

Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart)

Condensé

La législation relative à la concurrence joue un rôle essentiel en matière d'efficience macroéconomique. C'est pourquoi la loi sur les cartels a été aménagée de manière plus maniable en 1995, et complétée en 2003 par de nouveaux instruments destinés à sa mise en œuvre. Ont notamment été introduits des sanctions directes à l'encontre des entreprises pour les infractions particulièrement graves à la loi sur les cartels et un programme de clémence. L'évaluation de la loi révisée conformément à l'art. 59a LCart a montré que la loi et les nouveaux instruments avaient globalement fait leurs preuves. Elle a néanmoins également démontré la nécessité d'une révision à plusieurs égards. Cette nécessité concerne au premier chef l'organisation institutionnelle des autorités en matière de concurrence. Mais une révision s'avère également nécessaire en ce qui concerne toute une série de dispositions de droit matériel. Enfin, indépendamment de l'évaluation, des enjeux de taille découlent d'un mandat du Parlement transmis il y a peu.

Selon la loi actuellement en vigueur, les décisions en matière de droit de la concurrence sont prises par une commission indépendante, la Commission de la concurrence, laquelle dispose de son propre secrétariat, le Secrétariat de la Commission de la concurrence. La révision de 2003 a accentué le caractère quasi pénal des décisions rendues par la Commission de la concurrence. Sous l'angle de la légalité, il n'est pas satisfaisant qu'un organe au sein duquel siègent des représentants d'associations économiques prononce des sanctions administratives dont les montants peuvent atteindre plusieurs millions de francs. C'est pourquoi la réforme vise à créer une autorité de la concurrence indépendante, qui mène les enquêtes et présente des requêtes, ainsi qu'un tribunal de première instance indépendant qui statue sur les affaires. Au sein de ce Tribunal fédéral de la concurrence, devront siéger des juges spécialisés chargés de représenter la pratique économique. Tous les juges devront satisfaire à des exigences élevées en matière d'indépendance par rapport à d'éventuels intérêts économiques et politiques.

Sous l'angle du droit matériel, il est impératif, en premier lieu, d'améliorer la procédure d'opposition. Une telle procédure doit permettre aux entreprises de bénéficier à temps d'une certaine sécurité juridique en cas de comportements discutables sous l'angle du droit des cartels, compte tenu des sanctions importantes qu'elles sont susceptibles d'encourir. Afin d'améliorer la fonction de la procédure d'opposition, l'entreprise n'encourt à nouveau une sanction qu'à compter de l'ouverture d'une enquête formelle et non déjà, comme à l'heure actuelle, à l'ouverture d'une enquête préliminaire informelle.

Le deuxième point de droit matériel devant être révisé est le traitement des accords verticaux. L'aménagement légal décidé en 2003 par le législateur a généré une insécurité juridique considérable. L'appréciation de tels accords doit s'effectuer de manière différenciée. Il est opportun de procéder à une analyse au cas par cas qui mette en balance les effets de tels accords qui inhibent ou encouragent la concurrence et tiennent compte des gains d'efficience macroéconomique fondés sur une meilleure coordination des échelons commerciaux.

Troisièmement, le contrôle des concentrations suisse doit être renforcé et simplifié. Sous sa forme actuelle, ce contrôle s'est avéré peu efficace. Même selon la pratique récente de la COMCO, il y a lieu de constater que le contrôle des concentrations, inchangé depuis 1995, n'a que peu d'effets lorsqu'il s'agit d'empêcher de fortes concentrations du marché. Le critère d'appréciation doit faire l'objet d'une nouvelle réglementation afin de prévenir l'accumulation de pouvoir économique de manière plus efficace. Par ailleurs, les doublons dans l'examen des concentrations à l'échelle internationale doivent être réduits.

Quatrièmement, une base légale doit être aménagée pour la coopération entre autorités en matière de concurrence suisses et étrangères. Une lutte efficace contre les infractions au droit des cartels exige que les autorités en matière de concurrence, à l'instar de l'économie, puisse interagir au niveau international.

Cinquièmement, la révision concerne la procédure civile du droit des cartels. A l'heure actuelle, seuls ont qualité pour agir les acteurs économiques dont l'accès à la concurrence ou son exercice sont entravés. L'élargissement de la qualité pour agir aux clients finaux permet de pallier l'inégalité générée par le fait que ceux-ci ne peuvent pas faire valoir le dommage qu'ils subissent en raison des cartels.

La réforme des institutions ôterait également des obstacles à l'élargissement, examiné au Parlement, de l'éventail d'instruments du droit des cartels par des sanctions directes à l'encontre des personnes physiques participant à des accords cartellaires horizontaux durs.

Table des matières

1	Grandes lignes du projet	5
1.1	Contexte	5
1.1.1	Evaluation de la loi sur les cartels	5
1.1.2	Buts visés par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision	5
1.1.3	Auditions	6
1.1.4	Interventions parlementaires	7
1.1.6	Défis à relever	8
1.2	La nouvelle réglementation proposée	10
1.2.1	Renforcement de l'indépendance des institutions	11
1.2.2	Traitement différencié des accords verticaux	15
1.2.3	Amélioration de la procédure d'opposition	19
1.2.4	Modernisation du contrôle des concentrations d'entreprises	21
1.2.5	Amélioration des possibilités de collaboration internationale	23
1.2.6	Renforcement du volet civil du droit des cartels	25
1.2.7	Droit procédural	27
2	Commentaire des articles	27
2.1	Préambule	27
2.2	Modifications rédactionnelles	28
2.3	Dispositions de droit matériel (chapitre 2)	28
2.3.1	Restrictions illicites à la concurrence (section 1)	28
2.3.2	Concentrations d'entreprises (section 2)	30
2.4	Dispositions de procédure civile (chapitre 3)	32
2.5	Autorité de la concurrence et Tribunal fédéral de la concurrence (chapitre 4)	34
2.5.1	Autorité de la concurrence (section 1)	34
2.5.2	Tribunal fédéral de la concurrence (section 2)	37
2.6	Dispositions de procédure (chapitre 5)	42
2.6.1	Restrictions à la concurrence (section 1)	42
2.6.2	Concentrations d'entreprises (section 2)	44
2.6.3	Autres dispositions procédurales et voies de droit (section 3)	45

2.7	Sanctions (chapitre 6)	49
2.7.1	Sanctions administratives (section 1)	49
2.8	Evaluation (chapitre 8)	50
2.9	Emoluments (chapitre 9)	50
2.10	Dispositions transitoires et dispositions finales	52
3	Conséquences	52
3.1	Conséquences pour la Confédération	52
3.2	Conséquences pour les cantons	53
3.3	Conséquences pour l'économie	53
3.3.1	Nécessité d'une action de l'Etat	53
3.3.2	Conséquences pour les différents acteurs économiques	53
3.3.3	Conséquences pour l'économie dans son ensemble	54
3.3.4	Autres réglementations possibles	56
3.3.5	Aspects pratiques de l'exécution	56
3.4	Autres conséquences	56
4	Lien avec le programme de la législature	56
	Liste des abréviations	57
	Bibliographie	58

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Evaluation de la loi sur les cartels

La concurrence est l'une des conditions essentielles pour accéder à une efficacité de l'économie globale et, par conséquent, au bien-être prévu par la Constitution fédérale. Une loi sur les cartels (LCart) bien pensée et adaptée revêt dès lors toute son importance.

Dans le cadre de la révision partielle de la LCart de 2003, le Parlement avait chargé le Conseil fédéral de procéder à une évaluation de l'efficacité de la LCart. Il s'agissait d'examiner dans les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de la révision, conformément à l'art. 59a LCart, si les mesures actuelles permettaient d'atteindre le but de la loi, à savoir l'empêchement des conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence.

Le Groupe d'évaluation Loi sur les cartels (ci-après : groupe d'évaluation) a soumis son rapport de synthèse au DFE le 5 décembre 2008. Ce rapport dresse un bilan globalement positif de la conception sous-tendant la LCart : il relève notamment que les nouveaux instruments introduits en 2003, à savoir les sanctions directes, le programme de clémence et les perquisitions, atteignent l'objectif visant à un renforcement de l'effet préventif de la loi et doivent dès lors être maintenus.

Le groupe d'évaluation a toutefois relevé, à différents niveaux, des améliorations possibles et nécessaires justifiant une révision de la loi. Selon lui, il s'agit prioritairement des points suivants : renforcement de l'indépendance des autorités en matière de concurrence et professionnalisation de l'organe de décision par le biais d'un taux d'occupation plus élevé, base légale formelle permettant, à certaines conditions, une collaboration plus étroite avec les autorités de concurrence étrangères, harmonisation du contrôle des concentrations suisse avec celui de l'UE, et, en ce qui concerne les restrictions aux accords verticaux, abandon de l'actuelle présomption de suppression de la concurrence efficace, étant précisé qu'il convient de conserver le système de sanctions directes en cas d'accords illicites.

D'autres améliorations sont souhaitables dans le cadre d'une révision de la loi, notamment un renforcement du volet civil du droit des cartels, des améliorations en matière de droit procédural, la confirmation du caractère punissable des cartels durs illicites (indépendamment de la réfutation de la présomption de la suppression de la concurrence), une amélioration de la procédure d'opposition et un examen de l'introduction de sanctions à l'encontre des personnes physiques.

1.1.2 Buts visés par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision

Le 25 mars 2009, le Conseil fédéral a approuvé le rapport concernant l'évaluation de la LCart fondé sur l'art. 59a et s'est prononcé sur les mesures à prendre.

Dans son rapport, le Conseil fédéral s'est rallié, pour l'essentiel, aux conclusions de l'évaluation et a proposé au législateur de maintenir la conception actuelle de la LCart et de conserver les nouveaux instruments. Il a également admis les carences

de la loi actuelle relevées par le groupe d'évaluation et exprimé l'intention de mettre en consultation un projet de révision partielle de la LCart. Partant, il a chargé le DFE d'élaborer un projet d'ici le printemps 2010.

Le Conseil fédéral a souligné que la réforme de la LCart devait porter notamment sur les points suivants :

- Un renforcement de la **Commission de la concurrence (COMCO) en tant qu'institution indépendante**. L'organe de décision doit être professionnalisé, c'est-à-dire limité à un petit nombre de membres travaillant à un taux d'occupation plus élevé. Par ailleurs, la répartition des compétences au sein des autorités de la concurrence, parfois peu claire et critiquée de différentes parts, doit être clarifiée.
- **Un traitement désormais différencié des accords verticaux**. Il s'agit d'élaborer des propositions concrètes, notamment en ce qui concerne la suppression de la présomption actuelle. Une telle adaptation aurait pour conséquence que les accords verticaux seraient soumis à un examen au cas par cas, au même titre que les pratiques des entreprises occupant une position dominante sur le marché.
- Une **modernisation du contrôle des concentrations** et une orientation à l'avenir plus marquée vers les standards de l'UE. Il s'agit notamment d'élaborer une proposition relative aux seuils d'intervention et d'admission.
- En outre, l'examen de **mesures destinées à accélérer les procédures** et, si nécessaire, l'élaboration de propositions de modifications de la loi dans ce sens. De telles modifications ne doivent toutefois ni restreindre les droits des parties ni créer un droit procédural spécifique à la loi sur les cartels. Le Conseil fédéral a également souligné la nécessité d'alléger, lorsque c'est possible, la charge matérielle et administrative pesant sur les entreprises.

La Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) a pris connaissance du rapport du Conseil fédéral le 20 avril 2009, et celle du Conseil des Etats le 30 mars 2010.

1.1.3 Auditions

Se fondant sur la décision du Conseil fédéral du 25 mars 2009, le groupe de projet de développement de la LCart, constitué en avril 2009 par le DFE, a élaboré des variantes de solutions destinées à répondre aux enjeux identifiés lors de l'évaluation de la loi. En août et en septembre 2009, il a procédé à l'audition de groupes d'intérêts et des autorités directement concernées et a examiné de nouvelles variantes. Ont été entendus les groupes d'intérêts qui siègent actuellement à la COMCO (économiesuisse, l'Union suisse des paysans, l'Union suisse des arts et métiers, l'Union syndicale suisse, les organisations de consommateurs (SKS, kf et FRC)), des organisations qui prennent part de manière particulièrement active à la discussion politique en matière de LCart (notamment la Fédération suisse des avocats, la CI CDS, Promarca, Swissholdings), ainsi que les autorités directement concernées (le président de la Commission de la concurrence et le Surveillant des

prix). Certains des axes de la réforme demandée par le Conseil fédéral ont rencontré un écho très favorable. Néanmoins, les points de vue sur la nécessité d'une révision et sur son objet ont en partie donné lieu à des controverses. Les souhaits exprimés ont été repris de manière constructive lors de l'élaboration du projet mis en consultation. Lorsque cela s'avérait possible et judicieux, les idées émises lors des auditions ont été prises en compte ou sont discutées dans les variantes.

De manière plus détaillée, les représentants de l'économie et les avocats, notamment, ont souligné la nécessité d'une réforme institutionnelle : selon eux, la séparation entre instance chargée de l'enquête, instance d'accusation et instance de sanction est actuellement insuffisante; la répartition des compétences doit être clarifiée et le principe de légalité renforcé. Il y aurait une nécessité urgente d'agir en la matière. Il a été suggéré de s'inspirer de modèles alternatifs, tels les tribunaux de commerce ou les solutions judiciaires pratiquées en Autriche et en Allemagne. D'autres participants aux auditions étaient d'avis que la structure actuelle était satisfaisante.

D'un point de vue matériel, premièrement, le fait de faciliter les concentrations internationales et l'adaptation modérée des critères d'appréciation des concentrations ont été salués. Toutefois, l'harmonisation importante avec l'UE dans le domaine du contrôle des concentrations a fait l'objet de controverses en raison des contraintes administratives qui en découleraient. Deuxièmement, il s'est avéré, en ce qui concerne les accords verticaux, que la loi actuelle donne lieu à toutes sortes d'interprétations. La nécessité d'intervenir à cet égard a été soulignée à plusieurs reprises, sans toutefois qu'un accord ne se profile sur les différents points de la réforme. Dans le cadre de l'amélioration de la collaboration internationale, il a été demandé d'exiger la réciprocité de la part des autorités étrangères et de prendre des mesures préventives contre les demandes de renseignements abusives. En ce qui concerne le renforcement du volet civil du droit des cartels, le souhait d'éviter une "américanisation" sous la forme de l'introduction de l'action collective a été exprimé.

1.1.4 Interventions parlementaires

Parallèlement à l'évaluation et aux travaux relatifs au projet mis en consultation, le Parlement a traité la motion Schweiger (07.3856). Celle-ci réclame premièrement une atténuation de la sanction fondée sur les programmes de conformité (programmes de respect des prescriptions du droit des cartels), et deuxièmement, l'introduction dans la LCart de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques. Le Conseil fédéral a demandé le rejet de la motion, car il redoutait un affaiblissement global de l'impact de la LCart. A l'origine, la motion demandait que l'existence de programmes de conformité entraîne l'exemption de sanctions. Le Conseil national a considéré qu'une telle solution allait trop loin; il a donc modifié la motion sur ce point pour ne prévoir plus qu'une atténuation de la sanction. Lors de la session d'été 2010, le Conseil des Etats réuni en plénum a renvoyé le traitement de la motion à sa commission.

L'adoption de cette motion préfigurerait la décision de procéder à une plus vaste révision de la LCart. Il est vrai que l'introduction d'une atténuation de la sanction en cas de suivi d'un programme de conformité juridiquement satisfaisant n'entraîne pas

de gros travail législatif, notamment parce que de telles atténuations sont déjà possibles selon le droit en vigueur. Il en va cependant autrement de l'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques : les structures institutionnelles et procédurales actuelles ne sont guère assez solides pour supporter l'introduction de peines pécuniaires et de peines privatives de liberté infligées aux membres des entreprises qui ont violé le droit des cartels. Se pose dès lors la question de savoir si et de quelle manière les nouvelles sanctions à l'encontre des personnes physiques pourraient s'insérer dans le déroulement de la procédure actuelle des sanctions administratives prononcées contre les entreprises, et ce sans compromettre l'efficacité des instruments utilisés actuellement. Ces questions font actuellement l'objet d'analyses juridiques.

Au cas où la motion est adoptée, une seconde consultation devrait être ouverte relativement rapidement en raison des implications institutionnelles importantes que cela entraînerait.

L'Assemblée fédérale débat également de l'initiative parlementaire Kaufmann (08.443): „Amendes contre les cartels. Menace pour la viabilité des entreprises“. Cette initiative demande une exemption de sanction en cas de mise en place d'un programme de conformité, ainsi que l'introduction simultanée de peines privatives de liberté à l'encontre des employés fautifs qui ont participé intentionnellement à un accord en matière de concurrence qui relève de l'art. 5, al. 3, réunissant des entreprises représentant ensemble une part de marché de plus de 30 %. En exigeant l'exemption de sanction, cette motion va plus loin que la motion Schweiger dans la version du Conseil national. La CER-E a décidé le 30 mars 2010 de ne pas donner suite à cette initiative parlementaire. Ce dossier est désormais transmis au Conseil national qui en débatera en plénum.

Est également en cours la motion de Buman (10.3302): "Pour une véritable concurrence et des prix plus bas". Celle-ci exige une plus grande indépendance de l'organe décisionnel, un renforcement de l'effet dissuasif de la LCart, un durcissement du contrôle des concentrations, l'introduction de sanctions à l'encontre des personnes physiques sans conséquences indésirables sur les autres instruments du droit des cartels, une accélération de la procédure, ainsi qu'un renforcement de la collaboration internationale. La motion reprend les recommandations essentielles qui découlent d'un examen de la politique suisse en matière de concurrence auquel le Comité de la concurrence de l'OCDE a procédé en 2006. Le Conseil fédéral a recommandé l'adoption de la motion le 4 juin 2010.

Il faut enfin mentionner le postulat CER-CN 08.3764 "Situation économique suisse et mesures de stabilisation" qui préconise aussi une mise en œuvre rapide d'une révision de la LCart.

1.1.6 Défis à relever

Structure institutionnelle

Les conclusions de l'évaluation, les interventions parlementaires et les résultats des auditions montrent la grande nécessité d'une réforme dans le domaine institutionnel : en 1995, la codification des comportements présumés supprimer une concurrence efficace et devant dès lors être prohibés de manière générale a, dans une large mesure, harmonisé la LCart suisse avec les modèles internationaux; en 2003 ont été introduites les sanctions directes dont le caractère pénal a entre-temps clairement été précisé. Malgré ces changements matériels significatifs, aucune modification essentielle n'a été apportée jusqu'ici à la structure institutionnelle. En sa qualité d'organe de décision, la COMCO est demeurée une grande commission de milice qui n'est pas clairement séparée de l'autorité chargée de l'enquête (son secrétariat). C'est au plus tard lorsque la loi prévoira, comme le souhaite la motion Schweiger en cours, que les sanctions directes s'appliquent également aux personnes physiques, que l'organisation institutionnelle actuelle ne sera plus viable sous l'angle juridique.

Les auditions ont montré qu'une professionnalisation complète de l'autorité de décision renonçant à la représentation des groupes d'intérêts siégeant actuellement au sein de la COMCO se heurterait à une vive opposition. Le Conseil fédéral en tient compte et propose un nouveau modèle qui prévoit l'élection d'experts non liés à des groupes d'intérêts et ayant une expérience pratique en qualité de juges d'un tribunal indépendant.

Sont enfin réclamés un renforcement du principe de légalité et une accélération des procédures. Une telle accélération se heurte de manière latente à la volonté du Parlement d'introduire à l'avenir des sanctions pénales de plus grande envergure. Le Conseil fédéral souhaite résoudre ce conflit d'objectifs en répartissant plus clairement les tâches entre les différentes instances, en réorganisant les procédures et en simplifiant les voies de droit.

En résumé, l'objectif prioritaire de la révision est d'apporter à la LCart, grâce à tous les nouveaux instruments, un fondement juridiquement irrécusable, de lui donner l'effet préventif souhaité et d'en permettre une mise en œuvre rapide et efficace.

Réglementations matérielles

- Le traitement des accords verticaux fait l'objet d'expectatives divergentes et d'interprétations très différentes de la loi dans sa version actuelle. Le projet mis en consultation en tient compte, puisqu'il présente deux variantes qui toutes deux assurent une plus grande clarté et permettent de remédier aux critiques formulées à l'encontre de la loi actuelle.
- Personne ne conteste la nécessité d'une refonte de la procédure d'opposition : la solution actuelle offre une sécurité insuffisante aux entreprises désireuses d'investir dans le développement d'un marché grâce à de nouveaux modèles commerciaux.
- En ce qui concerne les fusions internationales, le contrôle des concentrations fait actuellement incontestablement l'objet de doublons au sein des autorités nationales en matière de concurrence. Les entités entendues ont unanimement demandé des simplifications en la matière. Par ailleurs, sous l'angle économique, le critère d'appréciation actuel autorise un trop grand nombre de fusions. Maintenir la solution existante, comme l'exige une partie de l'économie, comporte des risques économiques dans le sens d'une trop forte

accumulation du pouvoir de marché. Le projet mis en consultation tient compte des doutes exprimés en présentant deux solutions différentes.

- La nécessité d'intensifier la collaboration internationale entre autorités de la concurrence ne saurait être contestée compte tenu de la globalisation. La conclusion d'accords de coopération doit être complétée d'une norme de principe dans la loi et préparée quant à la substance. Si, par exemple, les autorités de l'UE ont déjà procédé à des perquisitions et que les entreprises suisses sont ainsi averties, des perquisitions ultérieures en Suisse n'ont plus aucun sens. C'est pourquoi les autorités de concurrence suisses et étrangères doivent pouvoir coordonner leurs actes d'enquête à l'avenir.
- Sous l'angle civil du droit des cartels, on est actuellement confronté à la situation choquante qu'une partie des personnes lésées par les cartels n'ont en principe pas la possibilité de faire valoir le dommage subi par la voie judiciaire. Ce point doit être corrigé. En renforçant le volet civil du droit des cartels de manière nuancée, comme le propose le projet, on écarte le souci de voir se multiplier les actions judiciaires en raison d'un élargissement de la qualité pour agir.

1.2 La nouvelle réglementation proposée

Le contexte décrit au chapitre 1.1 a montré qu'un grand nombre de domaines de la LCart sont touchés par les objectifs ressortant de l'évaluation et des mandats confiés par le Parlement. La nouvelle réglementation présentée ci-après accorde une grande importance à la cohérence d'une éventuelle révision de la LCart. C'est pourquoi les rapports entre les différentes propositions de réforme sont expliqués dans les paragraphes suivants.

Le chapitre 1.2.1 suggère une nouvelle organisation des institutions en vue de la mise en œuvre de la LCart. Les origines de la structure institutionnelle actuelle remontent aux années soixante, aux débuts de la Commission des cartels, dont l'activité relevait uniquement du droit administratif et qui officiait en qualité d'organe de milice chargé de concilier les intérêts. Ce modèle est aujourd'hui unique sur le plan international. L'introduction de sanctions directes en cas de violations du droit des cartels et leur qualification au titre de sanctions pénales tombant sous le coup de la CEDH font que le modèle actuel est discutable sous l'angle juridique. Compte tenu de la nécessité de procéder à une réforme, il est important et urgent de repenser les institutions.

Les chapitres 1.2.2 à 1.2.6 concernent les propositions matérielles de réforme que l'évaluation de la LCart a identifiées comme étant importantes et pertinentes, notamment le traitement des accords verticaux, la procédure d'opposition, le contrôle des concentrations, la collaboration internationale et le volet civil du droit des cartels. Les auditions ont confirmé l'importance de ces thèmes de fond qui justifient une révision de la LCart. Les propositions matérielles de réforme peuvent être considérées et mises en œuvre individuellement et indépendamment de la réforme institutionnelle.

Enfin, le chapitre 1.2.7 traite les implications procédurales découlant de la révision proposée. En droit procédural, comme en ce qui concerne la réforme institutionnelle, la nécessité d'une révision se fait sentir depuis longtemps. L'introduction de sanctions directes et la volonté simultanée de raccourcir le plus possible la durée des procédures exigent une révision d'une série de dispositions procédurales, en harmonie avec la réforme des institutions. D'autres dispositions pourraient résulter du souhait du Parlement d'introduire dans le droit des cartels la poursuite pénale des personnes. La réforme institutionnelle, les possibilités de sanction et le droit procédural doivent toujours être replacés dans leur contexte et ne sauraient être réformés sans répercussions mutuelles.

Enfin, compte tenu de l'ampleur de la réforme, il apparaît judicieux d'envisager une mise en œuvre échelonnée dans le temps des différents éléments du projet.

1.2.1 Renforcement de l'indépendance des institutions

Objectifs

Le projet vise à élaborer un modèle institutionnel moderne d'autorités en matière de concurrence qui atteigne les objectifs suivants :

- un renforcement de *l'indépendance* de l'instance décisionnelle;
- une *répartition aussi claire que possible* des tâches relatives aux enquêtes et aux décisions;
- la compatibilité de principe avec l'introduction de *sanctions à l'encontre des personnes physiques*;
- dans la mesure du possible, une *accélération des procédures* jusqu'à la décision de dernière instance.

Eu égard aux conflits d'objectifs mentionnés au paragraphe 1.1.6, il ne semble guère possible d'atteindre ces objectifs sans une réforme fondamentale de la structure institutionnelle actuelle. Le maintien du modèle mixte composé de la COMCO et de son secrétariat n'apparaît plus adapté. L'OCDE et le Prof. Dr. Carl Baudenbacher l'ont souligné à plusieurs reprises, la première dans le cadre de son examen de la politique suisse en matière de concurrence effectué en 2006, et le second dans son avis de droit relatif à l'évaluation de la LCart. Les cas de plus en plus complexes constituent une charge croissante pour un pur système de milice. Cela ne signifie pas pour autant que le système actuel ne fonctionne pas; bien au contraire, il fonctionne bien dans les limites de ce qui est possible. Des améliorations sont néanmoins nécessaires et sont aussi possibles à des coûts acceptables.

Les enquêtes doivent relever de la compétence d'une autorité de la concurrence indépendante, forte et efficace. Si les faits établis sont susceptibles de sanctions, les décisions doivent être prises par une cour indépendante du cercle politique et de l'autorité de la concurrence, professionnalisée, mais disposant de l'expérience pratique nécessaire. Devant cette cour doit avoir lieu une procédure ouverte et équitable entre le prévenu et l'autorité de la concurrence en sa qualité de demanderesse.

Enfin, les structures institutionnelles doivent être aménagées de sorte que les procédures puissent être menées à terme le plus rapidement possible jusqu'à la décision de dernière instance. Les procédures qui demeurent pendantes durant de nombreuses années devant les autorités de recours, comme c'est en partie le cas actuellement, grèvent lourdement le fonctionnement du marché et de l'économie. Le risque, actuellement, est que le contexte du marché ne corresponde plus, lors de l'entrée en force des jugements, à la situation qui existait au moment de l'enquête.

La réalisation de tous les objectifs fixés constitue un enjeu de taille. C'est pourquoi le projet mis en consultation propose une réorganisation institutionnelle substantielle.

Nouveau modèle

Premièrement, l'actuel secrétariat de la COMCO doit être **revalorisé et devenir une autorité en matière de concurrence autonome, indépendante du Conseil fédéral et des intérêts économiques**. Dans les cas tombant sous le coup de la LCart, la nouvelle Autorité de la concurrence doit mener les enquêtes et présenter une requête au Tribunal fédéral de la concurrence (voir ci-après). Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence doit pouvoir conseiller les entreprises, se porter publiquement garante d'une concurrence efficace et prendre position dans le cadre de consultations. L'Autorité de la concurrence doit en outre prendre les décisions administratives de première instance dans le cadre du contrôle des concentrations, car les fusions d'entreprises constituent un point particulièrement critique en termes de délais. Différents modèles ont été examinés en ce qui concerne la forme organisationnelle de l'Autorité de la concurrence. En raison des exigences particulières liées à son indépendance, l'Autorité de la concurrence ne peut être simplement aménagée en office fédéral. L'alternative consistant à structurer l'Autorité de la concurrence de la même manière que la FINMA, sous la forme d'un établissement disposant de son propre conseil d'administration, n'est pas convaincante en raison des coûts et de la taille comparativement beaucoup plus faible de l'Autorité de la concurrence. Pour cette dernière se justifie une solution intermédiaire telle que celle retenue par exemple pour le Préposé fédéral à la protection des données : l'Autorité de la concurrence doit être un organe fédéral indépendant, non lié par des instructions, et rattaché au DFE sur un plan exclusivement administratif. Sa direction, nommée par le Conseil fédéral pour la durée du mandat, assume la responsabilité globale, et les collaborateurs dirigeant les enquêtes agissent selon ses instructions.

Deuxièmement, une mise en commun des ressources de la COMCO et des juges qui traitent actuellement les questions relatives au droit des cartels au sein du Tribunal administratif fédéral permet la constitution d'un **nouveau Tribunal fédéral de la concurrence, distinct de l'Autorité de la concurrence**, et qui assume la fonction décisionnelle et la fixation des sanctions en cas d'accords et d'abus de pouvoirs sur le marché. Les parties doivent disposer de pleins droits procéduraux dans le cadre des procédures menées devant le Tribunal fédéral de la concurrence, à savoir que l'Autorité de la concurrence transmet une requête au Tribunal fédéral de la concurrence et que les entreprises concernées font valoir leur position devant le Tribunal et ce dernier statue. Le nouveau Tribunal fédéral de la concurrence doit être organisé de manière aussi sobre et efficace que possible. C'est pourquoi il doit être rattaché administrativement au Tribunal administratif fédéral et ainsi disposer des ressources

de ce dernier, par analogie avec le Tribunal fédéral des brevets. A l'instar des tribunaux de commerce cantonaux et du Tribunal fédéral des brevets, le Tribunal fédéral de la concurrence doit disposer, en sus d'un petit nombre de juges ordinaires, d'une équipe de juges suppléants spécialisés et ayant une expérience pratique. Pour désigner les juges siégeant au Tribunal fédéral de la concurrence, il convient de tenir compte de manière appropriée de l'exigence de connaissances approfondies du droit des cartels, d'une expérience entrepreneuriale et de connaissances dans le domaine économique et industriel. Les juges ordinaires comme les juges suppléants sont soumis à des exigences élevées en matière d'indépendance. La cour appelée à statuer est composée de cinq juges désignés parmi les juges ordinaires et au sein de l'équipe de juges spécialisés.

Troisièmement, **les décisions du Tribunal fédéral de la concurrence sont directement susceptibles de recours devant le Tribunal fédéral.** Cela accélère considérablement la procédure de recours jusqu'à ce que soit rendue la décision de dernière instance. Cela n'entraîne toutefois aucune péjoration de la situation actuelle, mais plutôt un renforcement de l'Etat de droit : en effet, à l'heure actuelle déjà, les cas relevant du droit des cartels ne sont jugés qu'une seule fois par un tribunal indépendant ayant un plein pouvoir d'examen, à savoir le Tribunal administratif fédéral. Désormais, les cas seront jugés par le Tribunal fédéral de la concurrence qui bénéficiera lui aussi d'un plein pouvoir d'examen. A juste titre, celui-ci est déjà une autorité de première instance, contrairement au Tribunal administratif fédéral qui, historiquement, est issu du regroupement d'instances de recours et continue d'exercer essentiellement cette fonction. Par rapport au Tribunal administratif fédéral, le Tribunal fédéral de la concurrence disposera également d'un plus grand nombre de ressources et de connaissances spécialisées. On peut ainsi s'attendre à ce qu'en première instance déjà, la qualité des décisions soit élevée.

La création d'un nouveau Tribunal fédéral de la concurrence indépendant permet d'utiliser de manière optimale les ressources à disposition pour la mise en œuvre de la LCart. Cette institution tient compte de la spécificité du droit des cartels, et notamment de la contribution de chaque arrêt au développement du droit : le droit des cartels continuera dès lors à être mis en œuvre sur la base de la loi fédérale sur la procédure administrative. Toutefois, la procédure devra incontestablement tenir compte des prescriptions légales de la CEDH en raison du caractère pénal des sanctions. La suggestion de séparer enquêtes et requêtes d'une part, et décisions et fixation des sanctions d'autre part, renforce considérablement la légalité. Par ailleurs, la nouvelle organisation fait des connaissances spécialisées et spécifiques à l'économie une condition incontournable de l'application cohérente et appropriée de la LCart.

Si des **peines pécuniaires et des peines privatives de liberté devaient être introduites à l'encontre des personnes physiques**, d'autres modifications institutionnelles pourraient s'avérer nécessaires selon le mode de mise en œuvre.

Autres solutions

Différentes formes mixtes entre la solution proposée ici et l'organisation actuelle selon laquelle le Tribunal administratif fédéral statue en tant qu'instance de recours sont envisageables.

-
- Les milieux économiques, pour leur part, ont suggéré la *création d'une autorité intégrée* ou, le cas échéant, d'un tribunal intégré, qui traiterait non seulement les questions relevant du droit des cartels, mais également des sujets plus vastes ayant trait à la réglementation. Une telle solution impliquerait une fusion des autorités de réglementation, telles la Comcom, l'ElCom, le Surveillant des prix et d'autres autorités de surveillance sectorielles. A l'heure actuelle, cette proposition semble aller trop loin. Les enjeux mentionnés, propres au droit des cartels, doivent être abordés en temps voulu. La fusion des différentes autorités n'est toutefois pas nécessaire à la résolution des problèmes actuels. Dans la mesure où il est question de la collaboration entre autorités de la concurrence et régulateurs indépendants, nous renvoyons aux explications détaillées relatives à l'art. 30 du projet de LCart dans la partie spéciale du dossier de consultation.
 - Une alternative fondamentale consisterait à renoncer à introduire un Tribunal fédéral de la concurrence et à désigner le *Tribunal administratif fédéral comme autorité décisionnaire de première instance* dans le cadre des procédures ayant pour objet des restrictions à la concurrence ou visant à obtenir des mesures provisionnelles. De fait, un grand nombre d'instances de recours ont été regroupées sous la houlette du Tribunal administratif fédéral et des juges laïcs écartés de la cour appelée à statuer lors de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale. En l'espèce, la révision visant à souligner l'aspect quasi pénal des sanctions du droit de la concurrence et à mieux séparer les organes en matière de concurrence d'une part et le monde politique et les associations économiques d'autre part, la préférence est donnée à une solution qui sépare, d'un point de vue institutionnel, au commencement de la procédure déjà, enquête et décision. Il serait envisageable, afin de disposer de connaissances économiques, et à titre d'alternative à la variante principale proposant de faire appel à des juges suppléants, de nommer une ou un économiste en chef dans l'une des cours du Tribunal administratif fédéral.

Le fait de renoncer à instituer un Tribunal fédéral de la concurrence et de déléguer le rôle qu'il était prévu de lui attribuer au Tribunal administratif fédéral présenterait l'avantage de simplifier la réforme institutionnelle sur le plan organisationnel et de coordonner sa mise en oeuvre avec la réforme de l'organisation judiciaire fédérale.

Toutefois, le Tribunal administratif fédéral est conçu à l'heure actuelle principalement comme une instance de recours qui, si elle examine librement les faits, n'est pas forcément apte à mener elle-même des enquêtes d'envergure afin de compléter l'état de fait. En effet, le Tribunal administratif fédéral annulera plutôt une décision, ce qui va à l'encontre du souci d'accélérer les procédures. Par ailleurs, les auditions ont expressément relevé le souci de voir siéger des représentants rompus à la vie économique au sein de la cour appelée à statuer, objectif que la simple nomination d'un ou de plusieurs expert(e)s ayant une formation économique ne suffirait pas à atteindre.

- Une réforme *laissant intact le modèle actuel, qui comprend d'un côté la COMCO avec son secrétariat et de l'autre le Tribunal administratif fédéral en tant qu'instance de recours*, serait également envisageable. Ce modèle al-

ternatif n'est toutefois acceptable sous l'angle de la légalité que si la poursuite pénale des personnes physiques en discussion fait l'objet d'une seconde procédure, menée devant un tribunal indépendant. Le modèle COMCO devrait cependant au minimum être modifié comme suit par rapport au modèle actuel: premièrement, une séparation plus claire entre les compétences du secrétariat (conduite de l'enquête) et celles de la COMCO (prise de la décision) serait nécessaire, eu égard notamment aux possibilités d'enquête limitées de l'instance de recours. Au sein du secrétariat de la COMCO, on devrait désormais distinguer entre les collaborateurs qui enquêtent sur le cas et ceux qui assistent la commission de la concurrence et se chargent de la rédaction de la décision. Deuxièmement, dans ce modèle également, l'indépendance de l'instance de décision par rapport aux intérêts politiques devrait être renforcée et le taux d'occupation des personnes qui y siègent augmenté, en raison de la haute importance et de la forte complexité des cas. Cette solution entraîne nécessairement le maintien de quatre niveaux d'instances (secrétariat, COMCO, TAF, TF). Il serait indispensable de conserver les recours au Tribunal administratif fédéral, car un tribunal ayant plein pouvoir d'examen est nécessaire en amont du Tribunal fédéral, ce dernier ne réexaminant que les questions de droit.

L'avantage principal de cette variante résiderait dans le fait qu'elle ne nécessiterait qu'une révision minimale de la loi, à savoir un renforcement de la séparation entre enquête et décision à l'art. 27 LCart et, le cas échéant, une réduction du nombre prévu de membres de la COMCO. Le remplacement, également requis, au sein de la commission des représentants d'associations par des personnes ayant une expérience de l'économie sans être rattaché à une association, est déjà possible selon le droit en vigueur et rapprocherait la commission de la concurrence d'un tribunal. La nomination des membres de la COMCO par l'exécutif continuerait cependant d'être un défaut. L'inconvénient principal est que la plus grande séparation entre enquête et décision de même que le taux d'occupation plus élevé des membres de la COMCO, requis dans ce modèle également, nécessitent davantage de ressources. L'instance de recours actuelle restant identique selon ce modèle, des économies de ressources compensatoires ne sont pas possibles. La durée de la procédure jusqu'à la décision de dernière instance ne se trouve pas non plus raccourcie. Par ailleurs, une réforme similaire n'a pas trouvé grâce lors de la consultation relative à la révision de la loi sur les cartels de 2003.

1.2.2 Traitement différencié des accords verticaux

Objectifs

L'actuelle LCart pose la présomption que certains types d'accords horizontaux (prévus à l'art. 5, al. 3) et verticaux (prévus à l'art. 5, al. 4) suppriment une concurrence efficace.

Contrairement au caractère dommageable incontesté des cartels horizontaux durs, les effets d'accords conclus entre entreprises occupant des échelons différents du marché (ci-après accords verticaux) sont ambivalents. D'une part, sous l'angle de la

concurrence, de tels accords peuvent certes, dans certains cas, fermer des marchés géographiques telle la Suisse à une concurrence indésirable; les accords verticaux peuvent aussi contribuer à la stabilisation des cartels horizontaux. Mais d'autre part, de tels accords sont également un moyen, par exemple, de protéger des investissements indispensables dans la chaîne de distribution. En effet, l'introduction de nouveaux produits s'accompagne en général de coûts d'investissement et de risques élevés pour les producteurs et les distributeurs. Les accords verticaux offrent alors aux distributeurs de meilleures perspectives de couvrir les frais liés à l'introduction de nouveaux produits ; ils encouragent ainsi la concurrence. De tels accords peuvent également s'avérer nécessaires pour continuer d'exister face à la concurrence de prestataires intégrés verticalement. En effet, les producteurs doivent, de nos jours, faire face à une concurrence croissante de prestataires dont l'intégration verticale s'est effectuée avec succès. L'autorisation d'accords verticaux dans de telles situations n'entraîne alors pas un affaiblissement, mais au contraire une intensification de la concurrence entre systèmes de distribution, pour autant qu'il existe suffisamment de marques concurrentes. De même, la possibilité de conclure des accords verticaux implique aussi une diminution de la pression que subissent les entreprises pour s'intégrer verticalement, c'est-à-dire pour fusionner production et distribution au sein d'une seule et même entreprise. Par ailleurs, l'application des accords verticaux par les entreprises est plus flexible que celle des intégrations verticales, ce que l'on ne peut que saluer d'un point de vue économique.

Indépendamment des considérations ayant trait uniquement à la concurrence, les accords verticaux permettent aussi, sur le plan de l'économie nationale, d'optimiser la chaîne de distribution de la production au service en passant par la vente. Ils réduisent les problèmes de coordination entre producteurs et distributeurs et augmentent ainsi l'efficacité. En règle générale, il y a lieu de considérer que les restrictions verticales ne produisent que des effets nuisibles sur la concurrence si les entreprises participant aux accords concernés occupent une position forte sur le marché. En revanche, plus la concurrence est intense entre les différents produits et prestations de services, plus il est vraisemblable que les accords verticaux soient efficaces et favorisent la prospérité. C'est ainsi qu'il ressort de l'analyse de 91 entreprises effectuée par la COMCO dans le cadre de l'évaluation de la LCart que la plupart des accords verticaux soumis aux autorités en matière de concurrence se sont avérés licites (ou que des indices de comportements illicites faisaient défaut). La raison principale en est leur absence d'effets notables sur la concurrence. Dans l'état actuel de la théorie et de l'empirisme économiques, la présomption légale de suppression d'une concurrence efficace ne saurait être maintenue telle quelle dans la loi.

L'objectif de la nouvelle réglementation est d'atteindre, de manière optimale, les buts fixés par la LCart en matière économique dans le domaine des accords verticaux. Il convient de comparer les inconvénients que les accords verticaux entraînent pour la concurrence en raison de la rigidité qu'ils génèrent dans les structures de distribution au gain d'efficacité d'une meilleure coordination des échelons de distribution. Selon les conclusions de l'évaluation, la réglementation actuelle agit dans les faits comme une interdiction „*per se*“ des deux formes d'accords verticaux cités à l'art. 5, al. 4. La révision proposée en ce qui concerne les accords verticaux vise également à dissiper les incertitudes juridiques dans le domaine des sanctions et à soutenir les efforts du Conseil fédéral en vue de l'ouverture des marchés.

Variantes

Le Conseil fédéral présente deux variantes susceptibles l'une comme l'autre de favoriser à l'avenir la réalisation des objectifs fixés par la LCart en ce qui concerne les accords verticaux :

- La variante 1 prévoit la suppression de la présomption selon laquelle certains accords verticaux éliminent toute concurrence. Comme cela a déjà été mentionné, une telle présomption est inexacte dans la pratique et, combinée à la communication de 2007 sur les accords verticaux, s'est avérée trop rigide. Une telle suppression ne doit toutefois pas être perçue comme un assouplissement excessif de la LCart. En effet, parallèlement à cela, les deux types d'accords verticaux concernés ainsi que les accords horizontaux susceptibles de sanctions seront désormais mentionnés à l'art. 49a LCart. Les accords concernés seront donc encore passibles de sanctions s'ils sont illicites en vertu de l'art. 5, à savoir pour autant qu'ils affectent la concurrence de manière notable et ne soient pas justifiés par des motifs d'efficacité. La sanction doit paraître incontestable à l'issue de l'examen du cas particulier. Le fait de mentionner deux types d'accords délimités de manière suffisamment précise par la doctrine et la pratique européennes suffit à satisfaire le principe de légalité (*nulla poena sine lege certa*).

Le caractère notable de l'atteinte à la concurrence et les avantages liés à l'efficacité n'ayant pas à être précisés dans la partie de droit matériel de la loi, une telle **clarification de l'appréciation au cas par cas** s'accompagne d'une amélioration de la procédure d'opposition (voir chapitre 1.2.3) permettant aux entreprises d'obtenir rapidement, de la part de l'Autorité de la concurrence, une appréciation des accords prévus et éventuellement illicites.

Le traitement différencié des accords verticaux, tel que souhaité, continuera en outre à être réglé par une communication de l'Autorité de la concurrence. S'il est vrai qu'une telle communication ne lie pas le tribunal, elle a néanmoins un effet auto-contraignant pour les autorités d'enquête. Une révision de la communication sur les accords verticaux fait actuellement l'objet d'une audition des milieux intéressés.

- La variante 2 conserve, à l'art. 5, al. 4, la présomption de suppression de la concurrence en ce qui concerne deux types d'accords verticaux. Une telle présomption est précédée par la formulation du potentiel hautement dommageable de ces deux types d'accords. L'échec du renversement de cette présomption ne constitue cependant pas le point d'ancrage de la punissabilité et la présomption, comme le relèvent les arrêts du Tribunal fédéral, ne fait office de règle de preuve que de manière très limitée. La punissabilité découle de l'art. 49a. Les types d'accords verticaux susceptibles de sanctions continuant d'être régis par l'art. 5, al. 4, LCart, aucune modification rédactionnelle de l'art. 49a, al. 1, LCart n'est nécessaire, comme c'est le cas dans la variante 1. Les accords verticaux fixant les prix et certains accords géographiques continuent d'être passibles de sanctions s'ils sont illicites en vertu de l'art. 5, à savoir pour autant qu'ils affectent la concurrence de manière notable et ne soient pas justifiés par des motifs d'efficacité.

Dans la variante 2, l'appréciation différenciée des accords verticaux implique une modification de l'art. 6 LCart. L'introduction de la catégorie des restrictions à la concurrence non notables permet de préciser que les accords verticaux ne concernant qu'une faible part du marché n'affectent en général pas la concurrence de manière notable, mais permettent au contraire dans un tel cas de résoudre efficacement les problèmes de coordination entre les unités d'une entreprise non intégrées verticalement. **La notion de „faible part du marché“ devra être précisée dans une ordonnance ou une communication**, dont la structure pourrait se fonder sur la proposition faite par un économiste renommé à la Commission européenne que l'UE n'a toutefois pas suivie (cf. Motta et al. 2009). Cet économiste recommande notamment de considérer que les accords verticaux, y compris les types d'accords réputés clauses „noires“ dans l'UE et guère susceptibles d'être justifiés, n'ont pas d'effets notables s'ils concernent une part de marché inférieure à 15 %.

Deuxièmement, la variante 2 introduit une exemption de sanction lorsque l'entreprise prouve qu'elle applique impunément le même accord vertical au sein de l'EEE et qu'elle a **suffisamment clarifié la licéité de cet accord selon le droit européen** (conditions cumulatives). Cette solution permet de préciser que les accords paraissant licites au regard du droit européen et effectivement en vigueur dans une majorité des Etats membres de l'UE ne doivent pas faire l'objet de sanctions directes en Suisse. Le fait que seule une exemption de sanction soit prévue, et non une modification de la règle de droit, implique que le Tribunal fédéral de la concurrence peut continuer, à l'avenir, à ordonner la cessation de tels accords. L'introduction, à l'art. 49a, al. 3, let. d, d'une telle exemption de sanction repose principalement sur la volonté de permettre aux systèmes de distribution mis en place au niveau international de fonctionner tels quels en Suisse, et ce dans l'intérêt d'une ouverture internationale. La variante 2 étant une proposition générale, elle devrait en ce sens également à améliorer la procédure d'opposition.

Ces variantes s'inspirent toutes deux de la tendance et de l'exigence croissantes de l'économie de ne pas interdire *per se* tous les types d'accords verticaux, mais de les juger au cas par cas en fonction de leurs effets. Elles autorisent les accords qui améliorent l'efficacité, voire encouragent la concurrence, et permettent simultanément de lutter contre les problèmes de cloisonnement du marché. Chacune des deux variantes atteint ces objectifs par un biais quelque peu différent : alors que dans la variante 1 cela dépend de l'aménagement de la communication révisée sur les accords verticaux, la variante 2 accorde une importance déterminante à l'ordonnance ou à la communication prévue à l'art. 6. Cette dernière concrétisera également la disposition relative aux accords de distribution internationaux. Les deux variantes attachent une grande importance à la pratique de délimitation du marché. Les variantes 1 et 2 ne s'excluent pas mutuellement et peuvent être combinées de diverses manières.

Mieux que la variante 2, qui implique (mais n'impose pas) de s'en tenir à la formulation de l'art. 49a, la variante 1 explicite la pratique actuelle selon laquelle les accords horizontaux et verticaux des types cités dans la loi font l'objet de sanctions directes s'ils affectent la concurrence de manière notable et ne sont pas justifiés. Selon le

Conseil fédéral, il convient d'écarter l'opinion minoritaire selon laquelle une sanction exige une suppression de la concurrence. Le TF a posé des exigences très élevées en matière de preuve de la suppression d'une concurrence efficace. Si la punissabilité était supprimée en cas de renversement de la présomption, très peu d'accords seraient alors susceptibles de sanctions en pratique, compte tenu des critères posés par le Tribunal fédéral, et ce peut-être même en cas d'accords horizontaux au sens de l'art. 5, al. 3.

Autres solutions

Une fois les résultats de la procédure de consultation analysés, il conviendra de tenir compte de la communication révisée de la COMCO relative aux accords verticaux, ainsi que des décisions à venir de la COMCO et des instances supérieures. Il est possible que les étapes suivantes relativisent la nécessité d'une révision.

1.2.3 Amélioration de la procédure d'opposition

Objectifs

La procédure d'opposition de la LCart (actuel art. 49a, al. 3, let. a, LCart) prévoit qu'une entreprise peut annoncer préalablement à l'autorité de la concurrence les comportements qu'elle envisage adopter à l'avenir et qui sont susceptibles d'être qualifiés de restrictions illicites à la concurrence. Aucune sanction administrative n'est prononcée du fait du comportement concerné si l'autorité de la concurrence n'ouvre pas de procédure dans un délai de cinq mois à l'encontre de cette entreprise. La procédure permet aux entreprises d'obtenir en temps utile une appréciation de la part de l'autorité sur le caractère éventuellement punissable d'un comportement.

La procédure actuelle a toutefois fait l'objet de critiques : les acteurs du marché interrogés ont notamment jugé insatisfaisant le délai d'opposition de cinq mois prévu par la loi, perçu comme trop long pour des marchés dynamiques. Les entreprises sont par ailleurs confrontées au dilemme suivant : si elles ont la possibilité d'adopter le comportement annoncé à l'autorité sitôt après l'annonce, elles ne veulent toutefois pas risquer de sanction. Elles doivent donc revoir leur comportement sitôt après la simple ouverture de l'enquête préalable à laquelle l'autorité peut procéder sans autres conditions, ce qui peut entraîner notamment la perte des montants investis dans le développement du marché envisagé. Ce risque est d'autant plus concret qu'en cas d'incertitude sur l'inexistence réelle de problèmes relevant du droit des cartels, l'autorité aura tendance à ouvrir une telle enquête, faute d'obligation de la motiver.

La révision de la procédure d'opposition devrait lever de telles incertitudes et permettre à cette procédure de mieux remplir la fonction que lui a attribuée le législateur. Lors de la refonte de la procédure, il conviendra de peser avec soin d'une part les intérêts des entreprises à une sécurité juridique et à une liberté organisationnelle maximales et d'autre part, l'intérêt public à empêcher des restrictions illicites à la concurrence.

Solution

Le Conseil fédéral propose tout d'abord de **réduire de cinq à deux mois à compter de l'annonce le délai** dans lequel l'autorité doit agir pour qu'une entreprise soit sanctionnée du fait du comportement annoncé. Si l'autorité n'ouvre ni enquête, ni enquête préalable dans ce délai, le comportement annoncé perd définitivement tout caractère punissable.

Ensuite, **seule l'ouverture d'une enquête formelle** au sens de l'art. 27 permet que le risque de sanction demeure et non déjà, comme à l'heure actuelle, l'ouverture d'une simple enquête préalable informelle au sens de l'art. 26. Les exigences relatives à l'ouverture d'une enquête sont supérieures aux exigences relatives à l'ouverture d'une enquête préalable : en effet, l'ouverture d'une enquête exige la présence d'indices de l'existence d'une restriction illicite à la concurrence.

La réduction du délai entraîne automatiquement une plus grande sécurité juridique pour les entreprises. En cas de projets manifestement irréprochables sous l'angle du droit des cartels ou de projets ne concernant pas directement un état de fait susceptible de sanction directe, les entreprises acquièrent dans un délai de deux mois la certitude que la mise en œuvre de tels projets ne leur fait pas courir le risque d'être sanctionnées. La deuxième modification, en particulier, devrait permettre d'atténuer l'effet inhibiteur de la menace de sanction en matière d'investissements. Puisque, désormais, seule la notification de l'ouverture d'une enquête formelle laisse subsister le risque de sanction, la période durant laquelle le projet peut en tout état être mis en œuvre impunément est prolongée par rapport à la situation actuelle. Tant pendant la durée de deux mois de la procédure d'opposition que pendant et après l'enquête préalable (et jusqu'à l'ouverture d'une enquête formelle), l'entreprise peut adopter le comportement annoncé sans risquer de sanction.

Si après la mise en œuvre du comportement annoncé (le cas échéant sous une forme modifiée), l'Autorité de la concurrence parvient à la conclusion, sur la base des effets subis par le marché, qu'il existe effectivement des indices de restriction illicite à la concurrence, elle informera l'entreprise qu'elle est sur le point d'ouvrir une enquête. Jusqu'à l'ouverture de l'enquête, l'entreprise a alors encore la possibilité d'éviter une sanction en renonçant au comportement restreignant la concurrence ou en le modifiant dans un délai raisonnable.

Autres solutions

Le projet initial du Conseil fédéral de 2001 excluait encore toute sanction directe en cas d'annonce. Le Parlement a finalement rejeté cette proposition : dans le cadre des débats parlementaires a été introduite la possibilité de sanctionner un comportement annoncé. Cette modification reposait essentiellement sur l'avis que la proposition initiale générait un important potentiel d'abus : elle aurait permis aux entreprises d'annoncer, dans un premier temps, la restriction à la concurrence envisagée, puis de la mettre en œuvre sur le marché, et ensuite de contester la décision d'interdiction de la COMCO devant toutes les instances, profitant ainsi sans risque et durant plusieurs années d'un cartel dont le caractère illicite était prévisible d'entrée de cause. L'alternative consistant à admettre systématiquement l'exemption de sanction en cas d'annonce ne saurait dès lors être retenue.

1.2.4 Modernisation du contrôle des concentrations d'entreprises

Objectifs

Indépendamment de la décision récente d'interdiction de la fusion Orange/Sunrise, le contrôle des concentrations d'entreprises, sous sa forme actuelle, ne tient qu'insuffisamment compte des effets inhibiteurs de la concurrence des concentrations d'entreprises. En cas de fusions susceptibles d'avoir des effets nuisibles sur l'économie nationale, les autorités en matière de concurrence ont souvent les mains liées. Les exigences en matière d'interdiction de fusions sont clairement plus élevées en Suisse que dans les autres pays européens et les autres Etats industriels modernes. Selon les arrêts rendus par le Tribunal fédéral dans les affaires BZ/20 Minuten et Swissgrid, dans lesquelles la COMCO a été désavouée par les instances de recours, une concentration ne peut être interdite actuellement même si elle entraîne ou renforce une position dominante sur le marché. Une interdiction n'est possible que si la position dominante sur le marché est de nature à supprimer une concurrence efficace.

Un contrôle aussi permissif des concentrations d'entreprises ne réalise qu'insuffisamment les buts de la LCart et a été critiqué dans des cas concrets notamment par des consommatrices et des consommateurs, ainsi que par certaines PME. En effet, sur des marchés concentrés, les fusions peuvent prendre de telles proportions que non seulement elles affectent les partenaires commerciaux (à savoir les consommatrices et consommateurs, les petites entreprises en amont, les sous-traitants dénués de pouvoir sur le marché et d'alternative de vente), mais diminuent également la prospérité globale.

Simultanément, l'actuel contrôle des concentrations d'entreprises mobilise inutilement un grand nombre de ressources. De nos jours, les fusions transfrontalières sont souvent annoncées et examinées parallèlement dans plusieurs Etats, parmi lesquels la Suisse. Cela génère un surplus de travail et de frais pour les entreprises et l'autorité de la concurrence, souvent sans que la procédure menée en Suisse n'apporte de valeur ajoutée à la concurrence locale.

Le but de la révision est, premièrement, de mieux cerner à l'avenir les effets inhibiteurs de la concurrence découlant des concentrations d'entreprises et, deuxièmement, d'alléger les charges administratives en cas de fusions entraînant une délimitation internationale du marché.

La LCart ne se penche pas sur la problématique dite "too big to fail" qui peut surgir lors de la concentration d'entreprises de très grande taille. En 1995, la compétence de l'autorité de la concurrence a été délibérément limitée à une appréciation des processus économiques relevant exclusivement du droit des cartels et ne doit pas non plus, à l'avenir, s'étendre à d'autres questions réglementaires. En effet, c'est précisément au sein des entreprises par rapport auxquelles se pose la problématique "too big to fail" que les domaines d'activité supposant une délimitation internationale du marché revêtent une très grande importance; l'appréciation relevant du droit des cartels et le souci de réglementation ne se recoupent donc pas systématiquement.

Solution et variantes

Premièrement, le Conseil fédéral entend lutter contre les **doublons en cas de fusions internationales**. Le traitement des concentrations effectuées au moins à l'échelle de la Suisse et de l'EEE ou de plus grands marchés doit à l'avenir être fortement simplifié en Suisse car de telles concentrations sont de toute manière déjà évaluées par les instances européennes. Cette solution permet à l'autorité et aux entreprises d'économiser des ressources financières et des ressources en matière de personnel qui peuvent être utilisées autrement à meilleur escient. Après la révision de la loi suivrait également une modification dans le même sens de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises.

A titre complémentaire, le Conseil fédéral a aussi examiné un abaissement général des seuils entraînant une obligation d'annoncer les concentrations d'entreprises, car les valeurs seuils de la Suisse sont élevées en comparaison des valeurs seuils internationales. Dans un petit pays, des valeurs seuils élevées entraînent le risque que des fusions préjudiciables à l'économie nationale soient soustraites au contrôle de l'autorité de la concurrence (en particulier les fusions concernant le marché intérieur). Le Conseil fédéral renonce néanmoins à proposer un abaissement des valeurs seuils, car cela impliquerait un plus grand nombre d'annonces et ainsi une mobilisation plus importante des ressources au sein de l'autorité de la concurrence. Il convient enfin de tenir compte du fait qu'à l'heure actuelle déjà, le Parlement serait en mesure d'abaisser rapidement, par voie d'ordonnance, les valeurs seuils si cela s'avérait nécessaire.

Deuxièmement, le Conseil fédéral soumet cependant **deux variantes de modification des critères d'appréciation**. Toutes deux contribuent à un traitement mieux adapté, à l'avenir, des fusions préjudiciables à l'économie nationale. Il convient de revoir l'approche actuelle selon laquelle les concentrations problématiques créant une position dominante sur le marché peuvent être tolérées, car l'entreprise faisant l'objet de la fusion est ensuite soumise au contrôle prévu par le droit des cartels en matière d'abus d'une telle position (art. 7 LCart). En effet, si une entreprise tombe sous le coup des dispositions relatives à l'abus de position dominante, son comportement est alors soumis à une réglementation de longue durée discutable de par ses aspects interventionnistes. Les deux variantes se présentent comme suit :

- Variante 1 : les critères d'appréciation appliqués au sein de l'UE et dans la plupart des nations industrielles modernes sont repris (test SIEC). Cela permet déjà d'interdire les fusions affectant la concurrence de manière notable. En revanche, les entreprises peuvent invoquer, à titre compensatoire, des motifs d'efficacité plaidant en faveur de la concentration. Cette variante présente l'avantage de prendre pleinement en compte les effets négatifs des fusions sur l'économie et les consommatrices et consommateurs. Par ailleurs, elle harmonise le contrôle des concentrations avec le système de l'UE. D'un autre côté, le test implique une mobilisation plus importante des ressources au sein des entreprises et de l'Autorité de la concurrence et, le cas échéant, davantage d'atteintes aux droits de la propriété.
- Dans la variante 2, seule la position dominante sur le marché est encore retenue au titre de critère d'appréciation des concentrations, la suppression de la concurrence découlant d'une telle position étant abandonnée. Les méthodes permettant de constater une position dominante sur le marché sont éprou-

vées. Cette variante est donc simple et ne nécessite pas de ressources plus importantes qu'à l'heure actuelle. Néanmoins, cette variante ne permet ni une adaptation aux critères de l'UE, ni l'appréhension de tous les effets nuisibles des concentrations sur la concurrence. Eu égard au besoin accru en ressources qu'implique la variante 1, la variante 2 a la préférence du Conseil fédéral.

Troisièmement, les délais et les procédures sont harmonisés avec ceux de l'UE, et ce en faveur des entreprises. L'UE a modifié ses délais procéduraux en 2004. Les entreprises actives sur le plan international doivent dès lors gérer des délais différents et des coûts de coordination et de concentration plus élevés. La proposition du Conseil fédéral supprime de telles divergences. Après la révision de la loi suivrait également une modification dans le même sens de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises.

Quatrièmement, le Tribunal fédéral de la concurrence se voit désormais imposer un délai d'ordre de trois mois pour statuer sur les éventuels recours en matière de contrôle des concentrations. Cela permettra premièrement de prendre en considération le fait que les concentrations d'entreprises doivent souvent être exécutées dans des délais très courts. Deuxièmement, les conditions et les charges feront plus souvent l'objet d'un examen, ce qui favorisera l'émergence d'une pratique juridique cautionnée par les tribunaux dans ce domaine.

Dans l'ensemble, les propositions relatives au contrôle des concentrations permettent de mieux répondre aux objectifs de la LCart. La simplification en cas de fusions internationales et la coordination des procédures et des délais avec ceux de l'UE assurent une économie de ressources tant pour les entreprises que pour l'Autorité de la concurrence; il s'agit là d'une concession en faveur des grandes entreprises internationales. Une réforme du critère d'appréciation est par ailleurs nécessaire pour pallier les faiblesses connues du système actuel de contrôle des concentrations et parer concrètement, à l'avenir, aux fusions nuisibles. Une telle réforme bénéficie aussi bien aux entités économiques qui ne détiennent aucun pouvoir sur le marché qu'aux concurrents directs. Les propositions du Conseil fédéral ne visent toutefois pas à favoriser certaines catégories d'entreprises. Le critère demeure le caractère nuisible d'une concentration pour l'économie nationale.

1.2.5 Amélioration des possibilités de collaboration internationale

Objectifs

Pour les économies nationales de petite taille, comme celle de la Suisse, l'ouverture des frontières constitue l'une des conditions essentielles d'une concurrence opérationnelle. Il est dès lors particulièrement important de lutter de manière efficace contre les restrictions à la concurrence de portée internationale. A cet égard, les organes suisses en matière de concurrence sont toutefois désavantagés. En effet, les conditions d'une coordination internationale des enquêtes avec les autres autorités en matière de concurrence font largement défaut : l'ordre juridique suisse ne comprend ni norme légale nationale, ni accord international de coopération complet qui réglerait l'échange formel d'informations entre autorités de concurrence. Au niveau

bilatéral, seul l'Accord entre la Suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, contient des dispositions reprises du droit européen de la concurrence. En outre, certains accords de libre-échange contiennent des dispositions relatives à la coopération en matière de concurrence. Toutefois, aucun des accords existants ne prévoit l'échange d'informations confidentielles, à l'exception de l'accord sur le transport aérien précité dont le champ d'application est très spécifique.

Il est donc nécessaire d'agir, notamment pour la raison suivante : si des autorités de concurrence étrangères procèdent, hors de la Suisse, à une perquisition à l'encontre d'un cartel international couvrant aussi la Suisse, les entreprises actives en Suisse seront en général informées de telles actions avant que l'autorité suisse de la concurrence n'ait connaissance du soupçon de cartel et de la perquisition. Les entreprises sises en Suisse seront donc averties et pourront ainsi empêcher l'autorité de la concurrence de découvrir des informations pertinentes, ce qui rendra impossible la mise au jour du cartel en Suisse.

Le but de la révision est d'adapter la situation juridique existante en matière de collaboration internationale et de communication de données aux autorités de concurrence étrangères à la réalité commerciale actuelle. Il sera ainsi possible de lutter plus efficacement contre les cartels internationaux déployant des effets en Suisse et d'éviter que celle-ci ne devienne le refuge de tels cartels.

Solution

Dans le cadre de l'accomplissement des tâches qui lui incombent, l'autorité de la concurrence compétente doit être pourvue des instruments nécessaires pour pouvoir rester à niveau par rapport aux interactions internationales croissantes en matière d'économie. Elle doit être en mesure de **collaborer avec les autorités étrangères dans le cadre d'actes d'enquête et d'échanger avec celles-ci des informations confidentielles**.

Parallèlement à cela, il convient **d'attacher une grande importance à la protection juridique** et de ne pas aller au-delà de la demande d'information des autorités étrangères. Dès lors, les possibilités de communication de données aux autorités étrangères sont soumises à des conditions claires :

- Les informations ne peuvent être échangées que si les pratiques faisant l'objet d'une enquête dans l'Etat destinataire sont également illicites selon le droit suisse.
- L'autorité suisse de la concurrence ne doit pouvoir fournir des informations que si l'autorité de concurrence étrangère garantit qu'elle accorde la réciprocité en matière de communication d'informations.
- Les autorités de concurrence étrangères ne peuvent utiliser les informations transmises à titre de preuves qu'en ce qui concerne l'objet de l'enquête pour laquelle elles ont saisi, à l'origine, l'autorité de la concurrence (principe de spécialité).

- Les informations ne peuvent être transmises que si les autorités étrangères donnent l'assurance qu'elles respecteront les droits des parties dans la procédure de manière comparable à la Suisse.
- La transmission des informations est liée à la condition que les autorités étrangères soient assujetties au secret de fonction ou à une obligation de confidentialité équivalente.
- Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence décide, d'entente avec l'Office fédéral de la justice, si l'entraide judiciaire en matière pénale est ou non exclue en raison de la nature de l'acte. Les cas d'inobservation des dispositions de droit des cartels ne sont pas considérés comme des actes contrevenant à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique au sens de l'art. 3, al. 3, de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale.
- Enfin, les informations confidentielles échangées ne peuvent pas être utilisées dans le cadre d'une procédure civile à l'étranger.

Il s'agit donc essentiellement d'une disposition sous forme potestative : l'autorité de la concurrence n'est pas tenue de transmettre des informations aux autorités étrangères.

Les informations volontairement remises à l'autorité de la concurrence sur la base du programme de clémence ou volontairement fournies par les entreprises dans le cadre de la procédure relative à une concentration ne peuvent être échangées sur le plan international qu'avec l'accord des entreprises concernées. Une telle cautèle permet d'éviter que la propension à coopérer avec l'autorité de la concurrence ne diminue dans ces deux cas de figure.

Autres solutions

Il est en principe possible également de renforcer les possibilités de coordination et d'échange d'informations avec les autorités étrangères par le biais d'accords bilatéraux avec des Etats étrangers. Cette voie prend cependant beaucoup plus de temps et ne constitue pas une alternative valable. La base légale présentée ici peut être applicable à tous les Etats étrangers satisfaisant aux exigences susmentionnées. A l'avenir, il conviendra d'examiner également de cas en cas, dans le cadre d'accords bilatéraux, si une coopération plus étendue est nécessaire et judicieuse.

1.2.6 Renforcement du volet civil du droit des cartels

Objectifs

Actuellement, la procédure devant les autorités occupe une fonction centrale dans la mise en œuvre pratique de la LCart. En revanche, l'invocation du droit des cartels par des particuliers devant des tribunaux civils ne revêt qu'une importance mineure, voire sporadique. Les raisons en sont multiples : selon l'interprétation dominante, le droit en vigueur refuse la qualité pour agir au client final (en particulier aux consommatrices et consommateurs). Comme dans d'autres domaines du droit civil, le délai de prescription des actions du droit des cartels est trop bref. Par ailleurs, la procédure administrative concurrence au moins partiellement la voie de droit civil :

ainsi, même si les victimes d'une restriction illicite à la concurrence ne peuvent pas obtenir la réparation du dommage subi dans le cadre de la procédure administrative, la voie de la COMCO évite les frais et les risques d'une procédure civile.

Des modifications conformes au système permettraient d'augmenter sensiblement les attraits d'une action civile. Il ne s'agit pas de renforcer le volet civil du droit des cartels au détriment du volet administratif de ce même droit. Il convient plutôt d'améliorer l'application globale du droit des cartels. Les expériences réalisées dans les Etats étrangers européens montrent que la suppression des entraves contraires au système et l'adaptation pertinente du cadre juridique sont susceptibles d'augmenter l'attractivité de la voie civile sans entraîner de procédures excessives. La réforme a pour but de permettre aux personnes concernées par des restrictions à la concurrence d'être mieux indemnisées à l'avenir (par le biais d'actions consécutives à la procédure administrative), ou, dans un sens plus large, de pouvoir prendre des initiatives (p. ex. action en cessation de l'entrave) et ainsi de ne plus dépendre de l'ordre de priorité de l'autorité de la concurrence.

Si la révision de la loi entraîne un renforcement du volet civil du droit des cartels, il est possible de prévoir que le Conseil fédéral introduise, dans l'ordonnance sur les sanctions LCart, une réglementation destinée à coordonner les sanctions prévues à l'art. 49a LCart et les actions civiles afin d'exclure une double sanction des entreprises. En principe, la possibilité de réviser la sanction existe déjà actuellement.

Solution

Premièrement, le Conseil fédéral propose d'étendre la possibilité d'intenter une action civile, actuellement réservée aux concurrents, à toutes les personnes concernées par des cartels. Cela permettrait notamment aux **consommatrices et aux consommateurs ainsi qu'aux adjudicateurs publics de faire valoir leurs droits sur le plan civil**.

Deuxièmement, le **délai de prescription du droit civil en matière de cartels** sera à l'avenir suspendu entre l'ouverture d'une enquête et la date à laquelle la décision devient exécutoire. Une telle suspension évite qu'en cas de procédure administrative qui dure longtemps, une action civile ne puisse pas être intentée de manière efficace (cela concerne avant tout les actions consécutives qui se fondent sur les conclusions de la procédure administrative).

Autres solutions

Les propositions de révision présentées ci-dessus correspondent à un extrait de l'avis de droit du Prof. Andreas Heinemann, lequel propose des modifications encore plus importantes et plus détaillées du volet civil du droit des cartels. L'avis de droit complet peut être consulté sur Internet à l'adresse <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367/index.html>

1.2.7 Droit procédural

Dans son arrêt rendu le 24 février 2010 dans l'affaire „Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion“, le Tribunal administratif fédéral a confirmé que les sanctions prévues dans l'actuelle LCart revêtaient un caractère pénal au sens de l'art. 6, al. 1, CEDH. Il a cependant aussi confirmé qu'en présence de faits susceptibles de sanctions, il est en principe possible de procéder selon la PA moyennant des compléments découlant d'autres droits procéduraux.

Le dossier mis en consultation vise à permettre une procédure claire, satisfaisant à la CEDH, efficace et la plus rapide possible pour tous les comportements susceptibles de sanctions. Une certaine coopération des entreprises à l'élucidation des faits doit en faire partie. Il est donc renoncé, du moins provisoirement, à une révision de l'art. 40 LCart. Le Tribunal administratif fédéral a indiqué, dans sa décision relative aux prix de terminaison, comment définir, en cas de litige, en quoi consiste une coopération acceptable de l'entreprise. Si l'entreprise refuse de communiquer un renseignement et que l'Autorité de la concurrence persiste dans sa demande, le recours au Tribunal fédéral de la concurrence est ouvert contre la décision prononcée sous astreinte d'amende par l'autorité. Par conséquent, l'étendue et la teneur de l'obligation de renseigner devront être précisées par l'évolution de la pratique judiciaire.

Comme à l'heure actuelle, les dispositions de la loi sur le droit pénal administratif (DPA) ne jouent qu'un rôle ponctuel, notamment l'art. 42, al. 2, applicable à certaines mesures de contrainte. Il convient de renoncer à un passage général en faveur du modèle encore peu éprouvé de la responsabilité des entreprises telle que prévue par le code pénal, du moins tant que seules les entreprises seront passibles de sanctions.

L'application générale de la PA présente des avantages tant pour les autorités que pour les entreprises et leurs mandataires sous l'angle de l'économie de procédure, seule la PA entrant en ligne de compte en cas de procédures relatives aux concentrations. La séparation plus claire prévue dans la partie institutionnelle entre enquête et requête d'une part, et décision judiciaire, sanction comprise, d'autre part, permet de lever les réserves qui demeurent par rapport à l'application de la PA.

2 Commentaire des articles

2.1 Préambule

Le préambule de l'actuelle LCart contient en sus des références aux art. 27, al. 1 (Liberté économique), 96 (Politique en matière de concurrence) et 122 Cst. (Droit civil) également un renvoi à l'art. 97, al. 2, Cst. (Protection des consommateurs et des consommatrices). Cette disposition prévoit que la Confédération légifère sur les voies de droit ouvertes aux organisations de consommateurs. Cette formulation est quelque peu ambiguë compte tenu du fait que la LCart ne confère pas, à l'heure actuelle, la qualité pour agir aux organisations de consommateurs.

Les modifications de l'art. 12 LCart proposées par le présent projet élargissent une telle qualité pour agir. Les consommatrices et les consommateurs devant à l'avenir

avoir la possibilité d’agir à titre individuel, le renvoi doit désormais concerner l’art. 97 Cst. dans sa totalité. De telles modifications ne signifient pas pour autant que la LCart doive devenir une loi sur la protection des consommateurs (voir également les explications relatives à l’art. 12). La LCart vise avant tout à augmenter l’efficacité économique; elle contribue notamment à accroître le bien-être des consommatrices et des consommateurs de manière dynamique, c’est-à-dire à long terme.

2.2 Modifications rédactionnelles

La LCart doit subir plusieurs modifications rédactionnelles eu égard à la réorganisation et à la séparation plus claire entre autorité chargée de l’enquête et autorité de décision dans le droit des cartels, lesquelles entraînent une refonte de l’actuel secrétariat de la COMCO en Autorité de la concurrence à proprement parler et une revalorisation de l’organe décisionnel en Tribunal fédéral de la concurrence. Enfin, le texte a été formulé de manière non sexiste.

De telles modifications rédactionnelles concernent les art. 3, 6, 9, 10, 15, 25, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 40, 42, 42a, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 57 et 58. Il n’est pas nécessaire d’examiner plus avant ces modifications.

Au vu de l’ampleur de la révision proposée à la discussion, il conviendra, lors de l’élaboration du message concernant la révision de la loi sur les cartels, de revoir la numérotation et la structure de la loi afin d’en améliorer la clarté.

2.3 Dispositions de droit matériel (chapitre 2)

2.3.1 Restrictions illicites à la concurrence (section 1)

La nouvelle réglementation vise à traiter les accords verticaux de façon à réaliser, de manière optimale, l’objectif économique de la LCart, c’est-à-dire que lorsqu’exceptionnellement efficacité et concurrence sont en conflit, l’appréciation juridique doit permettre de mieux les équilibrer. Les incertitudes juridiques doivent être levées. A cette fin, deux variantes sont présentées ci-après :

Variante 1 relative au traitement différencié des accords verticaux

Art. 5 Accords illicites

Dans sa version actuelle, la LCart présume que certains types d’accords horizontaux (art. 5, al. 3) et verticaux (art. 5, al. 4) suppriment une concurrence efficace. Une telle présomption entraîne deux conséquences : premièrement, cette énumération peut être perçue comme une définition de types d’accords particulièrement nuisibles; par conséquent, seuls ces types d’accords peuvent être sanctionnés. Deuxièmement, une telle présomption a pour conséquence que la COMCO peut interdire ces accords particulièrement nuisibles plus facilement et sur la base d’une motivation plus sommaire.

La variante 1 abroge l’art. 5, al. 4, LCart, lequel pose la présomption selon laquelle la concurrence est supprimée par les accords passés entre des entreprises occupant

différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que par les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues. La pratique des autorités en matière de concurrence a démontré que cette présomption légale est en général renversée, car les systèmes de distribution verticaux concurrencent souvent d'autres systèmes de distribution (concurrence inter-marques) qui peuvent même être pleinement intégrés verticalement. L'actuelle présomption légale de suppression de la concurrence ne correspond pas à la réalité et manque sa cible. Il est bien plus judicieux de fonder l'appréciation des accords verticaux sur leurs effets concrets dans le cas particulier. Une sanction devra alors être prononcée s'il existe effectivement une atteinte illicite, c'est-à-dire notable et injustifiée, à une concurrence efficace.

L'abrogation de l'art. 5, al. 4, prévue par la variante 1 ne saurait être perçue comme un assouplissement malvenu de la loi. En effet, parallèlement à cela, les comportements susceptibles de sanctions seront désormais énumérés à l'art. 49a, al. 1, LCart. Cette solution garantit une analyse adaptée au cas par cas permettant d'éviter un cloisonnement du marché et d'examiner en détail les arguments d'efficacité.

A titre complémentaire, nous renvoyons le lecteur aux explications concernant l'art. 49a, al. 4, lequel améliore la procédure d'opposition de manière à résoudre le mieux possible le problème posé par une éventuelle incertitude juridique.

Art. 49a Sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence

Al. 1: l'art. 49a, al. 1, LCart confirme la pratique actuelle selon laquelle les accords horizontaux fixant des prix, des quantités, ou attribuant des territoires (let. a), ainsi que les accords verticaux fixant des prix ou attribuant des territoires (let. b) sont systématiquement sanctionnés pour autant qu'ils soient illicites, c'est-à-dire qu'ils suppriment ou affectent la concurrence de manière notable et ne soient pas justifiés par des motifs d'efficacité économique. Par le passé, la COMCO n'est pratiquement jamais parvenue à la conclusion que la concurrence était (complètement) supprimée, et ce notamment en raison des exigences très élevées que le TF a posées pour qu'une telle suppression soit admise. Seules des restrictions notables à la concurrence ont été constatées. Si le renversement de la présomption supprimait le caractère punissable, il ne serait que très rarement possible en pratique de prendre des sanctions, ce qui irait à l'encontre de la volonté du législateur.

Variante 2 relative au traitement différencié des accords verticaux

Art. 6 Catégories d'accords non déterminants ou réputés justifiés

Dans le domaine économique, il est incontestable qu'à certaines conditions les accords verticaux n'affectent pas la concurrence et l'efficacité, mais au contraire les favorisent. Tel est notamment le cas si les entreprises prenant part à un tel accord ne disposent que d'une faible part du marché.

Afin d'aménager une base légale plus claire pour délimiter plus précisément accords notables et non notables, la variante 2 relative au traitement différencié des accords verticaux reprend, à l'art. 6, al. 1, let. f, une disposition qui permet de définir avec

plus d'acuité, dans une ordonnance ou une communication, le caractère notable des accords passés entre entreprises occupant des échelons différents du marché. L'ordonnance ou la communication concernée aurait principalement pour objet de définir, dans le sens d'une réglementation „de minimis“, les limites de la part de marché et/ou du chiffre d'affaires dans lesquelles les accords verticaux passés entre entreprises occupant des échelons différents du marché sont réputés non notables en matière de concurrence.

Une telle solution s'écarterait du droit européen actuellement en vigueur, car, au sein de l'UE, les „clauses noires“ sont susceptibles de sanctions indépendamment des parts de marché concernées.

Art. 49a Sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence

Cette variante prévoit en outre de compléter l'art. 49a, al. 3, let. d, LCart en ce sens que les accords verticaux pratiqués impunément dans l'Espace économique européen ne peuvent être directement sanctionnés s'ils sont pratiqués en Suisse. Une telle exemption de sanction nécessite non seulement que l'entreprise apporte la preuve qu'elle applique le même accord dans l'EEE et qu'aucune procédure n'y est en cours du fait de cet accord. Mais elle doit également établir cumulativement qu'elle a procédé aux recherches nécessaires pour s'assurer que l'accord concerné est autorisé dans l'EEE. Il ne suffit toutefois pas qu'un tel accord soit autorisé dans un seul Etat membre et, le cas échéant, par son droit national, mais il faut au contraire que cet accord puisse être considéré comme communément autorisé selon le droit européen. De la sorte, les entreprises actives au niveau international acquièrent la certitude de pouvoir implanter leurs systèmes de distribution également en Suisse sans risquer de sanctions sous l'angle du droit des cartels.

La disposition proposée ne signifie cependant pas que toute forme de distribution pratiquée au sein de l'UE devienne automatiquement et définitivement licite en Suisse. Si l'Autorité de la concurrence parvient à la conclusion que le comportement concerné serait illicite sur la base de la législation et du marché suisses, elle doit proposer au Tribunal fédéral de la concurrence d'y mettre un terme. S'il est suffisamment établi que le comportement est autorisé dans l'EEE, seule la sanction est abandonnée.

2.3.2 Concentrations d'entreprises (section 2)

Art. 9 *Notification des opérations de concentration*

Une partie des concentrations d'entreprises notifiées aux autorités en matière de concurrence concerne des fusions d'entreprises internationales. Leur caractère transfrontalier implique que de telles fusions soient évaluées en parallèle par les autorités en matière de concurrence de différents Etats, ce qui entraîne des efforts démultipliés pour les entreprises et les autorités concernées. La modification proposée à l'art. 9, al. 1^{bis}, LCart devrait réduire une telle démultiplication des efforts :

L'obligation de notifier les concentrations d'entreprises dont les produits ou les prestations de service concernent, sous l'angle du droit des cartels, des marchés comprenant au moins la Suisse et l'EEE, devrait être sensiblement simplifiée à

l'avenir. En effet, dans la mesure où les instances de l'UE interdisent les concentrations ou ne les autorisent qu'à certaines conditions dans ces marchés, une telle décision déploie ses effets dans tout l'EEE indépendamment du pays, et donc aussi en Suisse. Il suffit que l'Autorité de la concurrence ait connaissance du processus de concentration en cours. Comme l'expérience le prouve, une appréciation par la Suisse s'avère inutile dans de tels cas. Si, au moment de la notification, les entreprises ont considéré à tort que les conditions prévues à l'art. 9, al. 1^{bis}, LCart étaient réalisées, mais que le contraire s'est avéré lors de l'évaluation de la concentration par la Commission européenne (p. ex. parce que certains des marchés se sont avérés être des marchés nationaux), les entreprises doivent alors également annoncer la concentration en Suisse *a posteriori*.

La modification de l'art. 9, al. 5 est de nature rédactionnelle : depuis l'introduction de la nouvelle conception des formes d'actes législatifs dans le cadre de la mise à jour de la Constitution fédérale, l'arrêté fédéral de portée générale non soumis au référendum n'existe plus. Sa fonction est désormais remplie par les ordonnances édictées par l'Assemblée fédérale.

Art. 10 Appréciation des concentrations d'entreprises

Les concentrations d'entreprises peuvent nuire à l'économie nationale, et ce en particulier sur les marchés concentrés dont certaines entreprises détiennent de larges parts. Lorsque la concentration du marché dépasse certaines proportions ou lorsqu'une opération de concentration crée une position dominante, la doctrine et la recherche économiques distinguent deux catégories d'effets nuisibles susceptibles de se produire :

- Les effets non coordonnés (unilatéraux) : si la pression concurrentielle diminue suite à une concentration ou si une position dominante se met en place, les entreprises qui fusionnent peuvent être tentées de modifier les conditions du marché au détriment de leurs clients, par exemple en augmentant les prix.
- Les effets coordonnés : si seul un petit nombre d'entreprises sont encore actives sur un marché, une fusion peut aussi contribuer à ce que les acteurs encore en place sur le marché en question se mettent d'accord, expressément ou par actes concluants, sur un comportement au détriment de leurs clients.

Le contrôle actuel des concentrations tient insuffisamment compte de ces effets inhibiteurs de la concurrence. Le Conseil fédéral propose donc deux variantes en vue d'améliorer cette situation :

Variante 1 relative au contrôle des concentrations d'entreprises :

Cette variante prévoit, à l'art. 10, al. 2, let. a, un examen exhaustif des effets négatifs et positifs d'une concentration sur le modèle du test SIEC (*Significant Impediment to Effective Competition*) appliqué par les autorités de l'UE. Cet examen s'accompagne de la possibilité d'interdire des concentrations, ou de les assortir de charges et de conditions. Une interdiction serait donc possible au cas par cas même si aucune position dominante n'est créée ou renforcée. Cette solution permet aussi de tenir compte à l'avenir des gains d'efficacité générés par une concentration (art. 10, al. 2, let. b.). Dans la mesure où de tels gains compensent, pour les acheteurs, les effets

négatifs de la concentration, les autorités en matière de concurrence doivent autoriser cette dernière.

Cette variante implique une harmonisation considérable du contrôle des concentrations en Suisse avec celui de l'UE et de la plupart des Etats membres. Elle risque cependant de mobiliser davantage de ressources que le contrôle actuel.

Variante 2 relative au contrôle des concentrations d'entreprises :

Cette variante ne prévoit qu'une légère modification qui permettrait à l'avenir aux autorités de la concurrence d'interdire une concentration ou de l'assortir de charges et de conditions, pour autant que celle-ci crée ou renforce une position dominante sur le marché (art. 10, al. 2, let. a). Le critère problématique et contesté de l'éventuelle suppression d'une concurrence efficace est éliminé. Cette variante implique des contraintes administratives moins importantes que la variante 1. Elle permet cependant que soient autorisées des concentrations qui affectent la concurrence de manière notable sans pour autant créer ou renforcer une position dominante. Une telle variante ne permet donc à l'Autorité de la concurrence de prendre en considération que les effets non coordonnés (unilatéraux), mais non les effets coordonnés ni les gains d'efficacité réalisés grâce aux concentrations. Enfin, elle n'harmonise pas le droit suisse avec le droit européen.

2.4 Dispositions de procédure civile (chapitre 3)

Art. 12 Actions découlant de restrictions illicites à la concurrence

Selon l'opinion largement dominante, la formulation actuelle de cette disposition ne permet pas aux consommatrices et aux consommateurs de faire valoir des prétentions civiles en cas de restriction illicite à la concurrence. Cela entraîne notamment une lacune inadmissible en matière de responsabilité civile, car celui qui viole le droit des cartels n'a à répondre envers personne : le plus souvent, il peut se défendre contre les prétentions en dommages-intérêts des entreprises en leur opposant qu'elles n'ont elles-mêmes subi aucun dommage au sens juridique du terme, car elles ont pu répercuter l'excédent de prix payé en raison de l'atteinte illicite à la concurrence sur l'échelon du marché situé en aval (en dernier lieu les consommatrices et les consommateurs). Les prétentions des consommatrices et des consommateurs, lésés par une telle répercussion du dommage, se heurtent donc au défaut de légitimation active dans la loi. Le fait d'étendre une telle légitimation à tous ceux dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par une restriction illicite à la concurrence supprime cette lacune en matière de responsabilité et permet désormais aux consommatrices et aux consommateurs lésés sur le plan financier d'agir en justice.

Si les organisations de consommateurs souhaitent agir, elles devront d'abord obtenir la cession des créances des consommatrices et des consommateurs.

La condition d'une entrave à la concurrence n'étant désormais plus requise, il convient de modifier la formulation du titre de l'art. 12 et de la disposition de l'art. 12, al. 1, let. a. Pour les mêmes raisons, l'actuelle disposition de l'al. 2, aux termes de laquelle „constituent en particulier une entrave à la concurrence le refus de traiter

des affaires ou l'adoption de mesures discriminatoires", est superflue et peut donc être abrogée.

La nouvelle réglementation prévue à l'art. 12 reprend, par analogie avec l'art. 9, al. 1, let. c, LCD et l'art. 28a, al. 1, ch. 3, CC et en relation avec l'al. 1, let. b de la LCart de 1985, un droit à faire constater l'illicéité d'une restriction à la concurrence.

En revanche, l'actuel al. 3, qui prévoit que les actions citées à l'al. 1 „peuvent aussi être intentées par la personne qui, en raison d'une restriction licite à la concurrence, subit une entrave plus grave que ne l'exigerait l'application de ladite restriction“, doit être supprimé sans être remplacé. Cette disposition, qui provient encore de la LCart de 1985, est contraire au système actuel dans la mesure où elle fonde une responsabilité civile du fait d'un comportement licite sous l'angle du droit des cartels. Les entraves allant au-delà de ce qui est justifiable constituent des infractions au droit des cartels et doivent être soumises aux règles générales de ce droit. Une réglementation spéciale de droit civil n'est pas nécessaire.

Malgré l'introduction de la légitimation active en faveur du client final, le risque des coûts liés au procès constitue un handicap non négligeable pour les demandeurs potentiels. Selon les principes généraux de procédure civile, la partie qui succombe doit supporter les frais liés au litige, notamment les émoluments de procédure, dont le montant dépend de la valeur litigieuse, ainsi que les dépens de la partie adverse. Une telle règle générale s'applique en principe de manière symétrique en faveur et en défaveur de chacune des parties. Toutefois, la partie qui allègue une violation du droit des cartels court dans les faits un risque plus élevé, car elle se retrouve confrontée aux difficultés en matière de preuves analysées dans l'avis de droit Heinemann. Même dans des cas fondés, le risque lié aux coûts peut ainsi dissuader d'intenter une action civile. Une alternative envisageable consisterait à prévoir que, dans certains cas, une partie n'a pas à supporter (tous) les coûts de la partie adverse. Le ou la juge pourrait alors répartir les coûts (dans la mesure où ils ne doivent pas être supportés par la partie défenderesse) selon sa libre appréciation entre la partie demanderesse et le ou les responsable(s) (effectifs ou présumés) d'une restriction à la concurrence, si la partie demanderesse avait des motifs fondés d'intenter action sur la base de l'état de fait et de la situation juridique. Une telle modification de la répartition des coûts ne serait pas contraire au système, puisqu'elle est déjà connue dans d'autres domaines (art. 706a, al. 3, et 756, al. 2 CO).

Art. 12a Prescription

La nouvelle disposition de l'art. 12a fixe le délai de prescription des actions prévues à l'art. 12, al. 1. Ce délai est désormais suspendu entre l'ouverture d'une enquête par l'Autorité de la concurrence et la date de l'entrée en force de la décision rendue par les instances judiciaires dans l'affaire concernée. Une telle solution permet de résoudre la problématique posée par le délai de prescription relatif d'une année prévu à l'art. 60 CO, et applicable selon l'opinion dominante, lequel contraint les victimes d'une infraction au droit des cartels à intenter rapidement action, compromettant ainsi, le cas échéant, leurs chances de succès. La possibilité d'attendre désormais la fin de la procédure menée devant les autorités compétentes en matière de concurrence permet aux lésés d'exercer plus facilement leurs actions civiles et renforce l'aspect civil du droit des cartels dans son ensemble.

Le problème de prescription durant une procédure, dont il est fait état ci-dessus, n'est pas propre au droit des cartels et surgit aussi dans d'autres procédures civiles. Dès que le droit général de la prescription sera révisé, il pourra être renoncé à une réglementation spéciale dans la LCart.

Art. 13 Exercice des actions en suppression ou en cessation de l'entrave

Aux termes de la let. a, le tribunal civil peut désormais constater, à la requête de la demanderesse ou du demandeur, „que des contrats sont nuls en tout ou en partie“. Par rapport à la version actuelle, selon laquelle le tribunal "décide" que des contrats sont nuls, la nouvelle formulation n'entraîne toutefois aucune modification juridique sur le fond. Le texte législatif est simplement adapté à l'opinion juridique dominante selon laquelle les dispositions contractuelles violant la LCart sont nulles et non avenues d'entrée de cause et la décision du tribunal n'est donc pas assortie d'un effet constitutif.

Les modifications rédactionnelles de la let. b découlent de la refonte de la qualité pour agir à l'art. 12. L'injonction éventuellement adressée par le tribunal à celui qui est à l'origine d'une restriction illicite à la concurrence de conclure des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche bénéficie donc désormais non seulement aux acteurs du marché en concurrence, mais également à tout demandeur potentiel (y compris les consommatrices et les consommateurs).

2.5 Autorité de la concurrence et Tribunal fédéral de la concurrence (chapitre 4)

2.5.1 Autorité de la concurrence (section 1)

Art. 18 Autorité de la concurrence

A l'al. 1, la Confédération crée une Autorité de la concurrence chargée de réaliser les buts de la LCart. Le renvoi à l'art. 1 LCart détermine la mission de l'Autorité de la concurrence. Concrètement, celle-ci reprend les fonctions de l'actuel secrétariat de la COMCO, mais également les tâches qui incombent aujourd'hui à la COMCO elle-même. Ces tâches vont de la décision d'ouvrir une enquête en cas de restrictions à la concurrence à l'appréciation des concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notification. L'al. 1 doit être lu en relation avec l'art. 25, let. a. Comme à l'heure actuelle, la tâche principale de l'Autorité de la concurrence consiste à mener les procédures d'enquête qui aboutissent aux décisions rendues par le Tribunal fédéral de la concurrence. Elle peut mener ces procédures de manière autonome, y compris en ce qui concerne les ordonnances de procédure. Les compétences décisionnelles doivent être conférées à l'Autorité de la concurrence par la loi. C'est notamment à elle qu'il incombe d'autoriser les concentrations d'entreprises. L'attribution de cette compétence est fondée sur le caractère particulièrement urgent de telles décisions pour les entreprises prenant part à une concentration soumise à notification.

Outre sa fonction décisionnelle dans le cadre des enquêtes, l'Autorité de la concurrence exerce également une fonction de conseil, c'est-à-dire que, conformément au but de la loi, elle conseille les services officiels et les entreprises sur des questions relatives à la LCart (al. 2). Une telle fonction revêt une importance non négligeable en termes de prévention. En effet, elle permet à l'Autorité de la concurrence de

fournir, à un stade précoce, des informations importantes sur son appréciation à ceux qui prennent part à une restriction à la concurrence ou sont affectés par elle.

L'Autorité de la concurrence a également pour tâche de sensibiliser les autorités et le public à la concurrence. Cette compétence (rôle dit d'advocacy) découle avant tout de l'art. 45 qui habilite l'Autorité de la concurrence à adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir la concurrence et à s'exprimer dans le cadre des procédures de consultation.

Art. 19 Indépendance

L'Autorité de la concurrence doit être indépendante de l'Administration fédérale. Elle n'est rattachée au DFE que sur le plan administratif et n'est soumise, lorsqu'elle prend ses décisions, ni aux instructions du Conseil fédéral ni à celles des autorités administratives (al. 2).

Art. 20 Surveillance

L'Autorité de la concurrence est soumise à la surveillance administrative du pouvoir exécutif (al. 1). Par surveillance administrative, il faut entendre la surveillance de l'organisation et de la direction de l'Autorité de la concurrence. Cette disposition ne confère expressément au Conseil fédéral aucune possibilité de surveiller le contenu des décisions prises par l'Autorité de la concurrence, surveillance qui compromettrait l'indépendance de cette dernière. La surveillance exercée par le pouvoir exécutif se concentre sur les questions liées à l'utilisation des ressources économiques et à un fonctionnement satisfaisant de la direction de l'autorité. L'al. 1 délègue cette tâche de nature plutôt technique au Département fédéral de l'économie. Comme expliqué ci-dessous, le contrôle de la qualité des décisions incombe exclusivement au pouvoir judiciaire, c'est-à-dire aux tribunaux; la fixation des priorités et les répercussions générales du travail de l'Autorité de la concurrence doivent toutefois faire l'objet d'évaluations périodiques, internes et externes, sans influence politique (voir les explications relatives au nouvel art. 59a).

L'exercice de la haute surveillance par les Chambres fédérales s'étend à l'ensemble des activités du Conseil fédéral et de l'Administration fédérale centralisée et décentralisée placée sous la surveillance de ce dernier (al. 2). Le destinataire de la haute surveillance est le Conseil fédéral. La haute surveillance ne permet pas d'annuler ou de modifier des décisions, ni de donner des instructions. Elle permet néanmoins de dispenser des conseils pour l'avenir si des erreurs sont constatées dans la gestion des affaires ou la gestion financière. Les commissions chargées de la haute surveillance disposent dans l'exercice de leur fonction de droits de renseignement et de consultation des dossiers étendus. Elles sont donc libres de contacter directement l'Autorité de la concurrence et de lui demander tout renseignement ou document utile.

Dans le cadre de la haute surveillance sur les institutions et les entreprises de la Confédération, le Parlement examine si le Conseil fédéral a défendu les intérêts du propriétaire. Cette forme d'examen ne s'applique que par analogie à l'Autorité de la concurrence. Le Conseil fédéral doit avant tout rendre des comptes sur tous les événements susceptibles d'affecter le fonctionnement convenable de cette entité. C'est également la pierre angulaire de sa fonction de surveillance. L'activité de l'Autorité de la concurrence, et notamment ses propositions et ses décisions, étant soumise à un examen judiciaire, le contrôle du Conseil fédéral se limite à vérifier

que l'Autorité de la concurrence fonctionne correctement et qu'elle dispose des moyens nécessaires à une administration dans les règles de l'art. Sur son implication efficace, voir également le commentaire de l'art. 21.

Art. 21 Direction

L'Autorité de la concurrence dispose d'une direction qui se compose d'au moins trois membres. Cette direction est dirigée par un directeur ou une directrice (al. 1). Elle a notamment pour tâche d'édicter un règlement d'organisation et de le soumettre à l'approbation du Conseil fédéral (al. 2, let. a). Parmi les tâches qu'elles ne peut pas déléguer, il lui incombe notamment d'arrêter les décisions, notamment dans le cadre des procédures relatives aux concentrations, et d'ouvrir les enquêtes (let. b et c). La délégation d'autres compétences décisionnelles doit être réglée dans le cadre du règlement d'organisation. Dans la mesure où il a été renoncé à un conseil d'administration et où l'Autorité de la concurrence n'est pas liée par des instructions, il est important qu'une majorité de personnes désignées par le Conseil fédéral conformément à l'art. 24 pose les jalons des activités de l'Autorité de la concurrence.

De la sorte, le Département ne peut influencer la fixation des priorités que de manière marginale. Comme à l'heure actuelle, le DFE peut uniquement exiger l'ouverture d'une enquête, mais ne peut ni influencer ni arrêter une procédure en cours, ne serait-ce qu'indirectement, et ce afin d'éviter toute influence politique. Seul le Tribunal fédéral de la concurrence est habilité à clore les enquêtes. En revanche, le Tribunal fédéral de la concurrence, lorsqu'il statue, n'est pas en droit d'exiger l'ouverture d'une enquête, car l'Autorité de la concurrence chargée d'une telle enquête doit être indépendante.

Conformément à l'al. 2, let. e, la direction exerce aussi une fonction de contrôle. Pour ce faire, elle met en place un contrôle interne qui permet à la direction de vérifier que le règlement d'organisation est observé, de mettre au jour les dysfonctionnements et d'en ordonner la suppression. La fonction d'organe de révision de l'Autorité de la concurrence incombe au Contrôle fédéral des finances (CDF). Celui-ci est indépendant et n'est lié que par la Constitution et la loi.

Aux termes de l'al. 2, let. f, la direction élabore le rapport d'activité et le soumet à l'approbation du Conseil fédéral avant de le publier. Le Conseil fédéral peut refuser ce rapport s'il n'est pas d'accord avec certains de ses points essentiels. Le rapport d'activité contient d'une part des informations sur la pratique de l'exercice écoulé, ce qui lui confère le caractère d'un rapport de gestion. D'autre part, les indications statistiques et les comptes annuels en font partie intégrante. L'approbation du rapport d'activité par le Conseil fédéral ne décharge pas la direction de sa responsabilité du fait des informations divulguées dans ce rapport, par analogie avec l'approbation du conseil d'administration de la FINMA.

Art. 24 Personnel de l'Autorité de la concurrence

Selon la réglementation contenue à l'art. 24, al. 1, le Conseil fédéral désigne la directrice ou le directeur, son ou sa suppléant(e), et au moins un membre complétant la direction de l'Autorité de la concurrence. La position de ces derniers au sein de l'autorité est comparable à celle du Préposé à la protection des données ou au rôle envisagé dans le cadre de la révision de la loi sur l'aviation pour le service

d'enquête sur les accidents d'aviation au sein de leurs organisations respectives. Sous l'angle de la fonction qui lui est attribuée par le droit des cartels et consistant à évaluer les concentrations d'entreprises, il paraît judicieux de comparer la direction de l'Autorité de la concurrence à des commissions décisionnaires telles que la Comcom. Toutefois, contrairement à cette dernière, l'Autorité de la concurrence bénéficie de son propre personnel et ne dépend donc pas des prestations de l'administration ministérielle.

Les membres de la direction de l'Autorité de la concurrence sont nommés pour une période de quatre ans, ce qui renforce leur indépendance. Les autres membres du personnel de l'Autorité de la concurrence sont désignés par la direction. Les rapports de service continuent d'être régis par la législation applicable au personnel de l'administration fédérale (al. 2).

Art. 25 Secret de fonction et secret d'affaires

Comme la disposition actuellement en vigueur, l'art. 25 prévoit que l'Autorité de la concurrence est assujettie au secret de fonction et ne doit pas révéler de secrets d'affaires dans ses publications. La réglementation expresse du secret de fonction est indiquée, compte tenu de la fonction particulière de l'Autorité de la concurrence, celle-ci travaillant régulièrement avec des données particulièrement sensibles des entreprises concernées.

Pour des raisons liées à la systématique de la loi, l'assujettissement du Tribunal fédéral de la concurrence au secret de fonction et son obligation ne pas divulguer les secrets d'affaires sont réglés séparément à l'art. 25g.

2.5.2 Tribunal fédéral de la concurrence (section 2)

Art. 25a Principe

L'al. 1 désigne le Tribunal fédéral de la concurrence comme le tribunal de première instance de la Confédération en matière de concurrence, constituant ainsi un tribunal spécial chargé au niveau national de sauvegarder le droit dans le cadre des litiges liés à la concurrence. Le Tribunal fédéral de la concurrence remplace l'actuelle COMCO et a la compétence exclusive de statuer sur les restrictions illicites à la concurrence, sur les mesures à prendre pour supprimer de telles restrictions (le cas échéant, sur l'adoption d'un accord amiable), ainsi que, dans les cas susceptibles de sanctions, sur les sanctions ou les peines à prononcer. La voie civile demeure réservée.

L'al. 2 mentionne la deuxième fonction principale du Tribunal fédéral de la concurrence. En effet, celui-ci ne fonctionne pas seulement en qualité de première instance dans les affaires de restrictions à la concurrence, mais également, en principe, en qualité de première instance de recours dans les cas où l'Autorité de la concurrence prononce elle-même des décisions (l'exception liée aux mesures de contrainte figure à l'art. 44, al. 1). Outre les ordonnances de procédure de l'Autorité de la concurrence désormais mentionnées à l'art. 20, al. 1, (notamment celles qui concernent l'obligation de renseigner), est avant tout visé l'examen des concentrations

d'entreprises sur lesquelles l'Autorité de la concurrence se prononce en première instance.

L'al. 3 définit la place du Tribunal fédéral dans la structure générale et prévoit qu'il statue comme instance précédant le Tribunal fédéral. Cette voie de recours direct au Tribunal fédéral contribue à accélérer les procédures autant que possible jusqu'à la décision de dernière instance.

L'al. 4 stipule que les dispositions de la loi fédérale du 22 mars 2009 sur le Tribunal fédéral des brevets (LTFB) s'appliquent par analogie au Tribunal fédéral de la concurrence, sauf dispositions contraires de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence. Ne sont notamment pas applicables par analogie les art. 1, 8, 9, 10, 21, 26 et 4 LTFB. Ils sont remplacés par les art. 25a à 25h.

Contrairement à ce que prévoit la LTFB, les procédures devant le Tribunal fédéral de la concurrence sont en principe régies par les dispositions de la PA, complétées par les garanties procédurales nécessaires.

Art. 25b Compétences

La let. a de cette disposition prévoit que le Tribunal fédéral de la concurrence a la compétence exclusive de rendre les décisions et les ordonnances qui sont prévues par la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, pour autant que la compétence d'une autre autorité ne soit pas expressément réservée. Cela signifie que le Tribunal fédéral de la concurrence a la compétence de constater des restrictions illicites à la concurrence, de prendre les mesures destinées à supprimer de telles restrictions (et, le cas échéant, d'approuver un accord amiable), et dans les cas susceptibles de sanctions, de statuer sur les sanctions ou les peines à prononcer. En l'absence de restriction illicite à la concurrence, ou si une telle restriction ne peut être établie, le Tribunal fédéral de la concurrence décide de clore l'enquête.

Selon la let. b, le Tribunal fédéral de la concurrence a désormais la compétence d'ordonner des mesures provisionnelles. Sont avant tout visées les mesures provisionnelles de la procédure administrative, qui sont déjà possibles selon la pratique actuelle.

Art. 25c Composition du tribunal

Le Tribunal fédéral de la concurrence se prononce sur des cas situés à mi-chemin entre droit et pratique économique, ce qui exige des juges chargés de trancher de tels litiges des connaissances approfondies de ces deux domaines. La désignation de juges formés et expérimentés tant sur le plan juridique qu'économique constitue dès lors la condition indispensable à une justice de première instance rendue dans les règles de l'art. Les juges doivent pouvoir se prévaloir d'une expérience suffisante en matière de concurrence et d'économie. Cette exigence concerne tant les juges ayant une formation juridique que ceux qui doivent assurer le lien entre la cour appelée à statuer d'une part et la pratique entrepreneuriale et la doctrine économique d'autre part. Les juges ne doivent pas tant s'intéresser à la gestion des entreprises et à l'économie industrielle (économie de la concurrence) qu'être capables de mettre en œuvre juridiquement leurs expériences et leurs connaissances en la matière. En effet, sans cela, la combinaison nécessaire entre expertise juridique et expertise de la pratique économique ferait défaut. Les exigences formelles ne doivent pas faire

l'objet d'une réglementation détaillée; l'autorité compétente en matière de nomination doit jouir de la liberté d'appréciation appropriée pour désigner les membres du tribunal et le champ des candidates et candidats potentiels ne doit pas être inutilement restreint. En ce qui concerne les juges suppléants, l'expérience entrepreneuriale ou les connaissances économiques, en particulier dans le domaine de l'économie de la concurrence, demeurent toutefois les critères déterminants. Il convient cependant d'assurer un certain décloisonnement entre les fonctions des juges ordinaires et celles des juges suppléants.

Le Tribunal fédéral de la concurrence pourrait se composer d'environ quatre juges ordinaires, parmi lesquels un ou deux occuperaient leur poste à temps partiel pour des raisons de coûts. Le Tribunal fédéral de la concurrence est dirigé par une présidente ou un président et par une vice-présidente ou un vice-président (cf. art. 18 LTFB). La répartition des tâches entre les membres ordinaires du tribunal (la présidente ou le président transmet régulièrement les instructions aux autres juges ordinaires) évite le risque d'une concentration des fonctions centrales entre les mains d'une seule personne et garantit la continuité de la jurisprudence. Elle évite notamment qu'une seule personne influence la jurisprudence de manière peu judicieuse.

Le nombre de juges suppléants envisagé va de six à neuf. La direction du tribunal, au sein de laquelle les juges suppléants doivent disposer d'au moins une ou un représentant(e), détermine leur participation aux différentes procédures.

Art. 25d Election

L'al. 1 attribue à l'Assemblée fédérale la compétence d'élire les juges. Lors de la préparation de l'élection, la commission judiciaire doit tenir compte d'une représentation équitable des expériences et connaissances prévues à l'art. 25c. Afin de s'assurer que soient élus des juges disposant de l'expérience susmentionnée, la commission judiciaire peut consulter les milieux intéressés avant de désigner les juges suppléants.

L'al. 2 fixe les conditions d'éligibilité. Est éligible au Tribunal fédéral de la concurrence quiconque a le droit de vote en matière fédérale au sens de l'art. 136, al. 1, Cst.

Art. 25e Incompatibilité à raison de la fonction

Al. 1 : la let. a est l'expression du principe de la séparation des pouvoirs (cf. art. 144, al. 1, Cst.).

La let. b est calquée sur les art. 6, al. 2, LTF et 6, al. 2, LTAF. Cette disposition interdit, sous forme de clause générale, l'exercice d'activités susceptibles de nuire à l'exercice de la fonction de juge, à l'indépendance ou à la réputation du Tribunal fédéral de la concurrence. Une telle interdiction concernera avant tout, mais pas uniquement, les juges suppléants et les juges exerçant leur fonction à temps partiel.

La let. c reprend, en ce qui concerne le Tribunal fédéral de la concurrence et sous une forme un peu plus libérale, la réglementation des art. 6, al. 3, LTF et 6, al. 3, LTAF, en renonçant à une interdiction générale des décorations. Cette disposition n'exclut pas du cercle des juges potentiels les experts suisses qui exercent une fonction officielle au sein d'une organisation internationale dont la Suisse est l'un des Etats membres.

La let. d doit garantir que certaines associations ayant pour but de défendre les intérêts économiques de leurs membres n'influencent pas le tribunal, lequel doit être lié seulement par la loi. Même si les représentants de telles associations au sein de l'actuelle COMCO n'ont pas eu à se récuser plus souvent que d'autres membres de la commission, ils ne doivent pas être habilités à siéger au Tribunal fédéral de la concurrence. Un employé est soumis à un devoir de fidélité. Il ne doit donc jamais pouvoir être reproché aux représentants des associations de représenter au sein du tribunal les positions politiques générales de leur employeur. Le but n'est pas d'exclure l'activité bénévole de juges dans des associations. Le critère réside dans le fait que l'association concernée ne doit pas avoir pour but de défendre les intérêts économiques de ses membres.

En complément à la clause générale, la let. e règle de manière expresse une importante incompatibilité : la représentation, à titre professionnel, de tiers devant les tribunaux est incompatible avec la fonction de juge ordinaire. Il est judicieux de prévoir ce motif d'incompatibilité dans la loi, car les juges ordinaires peuvent aussi exercer leur fonction à temps partiel. Dès lors, la possibilité d'exercer une activité parallèle augmente le risque d'un amalgame problématique entre l'activité d'avocat et celle de juge. Certaines lois cantonales d'organisation judiciaire prévoient également une interdiction d'exercer la profession d'avocat parallèlement à la fonction de juge ordinaire. Une telle interdiction garantit aux citoyennes et aux citoyens leur droit constitutionnel à être jugés par un tribunal indépendant et impartial (art. 30, al. 1, Cst.). En revanche, il est concevable que les juges suppléants exercent, outre leur fonction de juge, celle d'avocat, mais pas dans le domaine du droit de la concurrence ni dans les domaines apparentés, et ce pour des motifs liés à l'exigence d'indépendance (cf. art. 25f, al. 4).

La let. f n'a de pertinence qu'en ce qui concerne les juges ordinaires. Les critères stricts liés à la désignation des juges ordinaires évitent qu'une trop grande proximité économique ne remette en question l'indépendance du Tribunal fédéral de la concurrence. Les juges suppléants, quant à eux, doivent en revanche conserver des possibilités d'activités lucratives suffisantes compte tenu de leur taux d'activité restreint. Mais ils doivent faire preuve, eux aussi, d'un degré d'indépendance élevé : il est certes concevable qu'ils exercent une activité au sein d'une entreprise, voire qu'ils dirigent une petite société. La désignation d'administrateurs ou de directeurs de grandes entreprises ou de collaborateurs d'entreprises ayant des intérêts cartellaires directs doit toutefois être exclue.

L'al. 2 soumet l'exercice de toute activité lucrative à une obligation de l'annoncer. Une telle obligation garantit la transparence et la publication exhaustive de toutes les activités lucratives. Elle est également calquée sur l'art. 7 LTAF. Les juges ordinaires occupant leur fonction à temps partiel doivent obtenir une autorisation pour exercer une activité lucrative en dehors du Tribunal fédéral de la concurrence. La direction du tribunal bénéficie à cet égard d'une liberté d'appréciation. Le juge demandant l'autorisation est tenu de se récuser. En revanche, les juges suppléants n'ont pas besoin d'autorisation du Tribunal fédéral de la concurrence pour exercer leur activité principale. En effet, en se prononçant librement, la direction du tribunal risquerait de limiter trop fortement leurs possibilités d'exercer une activité lucrative. Dans la mesure où les juges sont recrutés au sein d'une équipe d'experts, la direction

du tribunal est en mesure d'éviter les incompatibilités lorsqu'elle compose la cour appelée à statuer.

Art. 25f Direction du tribunal et cour appelée à statuer

L'al. 1 règle la composition de la direction du tribunal, au sein de laquelle siègent deux juges ordinaires, mais également un ou une juge suppléant(e). La direction du tribunal désigne la cour appelée à statuer.

Le Tribunal fédéral de la concurrence statue à cinq juges (al. 2). Ce nombre répond d'abord au souci d'équilibre entre une jurisprudence efficace et des arrêts rendus sur la base d'un large consensus. Une cour composée de cinq juges correspond également aux intérêts de l'évolution du droit et de l'homogénéité de la jurisprudence. La cour appelée à statuer se compose d'au moins deux juges ordinaires (al. 3). Les trois autres membres de la cour sont des juges ordinaires et suppléants. Une telle composition garantit une jurisprudence en matière de concurrence rendue par des juges compétents sur le plan juridique et qualifiés.

Demeure réservée la compétence du juge unique au sens de l'art. 23 LTFB. En outre, la compétence d'ordonner des mesures provisionnelles est attribuée à la présidente ou au président du Tribunal fédéral de la concurrence statuant comme juge unique, et ce pour des raisons liées aux aspects pratiques et au caractère urgent de telles mesures (al. 3).

Il n'incombe pas impérativement à la présidente ou au président de diriger la procédure; les contraintes qui vont de pair avec cette fonction apparaissent donc défendables (cf. art. 35 LTFB). Dans la mesure où le Tribunal fédéral se compose idéalement de quatre juges ordinaires, son fonctionnement ne devrait pas être compromis, même en cas d'absences dues à la maladie ou aux vacances (cf. art. 25c).

La direction du tribunal doit s'assurer que les juges de la cour appelée à statuer n'aient aucun intérêt économique dans le secteur concerné (al. 5).

Art. 25g Secret de fonction et secrets d'affaires

Les trois alinéas de cet article contiennent des dispositions relatives à la sauvegarde, par le Tribunal fédéral de la concurrence, du secret de fonction et des secrets d'affaires. Cette réglementation correspond dans une large mesure aux dispositions actuellement applicables à la Commission de la concurrence et à son secrétariat, et désormais applicables à l'Autorité de la concurrence (art. 25). Seul l'art. 25, al. 3, qui autorise l'Autorité de la concurrence à transmettre certaines informations au Surveillant des prix, n'a pas, pour des raisons logiques, son pendant en ce qui concerne le Tribunal fédéral de la concurrence. Contrairement à l'Autorité de la concurrence (cf. art. 25, al. 4), le Tribunal fédéral de la concurrence, instance indépendante, doit pouvoir conserver la liberté de décider de quelle manière et dans quelle mesure il préserve le secret des affaires dans le cadre de la publication d'un arrêt. On ne saurait le priver du droit de prendre une telle décision, qui doit être le fruit d'une pesée des intérêts de cas en cas.

Art. 25h Financement

Le Tribunal fédéral de la concurrence est financé au premier chef par les émoluments judiciaires (cf. 59c LCart et 31 et 33 LFTB). Toutefois, à l'instar du Tribunal

fédéral et du Tribunal administratif fédéral, le Tribunal fédéral de la concurrence sera financé à titre complémentaire par les fonds de la Confédération. Les peines pécuniaires y seront également comptabilisées.

2.6 Dispositions de procédure (chapitre 5)

2.6.1 Restrictions à la concurrence (section 1)

Art. 27 Enquête

Titre : par analogie avec l'art. 26, l'art. 27 ne concerne pas uniquement la question de l'ouverture de l'enquête, mais également la procédure d'enquête en général, raison pour laquelle le titre de l'article est modifié.

Al. 1 : l'Autorité de la concurrence est désormais seule compétente pour ouvrir et diriger une enquête de manière autonome en lieu et place de l'actuel secrétariat.

Conformément à la maxime d'office, l'Autorité de la concurrence doit en principe ouvrir une enquête lorsqu'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence. Dans la mesure où ses capacités limitées ne permettent pas à l'Autorité de la concurrence d'enquêter sur toutes les restrictions possibles à la concurrence (même les petites), cette obligation est relativisée, dans les faits, par des considérations d'opportunité. Il convient de fixer les priorités, c'est-à-dire d'enquêter au premier chef sur les cartels et autres restrictions à la concurrence qui génèrent les effets les plus dommageables sur les plans économique et social, et donc en particulier ceux qui sont susceptibles de sanctions directes. Il s'agit également d'assurer le développement du droit par le biais de décisions de principe. Le rapport d'activité assure la transparence en matière de priorités. Des évaluations périodiques permettent d'examiner ces dernières (cf. art. 59a).

Comme à l'heure actuelle, le DFE doit pouvoir exiger l'ouverture d'une enquête, par exemple lorsque lui sont transmises des informations laissant à penser qu'il existe une éventuelle restriction illicite à la concurrence. L'Autorité de la concurrence jouit cependant d'une entière liberté dans le cadre de l'enquête et de ses conclusions. L'usage d'une telle possibilité par le DFE ne devrait dès lors pas être problématique sous l'angle de l'exigence d'indépendance.

Al. 2 : la loi consacre expressément le principe selon lequel l'Autorité de la concurrence (précédemment le secrétariat) ne se contente pas d'ouvrir les enquêtes, mais les mène de manière autonome et indépendante.

Art. 29 Accord amiable

Al. 1 : comme à l'heure actuelle, les entreprises participant à la procédure peuvent convenir avec l'Autorité de la concurrence d'un accord amiable dans lequel elles s'entendent quant aux modalités de la suppression d'une restriction à la concurrence. Un tel accord ne supprime cependant pas le caractère punissable du comportement illicite adopté précédemment. En effet, cet accord règle uniquement le comportement futur des entreprises participantes. Des accords contraignants sur la sanction à prononcer ne sont pas autorisés, car la décision portant sur la sanction incombe en dernier ressort au Tribunal fédéral de la concurrence. En revanche, l'Autorité de la concurrence peut informer les parties de la sanction qu'elle entend proposer au

Tribunal fédéral de la concurrence. Si l'Autorité de la concurrence et les parties parviennent à un accord sur la suppression de la restriction à la concurrence, la première peut alors renoncer à des mesures d'investigation supplémentaires pour des motifs d'économie de procédure et transmettre le cas au Tribunal fédéral de la concurrence avec une proposition.

Al. 2 : les accords amiables conclus entre l'Autorité de la concurrence et les parties sont soumis à l'approbation du Tribunal fédéral de la concurrence. Celui-ci peut soit approuver, soit refuser ces accords, mais ne saurait les modifier unilatéralement. Si un accord amiable est refusé et/ou si le cadre de la sanction que l'Autorité de la concurrence a laissé entrevoir aux entreprises est outrepassé, il incombe au Tribunal fédéral de la concurrence de statuer lui-même sur les mesures à prendre et de prononcer la sanction, le cas échéant en procédant à l'administration de preuves supplémentaires. Il peut aussi, le cas échéant, renvoyer l'affaire à l'Autorité de la concurrence en la chargeant de réexaminer les faits de manière plus approfondie et de lui soumettre une nouvelle requête.

Art. 30 Requête et décision

Al. 1 : la distinction entre la phase de l'enquête et celle de la décision est plus cohérente qu'à l'heure actuelle : l'Autorité de la concurrence est chargée des enquêtes et des requêtes (parmi lesquelles peuvent également figurer les ordonnances procédurales et les décisions incidentes); le Tribunal fédéral de la concurrence rend les décisions et prononce les éventuelles sanctions dans le cadre de la procédure d'enquête relative aux restrictions à la concurrence.

Al. 1bis : consécutivement à la refonte institutionnelle et à la suppression de la Commission de la concurrence, le Surveillant des prix ne peut plus participer aux séances de cette dernière avec voix consultative (art. 5, al. 2, LSPr). Il est par ailleurs exclu qu'il siège dans le nouveau Tribunal fédéral de la concurrence, compte tenu de son degré insuffisant d'indépendance par rapport au DFE. La collaboration entre Autorité de la concurrence et Surveillant des prix est toutefois maintenue, conformément aux art. 5 al. 2, 3 et 4, LSPr. Par ailleurs, par analogie avec l'art. 5, al. 4, LSPr, l'Autorité de la concurrence doit désormais consulter le Surveillant des prix dans le cadre des procédures relatives aux prix inéquitables imposés ou à la sous-enchère en matière de prix contre des concurrents déterminés (obligation de l'Autorité de la concurrence de consulter les Surveillant des prix sur des questions choisies).

L'éventualité d'une institutionnalisation légale de la collaboration avec les régulateurs sectoriels (notamment la Comcom, l'EiCom et Postreg) similaire à celle qui existe concernant la surveillance des prix a été examinée. Toutefois, un rôle trop important des régulateurs sectoriels dans la procédure du droit des cartels pourrait avoir pour conséquence d'affaiblir indirectement la mise en oeuvre de la LCart, en ce sens que l'Autorité de la concurrence devrait alors se prononcer non seulement sur des questions liées au droit des cartels, mais également sur des questions plus vastes de nature réglementaire. A l'heure actuelle déjà, le Conseil fédéral a la possibilité d'autoriser des exceptions au droit des cartels sur la base des art. 8 et 11 pour autant que des intérêts publics le justifient. Dès lors, un mécanisme de coordination ne fait défaut qu'en ce qui concerne la collaboration de l'Autorité de la concurrence

avec des autorités de régulation sectorielle, non liées par les instructions du Conseil fédéral. Pour ces régulateurs indépendants, il convient, dans la mesure où il existe des interdépendances avec le travail de l'Autorité de la concurrence, de trouver une autre forme institutionnalisée de coopération qui devra être discutée en collaboration avec les instances concernées au cours de la consultation.

Al. 2 : le droit des parties d'être entendues dans le cadre des procédures menées par l'Autorité de la concurrence découlera à l'avenir directement des art. 29 ss PA. Une réglementation spéciale du droit d'être entendu devant l'Autorité de la concurrence et le Tribunal fédéral de la concurrence n'est pas nécessaire. La possibilité, notamment, de prendre position sur la requête de l'Autorité de la concurrence allongerait la procédure. Désormais, les parties bénéficient, dès la requête soumise par l'Autorité de la concurrence, d'un accès direct à l'organe décisionnel (Tribunal fédéral de la concurrence), et ce dans le cadre d'une procédure judiciaire équitable.

Comme la Commission de la concurrence à l'heure actuelle, le Tribunal fédéral de la concurrence peut procéder à des auditions; s'il considère que des mesures d'enquête supplémentaires sont nécessaires, il peut les prendre lui-même compte tenu de la séparation entre la phase d'enquête et la phase décisionnelle. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'il peut renvoyer l'affaire à l'Autorité de la concurrence afin qu'elle complète l'état de fait. Il n'est plus nécessaire de nommer séparément ces deux compétences.

2.6.2 Concentrations d'entreprises (section 2)

Art. 32 Ouverture de la procédure d'examen

Les différences de réglementations entre la Suisse et l'UE posent, tant aux entreprises qu'aux autorités en matière de concurrence, des problèmes de coordination qui occasionnent des frais administratifs. D'une part, les délais prévus par l'UE sont plus longs et d'autre part, il est possible, au sein de l'UE, de les prolonger (p. ex. lors de l'examen de charges et de conditions ou à la demande des entreprises). Les entreprises souhaitent en général éviter que l'autorité suisse en matière de concurrence statue avant l'UE. La modification proposée maintient le délai principal, mais aménage la possibilité de compenser les différences de délais indésirables entre la Suisse et l'UE par le biais de prolongations du délai. Afin que l'Autorité de la concurrence ne puisse pas prolonger le délai de son propre chef, une telle prolongation suppose l'accord des entreprises notifiantes (pour des raisons d'économie de procédure, il incombe aux entreprises notifiantes de donner leur accord). Les motifs „importants“ exigés par la loi pour prolonger le délai (notamment l'examen de conditions et de charges, l'harmonisation avec la procédure européenne relative à la concentration) devront être prévus après la présente révision partielle dans l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises.

La durée maximale de la prolongation du délai se calcule de la manière suivante : le délai prévu par l'UE comprend 25 jours ouvrés pour l'examen préalable, ce qui correspond à environ cinq semaines ou 35 jours (soit 4 à 7 jours, respectivement jusqu'à une semaine de plus qu'en Suisse). Dans l'UE, le délai peut être prolongé de 10 jours ouvrés, soit d'environ deux semaines ou 14 jours. Dès lors, le délai doit

pouvoir être prolongé au maximum de trois semaines, respectivement 21 jours, en Suisse.

Art. 33 Procédure d'examen

Al. 2 : le complément de phrase „Sur demande des entreprises participantes“ garantit, par analogie avec l'actuel art. 32, al. 2, LCart, que l'initiative d'une réalisation provisoire (avant la décision de l'Autorité de la concurrence) incombe aux entreprises. Cela correspond par ailleurs à la pratique actuelle.

Al. 3 et 4 : une prolongation de délai est possible en vue d'approfondir l'examen des concentrations d'entreprises, par analogie avec l'art. 32 et pour les mêmes motifs. Les différents motifs de prolongation (examen de conditions et de charges, demande des entreprises notifiantes, harmonisation avec la procédure européenne relative à la concentration) devront être réglés après la révision partielle dans l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises. La durée maximale de la prolongation du délai se calcule de la manière suivante : le délai prévu par l'UE comprend 90 jours ouvrés pour l'examen approfondi, ce qui correspond à environ 18 semaines ou 126 jours (soit 3 à 6 jours de plus qu'en Suisse). Dans l'UE, le délai peut être prolongé de 35 jours ouvrés, soit d'environ sept semaines ou 49 jours. Par ailleurs, les jours fériés européens durant lesquels le délai ordinaire de l'UE est suspendu doivent être compensés dans les grandes lignes. Dès lors, le délai doit pouvoir être prolongé au maximum d'un peu plus de huit semaines, respectivement deux mois, en Suisse.

Al. 5 : les concentrations sont soumises à d'importantes contraintes de temps. Les entreprises concurrentes doivent pouvoir compter sur des décisions claires et prises rapidement. C'est pourquoi des délais sont impartis à l'Autorité de la concurrence pour examiner les concentrations. Si les entreprises ne sont pas d'accord avec une décision prise par l'Autorité de la concurrence (en cas d'interdiction ou d'autorisation assortie de charges et de conditions), elles doivent pouvoir la contester rapidement par voie judiciaire. Si la procédure de recours est trop longue, elle dissuade, dans certains cas, les entreprises de recourir. Il convient donc d'introduire un délai d'ordre de trois mois impartis au Tribunal fédéral de la concurrence pour statuer sur les recours, délai qui commence à courir dès la réception du recours.

2.6.3 Autres dispositions procédurales et voies de droit (section 3)

Art. 39 Principe

La nouvelle formulation n'entraîne pas de modification juridique sur le fond. Compte tenu de la proposition de séparer clairement l'autorité chargée de l'enquête (désormais l'Autorité de la concurrence) et l'instance décisionnelle (désormais le Tribunal fédéral de la concurrence), et du fait que la requête de l'Autorité de la concurrence (art. 30, al. 1) qui clôt la phase d'enquête ne constitue pas une décision au sens de la PA, la nouvelle formulation clarifie simplement la situation juridique : comme à l'heure actuelle, et sous réserve de dispositions contraires de la LCart, toute la procédure, de l'ouverture de l'enquête à la décision de première instance, est régie par le même droit procédural, à savoir la PA. Dès lors, le droit de consulter le

dossier, notamment, existe déjà pendant l'enquête de l'Autorité de la concurrence (cf. art. 27 PA).

En revanche, en sa qualité de procédure (préalable) largement „informelle“, l'enquête préalable au sens de l'art. 26 LCart vise uniquement à permettre à l'Autorité de la concurrence de procéder à un examen aussi rapide et peu formel que possible et à un tri des éventuelles restrictions à la concurrence en vue d'une enquête formelle. Selon la jurisprudence, la PA n'est pas directement applicable aux enquêtes préalables, raison pour laquelle le renvoi de l'art. 39 ne les englobe pas.

Art. 41a Collaboration avec les autorités de concurrence étrangères

Le nouvel art. 41a prévoit une réglementation qui autorise l'autorité suisse en matière de concurrence à collaborer avec les autorités de concurrence étrangères, et notamment à leur communiquer des informations et à cordonner avec elles des actes d'enquête. L'échange d'informations comprend d'une part la communication des circonstances de fait et de droit, y compris des informations confidentielles et en particulier des secrets d'entreprises et des secrets commerciaux, ainsi que la communication des documents et des données y relatifs. D'autre part, l'échange d'informations vise le cas inverse, à savoir le cas dans lequel l'autorité suisse en matière de concurrence demande aux autorités de concurrence étrangères de telles informations, les reçoit et les utilise comme moyens de preuve. L'art. 41b précise les conditions de la communication d'informations.

Art. 41b Communication de données à des autorités étrangères

L'al. 1 prévoit les conditions de la communication de données confidentielles, notamment de secrets d'affaires, à des autorités de concurrence étrangères. Selon le critère de la double illicéité, la communication d'informations n'est possible au sens de cette disposition que pour autant qu'elle se rapporte à des pratiques faisant l'objet d'une enquête dans l'Etat destinataire qui sont également illicites selon le droit suisse. L'autorité étrangère doit en outre fournir des assurances quant au fait qu'elle est liée par un secret de fonction ou par une obligation de garder le secret analogue (let. b, ch. 1). La communication d'informations suppose également que soit garanti le principe de spécialité, selon lequel les informations seront utilisées exclusivement en vue de l'application de dispositions du droit des cartels et à titre de moyen de preuve qu'en ce qui concerne l'objet de l'enquête auquel se rapporte la requête (let. b, ch. 2). L'autorité de concurrence étrangère doit ensuite fournir l'assurance qu'elle garantit les droits des parties dans la procédure de manière comparable aux autorités suisses (let. b, ch. 3). Par ailleurs, des informations ne peuvent être communiquées à des autorités étrangères que si elles accordent la réciprocité en matière de transmission d'informations](let. b, ch. 4). Une éventuelle collaboration suppose en outre que l'autorité étrangère fournisse l'assurance que les informations concernées ne seront utilisées dans le cadre d'une procédure pénale que si l'entraide judiciaire en matière pénale n'est pas exclue en raison de la nature de l'acte (let. b, ch. 5). Enfin, l'al. 1, let. b, ch. 6, requiert l'assurance que les informations transmises ne seront pas utilisées dans le cadre d'éventuelles procédures civiles.

L'al. 2 règle la divulgation d'informations parvenues à la connaissance de l'autorité suisse en matière de concurrence dans le cadre des procédures relatives aux concen-

trations d'entreprises ou d'une coopération des entreprises à la mise au jour et à la suppression de la restriction à la concurrence (art. 49a, al. 2, LCart). Ces informations ne peuvent être transmises aux autorités étrangères qu'avec l'accord de l'entreprise qui les a fournies. Une telle réglementation évite d'abord que les autorités étrangères ne devancent les annonces de projets de concentrations à l'étranger. Elle garantit ensuite, sous l'angle du programme de clémence, que les entreprises puissent également participer à la mise au jour et à la suppression d'une restriction illicite à la concurrence à l'étranger. Enfin, cette disposition prévient également d'éventuels abus en ce sens que la divulgation d'informations ne peut être bloquée du fait que les entreprises fournissent à l'autorité suisse en matière de concurrence des informations déjà connues. En effet, seule est illicite la communication d'informations qui ont été portées à la connaissance de l'Autorité de la concurrence grâce à la coopération des entreprises telle que définie à l'al. 2.

Un examen légal approfondi doit déterminer si l'entraide est possible dans le cadre des affaires pénales concernées (al. 3). Comme mentionné plus haut, il appartient à l'Autorité de la concurrence de décider, d'entente avec l'Office fédéral de la justice, si l'entraide est ou non exclue. Par ailleurs, l'al. 3 précise que les cas d'inobservation des dispositions du droit des cartels ne sont pas assimilés à des actes contrevenant à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique au sens de l'art. 3, al. 3, de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale, pour lesquels une demande d'entraide est irrecevable.

Enfin, il convient de mentionner l'art. 6 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) en ce qui concerne la collaboration avec les autorités étrangères. En effet, l'Autorité de la concurrence doit également respecter les conditions de cette disposition, étant précisé que l'art. 2, al. 2, let. c, LPD prévoit une exception à ce principe. L'Autorité de la concurrence doit tout particulièrement observer l'art. 6, al. 2, LPD, en cas de transmission de données à une autorité de concurrence étrangère située dans un pays qui ne prévoit pas de protection appropriée des données (des conditions supplémentaires doivent alors être réalisées)

Art. 42 Mesures d'enquête

Jusqu'alors, perquisitions et saisies étaient ordonnées sur proposition du secrétariat par un membre de la présidence de la COMCO. Consécutivement à la réorganisation institutionnelle, la compétence d'ordonner des perquisitions et la saisie de preuves dans le cadre d'une enquête est désormais pleinement transférée à l'autorité chargée de l'enquête. Cette solution correspond également à la répartition des compétences prévues par le nouveau code de procédure pénale suisse.

Les mesures de contrainte mises à disposition de l'Autorité de la concurrence conformément à l'art. 42, al. 2, LCart, correspondent dans une large mesure à la situation actuelle. Cette disposition fait uniquement l'objet d'une extension modérée aux fouilles. Une telle mesure s'avère nécessaire, car la pratique a montré que les membres du personnel d'une entreprise touchée par une perquisition pouvaient être tentés de cacher d'éventuels moyens de preuve sur leur propre personne. A défaut de base légale permettant de procéder à une fouille, de tels objets (comme d'autres moyens de preuve que les personnes portent sur elles en temps normal, tels p. ex. les téléphones portables) seraient purement et simplement soustraits aux autorités de

concurrence. Par ailleurs, la mention expresse des fouilles permet de préciser que même les objets de l'entreprise qui ne sont pas clairement affectés aux locaux commerciaux, tels les véhicules, peuvent être fouillés par l'Autorité de la concurrence.

Art. 44 Voies de droit

L'art. 44 réaménage les voies de recours.

L'al. 1 règle les voies de recours ouvertes contre les décisions de l'Autorité de la concurrence. La première phrase pose le principe : l'instance de recours ordinaire chargée de se prononcer sur les recours formés contre les décisions de l'Autorité de la concurrence est le Tribunal fédéral de la concurrence. Sont visées au premier chef les décisions rendues dans le cadre des procédures relatives aux concentrations d'entreprises au sens des art. 32 ss (p. ex. l'autorisation de la concentration assortie de charges ou l'interdiction de la concentration), ainsi que les décisions incidentes (procédurales) rendues dans le cadre des procédures d'enquête relatives aux restrictions à la concurrence au sens des art. 26 ss (p. ex. récusation, prolongation de délai, etc.) et les décisions relatives à certaines mesures de contrainte au sens de l'art. 40 (p. ex. obligation de renseigner et de produire des pièces).

En dérogation au principe susmentionné, la seconde phrase de l'al. 1 prévoit que les recours formés contre les décisions relatives aux mesures de contrainte citées à l'art. 42, al. 2 (perquisitions, fouilles, mais aussi saisies), et ordonnées par l'Autorité de la concurrence doivent être adressés à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. Dans la mesure où le Tribunal fédéral de la concurrence ne participe pas déjà à l'examen de la licéité de certaines mesures de contrainte lors de la phase de l'enquête (notamment l'examen de la condition liée au caractère suffisant des charges), toute partialité éventuellement problématique sous l'angle du droit est ainsi évitée. Il convient par ailleurs d'appliquer les dispositions de la loi fédérale sur le droit pénal administratif aux recours adressés au Tribunal pénal fédéral. Les décisions sur recours rendues par le Tribunal pénal fédéral peuvent être attaquées devant le Tribunal fédéral.

Selon l'al. 2, les arrêts rendus par le Tribunal fédéral de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Il en va ainsi indépendamment du fait que le Tribunal fédéral de la concurrence ait statué en qualité de première instance ou en qualité de deuxième instance (c'est-à-dire au titre d'instance de recours au sens de l'al. 1).

L'al. 3 confère à l'Autorité de la concurrence la qualité pour recourir au Tribunal fédéral. Selon l'ancien art. 103, let. c, OJ („Toute autre personne, organisation ou autorité que le droit fédéral autorise à recourir“), une base légale contenue dans une ordonnance suffisait pour fonder la qualité de la COMCO pour recourir au Tribunal fédéral. L'art. 89, al. 2, let. d, de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), actuellement applicable, exige en revanche une base légale formelle. La présente réglementation tient compte tant des exigences du Tribunal fédéral en matière de base légale formelle que de la volonté du Conseil fédéral de préserver l'indépendance de l'Autorité de la concurrence dans le cadre des procédures de recours devant le Tribunal fédéral. En effet, une telle solution permet non seulement aux parties à la procédure, mais également à l'Autorité de la concurrence de décider de manière indépendante et sous sa propre responsabilité, c'est-à-dire sans

l'intervention du DFE par le biais d'un recours de l'autorité au sens de l'art. 89, al. 2, let. a LTF, si elle entend recourir au Tribunal fédéral contre un arrêt du Tribunal fédéral de la concurrence ou de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral qui la concerne.

Art. 44a Principe de la transparence

Comme les autres tribunaux fédéraux, le futur Tribunal fédéral de la concurrence ne sera pas soumis à la loi sur la transparence (art. 2 LTrans), dont le champ d'application se concentre au premier chef sur l'activité de l'administration fédérale, mais aux principes de transparence régissant les autorités judiciaires. Par analogie avec les dispositions actuelles de l'organisation judiciaire fédérale relatives aux autres tribunaux fédéraux (art. 28 LTF, art. 30 LTAF, art. 64 LOAP), l'art. 44a précise cependant que les dispositions de la loi sur la transparence sont partiellement applicables: néanmoins, seuls sont soumis au principe de la transparence les documents concernant l'administration du Tribunal fédéral de la concurrence, p.ex. les instructions internes, les évaluations relatives à des sujets administratifs ou les documents concernant des projets informatiques. Les décisions et les arrêts, ainsi que les dossiers de procédure fondant ces derniers ne sont pas visés.

La LTrans doit cependant être en principe applicable à l'Autorité de la concurrence. Il est néanmoins nécessaire d'exclure expressément les procédures portant sur l'appréciation de restrictions à la concurrence prévues aux art. 26 à 30 LCart. Il serait en effet peu cohérent de soustraire au principes de la LTrans les dossiers de procédure du tribunal appelé à statuer, mais d'y soumettre les dossiers dans une large mesure identiques de l'Autorité de la concurrence chargée de mener les enquêtes, de formuler des requêtes et de préparer les procédures judiciaires. Par ailleurs, les entreprises visées par les procédures d'enquêtes relatives à des restrictions à la concurrence prévues aux art. 26 à 30 LCart ont un besoin accru de protection pleinement comparable à celui qu'elles auraient dans le cadre d'une procédure pénale, cette dernière n'étant pas non plus soumise à la LTrans (art. 3, al. 1, let. a, ch. 2). L'exception correspondante sera transposée dans la LTrans par l'introduction d'un nouveau ch. 7 à l'art. 3, al. 1, let. a.

2.7 Sanctions (chapitre 6)

2.7.1 Sanctions administratives (section 1)

Art. 49a Sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence

Al. 1 : voir les explications fournies au sujet de l'art. 5, al. 4, du projet de révision.

Al. 1bis : les première, deuxième et quatrième phrases ont été reprises telles quelles de l'actuel al. 1 et déplacées dans le nouvel al. 1bis pour des motifs liés à la systématique de la loi.

Al. 3 : voir les explications fournies au sujet de l'art. 6 du projet de révision.

Al. 4 : la présente révision maintient la conception fondamentale approuvée en 2003 par le législateur (sanction possible malgré l'annonce, mais uniquement à certaines conditions). Deux modifications devraient cependant contribuer à améliorer considé-

rablement, dans la pratique, le fonctionnement de la procédure d'opposition, que ce soit pour les entreprises ou pour l'Autorité de la concurrence :

Premièrement, le délai dans lequel l'Autorité de la concurrence doit agir est ramené de cinq à deux mois. Le comportement annoncé perd donc définitivement tout caractère punissable pour autant que l'Autorité de la concurrence n'ouvre ni enquête préalable ni enquête dans les deux mois suivant l'annonce. Si ultérieurement le comportement s'avère malgré tout contraire à la législation sur les cartels, les tribunaux ne peuvent l'interdire que pour l'avenir.

Deuxièmement, seule l'ouverture d'une enquête formelle au sens de l'art. 27 LCart permet au risque de sanction de subsister. Jusqu'alors, l'ouverture d'une enquête préalable informelle au sens de l'art. 26 LCart suffisait. L'entreprise est ainsi libre, désormais, d'adopter le comportement concerné „sous réserve“ (c'est-à-dire jusqu'à l'éventuelle ouverture d'une enquête formelle et donc au-delà du délai de deux mois) sans risquer de conséquences. Le but visé est de pouvoir juger, sur la base des effets sur le marché, si, dans les cas délicats (notamment lorsque l'annonce n'entraîne pas directement l'ouverture d'une enquête ou lorsque l'ouverture d'une enquête préalable n'est pas suivie rapidement de celle d'une enquête), le comportement concerné n'a effectivement pas d'effets dommageables sur la concurrence.

Si à l'issue d'une enquête préalable fondé sur les effets concrets sur le marché, l'Autorité de la concurrence parvient à la conclusion qu'il existe effectivement des indices laissant à penser que le comportement annoncé (le cas échéant, sous une forme modifiée) constitue une restriction illicite à la concurrence, elle informe au préalable l'entreprise qu'elle est sur le point d'ouvrir une enquête. Jusqu'à ce moment, l'entreprise a donc la possibilité de renoncer au comportement restreignant la concurrence ou de le modifier d'entente avec l'Autorité de la concurrence. Si l'entreprise maintient la restriction à la concurrence telle quelle malgré l'ouverture d'une enquête formelle et que cette restriction s'avère effectivement contraire à la LCart par la suite, elle encourt alors une sanction.

2.8 Evaluation (chapitre 8)

Art. 59a Evaluation

La publication du rapport du Conseil fédéral concernant l'évaluation de la LCart et la suite à donner au dossier concrétise l'actuel article relatif à l'évaluation. Le Conseil fédéral considère que la marche à suivre actuelle a fait ses preuves et propose de prévoir, à intervalles périodiques, une évaluation de l'efficacité et des mesures de la LCart à l'intention du Parlement. En effet, une évaluation périodique permet au Conseil fédéral et au Parlement de s'exprimer régulièrement sur le travail accompli par l'Autorité de la concurrence, indépendante et non liée par des instructions, et par les instances supérieures.

2.9 Emoluments (chapitre 9)

Art. 59b Autorité de la concurrence

La réglementation des émoluments perçus en cas de procédures et de prestations de service au sens de la LCart, qui était jusqu'alors contenue dans une section distincte du chapitre 4, à l'art. 53a, figure désormais, pour des raisons liées à la systématique de la loi, dans le nouveau chapitre 9.

En raison des modifications institutionnelles, il convient de préciser dans le chapeau de l'al. 1 que l'art. 59b régit les émoluments prélevés par l'Autorité de la concurrence.

La suppression de la partie de phrase „les décisions relatives aux“, au début de la let. a de l'al. 1, permet de préciser que les entreprises peuvent être tenues de s'acquitter d'un émolument lorsqu'une enquête préalable menée contre elles révèle des indices de restriction illicite à la concurrence, mais n'est suspendue que parce que ces entreprises modifient ou renoncent au comportement concerné. Une telle réglementation, imprégnée du principe de causalité, découle, à l'heure actuelle déjà, de l'art. 3, al. 2, let. b, de l'ordonnance sur les émoluments LCart *a contrario*, mais doit être précisée (et désormais sur la base de l'al. 3, let. b) en ce sens que les enquêtes préalables de l'art. 26, bien que citées jusqu'alors expressément par le renvoi de l'al. 1, let. a, ne sont pas closes par une „décision“.

Par la même occasion, la let. c est complétée par une base légale expresse concrétisant la pratique actuelle des autorités en matière de concurrence selon laquelle des émoluments sont perçus tant pour l'activité de conseil que pour l'examen des annonces dans le cadre des procédures d'opposition. De tels émoluments sont actuellement perçus au titre des „autres services“ mentionnés à l'al. 1, let. c, et sur la base de l'art. 1, al. 1, let. b, de l'ordonnance sur les émoluments LCart. L'obligation de s'acquitter d'émoluments, qui n'a jamais été contestée, découle du principe de causalité. Elle conduit, à l'instar de l'obligation de verser des émoluments pour les expertises, à une réglementation uniforme de l'obligation de s'acquitter d'émoluments dans les cas dans lesquels l'Autorité de la concurrence est sollicitée par des entreprises pour clarifier des questions relevant du droit des cartels.

L'al. 2 précise que, dans les cas aboutissant à une décision du Tribunal fédéral de la concurrence conformément à l'art. 30, al.1, LCart, l'Autorité de la concurrence ne perçoit pas elle-même les émoluments relatifs à la procédure qu'elle a dirigée conformément aux art. 26 à 30, mais que de tels émoluments sont fixés par le Tribunal fédéral de la concurrence dans sa décision finale. Une telle solution permet de tenir compte du principe de la partie qui succombe, tel que prévu à l'al. 3, let. c. Jusqu'à la décision du tribunal, la question de savoir si les indices de restriction illicite à la concurrence se sont confirmés ou non demeure ouverte.

Al. 3 : cet alinéa ancre désormais dans la loi la situation juridique actuellement concrétisée aux art. 2 et 3 de l'ordonnance sur les émoluments LCart. La LCart contient ainsi désormais une réglementation claire, tant en ce qui concerne l'obligation de verser des émoluments découlant du principe de causalité (première phrase) qu'en ce qui concerne les cas dans lesquels aucun émolument n'est perçu, notamment en raison du principe de la partie qui succombe (deuxième phrase). Les cas d'exemption d'émoluments énumérés aux let. a à c correspondent, sur le fond, à la réglementation déjà existante de l'ordonnance sur les émoluments LCart (cf. art. 3, al. 2 de l'ordonnance sur les émoluments LCart).

Al. 5 : les cas d'exemption d'émoluments réglés dans l'ordonnance sur les émoluments LCart (art. 3, al. 2) étant désormais expressément énumérés dans la LCart, la compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances est désormais limitée à la réglementation de l'obligation de verser des émoluments des autorités fédérales, cantonales et communales et des organes intercantonaux. Une base légale pour la réglementation de l'art. 3, al. 1 de l'ordonnance sur les émoluments LCart est ainsi créée.

Il incombera au Conseil fédéral d'adapter l'ordonnance sur les émoluments LCart en fonction des modifications susmentionnées.

Art. 59c Tribunal fédéral de la concurrence

Conformément à l'al. 1, l'art. 63 PA s'applique par analogie aux émoluments de la procédure de première instance devant le Tribunal fédéral de la concurrence. Les émoluments prévus à l'art. 59b, al 2 du projet de LCart demeurent réservés. L'al 2 prévoit que le Tribunal fédéral de la concurrence édictera un règlement sur les émoluments judiciaires, tels que les dépens alloués aux parties et les indemnités allouées aux mandataires d'office, aux experts et aux témoins (cf. art. 16, al. 1, let. a LTAF).

2.10 Dispositions transitoires et dispositions finales

Dans le cas d'une révision de la loi prévoyant une restructuration des institutions et des modifications matérielles, des dispositions transitoires et finales seront élaborées en vue du message. Ces dispositions devront tout particulièrement régler les procédures en cours, les éventuels délais transitoires, ainsi que la reprise du personnel des autorités actuelles en matière de concurrence.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

La création d'un Tribunal fédéral de la concurrence engendrera des coûts supplémentaires par rapport à l'organisation actuelle. Le Tribunal fédéral de la concurrence peut puiser ses ressources en personnel et ses ressources financières à deux sources : d'une part, plusieurs des postes de juges au Tribunal administratif fédéral traitent déjà, dans une large mesure, des affaires liées au droit de la concurrence ; à ces postes s'ajoute le nombre correspondant de greffiers et de secrétaires. Le projet prévoyant que le Tribunal administratif fédéral ne fait plus office d'instance de recours, ces postes peuvent être attribués au Tribunal fédéral de la concurrence. D'autre part, les moyens financiers de l'actuelle commission décisionnelle, la COMCO, à hauteur de près de 705'000 francs, sont disponibles.

Un certain surcroît de dépenses ne peut être exclu en vue de la mise en œuvre, importante pour l'économie, de la politique en matière de concurrence et peut contribuer à une amélioration de la qualité d'une telle politique en Suisse. Les procédures menées avec des ressources trop restreintes se traduisent en revanche par des procédures de recours de longue durée et accroissent le risque que les entreprises

accusées puissent finalement se soustraire aux mesures prévues, et notamment aux sanctions financières, en invoquant des vices de procédure.

3.2 Conséquences pour les cantons

Actuellement, l'application du droit des cartels s'effectue dans une large mesure par la voie du droit public. La compétence en incombant à des organes de la Confédération, la réforme proposée n'apporte que peu de changements à la charge des cantons. L'élargissement de la qualité pour agir sur le plan civil pourrait entraîner une sollicitation plus importante des tribunaux civils cantonaux. Toutefois, dans le cas des actions consécutives, il est vraisemblable que celles-ci se régleront par un accord conforme à l'issue de la procédure administrative et ne déboucheront qu'occasionnellement sur une procédure civile. Il est dans l'intérêt de la productivité économique du canton de lutter contre les cartels régionaux contre lesquels l'Autorité de la concurrence n'agit pas, mais qui causent des dommages aux clients finaux.

3.3 Conséquences pour l'économie

3.3.1 Nécessité d'une action de l'Etat

L'évolution institutionnelle et procédurale du droit des cartels n'a, jusqu'alors, qu'insuffisamment tenu compte du développement du droit matériel. Par ailleurs, le Conseil fédéral entend prendre en considération les conclusions de l'évaluation de la LCart en temps utile.

3.3.2 Conséquences pour les différents acteurs économiques

Accords

Dans le domaine des accords cartellaires, les entreprises bénéficieront désormais de plus de clarté et d'une plus grande sécurité juridique en ce qui concerne leur liberté d'action entrepreneuriale. Selon l'évaluation de la LCart, la réglementation actuelle, laquelle prévoit pour deux formes d'accords verticaux la présomption de la suppression de la concurrence à l'art. 5, al. 4, LCart, a généré les mêmes effets qu'une interdiction *per se* des accords concernés. Les conseillers juridiques se voyaient ainsi contraints, faute de pratique judiciaire en la matière, de déconseiller de tels accords, même si ceux-ci étaient susceptibles d'augmenter l'efficacité économique. La variante 1 précise la liberté d'action des entreprises en clarifiant le risque de sanction. La variante 2 crée un refuge pour les entreprises. L'insécurité qui demeure au sujet d'une éventuelle sanction n'est pas plus grande que par rapport aux autres normes et la procédure d'opposition permet par ailleurs de la sonder.

La réforme ne devrait pas entraîner de conséquences défavorables aux consommatrices et aux consommateurs. D'une part, tant la variante 1 que la variante 2 permettent encore d'agir contre les accords verticaux problématiques. D'autre part, ces solutions permettent la mise en œuvre des accords verticaux efficaces, qui bénéfi-

cient également aux consommatrices et aux consommateurs. La variante 2 prévoit que les détails seront précisés dans une communication ou une ordonnance.

Contrôle des concentrations

Dans le cadre des concentrations internationales, la révision des critères d'annonce (critères d'intervention) implique un allègement des contraintes administratives pour les entreprises et l'Autorité de la concurrence. Il n'est plus nécessaire d'annoncer les concentrations concernant l'EEE ou des marchés plus importants et incluant la Suisse.

Dans les deux variantes, mais davantage encore dans la variante 1 que dans la variante 2, la révision des critères d'appréciation (critères d'admission) accroît la concurrence sur les marchés. La réalisation de la variante 1 augmente les charges pour les entreprises qui fusionnent, le test fondé sur le modèle de l'UE (test SIEC) étant comparativement plus contraignant. D'un autre côté, cette variante permet aux entreprises à certaines conditions de faire valoir les gains d'efficacité à titre compensatoire. Si le nombre de concentrations qui ne se réalisent pas augmente, les clients et les fournisseurs sont avantagés sur le marché concerné en raison d'une concentration plus faible. Il faut toutefois tenir compte également du fait que la limitation du nombre de concentrations accentuerait la restriction des droits à la propriété relatifs aux entreprises concernées.

La variante 2 de la révision des critères d'appréciation évite la charge administrative supplémentaire générée par la variante 1. Par rapport à ce qui se passe à l'heure actuelle, le contrôle des concentrations ne serait renforcé que dans la mesure minimale nécessaire sous l'angle économique. Toutefois, la variante 2 ne permet pas d'appréhender toutes les atteintes nuisibles à la concurrence que peuvent causer les concentrations. Par ailleurs, elle ne tient pas compte des gains d'efficacité. Enfin, elle restreint également les droits à la propriété, même si c'est dans une moindre mesure que la variante 1.

Compte tenu du besoin accru en ressources découlant de la variante 1, le Conseil fédéral préconise la variante 2.

Collaboration internationale

L'extension des possibilités de collaboration internationale devrait permettre aux organes en matière de concurrence d'agir plus efficacement contre le nombre croissant d'accords à l'échelle global, ce qui est dans l'intérêt des demandeurs et des entreprises qui respectent le droit des cartels.

Volet civil du droit des cartels

La proposition modérée de refonte du volet civil du droit des cartels permet aux personnes affectées par des restrictions à la concurrence de mieux faire valoir leurs droits elles-mêmes, indépendamment de l'ordre de priorité fixé par les autorités, et de se faire indemniser pour le dommage qu'elles ont subi.

3.3.3 Conséquences pour l'économie dans son ensemble

Modifications du droit matériel

Les modifications du droit matériel déjà traitées au paragraphe 3.3.2 contribuent globalement à encourager la concurrence au sens d'un ordre orienté vers une économie de marché libérale. Les enquêtes économiques confiées à des tiers (notamment Hüschelrath, Kai et al. [2009]) dans le cadre de l'évaluation de la LCart ont prouvé les avantages pour l'économie dans son ensemble découlant de l'élargissement de l'éventail des instruments du droit des cartels opéré en 2003. Dans la mesure où elles traitent de certains points critiques mis au jour lors de l'évaluation, les modifications proposées ici améliorent encore les avantages qu'en retire l'économie.

Réforme des institutions

Les intentions fondamentales exprimées par le Conseil fédéral dans le rapport d'évaluation qu'il a rendu en exécution de l'art. 59a, à savoir le renforcement de l'indépendance, l'accélération des procédures, la clarification du rôle du secrétariat et de la COMCO que ce soit par le biais de la création d'une seule autorité ou par celui de la séparation des institutions, et enfin l'examen de l'ouverture des réglementations institutionnelles en vue de l'aménagement de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, demeurent valables. Les propositions présentées ici en vue d'atteindre de tels objectifs satisfont davantage aux exigences d'un Etat de droit, aspect central de la vie économique.

Mais une telle solution permet avant tout de s'assurer que les décisions en matière de politique suisse de la concurrence seront prises sans pression politique et sur la base des connaissances et de l'expérience de la vie économique pratique nécessaires. L'indépendance renforcée combinée au taux d'activité plus élevé des juges permet d'atteindre une qualité optimale des décisions, ce qui entraîne une amélioration de l'efficacité économique de la loi sur les cartels.

Par ailleurs, la diminution du nombre d'instances de recours de quatre instances à l'heure actuelle (enquête menée par le secrétariat, décision prise par la COMCO, Tribunal administratif fédéral, Tribunal fédéral) à désormais trois instances (enquête menée par l'Autorité de la concurrence, décision prise par le Tribunal fédéral de la concurrence, Tribunal fédéral) devrait contribuer à ce que les procédures menant aux décisions examinées en dernière instance demeurent le plus brèves possible. Une telle brièveté préserve les intérêts de tous les acteurs économiques, mais également la sécurité des investissements.

Le projet va cependant également au-delà de la simple politique de l'ordre économique. Une réforme entreprise à temps permet aussi d'atténuer clairement le risque que les instruments du droit actuel des cartels ne s'érousent soudain en cas d'issue défavorable des décisions judiciaires encore pendantes à l'heure actuelle. Si la loi sur les cartels perdait son effet préventif durant les années nécessaires au législateur pour réagir à de tels jugements, l'ensemble de l'économie en subirait des conséquences négatives.

3.3.4 Autres réglementations possibles

Sous l'angle du droit matériel, le projet mis en consultation présente des variantes sur deux points. La partie générale renvoie par ailleurs à plusieurs reprises à d'autres réglementations possibles, également sous l'angle institutionnel.

3.3.5 Aspects pratiques de l'exécution

L'un des objectifs poursuivis par le Conseil fédéral dans le cadre de cette réforme est l'accélération des procédures. A cette fin, le projet propose, pour l'essentiel, de remplacer la première instance de recours par un tribunal spécial et de créer simultanément une autorité unique qui, en cas de comportements susceptibles de sanctions, n'exerce plus que la fonction d'accusation. Grâce à la spécialisation des autorités, il devrait ainsi y avoir moins de cas qui demeurent longtemps pendants comme c'est actuellement le cas devant la COMCO et le tribunal administratif. La révision permet par ailleurs de clarifier certaines questions juridiques qui sont liées aux lacunes du modèle institutionnel existant et donnent ainsi lieu à des recours de longue durée parmi lesquels seuls certains ont déjà été jugés par les instances de recours.

Cette constatation permet de relever également que la révision améliore les aptitudes des autorités. Le seul inconvénient y relatif réside dans l'absence d'examen judiciaire des constatations de fait du Tribunal fédéral de la concurrence. Une telle extension du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral a été refusée par le Parlement dans le cadre des travaux relatifs à la loi sur l'organisation des autorités pénales et n'est donc pas proposée une nouvelle fois dans le cadre de la présente révision.

3.4 Autres conséquences

Il n'y a aucune autre conséquence notable (telles des conséquences sur la politique extérieure, l'environnement et le paysage, l'aménagement du territoire, la politique régionale, les agglomérations, les générations futures, l'égalité entre homme et femme, les handicapés). Le projet prend en considération la protection des données.

4 Lien avec le programme de la législature

Le projet de révision n'est pas annoncé dans le programme de la législature. Les conclusions de l'évaluation n'ont en effet été remises qu'après que les objectifs de la législature en cours ont été arrêtés.

Le fait que la réforme institutionnelle doive permettre d'éviter une restructuration soudaine des institutions nécessitée par d'éventuels arrêts de principe plaide en faveur d'une mise en œuvre rapide du projet de révision. A cela s'ajoute le gain d'efficacité économique consécutif aux réformes du droit matériel.

Liste des abréviations

CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales („Convention européenne des droits de l'homme“)
CER-CE	Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats
CER-CN	Commission de l'économie et des redevances du Conseil national
COMCO	Commission de la concurrence
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse
DFE	Département fédéral de l'économie
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA; RS 313.0)
EEE	Espace économique européen
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251)
LSPr	Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr; RS 942.20)
LTAF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF ; RS 173.32)
LTFB	Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le Tribunal fédéral des brevets (LTFB; RS 173.41)
OEmol-LCart	Ordonnance du 25 février 1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart, OEmol-LCart; RS 251.2)
OS LCart	Ordonnance du 12 mars 2004 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (Ordonnances sur les sanctions LCart, OS LCart; RS 251.5)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021)
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition: test effectué habituellement au sein de l'UE pour évaluer les concentrations d'entreprises
GR	Règlement interne du 1er juillet 1996 de la Commission de la concurrence (RS 251.1)
VKU	Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4)

Bibliographie

- Baudenbacher, Carl (2009): Evaluation Kartellgesetz - Institutionelles Setting / Vertikale Abreden / Sanktionierung von Einzelpersonen / Zivilrechtliche Verfahren, Berne
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02365/index.html>
- Le Conseil fédéral suisse (2009): Rapport fondé sur l'art. 59a de la loi sur les cartels concernant l'évaluation de la loi sur les cartels et propositions concernant la suite à donner au dossier, Berne
<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=fr>
- Groupe d'évaluation Loi sur les cartels (2008): Rapport de synthèse fondé sur l'art. 59a LCart concernant l'évaluation de la LCart, Berne, 2008
<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=fr>
- Heinemann, Andreas (2009): Evaluation Kartellgesetz - Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Berne
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367/index.html>
- Hüschelrath, Kai et al. (2009): Evaluation Kartellgesetz - Fallstudien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Berne
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02363/index.html>
- Motta, Massimo et al. (2009): Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view
http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BE_R.pdf
- OECD (2005): Switzerland - The Role of Competition Policy in Regulatory Reform, Paris
<http://www.oecd.org/dataoecd/53/12/36488752.pdf>
- Worm, Heike et al. (2009): Evaluation Kartellgesetz - Volkswirtschaftliche Outcome-Analyse, Berne
<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02361/index.html>