. 434 et références citées). En l'espèce, les EEF auraient pu et dû, conformément au principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit, faire valoir l'argument de l'incompétence matérielle de la Commission de la concurrence dès le début de l'enquête et non au terme de celle-ci, dans le seul but de retarder la décision au fond.

49. Au vu de ce qui précède, la requête de décision incidente au sens de l'article 9 LPA formulée par les EEF doit être écartée. La question de la compétence de la Commission de la concurrence sera dès lors traitée dans la décision au fond (cf. ch. 73 ss. ci-dessous).

50. Dans la mesure où il n'est pas donné droit à la requête de décision incidente, il n'y a pas lieu de suspendre la procédure au fond jusqu'à ce que la décision sur la compétence soit définitive et exécutoire, comme le demandaient les EEF (cf. ch. 32d ci-dessus).

C.0.4 Communication de l'arrêt du TF dans l'affaire ISM/SMA

51. Les EEF demandent à ce que la Commission de la concurrence leur fasse parvenir une copie de l'arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2001 dans l'affaire ISM/SMA (arrêt 2A.430/2000) et leur fixe un nouveau délai de dix jours afin de compléter leur argumentation sur la question incidente de la compétence.

52. En vertu de l'article 26 LPA, une partie a le droit de consulter les mémoires des parties et les observations responsives d'autorités, tous les actes servant de moyens de preuve ainsi que la copie de décisions notifiées.

53. L'arrêt du Tribunal fédéral précité n'entre pas dans l'une de ces catégories. Ce n'est en effet pas une pièce du dossier ni d'une décision notifiée, rendue par la Commission de la concurrence.

54. L'arrêt précité n'entre dès lors pas dans le cadre du droit à la consultation des pièces au sens de l'article 26 LPA.

55. Pour le surplus, il est loisible aux EEF, respectivement à leur mandataire, de se procurer l'arrêt en question directement auprès du Tribunal fédéral.

56. Il n'y a dès lors pas lieu de donner d'autre suite à la requête des EEF sur ce point, dans la mesure où il n'y pas de raison pour la Commission de la concurrence de leur garantir un accès à cet arrêt, à plus forte raison de leur en envoyer une copie.

57. Il n'y a pas lieu de fixer aux EEF un nouveau délai de 10 jours afin de compléter leur argumentation sur la question incidente de la compétence, à la lumière des considérants de l'arrêt du TF dans l'affaire SMA. En effet, l'état de fait à la base de cet arrêt est totalement différent de celui qui nous occupe ici.

58. Dans l'affaire SMA, le Tribunal fédéral a annulé la décision prise par la Commission de la concurrence à l'encontre du SMA pour les raisons suivantes:

?? le SMA est un office fédéral sans personnalité juridique;

?? la Commission de la concurrence ne peut pas rendre de décisions au sens de l'article 30 LCart à l'encontre d'offices fédéraux, seule une recommandation au sens de l'article 45 LCart peut entrer en ligne de compte.

En l'espèce, les EEF sont un établissement de droit public distinct de l'Etat ayant qualité de personne morale (cf ch. 2 ci-dessus) si bien que l'argumentation du TF dans le cas SMA ne lui est en aucun cas transposable.

59. Pour le surplus, cet arrêt du TF a été expliqué de manière circonstanciée lors de la conférence de presse annuelle de la Commission de la concurrence du 16 février 2001 et analysé en détail par les médias. Dès lors, les EEF étaient en mesure de se procurer une copie de l'arrêt

en question et de l'analyser dans le délai qui leur était imparti pour prendre position sur le projet de décision, soit jusqu'au 22 février 2001.

C.0.5 Audition d'experts et des représentants des EEF

60. Les EEF requièrent l'audition de divers experts ainsi qu'une expertise pour éclairer la Commission de la concurrence pour l'interprétation du droit cantonal fribourgeois, fédéral et européen. En outre, elles sollicitent l'audition de leurs représentants.

61. Le droit d'être entendu implique celui de faire des offres de preuves. Cependant, ce dernier n'implique pas pour autant un droit inconditionnel à ce qu'elles soient administrées par l'autorité. Le droit d'être entendu n'a en effet pour corollaire qu'une obligation limitée d'administrer les preuves offertes à charge de l'autorité, à l'instar de l'article 33 alinéa 1 LPA qui n'admet les moyens de preuve offerts par la partie que s'ils paraissent propres à élucider les faits (B. BOVAY, op. cit. p. 220). Ainsi, l'autorité peut renoncer à administrer les preuves qui lui sont offertes si, au vu du dossier, il s'avère qu'elles n'apporteraient pas d'éléments nouveaux (ATF 120 Ia 224 = JT 1996 I 394).

62. L'audition d'experts n'est pas nécessaire, ni justifiée en vertu de l'article 33 LPA, dans la mesure où elle tend à éclairer la Commission sur des questions de droit et non de fait. En outre, ces experts n'apporteraient rien à la procédure, ni au niveau du droit fribourgeois, ni sur le droit européen et encore moins sur la LME, à l'élaboration de laquelle la Commission de la concurrence et son secrétariat ont collaboré.

63. L'audition des représentants des EEF ne se justifie pas non plus. En effet, l'état de fait à la base de la procédure est suffisamment clair et ne justifie pas de nouvelles auditions, qui n'apporteraient rien de nouveau. En outre, le droit d'être entendu n'implique pas automatiquement et dans tous les cas celui d'être entendu oralement par l'autorité (B. BOVAY, op. cit. p. 208). La possibilité de présenter son point de vue de manière écrite suffit à le garantir.

64. Comme relevé plus haut (cf. ch. 21 ss. ci-dessus), les EEF ont eu la possibilité de se prononcer tout au long de la procédure sur l'état de fait, connu dès le début de l'enquête préalable. Elles ne peuvent dès lors se prévaloir d'une violation du droit d'être entendu. Il leur appartenait de faire valoir tous leurs arguments lors de la procédure et au plus tard dans le délai qui leur a été imparti pour se déterminer sur le projet de décision. Elles en avaient la possibilité dans la mesure où les faits déterminants en l'espèce sont connus depuis le début de l'enquête préalable.

65. Dès lors, la requête des EEF doit être écartée sur ce point également.

C.0.6 Nouveau délai

66. Les EEF demandent qu'un nouveau délai leur soit imparti pour déposer leur détermination sur la suite de la procédure au fond.

67. Une deuxième prolongation de délai n'est accordée que si des motifs pertinents sont invoqués. Les EEF ont été rendues attentives à cette pratique du secrétariat de la Commission de la concurrence lors de la première prolongation du délai qui leur a été accordée pour se prononcer sur le projet de décision.

68. Dans leur prise de position du 22 février 2001, les EEF n'ont pas sollicité de seconde prolongation de délai mais ont demandé à ce qu'un nouveau délai leur soit accordé au-delà d'une procédure incidente sur la compétence matérielle de la Commission de la concurrence, afin de pouvoir se prononcer sur le fond.

69. Les EEF motivent leur demande de nouveau délai par la décision incidente sur la compétence matérielle de la Commission de la concurrence et par la suspension de la procédure au fond qui étaient demandées. Ces deux demandes ont été écartées (cf. ch. 49 et 50 ci-dessus) si bien qu'il n'y a en définitive plus de motif à la base de la demande de nouveau délai.

70. Les EEF devaient savoir que ces requêtes pourraient être rejetées par la Commission de la concurrence et qu'un nouveau délai ne serait pas accordé dans ces conditions. Il leur appartenait dès lors de faire valoir, à titre éventuel au moins, les arguments complémentaires dont ils voulaient se prévaloir sur le fond. Les EEF ont délibérément choisi de n'aborder en détail qu'une partie de la procédure dans leur prise de position du 22 février 2001, quand bien même la possibilité de se prononcer sur le fond leur avait été donnée.

71. La présente enquête a été ouverte le 14 juin 2000, à la suite d'une enquête préalable de plus de trois mois. A tous les stades de la procédure, les EEF ont eu la possibilité de se prononcer tant sur la forme que sur le fond. Les EEF ont à chaque fois utilisé ces possibilités (cf. Etapes de la procédure, ch. 21 ss. ci-dessus). Le projet de décision finale leur a été adressé le 15 décembre 2000 par le secrétariat et un délai d'un mois leur a été imparti pour se déterminer une dernière fois sur l'ensemble de la procédure avant que la décision finale ne soit prise par la Commission de la concurrence. A l'issue de ce délai, prolongé d'un mois par le secrétariat à la requête de leur mandataire, les EEF ont fourni une prise de position se bornant à contester la compétence matérielle de la Commission de la concurrence. Elles ont fait valoir lors de leurs prises de position antérieures de nombreux arguments sur le fond de la procédure, les questions de fond déterminantes étant connues des EEF dès l'ouverture de l'enquête préalable. Leur droit d'être entendu a ainsi été suffisamment garanti tout au long de la procédure et la requête tendant à la fixation d'un nouveau délai ap-

paraît comme une manœuvre, qui ne saurait être protégée, en vue de retarder la décision finale de la Commission de la concurrence.

72. La requête des EEF tendant à la fixation d'un nouveau délai doit en conséquence être rejetée.

C.1 Compétence de la Commission de la concurrence

73. La Commission de la concurrence et son secrétariat sont chargés de l'application de la LCart. Ils sont compétents pour traiter tous les état de faits entrant dans le champ d'application de la LCart, pour autant qu'ils ne soient pas soumis expressément à l'examen d'une autre autorité (art. 18 al. 3 LCart ; Message LCart, ch. 251, p. 116).

74. Le champ d'application de la LCart, est défini par l'article 2 LCart, en relation avec les définitions légales des différentes restrictions à la concurrence visées par la LCart (art. 4, 5, 7 et 10 LCart). Cela signifie que dès qu'un état de fait entre dans le champ d'application de la LCart, les dispositions de droit matériel de la loi lui sont applicables, et les autorités de la concurrence sont compétentes en vertu de l'article 18 LCart (R. WEBER, *Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften*, in R. VON BÜREN/L. DAVID (éd), *Schweizerische Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, V/2, Basel 2000, p. 37; SCHMIDHAUSER, Art. 2, in SCHMIDHAUSER/HOMBURGER/HOFFET/DUCREY, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997, ch. 29 ss.).

75. En revanche, l'application ou non de l'article 3 alinéa 1 LCart dans un cas concret ne donne aucune indication quant à la compétence de la Commission de la concurrence. En effet, l'article 3 alinéa 1 LCart est une question de droit matériel qui détermine si la Commission de la concurrence doit, dans un cas concret soumis à la LCart en raison de l'article 2 LCart, rendre une décision au sens de l'article 30 LCart ou une recommandation au sens de l'article 45 LCart (R. WEBER, *op. cit.*, p. 45 ss.). La situation dans la loi actuelle n'est pas différente à cet égard de celle qui prévalait dans la loi de 1985 (art. 44 al. 2 let. b aLCart), si bien que l'on peut également se référer la doctrine publiée à ce sujet (W. A. STOFFEL, *Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit*, Fribourg 1994, p. 281).

76. La LCart 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 (art. 2 al. 1 LCart).

77. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande. Les EEF en tant qu'établissement de droit public distinct de l'Etat, ayant qualité de personne morale (art. 1 LEEF; voir ci-dessus ch. 2), sont une entreprise au sens de cette définition.

78. La LCart ne définit pas la notion d'entreprise puissante sur le marché. Avec la doctrine (R. ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, Berne 1999, ch. 215 ; B. SCHMIDHAUSER, Art. 2, in HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997, ch. 20; R. WEBER, *op. cit.*, p. 40), il faut admettre que la notion d'entreprise puissante sur le marché s'applique à une position de force se situant en-deça de la position dominante définie à l'article 4 alinéa 2 LCart.

79. En l'espèce, il ressort de l'état de fait que les EEF sont une entreprise puissante sur le marché au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart. En effet, il a été admis par les autorités de la concurrence que les distributeurs d'électricité sont en général en situation de monopole naturel (DPC 1997/4, p 571). On ne peut nier dès lors que les EEF ont une influence dont on ne peut faire abstraction sur ce marché. Pour le surplus, nous verrons plus loin (cf. ch. 93 ss.; 135 ci-dessous) que les EEF sont une entreprise en position dominante sur le marché, notion qui englobe celle d'entreprise puissante sur le marché. En outre, il ressort de l'état de fait que les EEF refusent de laisser transiter le courant d'un concurrent sur leur réseau, ce qui apparaît être un cas de refus d'entretenir des relations commerciales au sens de l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart. En conséquence l'état de fait à la base de l'enquête tombe dans le champ d'application de la LCart, qui est ainsi applicable.

80. En l'état actuel de la législation, aucune autorité spéciale n'a été mise en place pour traiter des problèmes de concurrence dans le domaine spécifique de l'électricité, si bien que seule la Commission de la concurrence est compétente pour traiter ce genre d'affaires.

81. Les EEF contestent la compétence matérielle de la Commission de la concurrence sur la base des articles 43 alinéa 2 et 44 lettre b de la Loi fédérale sur les installations électriques (LIE, RS 734.0), qui permettent au Département fédéral de l'environnement, des transports de l'énergie et de la communication d'accorder un droit d'expropriation aux preneurs d'énergie pour le transport d'énergie électrique sur les réseaux d'approvisionnement et de distribution existants.

82. Cette disposition, introduite par l'article 121 lettre a de la Loi du 20 juin 1930 sur l'expropriation, dont la teneur a été modifiée sans toucher à son contenu par la Loi du 18 juin 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision, ne restreint pas la compétence de la Commission de la concurrence dans cette matière. Elle n'est au fond rien de plus qu'un cas d'application particulier d'expropriation pour la construction et la transformation d'installations de transport et de distribution d'énergie. La Commission du Conseil national, à laquelle on doit cette disposition, voulait exprimer dans la loi elle-même qu'il fallait éviter une accumulation inutile de lignes électriques et de ne permettre une expropriation pour la construction de nouvelles lignes que lorsqu'il n'est pas possible de faire transiter l'énergie en

question sur une ligne existante (F. HESS, *Das Enteignungsrecht des Bundes*, Bern 1935, p. 344, avec références aux travaux parlementaires).

83. Le but de la LIE n'est en aucun cas de régler définitivement et de manière complète l'acheminement de courant électrique, respectivement de restreindre la concurrence sur le marché de l'électricité. Il ne s'agit que d'éviter la construction de réseaux parallèles inutiles, dans le contexte du début du siècle (R. RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten*, Basel 2000, p. 201).

84. Les articles 43 alinéa 2 et 44 LIE ne constituent donc pas une lex specialis par rapport à la LCart dans le domaine qui nous occupe.

85. Il n'est pas contesté qu'après l'entrée en vigueur de la LME, la Commission fédérale d'arbitrage pourra vérifier les prix de l'acheminement et statuer sur les litiges concernant l'obligation d'acheminer l'électricité et la rétribution de l'acheminement (art. 16 al. 1 LME). Cette disposition constituera alors une lex specialis qui soustraira les questions liées à l'acheminement de l'électricité à l'examen de la Commission de la Concurrence. Néanmoins, tant que la LME n'est pas entrée en vigueur, seule la Commission de la concurrence peut être saisie d'affaires de ce type, qu'elle a non seulement la compétence mais l'obligation de traiter, dès lors qu'elles entrent dans le champ d'application de la LCart.

86. Pour le surplus, l'argument des EEF selon lequel la LCart ne constituerait pas une base légale suffisante, au sens de la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme, pour fonder la compétence de la Commission de la concurrence dans le domaine du marché de la fourniture et de la distribution de l'électricité n'est pas pertinent. En effet, la LCart permet suffisamment de prévisibilité quant à son application par la Commission de la concurrence à tout état de fait entrant dans son champ d'application, défini à son article 2, en relation avec les définitions des restrictions à la concurrence visées par la loi. En l'absence d'autre réglementation pouvant entrer en ligne de compte, seules les dispositions de la LCart peuvent - et doivent - être appliquées en l'espèce, l'état de fait entrant manifestement dans le champ d'application de la LCart.

87. Le fait que le Parlement fédéral ait arrêté une législation spéciale ne permet pas de soustraire le marché de l'électricité aux règles générales du droit de la concurrence avant son entrée en vigueur. A cet égard, les EEF, se basant sur le Message concernant la loi sur le marché de l'électricité du 7 juin 1999 (ci après, Message LME), font valoir que, de l'avis du gouvernement fédéral, confirmé par les Chambres fédérales, le marché de l'électricité est en l'état actuel soustrait aux règles de la libre concurrence et doit faire l'objet d'une législation pour permettre son ouverture.

88. En l'espèce, l'avis du gouvernement et des Chambres fédérales, exprimé dans le cadre du message pour une loi qui n'est pas encore en vigueur n'est pas déterminant. Pas plus que ne le sont les avis exprimés par le public et nombres d'autorités cantonales dans le débat public sur une loi qui n'est pas entrée en vigueur et contre laquelle un référendum a été lancé.

89. Le Message LME ne se prononce en tout état de cause pas aussi clairement que le prétendent les EEF en le citant partiellement, s'agissant du fait que le marché de l'électricité serait actuellement soustrait aux règles de la concurrence. En effet, il indique également que "la commission de la concurrence ou son secrétariat peut toujours, s'appuyant sur ses compétences en matière cartellaire, ouvrir des procédures en vertu des article 5 (accords illicites) et 7 (pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante) LCart contre les entreprises de l'électricité, et examiner conformément à l'article 10 de cette loi les concentrations des entreprises soumises à l'obligation de notifier. Il faut rappeler ici que la question, non encore résolue dans notre pays, de savoir si le refus opposé par un exploitant de réseau à l'acheminement doit être considéré comme un abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart qui peut être poursuivi par la commission au moyen d'une procédure prévue par la loi"(ch. 141 du Message), ce qui indique clairement que le législateur estime que la Commission de la concurrence peut être saisie de dossiers relatifs au marché de l'électricité entrant dans le cadre de ses compétences cartellaires, actuellement comme dans le futur, suite à l'entrée en vigueur de la LME.

90. Pour le surplus, il y a lieu de noter que lors de débats aux Chambres, la nécessité de la loi a été fondée par le fait que le projet de loi devait permettre une libéralisation du marché de l'électricité par le biais d'un processus démocratique, afin d'éviter qu'elle ne se fasse au coup par coup par le biais de décisions de la Commission de la concurrence. (A. DURRER, au nom de la Commission a déclaré lors de la session de printemps 2000 du Conseil national, le 15 mars 2000: "Es stünde unserem Palament sicher schlecht an, wenn die Liberalisierung aufgrund des Kartellrechtes von der Wettbewerbskommission erzwungen werden müsste, also losgelöst von einem demokratischen Prozess". Bulletin officiel, 99.055).

91. Il ressort de ce qui précède que la compétence de la Commission de la concurrence dans les problèmes relatifs à l'acheminement de l'électricité en l'état actuel du droit n'a pas été mise en cause par le législateur, qui l'admet sans réserve.

92. En conclusion, au vu de tout ce qui précède, les autorités de la concurrence sont en l'état actuel du droit les seules compétentes pour traiter de la problématique du droit de la concurrence dans le domaine de l'électricité.

C.2 Entreprise en position dominante

93. Par entreprises en position dominante, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart).

94. Afin d'établir si les EEF sont effectivement en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendantes des autres acteurs du marché, il convient de déterminer au préalable le marché de référence.

C.2.1 Le marché de référence

95. Le marché de référence revêt deux dimensions: le marché de produits et le marché géographique.

C.2.1. a Le marché de produits

96. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. par analogie art. 11 al. 3 let. a de la Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprise, OCCE, RS 251.4).

97. Les partenaires à l'échange sont Migros, d'une part, et Watt, d'autre part, qui demandent de faire transiter l'électricité de Watt sur le réseau des EEF afin d'approvisionner ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin.

98. Afin de délimiter le marché de référence, il s'agit dans un premier temps d'établir si d'autres énergies sont substituables à l'énergie électrique.

99. Dans sa prise de position au sujet de l'opération de concentration Watt SA, la Commission de la concurrence a constaté qu'aucun des partenaires de l'échange ne connaît de substitut pour le produit électricité (DPC 1997/4, p. 564 ss.).

100. De même, la Commission Européenne distingue l'électricité d'autres produits (primaires) offrant de l'énergie. Du point de vue de la demande, elle distingue les usages exclusifs (p. ex. éclairage) des usages pour lesquels il existerait une substituabilité potentielle d'un point de vue technologique (p. ex. chauffage). Concernant la substituabilité dans les cas d'usages non exclusifs, la Commission Européenne constate toutefois que cette substituabilité n'est pas complète et qu'elle demanderait une longue période d'adaptation (Décision de la Commission du 2.6.1998 dans le cas no. IV/M.931 - Neste/Ivo, ch. 19).

101. Dans le cas d'espèce, ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin utilisent l'électricité pour des moteurs de commande, l'éclairage et l'administration (ordinateurs). L'éclairage et l'utilisation d'ordinateurs représentent des usages exclusifs de l'électricité. Pour ce qui

est des moteurs de commande, l'électricité possède, partout où elle est utilisée, des avantages comparatifs qu'une autre source d'énergie ne pourrait présenter que difficilement (par analogie: DPC 1997/4, p. 564 ss., ch. 37). A ce sujet, Migros fait valoir des motifs d'hygiène (gaz d'échappement) et le manque de technologies autres que celles basées sur l'énergie électrique, adaptées aux dispositifs de production. Par ailleurs, un changement de moteurs de commande des dispositifs de production exploités électriquement à un autre type d'énergie entraînerait d'importants coûts. Dès lors, dans le cas d'espèce, d'autres sources d'énergie ne sont pas substituables à l'énergie électrique.

102. Afin de délimiter le marché de référence, il convient, dans un second temps, d'établir si l'électricité, dont il est question ici, peut être celle qui serait produite sur le lieu d'utilisation ("production propre"), ou s'il s'agit de celle produite dans des installations centrales ("production centrale"). Dans le cas d'une "production centrale", l'électricité doit être "transportée" jusqu'au lieu d'utilisation.

103. La production d'électricité en Suisse a lieu, pour une grande majorité, dans des installations centrales. Selon la statistique suisse de l'électricité, seuls 5,73% de l'électricité étaient produits en "production propre" en 1999. La statistique suisse de l'électricité ne dénote par ailleurs aucune augmentation de la part de la production propre (Office fédéral de l'énergie, Statistique suisse de l'électricité, 1999). Il convient dès lors de délimiter le marché comme étant celui de l'électricité provenant de la "production centrale". La Commission de la concurrence a d'ailleurs jusqu'à présent supposé une production centrale de façon tacite (DPC 1997/4, p. 558 ss.; Einstellungsverfügung vom 7.2.2000 in Sachen BKW FMB Energie AG, DPC 2000/1, p. 29 ss.; Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27.3.2000 concernant Rätia Energie AG, DPC 2000/2, p. 235 ss.).

104. De même, dans le cas présent, il peut être admis qu'il s'agit d'un marché de référence basé sur la production centrale, étant donné les coûts et le temps qu'impliquerait l'introduction d'une production propre, de même que le prix de l'électricité en production propre. Migros estime le prix de l'électricité en production propre pour les Sites de production Micarna Courtepin et pour ELSA à 14,8 à 27,6 cts/kWh, les investissements nécessaires pour la production à 14 à 20,8 millions de francs par site de production (sans les coûts du terrain) et estime le délai nécessaire pour ce changement à 3 ans. Par ailleurs, ELSA (à l'époque Conserves Estavayer SA) et Micarna ont examiné en 1987 l'éventualité de produire l'électricité elles-mêmes et ont renoncé à la réalisation de ce projet.

105. Dans la production centrale d'électricité, on peut distinguer au minimum entre les domaines suivants: production (génération d'électricité dans des centrales électriques), transport (acheminement de l'électricité par le réseau électrique à haute tension), distribution

(acheminement de l'électricité par le réseau électrique à moyenne et basse tension) et fourniture (approvisionnement des acheteurs en électricité) (DPC 2000/2, p.240). Ces domaines sont étroitement liés entre eux. Etant donné que l'électricité ne peut être transportée que par des lignes électriques et ne peut pas être stockée, l'utilisateur final est obligé d'utiliser des infrastructures en réseau qui le relient aux sites de production (DPC 1997/4, p. 565, ch. 44). C'est pourquoi le transport de l'électricité représente une condition à la distribution de l'électricité d'un site de production se trouvant en dehors du réseau de distribution concerné. La distribution elle-même est la condition à la fourniture d'électricité de tension moyenne ou basse (par extension de DPC 1997/4, p.566, ch. 47).

106. Le comportement qu'il convient d'apprécier concerne la distribution de l'électricité. Dans le domaine de la distribution, il convient de distinguer les lignes de tensions différentes. Sur des lignes à moyenne tension, on ne peut transporter que de l'électricité de moyenne tension, tandis que les lignes à basse tension ne peuvent pas transporter de l'électricité de moyenne tension. Les lignes de distribution de tensions différentes et les transformateurs qui ne sont pas placés entre des niveaux de tensions identiques ne sont dès lors pas substituables pour des raisons techniques. Ils représentent donc normalement des marchés séparés (par analogie à la distinction entre transport et distribution, DPC 1997/4, p. 566, ch. 45)¹.

107. Dans le cas d'espèce, il convient de distinguer entre la distribution supra-régionale (transport de l'électricité avec une tension de 50 à 90 kV et les formations de tension situées en amont) et la distribution régionale (transport de l'électricité avec une tension jusqu'à 30 kV et les formations de tension situées en amont).

108. Dans le cas d'espèce, le marché de produits de référence est donc d'une part celui de la distribution supra-régionale, d'autre part celui de la distribution régionale. Le marché de référence comprend chaque fois également les services systémiques liés au réseau (p.ex. réglage des réseaux).

¹ L'Union des centrales suisses d'électricité (UCS) distingue, au sujet de la distribution, les niveaux de réseaux suivants: transformation transport/réseaux de distribution supra-régionaux (50-150 kV), transformation réseaux de distribution supra-régionaux/réseaux de distribution régionaux (jusqu'à 30 kV), transformation réseaux de distribution régionaux/réseaux de distribution locaux (jusqu'à 1 kV) (VSE-Projekt "Merkur", Schweizerisches Durchleitungsmodell, Modell für die Netzbenutzung und deren Entschädigung, 1999, p. 10; Message concernant la loi sur le marché de l'électricité du 7 juin 1999, FF 99.055, p. 6670).

109. Ces marchés de référence sont par ailleurs une condition pour que la fourniture d'électricité caractérisée par une tension égale ou inférieure à 30 kV puisse avoir lieu (cf. ch. 101 ci-dessus). La fourniture d'électricité d'une tension inférieure ou égale à 30 kV représente donc le marché situé en aval des deux marchés de référence.

C.2.1. b Marché géographique

110. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (par analogie: art. 11 al. 3 let. b OCCE).

111. Dans le cas d'espèce, le service consistant à faire transiter l'électricité sur le réseau de distribution régional est demandé de telle manière qu'une connexion entre les sites de ELSA, respectivement des Sites de production Micarna Courtepin, et le réseau de distribution supra-régional est établie. Le service consistant à faire transiter l'électricité par le réseau de distribution supra-régional est demandé de telle manière qu'une connexion est établie entre le réseau de distribution régional décrit ci-dessus et le réseau de transport.

112. Ces services ne peuvent pas être remplacés par les mêmes services effectués dans une autre région, étant donné que la production de ELSA et celle des Sites de production Micarna Courtepin sont liées à un lieu géographique. Le fait que cette production soit liée à un lieu géographique déterminé résulte des coûts liés à un changement de lieu et du temps que ce changement nécessiterait. Parmi les coûts de changement de lieu, on peut nommer les coûts de recherche et les coûts de déménagement. Par ailleurs, les investissements consentis sur un lieu précis représentent en partie des coûts irrécupérables ("sunk costs"): la valeur assurée des actifs immobilisés de même que celle des actifs mobilisés des Sites de production Micarna Courtepin s'élève chaque fois à plus de 100 millions de francs. La valeur assurée des actifs immobilisés et mobilisés de ELSA s'élève chaque fois à plus de CHF 100 mio. (les chiffres exacts sont un secret d'affaires).

113. Pour la distribution régionale d'électricité, il convient dès lors d'admettre un marché géographique qui ne dépasse pas la zone de distribution régionale des EEF (pour l'étendue géographique voir la carte du UCS "Les zones de distribution des entreprises électriques de la Suisse et de la Principauté du Liechtenstein 2000"). Pour ce qui est de la distribution supra-régionale de l'électricité, il convient d'admettre un marché géographique qui ne dépasse pas les limites du canton de Fribourg et de la part de la zone de distribution régionale des EEF située en dehors des frontières du canton.

114. Pour le marché situé en aval des deux marchés de référence (marché pour la fourniture d'électricité avec une tension maximale de 30 kV), au vu de la dépendance du lieu de consommation d'électricité

et de la dépendance de ce marché des deux marchés de référence, il convient d'admettre une délimitation géographique étroite. Le marché géographique ne dépasse donc pas le marché géographique de la distribution régionale. Le marché situé en aval des deux marchés de référence n'a dès lors pas une délimitation géographique dépassant les limites de la zone de distribution régionale des EEF.

C.2.2 Position sur le marché

C.2.2. a Concurrence actuelle

115. Dans le cas présent, les marchés de référence sont, d'une part, celui de la distribution supra-régionale d'électricité dans le canton de Fribourg et de la part de la zone de distribution régionale des EEF située en dehors des frontières du canton de Fribourg et d'autre part, la distribution régionale d'électricité dans la zone de distribution régionale des EEF.

116. A côté des EEF, il n'y a pas d'autre offreur présent sur ces marchés de référence. Ceci n'est d'ailleurs pas contesté. Les trois autres entreprises également actives dans le secteur de l'électricité dans le canton de Fribourg sont les Services industriels de Morat, Gruyère Energie SA et Gebrüder Buchs AG. Ces entreprises ne disposent pas de réseaux ou installations qui leur permettraient d'être actifs sur les deux marchés de référence.

117. Par conséquent, il n'existe pas de concurrence actuelle sur les deux marchés de référence.

C.2.2 b Concurrence potentielle

118. En ce qui concerne la concurrence potentielle, il s'agit de déterminer s'il est probable que d'autres entreprises, dans un temps relativement court, puissent entrer sur ces deux marchés comme offreurs. Il faut également prendre en compte la possibilité d'une production propre de la prestation demandée sur les deux marchés de référence.

119. Dans les deux cas, il faut, entre autres, examiner quelles sont les barrières à l'entrée (par exemple: des autorisations) et quels sont les investissements nécessaires pour entrer sur ces marchés qui ne pourront pas être récupérés lors de la sortie de ces marchés ("sunk costs").

120. Une entreprise qui désire entrer sur un des deux marchés de référence pour concurrencer les EEF en devenant offreur, doit construire dans la région géographique déterminée un réseau de distribution régional (marché de distribution régional) ou supra-régional (marché de distribution supra-régional) avec des transformateurs adéquats.

121. Selon l'article 16 alinéa 1 de la Loi sur les installations électriques (LIE, RS 734.0), une installation électrique à courant fort ou une installation électrique à courant faible ne peut être mise en place ou modifiée que si les plans du projet ont été approuvés par l'autorité compé-

tente. L'autorité compétente est en règle générale l'Inspection fédérale des installations à courant fort (ci- après, l'Inspection; al. 2 let. a)².

122. Selon les renseignements de l'Inspection, il est inimaginable qu'une entreprise reçoive une autorisation pour construire un deuxième réseau à côté du réseau des EEF constitué de lignes de tension de 60 kV et 18 kV pour concurrencer ces dernières sans que cela soit nécessaire pour des raisons de sécurité de distribution. Par conséquent, les barrières à l'entrée sont insurmontables.

123. En plus de ces barrières à l'entrée, il existe dans ces deux marchés de référence des "sunk costs" élevés. Le rapport annuel de 1999 des EEF chiffre la valeur comptable nette des installations de distribution d'énergie (après amortissements) au 31 décembre 1999 à CHF 364'611'000.--.

124. Par conséquent, il est très peu probable que d'autres entreprises, dans un temps relativement court, puissent entrer comme offreurs sur ces deux marchés de référence.

125. Il reste à examiner la possibilité d'une production propre de la prestation demandée sur les deux marchés de références. Cette production pourrait être obtenue par la construction d'une ligne électrique (d'une tension maximale de 30 kV) qui rendrait possible l'approvisionnement d'un utilisateur dans la zone de distribution des EEF en électricité d'une tension maximale de 30 kV, sans toutefois avoir à utiliser le réseau existant de distribution régional ou supra-régional. Dans ce cas, il faut notamment examiner la possibilité de construire une telle ligne électrique pour l'approvisionnement de ELSA et des Sites de production Micarna Courtepin.

126. Pour la production propre susmentionnée, il existe également d'importantes barrières à l'entrée. Selon les indications de l'Inspection, une demande d'autorisation pour la construction d'une telle installation serait très vraisemblablement rejetée, puisque le seul motif est la fourniture d'électricité à un meilleur prix. Cela vaut également pour les lignes à basse et haute tension (1kV-219 kV).

² L'Office fédéral de l'énergie est l'autorité compétente en ce qui concerne les installations pour lesquelles l'Inspection n'a pas réussi à régler les oppositions ou à supprimer les divergences entre les autorités fédérales, demeure réservée l'autorité compétente en vertu de la législation applicable aux installations destinées exclusivement ou principalement à l'exploitation de chemins de fer ou de trolleybus (art. 16 al. 1 let. b et c LIE).

127. Watt mentionne la possibilité d'installer la ligne électrique sous la forme de câbles de liaison, pour faciliter la procédure d'autorisation. Selon ses propres indications, l'Inspection n'accorderait pas d'autorisation pour une nouvelle installation de câbles, pour la seule raison du prix plus bas de l'électricité, alors que la livraison pourrait avoir lieu à travers les lignes existantes.

128. La production propre de la prestation demandée sur les deux marchés de référence est, par conséquent, impossible. Cela est vrai tant pour Migros et/ou pour Watt, qui demandent la prestation sur les deux marchés de référence pour l'approvisionnement de ELSA et des Sites de production Micarna Courtepin, que pour d'autres demandeurs sur les deux marchés de référence. La question des coûts irrécupérables ("sunk costs") liés à la construction d'une ligne électrique, notamment pour l'approvisionnement en électricité des Sites de production Micarna Courtepin et ELSA, peut donc rester ouverte.

129. Ainsi, il est très peu probable que d'autres entreprises, dans un temps relativement court, puissent entrer comme offreurs sur ces deux marchés de référence. La production propre sur ces marchés est de fait impossible. Par conséquent, il n'y a pas de concurrence potentielle capable de discipliner le comportement des EEF sur les deux marchés de référence.

C.2.2 c Position des partenaires de l'échange

130. Migros consomme moins de 5% de l'électricité livrée (et distribuée) par les EEF (le chiffre exact est un secret d'affaires). ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin sont les [...] grands consommateurs d'électricité des EEF. La consommation totale annuelle d'électricité de Migros dans la zone de distribution régionale des EEF est [...] fois plus grande que [...].

131. Une part élevée au volume de ventes d'une entreprise ne suffit cependant pas pour que le partenaire à l'échange puisse limiter la marge de manœuvre de cette entreprise. Le partenaire à l'échange doit en effet disposer de possibilités alternatives ou être en mesure de se passer du bien en question.

132. Dans le cas présent, les alternatives seraient l'utilisation d'un réseau électrique concurrent, la construction d'un réseau parallèle, ou celle d'une ligne électrique. Comme démontré en détail aux chiffres 118-129 ci-dessus, Migros ne dispose pas de telles alternatives.

133. Migros peut renoncer au bien demandé (conduite d'électricité sur le réseau de distribution régional et supra-régional) si elle produit l'électricité au lieu de consommation (production propre), si elle renonce pour son processus de production à l'utilisation d'électricité ou si elle change d'endroit. En raison des motifs expliqués lors de la délimitation du marché (cf. ch. 96 ss. ci-dessus), ces différentes variantes sont impraticables pour Migros.

134. C'est pourquoi la position de Migros ne peut pas discipliner le comportement des EEF sur ces deux marchés. La question de savoir si la position de Migros serait suffisamment forte pour discipliner le comportement des EEF sur les deux marchés de référence dans l'hypothèse où elle disposerait de possibilités alternatives (changer de fournisseur ou être en mesure de se passer du bien en question) peut cependant rester ouverte.

C.2.3 Résultat

135. Les EEF sont une entreprise en position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart sur les deux marchés de référence.

C.3 Prescriptions réservées (art. 3 al. 1 LCart)

136. Selon l'article 3 alinéa 1 LCart sont réservées les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b).

137. Théoriquement, une telle réserve peut découler tant du droit fédéral que du droit cantonal ou communal.

C.3.1 Droit fédéral

138. Dans le cadre du droit fédéral actuel, il n'existe pas de prescriptions légales concernant le marché de la distribution ou de la fourniture de l'électricité qui limitent ou excluent ce domaine de la concurrence. Une réserve selon l'article 3 alinéa 1 LCart ne trouve donc pas d'application ici (dans le même sens, voir A. PALASTHY, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), in PJA 3/2000, p. 298 ss.).

139. La loi sur les installations électriques (LIE, RS 734.0) ne contient aucune prescription sur la fourniture d'énergie électrique, mais principalement des normes spéciales, spécifiques à des matières précises du droit de l'électricité. Elle se réduit à mettre en place des normes de police de sécurité, techniques et pénales et à édicter des dispositions relatives à la responsabilité et à l'expropriation. Elle ne contient aucune disposition concernant les droits et obligations relatifs à la fourniture d'électricité, les contrats de livraison d'énergie et les prix (E. RUCK, Schweizerisches Elektrizitätsrecht im Grundriss, Zürich 1964, p. 30 ss.).

140. Il ressort des travaux parlementaires relatifs à la LIE de 1902 que le législateur n'entendait pas soustraire le domaine de l'électricité à la concurrence: " ... drang in der Bundesversammlung und in der öffentlichen Meinung entsprechend dem föderalistischen Aufbau der Eidgenossenschaft und im Blick auf die altüberlieferten Wasserregale der Kantone die Auffassung durch, die sachgemässe Wahrung des öffentlichen Interesses lasse sich in der Nutzung der Wasserkräfte und in der

allgemeinen Elektrizitätsversorgung ohne Monopolisierung erreichen, die Privatwirtschaft sei mit ihrer fördernden Kraft dem Aufbau einer grosszügigen Wasser- und Elektrizitätswirtschaft dienstbar zu machen und solle durch sachgemässes Einwirken ("Interventionen") der öffentlichen Bundes-, Kantons- und Gemeindegewalt am Missbrauch gehindert werden. Das Ergebnis war das heute noch ohne wesentliche Änderungen in Kraft stehende Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (E. RUCK, op. cit. p. 30, et les références citées). S'agissant en particulier des articles 43 et 44 LIE, cf également les chif. 81 ss. ci-dessus.

141. La loi sur l'énergie du 26 juin 1998 (LEne, RS 730.0) ne contient pas non plus de dispositions qui ne permettraient pas la libre concurrence sur le marché de la distribution ou de la fourniture d'électricité.

a) La LEne est fondée sur les articles 24 septies et 24 octies aCst. L'article 24 septies aCst permet à la Confédération de légiférer sur la protection de l'homme et de son milieu naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodantes qui lui sont portées. Le but principal de l'article 24 octies aCst était de donner à la Confédération des compétences en matière d'utilisation économique et rationnelle de l'énergie. Au niveau constitutionnel, le fait que l'approvisionnement en énergie soit une tâche de l'économie privée ou des cantons n'a aucune incidence (voir F. KILCHENMANN, *Rechtsprobleme der Energieversorgung*, 1991, p. 8 ss.).

b) La LEne poursuit en premier lieu des objectifs de politique de l'environnement. Elle doit contribuer entre autre à un approvisionnement énergétique économique (art. 1 al. 1). Elle a notamment pour but d'assurer une production et une distribution de l'énergie économiques (art. 1 al. 2 lit a). Un approvisionnement économique repose notamment sur les forces du marché (art. 5 al. 2). Dans le cadre de la loi sur l'énergie, le législateur n'a donc pas eu pour but d'empêcher la concurrence dans le cadre de l'approvisionnement en énergie. Au contraire, en vertu de l'article 5 alinéa 2, il insiste plutôt sur le fait qu'en principe la concurrence doit régner dans ce domaine.

c) L'article 7 LEne ne constitue pas non plus une prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. L'article 7 LEne oblige les entreprises chargées de l'approvisionnement énergétique de la collectivité de reprendre les surplus d'énergie produits de manière régulière par les producteurs indépendants sous une forme adaptée au réseau. Avec cette disposition, la position faible, en comparaison, des producteurs indépendants devrait être renforcée, en vue de soutenir la production indigène (Message LEne FF 1996 IV p. 1005 ss., p. 1093).

142. La LME n'est pas encore en vigueur. Comme l'article 3 alinéa 1 LCart ne vise que le droit positif, la LME ne doit pas être prise en considération dans le cadre de l'examen des prescriptions réservées.

143. Les EEF font valoir que le Message LME montre que, de l'avis du gouvernement fédéral, confirmé par les Chambres fédérales, le marché de l'électricité est en l'état actuel soustrait aux règles de la libre concurrence et doit faire l'objet d'une législation pour permettre son ouverture à l'avenir.

144. Il faut retenir que, concernant les prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, on ne peut se contenter d'avis, mais que l'on doit se baser sur des dispositions légales en vigueur³. En outre, le Message LME ne contient aucun indice sur d'éventuelles prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart dans le droit actuel:

a) Le message indique que jusqu'ici, l'industrie de l'électricité a été considérée comme l'exemple type du monopole naturel (ch. 12). Il ne nomme en revanche aucune disposition qui fonderait un monopole de droit. Pour le surplus, il indique qu'un monopole devra être mis en place au niveau de la distribution. Cette affirmation se rapporte à la situation qui prévaudra après l'entrée en vigueur de la loi. La question de savoir si cette déclaration doit être comprise en ce sens que la LME devra instituer un monopole de droit dans le domaine de la distribution et si elle le fera peut dès lors rester ouverte.

b) Le message parle de la disparition du monopole d'approvisionnement suite à l'introduction de la LME (ch. 137.2) Il n'est pas dit si ce monopole est de fait ou de droit. En outre, il n'est mentionné aucune disposition qui fonderait un tel monopole de droit.

c) Le chiffre 141 traite des rapports entre la future LME et la LCart. Rien n'indique que le marché de l'électricité serait aujourd'hui fermé, sur la base de dispositions légales ou de circonstances de fait.

En revanche, le message indique que "la Commission de la concurrence ou son secrétariat peut toujours, s'appuyant sur ses compétences en matière cartellaire, ouvrir des procédures en vertu des articles 5 (accords illicites) et 7 (pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante) LCart contre les entreprises de l'électricité, et examiner conformément à l'article 10 de cette loi les concentrations des entreprises soumises à l'obligation de notifier. Il faut rappeler ici que la question, non encore résolue dans notre pays, de savoir si le refus opposé par un exploitant de réseau à l'acheminement doit être considéré comme un abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart qui peut être poursuivi par la commission au moyen d'une procédure pré-

³ Ce n'est que lors de l'interprétation d'une disposition entrée en vigueur que l'on peut être amené à s'appuyer sur la volonté exprimée par le législateur ou sur la doctrine.

vue par la loi", ce qui indique clairement que le législateur estime que la Commission de la concurrence peut être saisie de dossiers relatifs au marché de l'électricité entrant dans le cadre de ses compétences, actuellement comme dans le futur, après l'entrée en vigueur de la loi.

d) S'agissant des rapports entre la LME et la LIE, il y a lieu de se rapporter aux chiffres 139 ss. ci-dessus.

C.3.2 Droit cantonal

145. Dans le cadre du droit cantonal en vigueur, il n'existe pas de prescriptions légales qui limitent ou excluent de la concurrence les marchés de la distribution régionale et supra-régionale ou de la fourniture d'électricité.

146. A titre préliminaire, il est à relever que, contrairement à ce qu'affirment les EEF, il n'est pas indifférent au titre de l'article 3 alinéa 1 LCart que le monopole détenu par une entreprise soit un monopole de droit ou un monopole de fait. Au titre de cette disposition, ce n'est en effet pas la situation concurrentielle de fait qui importe, mais la volonté exprimée par le législateur compétent d'exclure ou de restreindre la concurrence sur le marché de référence (Message LCart, tiré à part, p. 66 s.). Ainsi, un monopole de fait ne peut pas constituer une prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

147. S'agissant du droit cantonal en vigueur, les EEF estiment que la Loi du 18 septembre 1998 sur les Entreprises électriques fribourgeoises (LEEF, RS 772.1.1) institue des prescriptions qui excluent de la concurrence le marché de la distribution et de la fourniture d'électricité.

148. A ce titre, elles se réfèrent notamment aux dispositions de la LEEF énumérées ci-dessous⁴:

?? les EEF ont pour but principal la production, la commercialisation et la distribution de l'énergie électrique (art. 2 al. 1 LEEF) et assurent l'approvisionnement en énergie électrique du territoire desservi, soit essentiellement le territoire cantonal, (art. 2 al. 2 et art. 4 LEEF); pour atteindre leurs buts, elles disposent des forces hydrauliques du canton conformément à la législation spéciale (art. 3 LEEF);

⁴ Bien qu'ambiguë sur ce point, la prise de position des EEF semble indiquer que le régime de marché est fondé par les dispositions énumérées après le premier tiret et le régime de prix par les dispositions énumérées après le second tiret.

?? les EEF sont un établissement de droit public autonome distinct de l'Etat, ayant qualité de personne morale (art. 1 LEEF) dont la politique tarifaire, en particulier les tarifs généraux de fourniture d'électricité, sont fixés par le Conseil d'administration (art. 21 al. 3 let. h LEEF) qui est majoritairement composé de membres nommés par le Conseil d'Etat et le Grand Conseil (art. 17 LEEF) qui exerce par ailleurs la haute surveillance des EEF (art. 10 LEEF).

149. Force est de constater qu'aucune des dispositions citées ne fonde une réserve au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart sur le marché de la fourniture ou de la distribution d'électricité, qui permettrait en l'espèce aux EEF de refuser la demande de transit de courant électrique. Les dispositions évoquées (notamment les articles 2 alinéa 1 et 2 LEEF) sont neutres du point de vue de la concurrence; elles ne confèrent aux EEF aucun droit de nature exclusive sur le marché de la fourniture ou de la distribution d'électricité.

150. L'article 2 alinéa 2 LEEF ne fait qu'instituer une obligation d'approvisionnement pour les EEF sur le territoire couvert par son réseau. Une telle obligation ne constitue pas une prescription réservée au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

151. Les EEF invoquent cette obligation d'approvisionnement pour fonder un monopole de droit pour l'approvisionnement (sur la notion de monopole de droit, voir CL. RUEY, Monopoles cantonaux et liberté économique, thèse Lausanne 1988, pp. 121 ss.; H.-M. WELTERT, Die Organisations- und Handlungsformen in der schweizerischen Elektrizitätsversorgung, thèse Bâle 1989, Zurich 1990, pp. 169 ss.). Cet argument n'est pas fondé.

152. En premier lieu, il y a lieu de constater que dans d'autres domaines économiques, des obligations d'approvisionnement ne sont pas liées à des droits exclusifs d'approvisionnement. Ainsi, l'article 14 de la loi sur les télécommunications (LTC, RS 784.10) crée une obligation de fournir des prestations (énumérées à l'art. 16 LCT), sans pour autant la lier à un droit exclusif sur ces prestations.

153. En second lieu, la création d'un monopole de droit cantonal constitue une atteinte à la liberté économique (art. 27 Cst). Pour que cette atteinte soit admissible, il faut que la restriction repose sur une base légale, soit justifiée par un intérêt public prépondérant ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, qu'elle soit proportionnée et ne porte pas atteinte à son essence (art. 36 Cst).

154. La base légale doit être suffisamment lisible, c'est-à-dire formulée précisément, de manière compréhensible et prévisible, afin qu'un citoyen puisse se comporter selon cette prescription et en prévoir les conséquences (ATF 117 Ia 480; 125 I 209, cons. 10).

155. L'obligation d'approvisionnement fondée sur les articles 2 alinéa 2 et 4 LEEF ne constitue pas une base légale suffisante au sens qui a été

rappelé ci-dessus pour fonder un monopole de la fourniture d'électricité en faveur des EEF.

156. Troisièmement, il ne ressort pas des travaux parlementaires que le législateur ait voulu donner aux EEF un monopole de la fourniture sur leur territoire.

157. Dès lors, les articles 2 alinéa 2 et 4 LEEF n'instituent pas un monopole de droit en faveur des EEF pour l'approvisionnement en énergie électrique des consommateurs situés sur leur réseau.

158. Les EEF font valoir que l'obligation fondée sur l'article 7 LEné et les articles 1 lettre c, 2 à 6 de l'ordonnance sur l'énergie (OEné, RS 730.01) de reprendre et de livrer l'énergie excédentaire, respectivement complémentaire n'a de raison d'être que dans le cadre d'un droit exclusif sur le réseau de distribution.

159. Cette obligation de reprise est tout à fait réalisable sans droit exclusif sur le réseau:

a) L'importance économique de cette obligation est faible pour les entreprises électriques (Message LEné, ch. 142.06)

b) Les cantons peuvent créer des fonds de compensation en faveur des entreprises qui sont tenues de reprendre l'énergie des producteurs indépendants. Ce fonds est alimenté par toutes les entreprises qui produisent, transportent ou distribuent de l'électricité dans le canton (art. 7 al. 7 LEné).

160. A côté du fait que l'obligation d'approvisionnement ne fonde pas un monopole de droit sur le marché de la fourniture, il ne fonde pas non plus, pour les mêmes raisons, un monopole de droit sur le marché de la distribution. D'ailleurs, cette question peut être laissée ouverte pour les raisons qui suivent. Contrairement à ce que suggèrent les EEF, il est en revanche indifférent au titre de l'article 3 alinéa 1 LCart que les EEF détiennent un monopole dans le domaine de la distribution, c'est-à-dire pour l'acheminement d'électricité sur le réseau à basse et moyenne tension (dans ce sens, A. PALASTHY, op. cit., p. 304). La consécration d'un tel monopole par le législateur compétent conférerait à son bénéficiaire un droit exclusif sur le marché (amont) du transport impliquant en principe une obligation de fournir le service correspondant sur base non discriminatoire (Message LCart, tiré à part, p. 95). Il n'entraîne par contre aucune exclusivité sur le marché (aval) de la fourniture. Il n'y aurait en principe donc pas lieu d'examiner si la législation fribourgeoise consacre ou non un monopole dans le domaine de la distribution.

161. L'article 3 alinéa 1 LEEF se réfère à la production d'électricité. En l'espèce, ce n'est pas le marché de la production qui est en cause, mais ceux de la fourniture et de la distribution. Dès lors, même si l'article 3 alinéa 1 LEEF constituait une prescription réservée au sens de l'article 3

alinéa 1 LCart dans le domaine de la production d'électricité, elle ne jouerait aucune rôle dans le cadre de la présente procédure. Il en va de même pour l'article 56 alinéa 1 de la loi cantonale du 4 février 1972 sur le domaine public (RS 750.1).

162. Les dispositions de la LEEF relatives à la politique tarifaire (art. 21 al. 3 let. h et art. 17) n'instituent pas un régime de prix au sens de l'article 3 alinéa 1 lettre a LCart, dès lors que celles-ci concernent manifestement uniquement la politique de prix des EEF et non celle de concurrents. En outre, l'existence d'un régime de prix de caractère étatique cantonal ou communal pour l'approvisionnement des consommateurs ne couvrirait pas le refus d'accorder l'accès au réseau. La seule conséquence d'un tel régime de prix serait en effet d'obliger le fournisseur tiers (en l'espèce: Watt) de se conformer à la réglementation relative aux tarifs.

C.3.3 Droit communal

163. Quant au niveau communal, il n'existe pas de disposition légale concernant les communes de Courtepin et d'Estavayer-le-Lac qui pourraient fonder une réserve au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart. Cela a été confirmé par les EEF.

164. En conséquence, il convient de considérer qu'il n'y a pas dans le cas d'espèce de dispositions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart.

C.4 Pratiques illicites (art. 7 LCart)

165. Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart).

166. Le refus d'entretenir des relations commerciales est en particulier réputé illicite (art. 7 al. 2 let. a LCart). Selon le Message LCart (tiré à part, à p. 95), il faut, entre autres, partir d'un comportement illicite au sens de cette disposition "lorsqu'une entreprise jouit d'un monopole de droit public ou lorsqu'elle seule dispose d'équipements ou d'installations indispensables à la production de certains biens ou services".

167. Un comportement illicite d'une entreprise ayant une position dominante présuppose que ledit comportement ne se justifie pas par des motifs économiques ("legitimate business reasons").

168. Les EEF refusent de faire transiter depuis le 1er janvier 2000 sur leur réseau régional et supra-régional l'électricité de Watt qui alimenterait ELSA et les Sites de production Micarna Courtepin.

169. Pour établir si ce refus constitue un comportement illicite d'une entreprise ayant une position dominante selon l'article 7 LCart, il faut procéder en deux temps. Premièrement, il faut établir si Watt ou Migros sont affectés dans leur capacité concurrentielle ou désavantagés

comme partenaires de l'échange par ce refus des EEF. Dans un deuxième temps, il faut examiner si ce refus de se justifie par des motifs économiques.

a. Entrave de l'accès à la concurrence ou à son exercice

170. Etant donné que l'électricité ne peut être transportée que par des lignes électriques et ne peut pas être stockée, l'utilisateur final est obligé d'utiliser des infrastructures en réseau qui le relient aux sites de production (DPC, 1997/4, p. 565, ch. 44). Ainsi, les deux marchés de référence sont nécessaires afin que l'électricité à une tension de max. 30 kV puisse être fournie dans la zone régionale de distribution des EEF (marché aval) (cf. ch. 105 et 109 ci-dessus).

171. Puisque les EEF détiennent une position dominante sur les deux marchés de référence (cf. ch. 115 ss. ci-dessus), il est impossible à Watt de devenir active sur le marché aval (fourniture d'électricité à une tension de max. 30 kV dans la zone de distribution régionale des EEF) sans les services des EEF sur les deux marchés de référence. En particulier, Watt ne peut, sans les services des EEF sur les deux marchés de référence, fournir ELSA ou les Sites de production Micarna Courtepin.

172. Watt est ainsi dans l'impossibilité d'entrer en concurrence sur le marché aval (fourniture d'électricité à une tension de max. 30 kV dans la zone de distribution régionale des EEF) par le refus des EEF de faire transiter l'électricité de Watt sur son réseau régional et supra-régional. Au vu des faits, la question du désavantage des partenaires de l'échange (Watt) sur les deux marchés de références peut être laissée ouverte.

173. Les EEF n'ont jusqu'ici jamais mis à disposition leur réseau régional ou supra-régional à une autre entreprise électrique pour une livraison dans leur zone de distribution régionale. Ils n'ont d'ailleurs jamais reçu de telles demandes par le passé, à l'exception de celle de Watt/Migros.

174. Puisque la mise à disposition des réseaux régionaux et supra-régionaux des EEF est une condition pour être actif sur le marché aval, il s'en suit que seules les EEF sont actives sur le marché aval. Par conséquent, il n'y a pas de concurrence efficace sur le marché aval et les EEF jouissent d'une position dominante sur ce marché.

175. Selon le chiffre 25 de la décision du 7 février 2000 dans le cas BKW FMB SA, il faut partir d'un comportement illicite au sens de l'article 7 LCart lorsqu'une entreprise en position dominante refuse, sans raisons justificatives objectives, de donner accès, contre une rémunération adéquate, à ses réseaux ou à d'autres infrastructures à une autre entreprise, dès lors que, sans cet accès, celle-ci ne serait pas en mesure, pour des motifs de fait ou de droit, d'exercer une activité sur le marché situé en aval et que ce marché n'est pas exposé à une concurrence efficace (DPC 2000/1, p. 33). La question de savoir dans quelle mesure,

dans ce type de cas, l'absence d'une concurrence efficace doit être examinée, peut en l'espèce rester ouverte. Comme il a été démontré plus haut, dans le présent cas, le marché situé en aval n'est pas caractérisé par une concurrence efficace.

b. Aucun motif justificatif ("legitimate business reasons")

176. Au cours des négociations relatives à la demande de transit, les EEF n'ont apparemment pas fait valoir d'autres motifs de refus que l'absence d'ouverture du marché de l'électricité sur la base d'une législation spéciale (à savoir la LME).

177. Dès lors que, d'une part, l'article 7 LCart institue une obligation de contracter à la charge d'entreprises en position dominante disposant d'infrastructures indispensables à l'exercice de la concurrence et que, d'autre part, la législation en vigueur ne prévoit pas de prescriptions réservées au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart (cf. ch. 136 ss. ci-dessus chiffre 77), le motif invoqué est sans pertinence.

178. Dans leurs prises de position des 10 avril et 23 mai 2000 et du 22 février 2001, les EEF ont invoqué un certain nombre d'autres motifs pour justifier leur refus ("legitimate business reasons"):

A. Le comportement de Watt pourrait, selon les circonstances (hypothèse d'offres faites à Migros avant le lancement de la procédure multi-sites), tomber sous l'article 4 lettre a de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD, RS 241) selon lequel "agit de façon déloyale celui qui incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre".

B. Le comportement de Migros serait à l'origine de distorsions de la concurrence au détriment des EEF et des concurrents de Migros. Celle-ci utiliserait la dépendance des EEF vis-à-vis de clients aussi important qu'ELSA et Micarna pour continuer à s'approvisionner auprès des EEF, tout en bénéficiant de toute nouvelle baisse de prix et ce, sans s'engager à acheter pour une certaine durée.

C. Le groupe Watt n'aurait jamais proposé ni accepté une réciprocité de la prestation de transit qu'il se serait contenté d'exiger de manière purement unilatérale.

D. Il n'est pas possible en l'état d'effectuer le calcul du prix pour l'acheminement du courant par un tiers. Ces calculs (fort complexes) seront effectués par la société nationale prévue par la LME pour le transport de l'électricité.

E. La production d'électricité doit à tout instant égaler la demande de consommation. La satisfaction de cette égalité entre l'offre et la demande nécessite la mise en place de mécanismes précis. Les mécanismes actuellement utilisés dans le système actuel de monopole cantonal et régional ne sont pas utilisables dans le cadre d'un marché libre.

179. Aucun de ces arguments ne constitue un motif qui justifierait le comportement des EEF.

180. S'agissant du premier argument (ci-dessus ch. 178 A), il faut admettre que le droit des cartels (LCart) ne saurait en principe protéger des comportements relevant de la concurrence déloyale (LCD) (idem en droit communautaire, voir H. SCHRÖTER, Art. 85 Abs. 1, ch. 89 ss., in: H. V. DER GROEBEN et al. (éd.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5e éd., Baden-Baden 1999). Mis à part le fait que les allégations des EEF quant à d'éventuelles offres anticipées de Watt n'ont pas été étayées, on note que l'article 4 lettre a LCD n'est manifestement pas applicable dès lors qu'il concerne la rupture ("Vertragsbruch") et non la résiliation en bonne et due forme d'un contrat. En outre, en l'absence de circonstances spéciales, le simple fait de soumettre une offre n'est pas assimilé à un comportement déloyal (J. GUYET, *Die weiteren Spezialklauseln* (Art. 4-8 UWG), in: R. VON BÜREN/L. DAVID (éd.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bâle 1998, à p. 201 s.).

181. Par ailleurs, les EEF n'ont pas apporté de preuves soutenant l'affirmation que Watt avait fait des offres à Migros avant l'appel d'offres.

182. On note également au passage qu'on ne saurait exclure que les pratiques des EEF postérieures à la résiliation des contrats de fourniture puissent non seulement tomber sous le coup de l'article 7 LCart, mais également relever de l'article 4 LCD: en refusant d'accorder le transit, les EEF ont pu chercher à inciter ELSA et Micarna à conclure un nouveau contrat avec elles et, partant, à rompre des engagements valablement conclus vis-à-vis de Watt.

183. S'agissant du deuxième argument avancé par les EEF (ci-dessus ch. 178 B), on ne voit pas exactement à quels comportements les EEF font référence lorsqu'elles reprochent à Migros de vouloir bénéficier de toute baisse de prix postérieure au refus d'accorder le transit. Outre le fait que celle-ci cherche manifestement en premier lieu à obtenir le transit (et non pas à s'approvisionner auprès des EEF), il apparaît légitime dans un régime de concurrence qu'une entreprise cherche à bénéficier des prix les plus bas possibles.

184. Du point de vue de la LCart, la recherche des prix les plus bas est légitime aussi longtemps qu'elle ne constitue pas un abus de la part d'une entreprise en position dominante. A ce propos, on relèvera que Migros n'apparaît pas jouir d'une position dominante en tant qu'acheteur d'électricité (Migros consomme moins de 5% de l'électricité fournie par EEF). On notera surtout qu'un refus d'accorder l'accès au réseau remplissant les conditions de l'article 7 LCart, ne saurait être "légalisé" par un abus de puissance d'achat (en l'espèce non avéré) de la part du consommateur frustré.

185. Quant à l'obligation des EEF de fournir à ELSA et Micarna après la résiliation des contrats d'approvisionnement, elle apparaît découler de l'article 7 LCart dès lors que les EEF détiennent une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité.

186. S'agissant du troisième argument (ci-dessus ch. 178 C), on ne voit pas pourquoi celui qui demande le transit devrait spontanément offrir la réciprocité. Autre est la question de savoir s'il doit répondre positivement à une demande suffisamment concrétisée. A ce titre, on note que les EEF n'ont fait valoir aucune demande concrète de leur part en matière de transit qui aurait par la suite été refusée par le groupe Watt.

187. Il n'est de toute façon pas certain qu'un opérateur de réseau en position dominante puisse au titre de l'article 7 LCart légitimement refuser le transit à un autre opérateur de réseau verticalement intégré au seul motif que ce dernier ne lui accorderait pas la réciprocité. Cela apparaît en tout cas exclu lorsque ce dernier peut faire valoir des "legitimate business reasons" (p.ex. défaut de capacités).

188. S'agissant du quatrième argument (ci-dessus ch. 178 D): Les EEF sont en mesure d'identifier un prix de revient moyen pour l'acheminement des fourniture pour la livraison d'énergie à ELSA et Micarna. Elles le chiffrent à [...] c./kWh. Ce prix de revient peut être utilisé pour le calcul du prix de transit. Il est donc possible pour les EEF de calculer un prix pour le transit d'énergie sur leur réseau. La question de savoir si le prix de revient indiqué est correct peut à cet égard rester ouverte.

189. Pour le surplus, dans le cadre de la LME également, il revient aux exploitants de réseau de fixer la rémunération pour le transit d'énergie (art. 10 al. 1 let d LME). Ce n'est que pour les aider, que les principes pour le calcul de cette rémunération seront édictés (art. 6 al. 3 LME) et qu'un schéma uniforme et clair pour le calcul des coûts pourra être convenu (art. 6 al. 6 LME). L'argument des EEF selon lequel, dès l'entrée en vigueur de la LME, les calculs de prix pour le transit d'électricité seront effectués par la société nationale prévue par la LME pour le transport de l'électricité, n'est donc pas pertinent.

190. S'agissant du cinquième argument (ci-dessus: 178 E): Les différences entre le courant injecté sur le réseau des EEF par Watt et celui utilisé par ELSA et Micarna, devront être impérativement être compensées par les EEF, en raison des caractéristiques physiques de l'électricité⁵. La mise en place de mécanismes adéquats pour permettre cette

⁵ L'électricité livrée ainsi par les EEF doit naturellement être indemnisée.

égalité ne constitue pas une raison valable pour refuser le transit. La mise en place de mécanisme adéquat ne permet aux EEF que d'exiger que Watt et/ou Migros y participent par une quelconque prestation appropriée. La question de savoir si un tel mécanisme est nécessaire et quels coûts sa mise en place engendreraient peut en conséquence rester ouverte.

c. Autres objections des EEF

191. En plus des motifs justificatifs ("legitimate business reasons") pour le refus du transit sur son réseau, les EEF font valoir d'autres arguments qui démontrent que leur refus n'est pas un abus de leur puissance sur le marché :

A) ELSA et Micarna auraient résilié les contrat d'approvisionnement avec les EEF alors même que des discussions étaient en cours pour l'adaptation du contrat; elles auraient par ailleurs, sur instruction de Migros, refusé d'entrer en matière sur un nouveau contrat alors que la compétitivité de l'offre des EEF aurait été reconnue.

B) Le fait pour les EEF de refuser à un concurrent l'utilisation de leur propre infrastructure ne saurait en soi constituer un abus de position dominante, étant rappelé qu'il n'y a pas eu d'inégalité de traitement.

C) Le refus des EEF ne causerait aucun dommage à Watt dès lors qu'elle n'aurait pas obtenu l'accès aux réseaux situés jusqu'à l'entrée du réseau des EEF.

D) ELSA et Micarna n'auraient pas du tout été désavantagées économiquement si elles avaient poursuivi leurs discussions avec EEF à propos d'un nouveau contrat d'approvisionnement d'électricité à la place de demander le transit de courant de Watt.

192. Aucun des ces arguments ne peut montrer que, dans le cas présent, il n'y a pas de comportement illicite d'une entreprise en position dominante.

193. Au sujet de A): Il doit être retenu que la résiliation et l'arrêt des négociations concernent les contrats d'approvisionnement en électricité. Cependant, dans le cas d'espèce, le comportement qui est traité dans cette enquête est le refus des EEF de conclure des contrats concernant la distribution régionale et supra-régionale d'électricité.

194. A ceci, on peut ajouter que ELSA et Micarna ont résilié leurs contrats conclus avec les EEF concernant l'approvisionnement en électricité à cause du nouveau contrat d'approvisionnement conclu avec Watt et qu'elles ne voulaient plus entamer de négociations contractuelles avec les EEF après la conclusion de ce contrat. Il faut partir de l'idée qu'il est légitime, du point de vue de la concurrence, qu'un acheteur potentiel puisse refuser les conditions d'un sollicitant, même s'il est formellement en négociation avec celui-ci, et donner sa préférence à un autre offreur. Il en découle que l'acheteur potentiel est

également libre de rompre les négociations lorsqu'il le juge opportun (on note ici que le contrat d'approvisionnement entre les EEF et ELSA paraît avoir été valablement résilié par cette dernière, et ce tant au niveau de la forme que du délai contractuel).

195. On ne voit en tout cas pas pourquoi la rupture des négociations légitimerait ici l'offreur évincé d'empêcher sciemment l'exécution du contrat conclu avec un concurrent. On peut également noter que les EEF avaient connaissance de la procédure d'appel d'offres de Migros et qu'elles devaient donc avoir conscience du fait que l'adjudication (possible) du contrat multi-sites à un autre fournisseur entraînerait pour elles la perte des contrats avec ELSA et Micarna.

196. Quant au refus d'entrer en matière sur de nouvelles offres, il apparaît légitime dès lors que l'acheteur s'est déjà engagé vis-à-vis d'un (autre) vendeur. On ne saurait en effet raisonnablement partir de l'idée que l'acheteur rompe ses engagements vis-à-vis du fournisseur avec lequel il a conclu un contrat. Pour la même raison, il apparaît justifié qu'il ne soit pas tenu compte des offres faites postérieurement à la conclusion du contrat pour évaluer la compétitivité des conditions offertes par les EEF (par rapport à celles consenties par Watt).

197. Enfin, le fait que Migros donne des instructions qui s'imposent à des entreprises qui sont ses filiales à 100% (groupe de sociétés intégré) ne justifie aucunement le comportement reproché aux EEF.

198. Au sujet de B): Contrairement à ce que suggèrent les EEF, l'existence d'un abus ne suppose pas nécessairement une "inégalité de traitement" entre deux ou plusieurs tiers. L'article 7 LCart n'est en effet pas uniquement applicable dans l'hypothèse où l'opérateur de réseau refuse à un tiers un transit qu'il a déjà accordé à un autre tiers, mais également dans le cas où il refuse une prestation qu'il n'a jusqu'à jamais fournie à aucun tiers (dans ce sens, K. SCHINDLER, *Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht*, thèse Berne 1998, p. 107 s.; A. PALASTHY, *op. cit.*, p. 302).

199. Au sujet de C): Il faut relever qu'un dommage causé à une entreprise n'est pas une condition nécessaire pour conclure à un comportement illicite d'une entreprise en position dominante. Il peut, par exemple, être concevable qu'une entreprise en position dominante empêche une autre entreprise d'entrer en concurrence avec elle sur un marché. Si cette seconde entreprise était vouée à l'échec dans une situation concurrentielle, elle ne subit aucun dommage du fait d'être empêchée de concurrencer la première. Cependant, le manque de compétitivité de la seconde entreprise ne justifie en rien le comportement de l'entreprise en position dominante.

200. Il est toutefois juste que Watt ne peut pas être active sur un marché situé en aval, tant que le transit par des réseaux situés en amont du réseau de distribution supra-régional et régional des EEF n'est pas

possible. Le transit sur les réseaux situés en amont ne peut pourtant pas remplacer le transit sur le réseau de distribution supra-régional et régional des EEF. Le chemin jusqu'aux utilisateurs situés dans la zone de distribution régionale des EEF demeure interdit à Watt tant que les EEF refusent de faire transiter l'électricité de Watt sur leur réseau supra-régional et régional. Watt est dès lors empêchée dans l'exercice de la concurrence par le seul comportement des EEF.

201. Par ailleurs, au vu des caractéristiques des réseaux (avantages liés) et des barrières à l'entrée de nature légale, il n'est pas exclu qu'il existe des entreprises en position dominante aussi dans les réseaux situés en amont du réseau de distribution supra-régional et régional des EEF. Il est dès lors possible qu'un refus, de la part d'un exploitant d'un réseau situé en amont, de transporter de l'électricité fasse l'objet d'une procédure distincte au titre de l'article 7 LCart. Toutefois, la LCart ne peut admettre qu'un comportement illicite d'une entreprise en position dominante soit justifié par le fait qu'une autre entreprise en position dominante adopte également un comportement illicite.

202. En outre, que ce soit durant les pourparlers avec EGL, ELSA ou Micarna, ou durant l'enquête préalable et l'enquête du secrétariat de la Commission de la concurrence, les EEF ne se sont jamais déclarées prêtes à laisser transiter l'électricité de Watt par leur réseau supra-régional et régional, pour autant que Watt puisse acheminer son électricité sur les réseaux situés en amont. L'argument des EEF doit dès lors être qualifié de prétexte.

203. Au sujet de D): Il faut relever qu'en l'espèce, Migros n'a pas nécessairement dû être désavantagée par le comportement des EEF pour qu'il y ait comportement illicite des EEF. Un comportement illicite peut aussi exister si Watt est empêché dans l'exercice de la concurrence. Cela est le cas, comme montré plus haut (ch. 166 ss.). Il n'est dès lors pas pertinent de savoir si en plus de cela Migros est désavantagé par le comportement des EEF ou non.

204. En outre, il faut, jusqu'à preuve du contraire, partir de l'idée que c'est l'acheteur qui est le mieux à même de déterminer quelles sont les offres qui satisfont le mieux ses propres besoins. Il faut dès lors, jusqu'à preuve du contraire, partir de l'idée que l'offre de Watt était plus intéressante que celle des EEF.

205. Il faut également noter qu'une comparaison de la qualité des offres nécessite une approche globale, tenant compte de tous les intérêts en présence. Il est relevé à ce titre que Migros doit non seulement tenir compte des besoins d'ELSA et de Micarna, mais également de ceux d'une grande partie des entreprises du groupe. Par conséquent, pour apprécier si Migros est désavantagée par le comportement des EEF, il ne suffit pas de considérer uniquement l'offre des EEF pour l'approvisionnement de ELSA et des Sites de production Micarna Courtepin.

C.5 Résumé

206. Le refus des EEF de faire transiter l'électricité de Watt depuis le 1er janvier 2000 sur son réseau de distribution régional et supra-régional constitue un comportement illicite d'une entreprise dominante au sens de l'article 7 LCart.

207. La question de savoir si ce comportement tombe sous le coup de l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart ou uniquement sous le coup de l'article 7 alinéa 1er LCart peut à ce titre rester ouverte.

D. Frais

208. Conformément à l'article 2 de l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, il s'agit de l'entreprise destinataire de la décision, à savoir les EEF.

209. Dans la procédure d'enquête, l'obligation de payer des émoluments ne s'applique pas si l'enquête préalable n'a établi aucun indice de restriction illicite à la concurrence (art. 3 al. 2 let. a Ordonnance sur les émoluments LCart). Etant donné que cette exemption des émoluments ne s'applique pas au cas d'espèce, l'obligation des destinataires de la décision de payer les émoluments est donnée.

210. En vertu de l'article 4 alinéas 1er et 2 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire. Il s'élève à CHF 130.-- l'heure. Il peut être réduit ou augmenté au maximum de moitié en fonction de l'importance économique de l'objet en question (art. 4 al. 3 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart).

211. La Commission de la concurrence ne voit, en l'espèce, aucun motif permettant de diminuer (ou d'augmenter) les émoluments. Par conséquent, pour les [...] heures consacrées à la présente procédure, le montant de CHF 130.-- l'heure est applicable. Les émoluments se montent dès lors à [...].

212. Outre les émoluments, l'assujetti est également tenu de rembourser les débours (art. 5 al. 1er de l'Ordonnance sur les émoluments LCart), qui se montent en l'espèce à CHF [...].

213. L'émolument (incluant le temps consacré par la Chambre, la Commission et son secrétariat) se monte à CHF [....]

214. Le total des frais de la procédure, soit CHF [...] est mis à la charge des EEF.

E. Dispositif

215. La Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et les développements qui précèdent

1. Rejette l'ensemble des conclusions des EEF du 22 février 2001.
2. Constate que les EEF jouissent d'une position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart sur les marchés de la distribution régionale et supra-régionale et de la fourniture de courant électrique dans leur zone de distribution.
3. Constate que, en refusant de faire transiter l'électricité de Watt AG sur leur réseau pour l'approvisionnement des sites d'ELSA à Estavayer-le-Lac et de Micarna à Courtepin à partir du 1er janvier 2000, les EEF ont abusé et continuent d'abuser de leur position dominante au sens de l'article 7 LCart.
4. [Frais de procédure]
5. [Voies de recours]
6. [Notification]

B 2.2	2. Watt/Migros - EBL
-------	-----------------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Zwischenverfügung vom 7. Mai 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Watt/Migros - EBL betreffend Zuständigkeit

A. Sachverhalt

1. Am 4. August 2000 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Elektra Baselland Liestal (EBL).
2. Diese Untersuchung soll aufzeigen, ob die EBL ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG darstellt und diese marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 KG missbraucht, indem sie sich weigert, Strom der Watt AG über ihr Netz zwecks Versorgung der Mifa AG in Frenkendorf BL durchzuleiten, beziehungsweise den Abschluss eines Durchleitungsvertrages mit der Watt AG von der Annahme bestimmter, möglicherweise unangemessener Bedingungen abhängig macht.
3. Im Rahmen dieses Untersuchungsverfahrens wurden der EBL, der Watt AG und dem Migros-Genossenschafts-Bund am 12. September