

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

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

Décision sur recours du 7 mars 2002 en la cause Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc., contre la Commission de la concurrence, Effingerstrasse 27, 3003 Berne (décision du 21 décembre 1998) en matière de concentration d'entreprises (sanctions administratives)

Vu les faits suivants:

A. Le 23 mai 1997, les entreprises Rhône-Poulenc S.A., et Merck & Co. Inc. ont conclu un accord portant sur le regroupement d'une partie de leurs activités (santé animale et génétique avicole) au sein d'une nouvelle entreprise commune du nom de Z, domiciliée à L. En 1996, Rhône-Poulenc S.A. avait réalisé en Suisse un chiffre d'affaires de CHF [...] mio., dont environ CHF [...] pour les secteurs concernés par le regroupement, alors que Merck & Co. Inc. avait obtenu respectivement des chiffres d'affaires de CHF [...] mio. et CHF [...] environ. Sur le plan mondial, le chiffre d'affaires de Rhône-Poulenc S.A. s'élevait à [...] mia. ECU ([...] mia. de FF) et celui de Merck & Co. Inc. atteignait [...] mia. ECU ([...] mia. de US\$).

Le 2 juillet 1997, la Commission européenne a déclaré que le regroupement en cause était compatible avec le marché commun. Les entreprises prénommées ont notifié l'opération Z au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le Secrétariat) en date du 8 juillet 1997. Elles précisaient notamment qu'elles souhaitaient réaliser ladite opération au 1^{er} août 1997.

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

Le 1^{er} août 1997, Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. ont réalisé l'opération de concentration. Le 5 août 1997, elles ont déclaré vouloir s'assurer qu'aucune vente ne sera effectuée en Suisse durant ce mois d'août.

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

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

B. Par décision du 16 février 1998, notifiée le 24 mars 1998, la Commission de la concurrence a astreint les sociétés Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. au paiement d'une somme de CHF [...] chacune pour avoir contrevenu à l'interdiction provisoire de réaliser l'opération de concentration pendant le délai d'un mois prévu par la législation applicable. S'agissant de la faute, elle se réfère aux travaux préparatoires desquels il ressort clairement, selon elle, que le législateur n'entendait pas faire intervenir cette notion dans l'appréciation du montant de la sanction.

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

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

Le 21 décembre 1998, la Commission de la concurrence a décidé, en modification du chiffre 1 de sa décision du 16 février 1998, de réduire les amendes fixées à respectivement CHF [...] pour Rhône-Poulenc S.A. et CHF [...] pour Merck & Co. Inc.

C. Par écritures du 28 janvier 1999, Rhône-Poulenc S.A. et Merck & Co. Inc. (ci-après: les recourantes) ont estimé qu'il est douteux que la Commission de la concurrence ait été habilitée à rendre une nouvelle décision. Elles soutiennent que les amendements apportés par la décision du 21 décembre 1998 n'ont pas dépourvu le recours de son objet car les conclusions de leur mémoire tendent à l'annulation pure et simple de la décision du 16 février 1998 et des sanctions imposées. Elles

demandent à la Commission de céans de traiter le recours introduit le 5 mai 1998.

Par décision du 29 avril 1999, la Commission de céans a déclaré ce recours sans objet et radié l'affaire du rôle. Elle a estimé que l'autorité intimée avait procédé à un réexamen de la décision attaquée et, au vu de l'ampleur des réductions opérées sur les sanctions administratives, rendu une nouvelle décision.

Le 7 juin 1999, la Commission de céans a informé les recourantes que leur courrier du 28 janvier 1999 était considéré comme un recours et leur a demandé de préciser leurs motifs et conclusions. Par mémoire complémentaire du 28 juin 1999, elles l'ont fait ainsi:

Principalement:

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

Subsidiairement:

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

Complétant leurs écritures, elles ont invoqué le formalisme excessif de l'autorité intimée qui, à plusieurs reprises, leur aurait réclamé des pièces justificatives figurant déjà, selon elles, au dossier annexé à la notification.

Au sujet des conditions d'application de la sanction administrative, elles ont observé de façon générale que le silence du législateur quant à la notion de faute ne signifiait pas qu'il entendait sanctionner les entreprises indépendamment de toute faute. Elles ont soutenu que la décision litigieuse ne tenait pas compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle c'est surtout en fonction de la gravité de la sanction qu'une poursuite sera considérée comme pénale, quelle que soit la qualification conférée par le droit interne. Elles ont soutenu l'avis que la sanction qui leur avait été infligée était de nature pénale et non administrative. Elles ont estimé qu'en l'absence de faute de leur part - soulignant avoir pris toutes les précautions nécessaires en suspendant leurs ventes vers la Suisse à partir du 1^{er} août 1997 - aucune

sanction ne se justifiait. S'agissant des autres conditions d'application posées en matière de sanctions administratives à savoir l'obligation de notifier et la violation de l'interdiction de réalisation provisoire, elles ont affirmé qu'elles n'étaient pas réunies en l'espèce.

D. Dans sa réplique du 5 août 1999, la Commission de la concurrence conclut au rejet du recours. En cas de besoin, elle requit une mesure d'instruction relative aux allégations des recourantes sur la suspension de leurs ventes vers la Suisse dès le 1^{er} août 1997. Elle soutient que la notification effectuée par les recourantes en date du 8 juillet 1997 était tardive. A ce sujet, elle souligna que les recourantes n'étaient pas censées ignorer qu'une notification opérée à cette date fixait au 11 août 1997 au plus tôt l'échéance du délai d'un mois prévu par la loi pour l'ouverture de la procédure d'examen.

L'autorité intimée affirma qu'il était faux de prétendre qu'elle avait procédé avec formalisme excessif dans la mesure où la notification des recourantes était incomplète sur plusieurs points essentiels.

Quant à la notion de faute, elle soutient qu'il n'était pas adéquat de la prendre en considération dans l'examen de la proportionnalité de la sanction motif pris qu'elle constitue une notion trop floue dont l'appréciation se heurterait à des difficultés disproportionnées ne permettant alors plus un contrôle préventif des concentrations.

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

Le 22 juin 2000, la Commission de céans a informé les recourantes qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner des débats publics.

F. Le 4 juillet 2000, la Commission de céans a admis le recours et annulé la décision du 21 décembre 1998. Au motif que les règles sur la notification des opérations de concentration n'étaient pas applicables dès lors qu'aucun indice ne laissait supposer que le regroupement en cause serait en mesure d'influencer de manière sensible la concurrence en Suisse, elle a estimé qu'il n'était par conséquent pas nécessaire d'examiner s'il y avait eu contravention à l'interdiction de réalisation provisoire prévue par la loi sur les cartels et si, le cas échéant, les sanctions prononcées étaient justifiées.

G. Par décision du 24 avril 2001, le Tribunal fédéral a admis un recours de droit administratif déposé par le Département fédéral de l'économie; il a annulé la décision attaquée et renvoyé l'affaire à la Commission de céans pour nouvelle décision.

H. Le 7 mai 2001, les recourantes ont été invitées à produire, le cas échéant, des écritures complémentaires et à verser une avance de frais qui a été payée le 16 mai 2001.

Les recourantes ont renoncé, le 31 mai 2001, à déposer des écritures complémentaires; elles se réfèrent au document produit le 28 juin 1999.

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

Considérant en droit:

1. Dans sa décision du 24 avril 2001, le Tribunal fédéral a jugé que les recourantes sont assujetties à la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251) et qu'elles ont l'obligation d'annoncer leurs opérations de concentration même si elles ont leur siège à l'étranger (art. 2 al. 2 et 9 al. 1 LCart). Partant, il a renvoyé la cause à la Commission de céans afin qu'elle se prononce sur les sanctions infligées aux recourantes pour violation de l'interdiction provisoire de réaliser la concentration (art. 32 al. 2 LCart).

Il sied donc d'examiner s'il y a eu contravention à l'interdiction provisoire prévue à l'article 32 alinéa 2 LCart; ensuite, si les sanctions sont justifiées (grief de formalisme excessif et rôle de la faute notamment); enfin, s'il y a adéquation des montants fixés à la contravention.

2. Les recourantes ont-elles contrevenu à l'article 32 alinéa 2 LCart?

2.1. Conformément à l'article 9 alinéa 1 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence. A réception de cette notification, la commission décide s'il y a lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration. La commission communique, dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'opération de concentration, l'ouverture de l'examen de la concentration aux entreprises participantes. Faute de communication dans ce délai, la concentration peut être réalisée sans réserve. Les entreprises participantes s'abstiennent de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois suivant sa notification, à moins que, à leur requête, la commission ne les ait autorisées à le faire pour des motifs importants (art. 32 LCart). L'entreprise qui aura réalisé une concentration sans procéder à la notification dont elle aurait dû faire l'objet ou n'aura pas observé l'interdiction provisoire de réaliser la concentration sera tenue au paiement d'un montant de CHF 1 mio. au plus (art. 51 al. 1 LCart).

2.2. Les recourantes affirment avoir eu, fin juillet et début août 1997, des échanges téléphoniques avec des membres du Secrétariat à l'occasion desquels fut abordée la question de l'interruption des ventes en Suisse entre le 1^{er} août 1997 (date de la réalisation de la concentration) et le 18 août 1997 (date à laquelle on prévoyait que la Commission de la concurrence se prononcerait).

La Commission de la concurrence ne conteste pas que ces échanges aient eu lieu. Elle relève cependant que les membres du Secrétariat n'ont à aucun moment donné des assurances et souligne qu'elle était elle-même l'autorité de décision, non le Secrétariat, ce qui fut indiqué aux recourantes par lettre du 11 juillet 1997.

Les entreprises recourantes allèguent qu'elles ont réalisé l'opération de concentration de leurs activités à l'étranger tout en suspendant leurs ventes en Suisse. L'opération n'aurait entraîné aucun regroupement d'activités sur le territoire suisse, soit aucune modification de nature structurelle. Pour les recourantes, les seuls effets sur le marché suisse résultent des ventes de produits non-concurrents effectuées en Suisse. En interrompant les ventes, il n'y aurait eu aucun acte de réalisation sur le territoire helvétique.

Selon les recourantes, la préservation de la concurrence sur le marché suisse n'exige pas des autorités suisses qu'elles réglementent les actes de réalisation à l'étranger lorsque ceux-ci n'ont pas d'effet en Suisse: "La décision de soumettre à notification une opération étrangère peut être conforme aux principes du droit international public sans que l'interdiction générale de réalisation de cette opération le soit nécessairement". Les recourantes relèvent enfin que les autorités allemandes dissocient, d'une part, l'obligation de notifier et la réalisation de l'opération, et, d'autre part, les actes de réalisation sur territoire allemand et les actes de réalisation sur territoire étranger.

Pour sa part, la Commission de la concurrence relève que les recourantes méconnaissent la nature du contrôle des concentrations qui concerne en premier lieu les changements structurels. Selon elle, l'autorité est en mesure de dire "qu'il n'y a rien à concentrer en Suisse une fois l'opération examinée". Et elle ajoute qu'elles ont complètement ignoré le délai d'un mois prévu à l'article 32 alinéa 2 LCart.

L'article 32 alinéa 2 LCart ordonne aux entreprises participantes de s'abstenir de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois suivant sa notification. La concentration est réalisée lorsqu'est passé l'acte juridique qui consomme le regroupement de deux ou plusieurs entreprises (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich, 1997; ci-après: commentaire HOMBURGER, ad Art. 32, Rz. 23).

Le Règlement CE no 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises dispose, en son article 3 qu'une opération de concentration est réalisée "a) lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent" (voir aussi, mutatis mutandis, le message du Conseil fédéral du 13 juin 2000 concernant la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert du patrimoine [FF 2000 V 3995 ss.] qui définit la fusion comme "la réunion juridique de deux sociétés ou plus" [FF 2000 V 4046]).

L'examen des concentrations d'entreprises porte sur l'analyse du ou des marchés affectés par l'opération afin de vérifier que la nouvelle structure permette le maintien d'une concurrence efficace. Dès lors, une même opération entre deux entreprises peut fort bien être théoriquement autorisée dans le cadre d'un certain marché et interdite dans le cadre d'un autre, la structure de ce dernier ne permettant pas de "supporter" un affaiblissement de concurrence (DOMINIQUE BERLIN, concentrations du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, Revue trimestrielle de droit européen 3/2001, p. 668).

L'issue de l'examen ne dépend donc pas du comportement des entreprises en cause. Il s'effectue dans le contexte propre au droit de la concurrence où "Kontrolle bedeutet die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des kontrollierten Unternehmens auszuüben" (LENZ [Hrsg.], EG-Vertrag Kommentar, 2. Auflage, 1999, p. 816) et où "eine beherrschende Stellung liegt vor, wenn sich ein Unternehmen in spürbarem Masse unabhängig von Konkurrenten und Verbrauchern verhalten kann" (idem p. 819 ss.).

A cela s'ajoute que l'examen de l'interdiction prévue à l'article 32 alinéa 2 LCart se situe dans un cadre formel de prévention.

Selon le Tribunal fédéral, l'obligation d'annoncer peut déjà résulter des effets potentiels que les opérations sont susceptibles de produire sur le marché suisse, même si, comme en l'espèce, les entreprises concernées ne sont pas physiquement présentes en Suisse. Dans ce contexte, il rappelle que la Commission du Conseil national n'a pas suivi la proposition du Conseil fédéral de ne pas soumettre à autorisation une concentration lorsque toutes les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et ne sont pas affiliées à une entreprise ayant son siège en Suisse ni ne disposent d'un établissement en Suisse, entreprise ou établissement actifs soit sur les mêmes marchés, soit sur des marchés voisins ou situés en amont ou en aval (art. 9 al. 4 du projet de loi sur les cartels, FF 1995 I 472 ss. et en particulier 575 s.). La suppression de cette disposition n'a pas été compensée par d'autres aménagements dans la loi afin de pallier les difficultés pratiques et juridiques que le Conseil fédéral relevait dans son message (FF 1995 I 575). L'article 32 alinéa 2 LCart prévoit cependant que la Commission de la concurrence peut autoriser, sur requête, les entreprises participantes à réaliser la concentration pendant le délai d'un mois pour des motifs importants. Les entreprises recourantes, pourtant représentées par un avocat, n'ont pas déposé une telle requête alors même qu'elles ont annoncé dès le début que la concentration aurait lieu le 1^{er} août 1997 et, cela, à un moment où elles ne pouvaient ignorer qu'il serait pratiquement impossible de respecter le délai d'un mois. De plus, au moment de la notification rien ne permettait encore d'affirmer que les opérations en cause n'exerceraient aucun effet structurel, faute d'avoir été examinées par l'autorité désignée à cet effet. Certes, on ne

peut guère nier le caractère abstrait du contrôle puisque la simple potentialité des effets de la concentration est en soi suffisante pour déclencher la procédure de contrôle. De fait, le bien juridiquement protégé par l'article 51 LCart n'est pas la concurrence efficace, mais bien la sécurité de la fonction préventive du contrôle des concentrations prévu par la LCart (PIERRE MERCIER, HUBERT GILLIÉRON, OLIVIER MACH, SIMON AFFOLTER, Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire, Droit suisse, 1999, p. 706). Il convient enfin de relever que les recourantes n'ont mentionné par écrit l'interruption de leurs ventes que le 5 août 1997, alors que l'opération de concentration avait, selon leurs propres déclarations, déjà été réalisée le 1^{er} août 1997 et ce n'est, à ce moment-là encore, qu'une intention: "les parties vont s'assurer qu'aucune vente ne sera effectuée en Suisse durant ce mois d'août". Force donc est de constater que les recourantes n'ont à aucun moment de la procédure déposé un quelconque moyen de preuve à l'appui de leur allégué.

Enfin, les échanges d'écritures qui ont eu lieu après le 1^{er} août 1997 ne sauraient être déterminants ici puisque cette date fut celle de l'inobservation de l'article 32 alinéa 2 LCart.

2.3. Ce qui précède conduit à conclure que les recourantes ont en principe enfreint l'obligation inscrite à l'article 32 alinéa 2 LCart.

3. Les recourantes reprochent à la Commission de la concurrence son formalisme excessif et son refus d'examiner s'il y a eu faute ou non en l'espèce.

3.1. Le 11 juillet 1997, le Secrétariat a jugé la notification incomplète et a demandé aux recourantes de définir les marchés des produits en question, d'indiquer le chiffre d'affaires en francs suisses réalisé par chaque entreprise participante et les parts de marché des trois principaux concurrents sur le marché suisse. Il a demandé en outre copie des comptes annuels des entreprises participantes. Ces renseignements ont été fournis les 22 et 31 juillet 1997. Les informations que doit contenir la notification ont pour but de permettre l'exécution d'un examen préalable visant à faire apparaître ou non des indices que la concentration crée ou renforce une position dominante. Dans l'affirmative, la concentration fait l'objet d'un examen par la commission (art. 10 al. 1 LCart). L'examen préalable ne pouvait être conduit sur la base des seuls chiffres d'affaires globaux livrés. Les données spécifiques aux marchés des produits en Suisse étaient indispensables. C'est en cela que les informations requises étaient essentielles. En les demandant et en fixant le départ du délai d'un mois au lendemain de leur production, le Secrétariat et la Commission de la concurrence n'ont pas fait preuve de formalisme excessif. Enfin, l'autorité de céans partage l'avis des recourantes selon lequel "la question n'est pas essentielle pour la procédure en cours puisqu'il s'est écoulé moins d'un mois entre le 9 juillet 1997, date de la notification, et le 1^{er} août 1997. Dès lors, si la

notification avait été "complète" le 9 juillet 1997, le litige se poserait dans les mêmes termes".

3.2. Les recourantes ne peuvent invoquer le principe de la bonne foi pour échapper à toute sanction. Certes, l'administration est, sous cet angle, soumise à des règles de comportement (ATF 124 II 265, consid. 4, notamment). Rien ne permet cependant d'admettre, en l'espèce, que les recourantes se trouvaient en situation d'erreur excusable qui aurait justifié un comportement particulier de la Commission de la concurrence. Il faut en effet rappeler que le délai d'interdiction de réaliser la concentration est un délai légal dont l'existence a été signalée aux recourantes le 11 juillet 1997 par la Commission de la concurrence. La question d'une autorisation provisoire de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois aurait pu être examinée, mais - selon les termes mêmes de la loi - à la requête des recourantes (art. 32 al. 2 LCart). S'agissant des conversations téléphoniques qui ont eu lieu entre les recourantes et la Commission de la concurrence au sujet des effets d'un éventuel arrêt des ventes en Suisse, il faut déplorer qu'elles ne soient pas documentées au dossier de la Commission de la concurrence. Un tel manquement pourrait, le cas échéant, tirer à conséquence. Cette question peut cependant être laissée ouverte en l'espèce, vu que ces entretiens ont eu lieu fin juillet et début août 1997 soit à un moment où la réalisation de la concentration était imminente ou consommée.

3.3. Les recourantes estiment que la faute doit être prise en considération à ce stade. D'une part, les arguments avancés par la Commission de la concurrence pour justifier son refus de le faire ne sont pas pertinents et, de l'autre, cette Commission fait fi de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sur la base de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, RS 0.101). La Commission de la concurrence persiste dans son refus, s'en tenant à la seule exigence de conditions objectives. Après avoir pris en compte certains éléments subjectifs (BKW-AEK/Comtop in Droit et politique de la concurrence [DPC] 1997/2, p. 237 ss.; Druckerei Wetzikon AG/Anzeiger von Uster AG in DPC 1998/1, p. 92 ss.), la Commission de la concurrence a éliminé ces éléments de sa jurisprudence (Curti et Co. AG/SSG Schweizerische Speisewagen-Gesellschaft Holding in DPC 1998/4, p. 613 ss. (ci-après: affaire Curti); X/C-AG et D-AG in DPC 2000/2, p. 257 ss.; Banque nationale de Paris (BNP)/Parisbas in DPC 2001/1, p. 144 ss.), ce qui est jugé problématique (ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht [Art. 51 KG] in: ACKERMANN/DONATSCH/REHBERG [Hrsg.], Wirtschaft und Strafrecht - Festschrift für NIKLAUS SCHMID zum 65. Geburtstag, Zurich 2001, p. 601 s.).

3.3.1. Dans sa décision du 15 mai 1998 en l'affaire BKW FMB Energie AG et AEK Energie AG contre la Commission de la concurrence (DPC

1998/3, p. 460 ss.), la Commission de céans a relevé que les montants mis en l'espèce à la charge des deux entreprises n'étaient pas des sanctions pénales mais des sanctions administratives, s'appuyant sur le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (FF 1995 I p. 472 ss.; ci-après: message). Elle a noté aussi que, sur ce point, le droit suisse s'inspirait largement du droit européen. Or, en droit européen, les éléments subjectifs d'illicéité et de faute entrent en compte. Il ne va pas de soi qu'il en aille autrement en droit suisse et que l'infliction d'une sanction administrative pouvant s'élever à CHF 1 mio. puisse se fonder exclusivement sur des éléments objectifs. Elle a noté en outre que la question de la faute devait être vue dans le contexte général des amendes administratives dont la doctrine actuelle tend à admettre la nature pénale. La Commission de céans a cependant laissé ouverte la question de savoir si une mesure de ce genre pouvait être prise en l'absence de toute faute.

Au chapitre des sanctions, le message relève que leur effet préventif est d'une importance capitale pour l'efficacité du droit de la concurrence (message p. 607). A cet égard, il s'imposait de pouvoir sanctionner les entreprises. Celles-ci n'ayant pas, selon la doctrine dominante, la capacité délictuelle, elles ne peuvent faire l'objet de sanctions pénales. C'est la raison pour laquelle a été instauré le double système de sanctions cumulables (message p. 608). S'agissant des sanctions administratives, le message relève encore qu'elles doivent avoir suffisamment d'effet sur les entreprises et qu'elles trouvent leur justification dans le fait que les sanctions infligées à des particuliers - prises en charge par l'entreprise - perdent tout effet préventif et dans le fait que les entreprises ont elles-mêmes des responsabilités quant à l'accomplissement des obligations prévues par la LCart (message p. 608 s.). S'agissant du cas particulier d'inobservation liée à une concentration d'entreprises, le message parle "d'entreprises fautives" ([texte allemand: "fehlbaren Unternehmen"]; message p. 609, chiffre 271.2). Il souligne aussi que la LCart prévoit ici le cas de récidive.

Le commentaire HOMBURGER se limitant à faire référence au message et aux travaux préparatoires de la LCart, voit dans les mesures en question des sanctions administratives pouvant être infligées en l'absence de toute faute (voir art. 50 ss., ch. 17 s.; avis partagé par FRANK SCHERRER, *Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren*, Diss. Zurich, 1996, p. 423). Il est souligné que la distinction légale entre sanctions administratives et pénales tient au fait que l'on ne peut punir pénalement les sociétés (ROLAND VON BÜREN/THOMAS KINDLER, *Das Schweizerische Kartellrecht*, p. 57, et PHILIPP ZURKINDEN, *Die Regelung der Fusionskontrolle im schweizerischen Wettbewerbsrecht*, p. 62 et 64, tous deux in KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI, *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*). Dans son avis de droit du 1^{er} mai 1998, le professeur LAURENT MOREILLON note que les articles 50 à 53 LCart ne faisant

aucune référence à la faute de l'entreprise, "(...) grammaticalement, et à première vue, on pourrait en conclure, comme le fait la Commission de la concurrence, que le législateur a délibérément renoncé à tenir compte de la faute commise par l'entreprise" (p. 4). Le commentaire BORER reprend lui aussi la terminologie et la conception du message (p. 423) en soulignant la volonté du législateur de distinguer sanctions administratives et sanctions pénales vu les difficultés dogmatiques de dire qu'une personne juridique peut commettre une faute (JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1998, p. 456). Il évoque cependant les théories récentes du droit pénal qui tendent à reconnaître une responsabilité des entreprises (JÜRIG BORER, *op. cit.*, p. 460; dans ce sens: STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrechtsgesetzbuch, Kurzkommentar*, Zurich 1997, ad art. 1, n° 45 ss.; KATHRIN KUMMER, *Die Strafbarkeit der juristischen Person*, in: *Archiv für schweizerisches Abgaberecht* 65, p. 445 ss., spéc. p. 457; SANDRA HILDA LÜTOLF, *Strafbarkeit der juristischen Person*, Diss. Zurich 1997, p. 237; voir aussi: PHILIPPE GRAVEN et CHARLES-ANDRÉ JUNOD, *Societas delinquere potest?* in *Mélanges ROBERT PATRY*, Lausanne 1988, p. 351 ss.). MOOR relève que la doctrine actuelle, quant à elle, admet la nature pénale de ces sanctions (PIERRE MOOR, *Droit administratif II, Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne 1991, p. 95 et les auteurs cités). Le commentaire HAEFELIN/MÜLLER laisse la question ouverte (ULRICH HAEFELIN/GEORG MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 3. Edition, Zurich 1998, ch. 943). Le Conseil fédéral, dans son message du 30 juin 1993 concernant la modification du Code pénal suisse et du Code pénal militaire, expose que "quant à la responsabilité de l'entreprise, il a été décidé de la soumettre à un examen plus approfondi dans le cadre de la révision ordinaire de la Partie générale du Code pénal" (FF 1993 III 286; voir aussi JOSÉ HURTADO POZO, *Quelques réflexions sur la responsabilité pénale de l'entreprise*, in *Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für NIKLAUS SCHMID* précitée, p. 585 ss.).

En matière de contravention à une mesure d'ordre punissable en l'absence de faute, le Tribunal fédéral relève qu'on peut certes hésiter quant au bienfondé de la jurisprudence précitée, tant choque l'idée qu'une sanction puisse intervenir là où aucune faute n'a été commise, et cela d'autant plus que depuis le 1^{er} janvier 1975, la répression des infractions à la législation administrative fédérale est subordonnée à l'existence d'une faute (cf. art. 2 et 8 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif, DPA, RS 313.0) (ATF 101 Ib p. 36).

Interviennent aussi la doctrine et la jurisprudence qui se sont développées au sujet de l'article 6 paragraphe 1 CEDH (voir à ce sujet: PETTITI/DECAUX/IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2e édition, Economica, Paris 1999, commentaire de l'article 6, p. 239 ss.; ATF 121 I p. 380 citant la doctrine et l'abondante jurisprudence en la matière). Il en ressort l'énumération de trois critères permettant de

dire si une sanction répond à la définition d'une "accusation en matière pénale". Ce sont, dans l'ordre de leur importance respective:

- a) les indications du droit national,
- b) la nature du fait ou du comportement transgresseur et
- c) le but et la sévérité de la sanction encourue.

Dans ce contexte, il faut noter que c'est à tort que l'autorité intimée invoque l'avis de la Commission européenne des droits de l'homme relatif à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 février 1992 "Société Stenuit c. France" (Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, série A, vol. 232) pour dénier le caractère pénal en l'affaire. L'arrêt cité ne dit en effet pas, comme le pense la Commission de la concurrence, qu'il ne peut y avoir "accusation en matière pénale" que lorsque le montant maximal de la sanction encourue est égal ou supérieur à 5% du chiffre d'affaires de la société en cause. Examinant la nature et la sévérité de la sanction encourue en l'espèce, l'avis précité rappelle que "relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées à exercer un effet dissuasif (...); dans cette affaire, la sanction prise (...) avait atteint un montant de CHF 50'000.--, somme qui n'est pas en elle-même négligeable. Mais surtout, le montant maximal de l'amende, c'est-à-dire la sanction encourue, était fixé à 5% du chiffre d'affaires annuel pour une entreprise et à CHF 5'000'000.-- pour les autres contrevenants (...), ce qui démontre à l'évidence qu'une telle sanction avait une finalité dissuasive". De l'avis de la Commission européenne des droits de l'homme, le caractère pénal que l'affaire revêt au regard de la CEDH ressort sans ambiguïté du faisceau des indications concordantes relevées ci-devant. On ne peut, sans solliciter indûment ce texte, en déduire que toute amende inférieure au 5% du chiffre d'affaires de la société concernée ne revêt pas de caractère pénal.

Il est unanimement admis qu'en matière de concentration d'entreprises, le droit suisse s'inspire fondamentalement du droit européen, tant au niveau de l'élaboration de la loi, et notamment de l'ordonnance du Conseil fédéral sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4), qu'à celui de l'application de ces textes (CHRISTIAN BOVET, Premières expériences dans le contrôle des concentrations in Journées du droit de la concurrence 1998, Zurich 1999, p. 62, et les auteurs cités en note 3). Les articles 50 à 52 LCart présentent des analogies avec les articles 81 (ancien art. 85), 82 (ancien art. 86) du Traité de l'Union européenne (CHRISTIAN CALLIESS/MATTHIAS RUFFERT [Hrsg.], Kommentar zu EV-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied, 1999: art. 81 EGV 149, art. 82 EGV 73) et 15 du Règlement du Conseil n° 17 du 6 février 1962 (JO n° L 13 du 21.2.1962, p. 204). En droit communautaire, le Règlement n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (389 R 4064, JO n° L 395 du 30.12.1989 amendé par le Règlement n° 1310/97 du 30 juin 1997) prévoit, en son article 14, que la

Commission peut infliger des amendes aux entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles omettent de notifier une opération de concentration (LENZ [Hrsg.], EG-Vertrag Kommentar, 2. Auflage, Köln, 1999, p. 695 s., qui estime que, depuis l'arrêt STENUIT, le caractère pénal d'une telle mesure est indiscutable).

La faute de l'entreprise est un élément prépondérant pour mettre à l'amende et pour en fixer le montant (BERNARD KOVAR, Code européen de la concurrence, Dalloz 1996, note B, p. 59 ss.; DANNEKER GERHARD, Leitlinien der Europäischen Kommission zur Bussgeldmessung in Kartellverfahren, in Festschrift für ROGER ZÄCH, Schulthess Verlag 1999, p. 669).

A cela s'ajoute que la doctrine actuelle va vers l'exigence d'une faute en matière d'amendes administratives aussi (ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, Neuchâtel 1984, p. 647; BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4e édition, Bâle 1991, p. 356; GRAVEN/JUNOD, op. cit., p. 355 s.). En l'espèce, le montant possible de la sanction - CHF 1 mio. - montre qu'elle a un objectif de dissuasion, qu'elle vise à décourager l'auteur du manquement et tous ceux qui seraient enclins à se comporter comme lui. Il s'agit donc de moyens de pression, comme le relève GRISEL (op. cit. p. 647). Or, poursuit-il, il n'y a pas plus de motif de faire pression sur l'obligé qui a manqué à ses obligations sans sa faute que sur celui qui les a exécutées. Seul un coupable a besoin d'être incité par l'amende à se conformer au droit (GRISEL, op. cit., p. 647).

Cela conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs. La question du rôle de la faute ne devrait cependant être répondue, en l'espèce, que si les recourantes pouvaient se prévaloir de l'absence de faute ou d'une circonstance atténuant celle-ci (ATF 101 Ib 35, consid. 3a). Or, tel n'est pas le cas, ce qui sera démontré ci-après.

3.3.2. Il convient dès lors d'examiner s'il y a eu ou non faute en l'espèce, ce dont la Commission de céans peut connaître quand bien même la Commission de la concurrence n'a pas abordé cette question, étant de l'avis que la faute ne pouvait entrer en considération en la matière (art. 61 al. 1 PA; KNAPP, op. cit., ch. 2034; ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Berne 1997, p. 98 et 106; BENOIT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 494).

Les recourantes estiment n'avoir commis aucune faute. En ayant interrompu toutes ventes en Suisse et en l'ayant fait savoir au Secrétariat, elles estiment avoir pris toutes les précautions que l'on pouvait attendre d'elles. Le silence du Secrétariat à cet égard les dégage de toute faute. De plus, elles estiment qu'il faut tenir compte de l'incertitude juridique au sujet de l'article 32 alinéa 2 LCart pour apprécier leur attitude. Elles déclarent aussi que, dans sa décision du 16 février 1998, la

Commission de la concurrence reconnaît implicitement qu'elles n'ont pas commis de faute. Si la Commission de céans devait retenir que les conditions de l'article 51 LCart sont réunies, elle devrait alors - selon les recourantes - supprimer toute amende ou la réduire parce que la Commission de la concurrence n'a pas tenu compte de toutes les circonstances du cas concret, passant sous silence plusieurs circonstances atténuantes: suspension des ventes en Suisse, responsabilité du Secrétariat, notification faite malgré l'incertitude juridique sur sa nécessité et le fait que Z soit la première opération purement étrangère soumise au contrôle des autorités suisses. Elles estiment enfin qu'une infraction peut, mais ne doit pas nécessairement, être sanctionnée.

Pour sa part, la Commission de la concurrence expose que, si la notion de faute devait être retenue, il faudrait tenir compte de ce que les recourantes ne pouvaient ignorer que la réalisation de l'opération de concentration pendant le délai de l'article 32 alinéa 2 LCart enfreignait l'article 51 alinéa 1 de cette loi et que la suspension des ventes ne pouvait pallier une notification tardive. Elle exclut en outre toute responsabilité du Secrétariat qui n'a à aucun moment donné d'assurances. Enfin, elle n'a pu reconnaître implicitement que les recourantes n'ont pas commis de faute puisqu'elle n'a pas pris en considération cet élément subjectif.

Il faut dès lors examiner si les recourantes peuvent se prévaloir de l'absence de toute faute. Les recourantes, assistées par un avocat, connaissent la loi, ce que démontre leur lettre du 8 juillet 1997 qui notifie l'opération et fait mention du délai d'un mois. Le 11 juillet 1997, deux jours après avoir reçu la notification précitée, le Secrétariat signale aux recourantes que l'opération devait être notifiée, que le délai d'un mois pour ouvrir la procédure d'examen commençait à courir le lendemain de la réception de la notification complète et que la notification livrée n'était pas complète. Le 22 juillet 1997, les recourantes demandent de considérer le 9 juillet 1997 comme point de départ du délai d'un mois. Elles fournissent le complément d'information demandé le 31 juillet 1997 et réalisent l'opération de fusion le 1er août 1997.

Force est de constater que les recourantes se sont mises elles-mêmes, au départ, dans l'impossibilité de satisfaire aux exigences légales en notifiant le 9 juillet 1997 une opération dont la réalisation était fixée au 1^{er} août suivant et qu'elles auraient, de leur propre aveu, pu différer (recours du 28 juin 1999, lettre C, chiffre 3, p. 21 s.). En outre, elles n'ont produit les informations complémentaires demandées que la veille de la réalisation de l'opération.

Selon la doctrine, il y a faute lorsque "(...) le contrevenant a agi intentionnellement ou n'a pas pris les mesures qu'une personne raisonnable (douée des connaissances techniques nécessaires) aurait pu ou dû prendre dans (ces) circonstances (...)" (KNAPP, op. cit., p. 356, ch. 1687). Les recourantes ont agi sciemment, préjugant du caractère inoffensif

de l'opération de concentration alors que le but de la notification et du délai corrélatif est précisément de permettre d'établir l'innocuité ou non d'une telle opération. La Commission de céans en conclut que le risque pris par les recourantes constitue en principe une faute.

4. Reste à examiner la mesure de la peine et si les recourantes peuvent se prévaloir de faits justificatifs pour échapper à la sanction.

4.1. Le message se borne à indiquer, s'agissant de l'inobservation de décisions administratives, que le montant de la sanction sera fixé en fonction des circonstances concrètes; cette question n'est pas abordée au chapitre de l'inobservation des prescriptions liées à une concentration d'entreprises (message p. 609, ch. 271.1 et 271.2). Pour définir les "circonstances concrètes", la doctrine, se référant à la pratique de la Commission européenne, relève qu'il faut s'en tenir aux principes de proportionnalité et d'égalité de traitement (Commentaire HOMBURGER, rem. prélim. ad art. 50-57, ch. 16, ad art. 50, ch. 15, ad art. 51, ch. 18 s.; BORER, op. cit., p. 466; SCHERRER, op. cit., p. 482). Il convient de tenir compte aussi de la situation dans laquelle se trouvaient les recourantes au moment des faits et de fixer le montant de la sanction à un niveau lui conférant un caractère dissuasif (Commentaire HOMBURGER, rem. prélim. ad art. 50, ch. 14).

La Commission de la concurrence en a fixé le montant en se référant à la jurisprudence établie dans l'affaire Curti précitée. Elle a dégagé les trois critères suivants:

1. L'importance de la présence sur le marché de l'entreprise sanctionnée se détermine en fonction du chiffre d'affaires annuel de cette dernière: 0,1 pourmille du chiffre d'affaires, mais au maximum CHF 300'000.--,
2. ainsi fixée, la sanction sera augmentée ou réduite selon que le marché déterminant est affecté ou non par la concentration au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE et
3. le montant résultant des deux premiers critères sera augmenté ou réduit en fonction du danger de suppression de la concurrence efficace.

In casu, le montant résultant de l'application des deux premiers critères (CHF [...] pour Rhône-Poulenc et CHF [...] pour Merck & Co. Inc.) a été réduit de moitié motif pris que la concentration ne conduisait pas à la création ou au renforcement d'une position dominante ni ne donnait lieu à des additions de parts de marché.

Les recourantes ne prétendent pas que ces critères n'ont pas été appliqués au cas d'espèce ni qu'ils l'ont mal été (sur l'application de ces critères: ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Festschrift für NIKLAUS SCHMID précitée, p. 597 ss.). Elles estiment en revanche que la Commission de la concurrence aurait dû tenir compte des circonstances atténuantes.

S'agissant de l'interruption des ventes en Suisse, les recourantes ne pouvaient guère ignorer que cela ne remédiait pas à une notification tardive. D'ailleurs, les recourantes n'en font mention écrite que le 5 août 1997, alors que l'opération de concentration a été réalisée le 1^{er} août 1997 et ce n'est à ce moment-là encore qu'une intention: "les parties vont s'assurer qu'aucune vente ne sera effectuée en Suisse durant ce mois d'août". Les recourantes estiment que le Secrétariat serait parti de l'idée que leur mode de procéder (réalisation de l'opération à l'étranger et suspension des ventes vers la Suisse) ne posait aucune difficulté et qu'il n'aurait fait machine arrière que le 6 août 1997. Le Secrétariat conteste ce point de vue. De l'avis de la Commission de céans, rien au dossier ne permet d'étayer la thèse des recourantes qui, il faut le rappeler, n'avaient pas encore concrétisé leur intention de supprimer les ventes en Suisse le 5 août 1997 alors que l'opération de concentration était réalisée. Il n'y a dès lors aucune raison de prendre des mesures d'instruction complémentaires sur ce point. Il faut noter aussi que la Commission de la concurrence n'avait aucune obligation de se prononcer avant le 11 août 1997. Si, au moment de la notification, le Secrétariat a fait savoir aux recourantes qu'une décision de la Commission de la concurrence pouvait tomber avant le 31 juillet 1997, il allait de soi que cela supposait que cette notification fut d'emblée complète ou complétée rapidement, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Il n'est pas contestable que la notification était incomplète: les recourantes l'admettent puisqu'elles déclarent que "la seule information que les parties n'ont fournie qu'après coup au Secrétariat concernait les parts de marché". D'ailleurs, même complète, la notification était tardive.

L'incertitude juridique que les recourantes ont cru déceler sur la question de savoir si l'article 32 alinéa 2 LCart interdit ou non la réalisation d'une concentration d'entreprises opérée à l'étranger et dépourvue d'effets structurels ou de comportements en Suisse, ne dispensait pas de veiller au respect du délai légal d'un mois.

Se référant à deux décisions antérieures de la Commission de la concurrence (BKW-AEK/Comtop et Druckerei Wetzikon AG/Anzeiger von Uster AG, précitées), les recourantes reprochent à cette dernière d'avoir fait fi du principe d'égalité de traitement. Il appert que, avec la décision Curti, la Commission de la concurrence a établi une nouvelle pratique en matière de sanctions. Ce faisant, elle a cherché à affirmer et à rendre plus transparents les critères présidant à la fixation du montant de l'amende. Il s'agit-là d'une raison objective et, partant, admissible de changer de jurisprudence (ATF 122 I 59; ETIENNE GRISEL, *Egalité, les garanties de la Constitution fédérale* du 18 avril 1999, Berne 2000, n° 306). Il n'y a dès lors pas lieu de comparer les décisions postérieures à l'affaire Curti avec celles qui lui sont antérieures.

Les recourantes estiment en outre que la Commission de la concurrence n'avait pas l'obligation de sanctionner. Le texte même de l'article 51 alinéa 1 LCart infirme ce point de vue. Il ne laisse en effet, sur le principe de la sanction, pas de marge de manœuvre à l'autorité d'application: "l'entreprise qui (...) n'aura pas observé l'interdiction provisoire de réaliser la concentration (...) sera tenue au paiement d'un montant de CHF 1 mio. au plus". Le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité en la matière s'exerce sur la quotité de la sanction pécuniaire. Ce pouvoir lui est reconnu afin qu'elle puisse mener une politique aussi conforme que possible à l'intérêt public (KNAPP, ob. cit., n° 160 et 167). L'intérêt public est ici de punir lorsque les conditions en sont réunies; le message affirme le caractère dissuasif de la mesure. La règle discrétionnaire ne confère pas de droit subjectif à l'administré (KNAPP, op. cit., n° 159).

Lorsque, comme en l'espèce, le législateur se borne à arrêter le maximum d'une amende administrative, les organes d'exécution disposent d'une certaine liberté d'appréciation pour fixer la sanction administrative. La mesure administrative doit cependant être adaptée à l'ensemble des circonstances. Le principe de proportionnalité revêt donc une importance particulière, comme le souligne MOOR, "il limite le choix des mesures et de leur quotité"; lorsqu'il s'agit de sanctionner, comme c'est le cas en l'espèce, un comportement, l'autorité doit se fonder sur la gravité objective de la violation ainsi que sur celle de la faute (MOOR, op. cit., p. 67 et 77 ss.; voir également GRISEL, op. cit., p. 647). En l'occurrence, il faut tenir compte de divers éléments parmi lesquels peuvent figurer notamment la taille et la puissance économique de l'entreprise, qui peuvent trouver leur expression dans le chiffre d'affaires annuel, ainsi que l'influence exercée par les entreprises touchées sur le marché en cause. Il est également loisible à la Commission de la concurrence d'élever le niveau des amendes en vue de renforcer leur effet dissuasif. En l'espèce, force est de reconnaître que les sanctions litigieuses sont d'un montant relativement modeste par rapport au maximum légal possible et que leur effet dissuasif - voulu pourtant par le législateur - ne s'exercera que sur un nombre restreint de candidats aux concentrations d'entreprises.

4.2. Les autres circonstances atténuantes invoquées ne sont pas de nature à réduire le montant des sanctions infligées en l'espèce. Selon les recourantes, la brève durée de l'infraction (18 jours en août où l'activité économique est au plus bas) et le peu de gravité de l'infraction (vu que l'opération n'a aucun effet sur le marché suisse) devraient être pris en compte. La Commission de céans ne partage pas cet avis. La durée de l'infraction ne saurait être un élément déterminant alors que l'infraction porte sur le non respect du délai d'un mois. Les effets sur le marché suisse ne peuvent d'avantage être retenus, la notification et le délai qui lui sont attachés ayant précisément pour but d'assurer la possibilité d'un contrôle préventif, donc de se prononcer sur les effets

d'une concentration d'entreprises d'une certaine importance sur la structure des marchés affectés et par là sur la concurrence efficace.

5. Vu ce qui précède, la Commission de céans estime que, compte tenu des circonstances du cas, les sanctions mises à la charge des recourantes sont justifiées.

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté et que, vu l'issue de la procédure, les frais doivent être mis à la charge des recourantes qui succombent, compte tenu des avances de frais déjà versées (art. 63 al. 1 PA, art. 1 let. a et b, 2, 3 et 5 al. 3 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative; RS 172.041.0). Il n'y a pas lieu d'octroyer de dépens (art. 64 al. 1 PA).

**Par ces motifs, la Commission de recours
pour les questions de concurrence:**

1. Rejette le recours.
 2. [Frais]
 3. [Voie de recours]
 4. [Notification]
-