Urteilskopf

124 II 499

46. Arrêt de la IIe Cour de droit public du 10 août 1998 en la cause Engel contre Commission de recours pour les questions de concurrence et Commission de la concurrence (recours de droit administratif)
Regeste (de):
Art. 48 lit. a VwVG und Art. 43 Abs. 4 KG.

Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (E. 1).

Parteistellung im Verfahren vor der Wettbewerbskommission gemäss Kartellgesetz, im Besonderen im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (E. 3a).

Befugnis zur Beschwerdeführung vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen gemäss den allgemeinen Vorschriften des Bundesverwaltungsverfahrens (E. 3b). Vorliegend Verneinung der Beschwerdebefugnis eines durch den Zusammenschluss zweier Tageszeitungen indirekt betroffenen Dritten (E. 3c u. d).

Regeste (fr):
Art. 48 let. a PA et art. 43 al. 4 LCart.

Recevabilité du recours de droit administratif contre une décision d'irrecevabilité de la Commission de recours pour les questions de concurrence (consid. 1).

Qualité de partie devant la Commission de la concurrence selon la loi sur les cartels, en particulier en matière de concentration d'entreprises (consid. 3a).

Qualité pour recourir devant la Commission de recours pour les questions de concurrence sur la base des dispositions ordinaires de la procédure administrative fédérale (consid. 3b). Qualité déniée en l'espèce à un tiers indirectement concerné par la concentration de deux quotidiens (consid. 3c et d).

Regesto (it):
Art. 48 lett. a PA e art. 43 cpv. 4 LCart.

Ricevibilità del ricorso di diritto amministrativo interposto contro una decisione d'inammissibilità pronunciata dalla Commissione di ricorso in materia di concorrenza (consid. 1).

Qualità di parte nella procedura dinanzi alla Commissione della concorrenza giusta la legge sui cartelli, per quanto concerne specialmente i procedimenti che riguardano la concentrazione di imprese (consid. 3a).

La legittimazione ad adire la Commissione di ricorso in materia di concorrenza va determinata sulla base delle disposizioni stabilite dalla procedura amministrativa federale (consid. 3b). Nel caso concreto, potestà ricorsuale negata al terzo, indirettamente toccato dalla concentrazione di due quotidiani (consid. 3c e d).

Sachverhalt ab Seite 500

Le 7 août 1997, le Nouveau Quotidien ERL SA et la Société Anonyme du Journal de Genève et Gazette de Lausanne ont notifié à la Commission de la concurrence un projet tendant à la création d'un nouveau titre de presse, "Le Temps", qui devait remplacer les deux titres existants, "Journal de Genève et Gazette de Lausanne" et "Nouveau Quotidien". L'exploitation du nouveau titre était assurée par une nouvelle société, "Le Temps SA", où chaque partie détiendrait 47% du capital-action, le 6% restant devant être attribué à une société des rédacteurs du nouveau titre. Le 18 août 1997, la Commission de la concurrence a prononcé l'ouverture de la procédure d'examen selon les art. 32 ss de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (en abrégé: loi sur les cartels ou LCart; RS 251). A cette fin, elle a fait parvenir, le 20 août 1997, un questionnaire aux personnes, organisations et autorités susceptibles de lui apporter des informations sur les effets de la fusion, conformément à l'art. 15 al. 2 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 (RS 251.4).
Pierre Engel a reçu ce questionnaire en qualité "d'opposant". Il y a répondu le 4 septembre 1997, en déclarant agir en sa qualité de président de l'Association des amis du Journal de Genève et Gazette de Lausanne, créée le 16 juillet 1997, et a demandé à pouvoir consulter le dossier. Cette requête a été rejetée par décision de la Commission de la concurrence du 8 septembre 1997 pour le motif que, selon l'art. 43 al. 4 LCart, seules les entreprises participantes avaient qualité de parties et pouvaient donc consulter le dossier à ce titre. Le 1er décembre 1997, la Commission de la concurrence a estimé que l'opération projetée représentait la solution la moins dommageable pour la concurrence et a pris la décision suivante: "1. Il est constaté:
a) que l'entreprise commune créée par les parties détiendra une position dominante sur le marché des journaux quotidiens supra-régionaux d'analyse

de Suisse romande et;
b) que la position dominante détenue par le groupe Edipresse sur le marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne sera renforcée à la suite de la concentration; c) que les modifications structurelles consécutives à l'opération sont à même de supprimer la concurrence efficace sur les marchés concernés. 2. En dépit des constatations sous chiffre 1 et sous réserve des charges prévues au chiffre 3, la concentration est autorisée en application de la théorie de l'entreprise défaillante dont les trois conditions sont en l'espèce remplies. 3. Cette décision est assortie des charges suivantes:
a) toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de la société "Le Temps SA" est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence; b) le Président du Conseil d'administration de la société éditrice du journal "Le Temps" doit obligatoirement être une personne indépendante des actionnaires principaux". Le 11 décembre 1997, la Commission a refusé de donner suite à la requête de Pierre Engel qui lui avait demandé de lui notifier sa décision du 1er décembre 1997. Par acte du 22 décembre 1997, Pierre Engel a recouru auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence contre les décisions des 1er et 11 décembre 1997, en faisant valoir sa qualité pour agir au sens de l'art. 48 PA. Statuant le 23 février 1998, la Commission de recours pour les questions de concurrence a rejeté le recours de Pierre Engel dans la mesure où il était recevable. Pierre Engel a formé un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral et a conclu à l'annulation de la décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence du 23 février 1998 et, partant, de celles de la Commission de la concurrence des 1er et 11 décembre 1997. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable.

Erwägungen

Extrait des considérants:

1. a) Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis, sans être lié par les conclusions des parties (ATF 123 II 231 consid. 1 p. 233; ATF 121 II 39 consid. 2 p. 41, 72 consid. 1a p. 74).

BGE 124 II 499 S. 502

b) Dans une procédure administrative régie par le droit fédéral, l'auteur d'un recours déclaré irrecevable pour défaut de qualité pour agir est habilité à contester ce prononcé par la voie du recours de droit administratif (ATF 123 II 115 consid. 2b/aa p. 118; 121 II 39 consid. 2a p. 41/42; 120 Ib 183 consid. 1b p. 186; 119 Ib 56 consid. 1e p. 59; 114 Ia 156 consid. 1c p. 157/158) lorsque, comme en l'espèce, la décision de l'autorité intimée peut faire l'objet d'un tel recours auprès du Tribunal fédéral (art. 98 lettre e OJ; Message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la loi sur les cartels, FF 1995 I p. 606; Walter A. Stoffel, Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in RSDA Numéro spécial 1996, p. 46). Déposé en temps utile et dans les formes prescrites, le présent recours de droit administratif, est donc en principe recevable. c) Les conclusions du recours ne peuvent toutefois porter que sur l'objet du litige, soit la qualité du recourant pour agir devant la Commission de recours pour les questions de concurrence, qui ne s'est elle-même pas prononcée sur le fond. Elles sont ainsi irrecevables en tant qu'elles tendent à l'annulation des décisions de la Commission de la concurrence des 1er et 11 décembre 1997 ou demandent au Tribunal fédéral d'interdire la concentration en cause (voir ATF 104 Ib 412 consid. 1c p. 416; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème éd. 1983, p. 127/128). Compte tenu de l'objet du litige, le Tribunal fédéral estime être suffisamment renseigné pour statuer en l'état du dossier. Il s'ensuit que la demande de second échange d'écritures après consultation du dossier de la Commission de la concurrence, qui a été présentée par le recourant, doit être rejetée.

3. La seule question à trancher en l'espèce est de déterminer si la Commission de recours a ou non correctement interprété et appliqué le droit fédéral en déniant au recourant la qualité pour agir. a) Selon l'art. 39 LCart, la loi fédérale sur la procédure administrative est applicable aux procédures régies par la loi sur les cartels, dans la mesure où les art. 40 ss n'y dérogent pas. D'une manière générale, la loi sur les cartels distingue les entreprises visées par des enquêtes, qui ont évidemment qualité de parties au sens de l'art. 6 PA dans la procédure devant la Commission de la concurrence, des tiers dont la qualité de parties varie selon la position économique qu'ils occupent ou selon la nature de la participation à l'enquête qui leur est demandée (MARCEL DIETRICH, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, August 1997, ad

BGE 124 II 499 S. 503

art. 39 n. 36 p. 21/22 et ad art. 40 n. 12 p. 8). Ainsi, les personnes ou les associations mentionnées à l'art. 43 al. 1 lettres a et b LCart ont en règle générale déjà qualité de partie en vertu de l'art. 6 PA (FF 1995 I p. 605 et 607); il en va de même des organisations de protection des consommateurs que la loi autorise expressément à demander leur participation à l'enquête (art. 43 al. 1 let. c LCart; BALZ GROSS, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, August 1997, ad art. 43 n. 15 p. 7, n. 20 p. 8 et n. 28 p. 10). En revanche, dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises, seules les entreprises participantes ont qualité de parties (art. 43 al. 4 LCart), dans l'intérêt de la procédure simple et rapide voulue par le législateur, qui s'est écarté sur ce point du droit européen (FF 1995 I p. 597 et 605 voir aussi note 211 p. 598; WALTER A. STOFFEL, op.cit. p. 48; FRANCIS NORDMANN, Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte

des europäischen Wettbewerbsrechts, in Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, vol. 172, p. 246; KARL HOFSTETTER/RETO SCHILTKNECHT, Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in RDS 93/1997 p. 127; voir aussi FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Diss. Zurich 1996, p. 211 ss et Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz - erste Fälle und offene Fragen, in PJA 11/97, p. 1397). Les tiers concernés n'ont ainsi le droit que de prendre position par écrit sur la concentration en cause (art. 33 al. 1 LCart et 19 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises; JENS DROLSHAMMER/PATRICK DUCREY, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im revidierten schweizerischen Kartellgesetz, in WuW 1/1997 p. 26/27; KARL SCHERRER, op.cit., Diss. Zurich 1996, p. 437; MARCEL DIETRICH, op.cit. ad art. 39 n. 36 p. 21; BALZ GROSS, op.cit. ad art. 43 n. 40 p. 14). Ce dernier auteur estime cependant que l'intérêt à une procédure accélérée ne devrait pas empêcher de comprendre les aliénateurs éventuels dans les destinataires de la décision de concentration, avec les droits et obligations qui y sont liés (BALZ GROSS, op.cit. ad art. 43 n. 39 p. 14), et que la qualité pour recourir auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence devrait être reconnue, à titre tout à fait exceptionnel et avec une grande retenue, aux tiers qui ont des liens particulièrement étroits, plus forts que ceux d'un concurrent, avec la concentration d'entreprises en cause (ibidem ad art. 44 n. 55 et 56 p. 21; voir aussi KARL SCHERRER, op.cit., Diss. Zurich 1996, p. 438 et op.cit. in PJA 11/97 p. 1397). Même si l'art. 43 al. 4 LCart a été adopté par les

Chambres tel que proposé par le Conseil fédéral (voir BO CN 1995 vol. I p. 1109; BO CE 1995 p. 868), ces derniers auteurs considèrent en effet qu'en excluant les droits de parties des tiers par cette disposition, le législateur n'a pas eu l'intention de les priver, dans tous les cas, de la qualité pour recourir contre une décision de la Commission de la concurrence. Dans ces circonstances, la voie de recours devant la Commission ne pourrait de toute façon être ouverte à des tiers que très restrictivement. Point n'est toutefois besoin de trancher définitivement la question de savoir si la recevabilité d'un tel recours peut être admise à titre exceptionnel, car l'autorité intimée a elle-même déjà exclu la qualité pour agir du recourant sur la base des règles ordinaires de la procédure administrative. b) La teneur de l'art. 48 lettre a PA est à peu près identique à celle de l'art. 103 lettre a OJ, lequel détermine la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. Ces deux dispositions légales s'interprètent du reste de la même manière (ATF 123 II 376 consid. 2 p. 378; ATF 121 II 176 consid. 2a p. 177 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, la qualité pour recourir appartient à quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Le recourant doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés. L'intérêt invoqué - qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais qui peut être un intérêt de fait - doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération; il faut donc que l'admission du recours procure au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 123 II 376 consid. 4a p. 376, 115 consid. 2a p. 117). Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable (ATF 121 II 39 consid. 2c/aa p. 43/44; ATF 120 Ib 48 consid. 2a p. 51, 379 consid. 4b p. 386; 119 Ib 374 consid. 2a/aa p. 376). La jurisprudence a ainsi dénié aux consommateurs la qualité pour recourir contre une autorisation relative aux aliments à base de soja manipulé génétiquement, car ils n'étaient pas plus touchés que l'ensemble du public par la décision attaquée (ATF 123 II 376 consid. 4c p. 381). Un rapport étroit et digne d'être protégé a également été nié dans le cas de riverains d'une ligne de chemin de fer sur laquelle étaient transportés des déchets radioactifs (ATF ATF 121 II 176 consid. 2b p. 178), contrairement à ce qui est en principe admis pour les

riverains d'installations fixes comme les aéroports (ATF 104 Ib 307 consid. 3b p. 318) ou les stands de tirs (ATF 110 Ib 99 consid. 1b p. 102). La qualité pour recourir n'a pas non plus été reconnue à l'actionnaire d'une société anonyme touchée par une décision administrative, même s'il était actionnaire unique ou principal, considérant qu'il n'était qu'indirectement concerné par la décision incriminée (ATF 116 Ib 331 consid. 1c p. 335). De même, le recours de l'Association suisse des producteurs de films contre la dissolution de la Fondation Ciné-journal suisse a été déclaré irrecevable, les relations commerciales entretenues par certains membres de l'Association avec la Fondation ne constituant pas un lien suffisamment étroit avec l'objet de la décision attaquée (ATF 101 Ib 108 consid. 2a p. 110/111). Quant aux associations de concurrents, leur qualité pour recourir n'est pas non plus admise si elles ne se trouvent pas dans un rapport spécial et digne d'être protégé mais se sentent seulement visées par une concurrence accrue (ATF 113 Ib 363 ss; ATF 109 Ib 198 ss; voir aussi HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2ème éd. Zurich 1993 n. 1525 p. 349). La jurisprudence, comme la doctrine, exige donc de manière assez stricte la présence d'un intérêt propre et direct lorsqu'un tiers désire recourir contre une décision dont il n'est pas le destinataire (GYGI, op.cit., p. 158-159; HÄFELIN/MÜLLER, op.cit. n. 1519 ss p. 348/349; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, rem. 240 à 242 p. 147/148). c) Ici, le recours émane d'un tiers, indirectement concerné par une décision de concentration d'entreprises, qui prétend agir à différents titres pour empêcher la fusion de deux quotidiens. Il estime en effet que, même assortie de charges, la concentration autorisée par la Commission de la concurrence dans sa décision du 1er décembre 1997 nuit à l'ordre économique et social que la loi sur les cartels a pour but de garantir (art. 1er LCart), dans la mesure où la liberté de presse n'est plus sauvegardée. Au vu des principes rappelés ci-dessus (consid. 3b), la Commission de recours a cependant constaté à juste titre que le recourant ne pouvait pas se prévaloir de sa qualité d'actionnaire de la Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne, dès lors qu'un actionnaire ne peut attaquer lui-même une décision concernant la société anonyme (ATF 116 Ib 331 331 consid. 1c p. 335). L'actionnaire a en revanche la faculté d'attaquer devant la juridiction civile compétente une décision de l'assemblée générale acceptant une concentration d'entreprises, ainsi que l'a d'ailleurs fait

le recourant auprès du Tribunal de première instance du canton de Genève. En qualité d'abonné au Journal de Genève et Gazette de Lausanne, soit dans une situation analogue à celle du consommateur, le recourant n'a pas davantage un lien suffisamment étroit avec la décision attaquée qui le touche comme n'importe quel lecteur. Il n'est pas non plus habilité à défendre les intérêts idéaux de la liberté de presse, ce qui reviendrait sinon à admettre l'action populaire (ATF 123 II 376 consid. 2 p. 378 et les références citées). A noter, au surplus, que l'art. 43 al. 1 lettre c LCart prévoit comme participants à l'enquête non pas les consommateurs individuels, mais les organisations de consommateurs. Enfin, le recourant ne saurait agir en qualité de Président de l'Association des amis du Journal de Genève et Gazette de Lausanne. Seule l'association elle-même aurait pu recourir (voir GYGI, op.cit. n. 4.3.2 p. 159 à 161; KÖLZ/HÄNER, op.cit. n. 243 et 244 p. 149; HÄFELIN/MÜLLER, op.cit. n. 1530 et 1531 p. 350/351), mais son intervention n'eût vraisemblablement pas été admise, dans la mesure où la majorité de ses membres se trouvent dans la même situation que le recourant. d) Pour le reste, le recourant ne peut tirer aucun droit de la lettre de la Commission de la concurrence du 20 août 1997 qui l'invite, en qualité d'opposant, à donner son avis sur la concentration, conformément à l'art. 33 al. 1 LCart. La lettre de la Commission de la concurrence du 20 août 1997 s'adresse à tous les "milieux intéressés selon la liste ci-jointe" et envoie ainsi le même questionnaire aux éditeurs, entreprises publicitaires, associations d'employés, associations économiques, opposants et spécialistes des médias. Il s'agit clairement d'une consultation auprès des personnes qui, d'une manière générale, seraient susceptibles de lui fournir des renseignements sur la concentration en cause. Cela ne suffit donc pas à conférer la qualité de parties à tous les destinataires de la lettre. En

l'espèce, le fait que le recourant a été placé dans la rubrique des "opposants" n'est pas déterminant, du moment que l'intéressé s'opposait effectivement à la fusion des deux quotidiens. Il paraît en effet normal qu'à ce titre, la Commission de la concurrence l'ait interpellé pour se forger une opinion. e) Enfin, le recourant ne saurait se prévaloir des art. 4 Cst. et 6 CEDH pour soulever des griefs qui n'ont pas de portée propre par rapport à sa position de partie qui ne lui a pas été reconnue. Par ailleurs, si l'art. 6 CEDH est bien applicable à la procédure devant la Commission de la concurrence et la Commission de recours (MARCEL DIETRICH, op.cit ad art. 39 n. 56 à 58 p. 29), cette

disposition n'empêche pas de poser des conditions pour l'admission de tiers comme parties dans une procédure, soit plus particulièrement ici pour admettre une personne qui n'est pas destinataire de la décision (voir ATF 123 II 376 consid. 6 p. 384).