

La situation en droit des cartels

**Rapport
à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national**

du 11 octobre 2000

L'essentiel en bref

L'OPCA a identifié dix neuf problèmes principaux dans la mise en œuvre de la loi sur les cartels qu'il décrit dans le présent rapport. En faisant appel à dix experts indépendants, l'OCPA donne une appréciation de l'acuité des problèmes et du besoin de réforme qu'ils impliquent. Les conclusions sont les suivantes:

- Les problèmes les plus importants sont: l'absence de sanctions directes, le caractère de milice de la Commission de la concurrence (Comco), la composition de la Comco et le seuil de notification des fusions pour les médias. Leur acuité et leur besoin de réforme ont été jugés élevés. Ils sont traités par l'avant-projet de révision de la LCart préparé par le Conseil fédéral. Si la sous-commission considère les réformes prévues dans ces domaines comme suffisantes, elle pourra vérifier qu'elles seront maintenues dans le projet durant tout le processus de révision.*
- Les problèmes de seconde importance sont: le travail du secrétariat, la qualité des décisions de la Comco et les recours déposés auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence (WEKO/REF). Ils ne sont pas ou que partiellement traités dans la révision. Ils ont cependant fait l'objet d'études approfondies qui ne concluent pas à l'existence de problèmes essentiels. Ainsi, un approfondissement de la recherche dans ces domaines et une éventuelle intervention de la sous-commission ne paraissent pas s'imposer.*
- Les problèmes de moindre importance ne sont pas ou que partiellement touchés par la révision en cours. Leur acuité et leur besoin de réforme sont cependant nettement moindres. Selon l'intérêt que leur accorde la sous-commission, certains de ces problèmes relativement peu importants pourraient tout de même faire l'objet d'un approfondissement de l'OPCA et éventuellement, par la suite, d'une intervention de la sous-commission dans le processus de révision. Il s'agirait des problèmes suivants: La position de faiblesse de la Comco en ce qui concerne les entraves étatiques à la concurrence; les rapports entre la Comco et les autorités de réglementation sectorielle (surtout les activités de ces dernières en matière de concurrence); le seuil de notification des fusions en général; les publications des autorités de la concurrence; la rétroactivité de la nullité des engagements; l'entraide administrative internationale.*

Avant-propos

Le 22 mai 2000, le groupe de coordination des Commissions de gestion (CdG) des Chambres fédérales a décidé de mandater l'OPCA pour effectuer une recherche sur la loi sur les cartels de 1995 (LCart)¹. Le but de cette enquête est de fournir à la sous-commission DFE / DFF de la CdG du Conseil national les informations nécessaires afin d'exercer une influence sur la révision partielle de la LCart² actuellement en cours. La sous-commission DFE / DFF de la CdG-N, dans sa séance du 26 juin 2000, s'est prononcée en faveur d'une enquête prospective d'une durée d'environ six mois se déroulant en deux étapes. Le présent travail, selon le mandat de la sous-commission DFE / DFF, constitue la première étape de recherche. Il fournit une vue d'ensemble des problèmes qui se posent dans la mise en œuvre de la LCart.

Il s'agit pour l'OPCA de faire le point de la situation. A cet effet, il a paru utile en guise d'introduction de rappeler l'objectif et le fonctionnement de la LCart et d'expliquer certains concepts juridiques inhérents à la loi. Nous revenons également brièvement sur le lien de parenté qui existe entre la LCart et le droit de la concurrence de l'Union européenne.

Dans le chap. 2 «perspectives de la recherche», nous expliquons l'approche choisie pour notre étude et les options dont dispose la sous-commission pour traiter les questions abordées. Sur cette toile de fond, nous brosons dans le chap. 3 le portrait des différents problèmes que pose la mise en pratique de la LCart. Nous donnons également une appréciation de l'importance de chaque problème et du besoin de réforme qu'il implique. Le cas échéant, nous présentons les réformes préparées par le Conseil fédéral. Nous concluons cette partie de notre recherche dans le chap. 4 par une récapitulation de la situation, notamment à l'aide de graphiques et d'un tableau comparatif. Ainsi, la sous-commission pourra décider de la suite à donner aux différents problèmes abordés et éventuellement mandater l'OPCA pour approfondir certains points.

La lectrice ou le lecteur initié(e) à la LCart laissera de côté l'introduction et se reportera directement aux chap. 2 et 3 concernant les perspectives de la recherche et les problèmes de la LCart.

¹ Cf. Annexe 1: LCart (RS 251).

² Cf. Annexe 3: Avant-projet du Conseil fédéral pour la révision de la LCart; Cf. Annexe 4: Planning de la révision de la LCart.

Rapport

1 Introduction

L'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1996, de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) constitue un changement de paradigme dans la politique économique en Suisse. Les dispositions matérielles et les autorités d'exécution en matière de droit des cartels ont été profondément révisées, de façon à conférer à la libre concurrence la même importance qu'elle revêt dans certains autres pays.

1.1 Les dispositions générales de la LCart

1.1.1 L'objectif de la loi et son domaine d'application

Son but et son objet consistent en la protection systématique du fonctionnement de la concurrence de façon à assurer la «concurrence efficace». Dans l'esprit de la loi, la concurrence doit être protégée en tant qu'institution en raison du rôle fondamental qu'elle joue dans l'économie de marché (art. 1 LCart). La loi vise à supprimer, prévenir ou corriger toutes les restrictions à la concurrence. Elle règle le comportement concurrentiel des opérateurs sur le marché et introduit un contrôle des concentrations.

La loi s'applique à toutes les entreprises de droit privé ou de droit public. Toutefois, les autorités qui appliquent le droit de la concurrence ne peuvent pas intervenir contre des restrictions à la concurrence qui se fondent sur des dispositions légales. La loi est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 LCart).

1.1.2 Les autorités

L'essentiel de la lutte contre les restrictions de concurrence est le fait des autorités administratives. Elles interviennent par la procédure administrative ordinaire.

- *La Commission de la concurrence* (Comco) a un véritable pouvoir décisionnel. Elle est formée de onze à quinze membres nommés par le Conseil fédéral et répartis dans trois chambres. La majorité des membres doit être des experts indépendants (art. 18, al. 2, LCart). La Comco est une autorité de milice.
- *Le Secrétariat* de la Comco a l'obligation «d'exécuter ses décisions» (art. 23, al. 1, LCart). Subordonné à la Comco, il dispose cependant de pouvoirs propres. Il est chargé de l'instruction de la cause, il prend des mesures et entend les témoins. Son directeur est nommé par le Conseil fédéral.
- *La Commission de recours pour des questions de concurrence* (REKO/WEF) tranche les recours contre les décisions de la Comco ou du Secrétariat. Elle est compétente en première instance (art. 44 LCart).

D'autres autorités peuvent être appelées à intervenir dans le domaine de la concurrence:

- *Les Tribunaux civils cantonaux* sont les autorités civiles spécifiques de concurrence en droit civil.
- Le *Tribunal fédéral* est l'autorité suprême de recours contre les décisions prises par la Commission de recours et les tribunaux civils cantonaux.
- Le *Conseil fédéral* peut, à la demande des entreprises concernées, autoriser exceptionnellement un accord en matière de concurrence, une pratique d'entreprise ayant une position dominante ou une concentration d'entreprises dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite, s'ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (art. 8, 11 et 36 LCart).

1.1.3 La procédure

La lutte contre les restrictions à la concurrence peut suivre des voies de deux ordres: celles du droit administratif et celles du droit privé.

a. *La procédure administrative*

Elle peut être ouverte sur dénonciation de tiers ou de toute entreprise concernée par une restriction de concurrence, sur initiative propre du Secrétariat ou sur invitation de la Comco ou du département (art. 26, al. 1, et 27, al. 1, LCart). La loi aménage une procédure préalable de publication pour faire participer à l'enquête tous les sujets ou toutes les entreprises qui peuvent avoir un intérêt à son issue (art. 28 LCart). *La procédure d'instruction* est menée par le Secrétariat. Il est invité à faire aux entreprises concernées des propositions d'accord amiable, à moins que les circonstances ne soient telles qu'un accord paraisse d'emblée exclu (art. 29 LCart). Cette tentative d'accord peut intervenir à n'importe quel stade que le *Secrétariat* jugera approprié. Il rend un rapport à l'intention de la Comco dans lequel il décrit les faits et fait une proposition à la Comco «sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable» (art. 30, al. 1, LCart). La décision appartient dans tous les cas à la *Comco*. Elle peut (mais ne doit pas) publier sa décision (art. 48, al. 1, LCart). Elle peut aussi adresser des recommandations et des préavis aux autorités politiques, et élaborer des avis à l'intention d'autres autorités (notamment les tribunaux civils) sur des questions touchant la concurrence (art. 15, 45, 46 et 47 LCart). Les décisions de la Comco ou de son Secrétariat peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence.

b. *La procédure civile (art. 12 à 17 LCart)*

Les voies de droit civil seront utilisées par ceux qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci ou par ceux qui, en raison d'une restriction licite à la concurrence, subissent une entrave plus grave que ne l'exigerait l'application de ladite restriction. Les cantons ont le devoir de désigner un tribunal compétent pour connaître, en instance cantonale unique, des actions intentées pour restrictions à la concurrence. C'est le Tribunal fédéral qui connaît ensuite comme autorité de recours unique des recours interjetés contre des jugements des tribunaux cantonaux.

Ces juridictions peuvent non seulement prévenir ou faire cesser des atteintes, mais également ordonner la remise du gain que les auteurs des abus peuvent avoir réalisé. Elles peuvent intervenir pour libérer, totalement ou partiellement, des entreprises liées par un accord en matière de concurrence. Le juge peut ordonner des mesures provisionnelles à la requête d'une partie.

1.1.4 Les sanctions administratives et pénales

a. Les sanctions administratives

La Comco a la possibilité d'infliger le paiement de sommes importantes:

- Un montant pouvant aller jusqu'au triple du gain réalisé du fait de l'inobservation ou, lorsque le profit ne peut être calculé ou estimé, jusqu'à 10 % du dernier chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse par l'entreprise, peut être infligé aux entreprises qui auront contrevenu à un accord amiable, à une décision en force prononcée par les autorités de la concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours (art. 50 LCart);
- Un montant de 1 million de francs au plus peut être infligé aux entreprises qui auront réalisé une concentration sans respecter les conditions légales et un montant de 10 % au plus du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse par l'ensemble des entreprises participantes peut être infligé en cas de récidive concernant une charge dont a été assortie l'autorisation (art. 51 LCart);
- Un montant de 100 000 francs au plus peut être infligé aux entreprises qui n'auront pas exécuté leur obligation de renseigner ou de produire des documents (art. 52 LCart).

b. les sanctions pénales

- Quiconque aura contrevenu à un accord amiable ou à une décision administrative sera puni d'une amende de 100 000 francs au plus (art. 54 LCart).
- Quiconque n'aura pas exécuté une décision concernant l'obligation de renseigner, aura réalisé une concentration d'entreprises sans procéder à la notification qui s'imposait ou aura violé des décisions liées à des concentrations d'entreprises, sera puni d'une amende de 20 000 francs au plus (55 LCart).

Les sanctions administratives atteignent les entreprises responsables. Les sanctions pénales atteignent les personnes physiques responsables.

1.2 La lutte contre les restrictions illicites à la concurrence et le contrôle des concentrations d'entreprises

La loi est basée sur le principe de l'abus. L'entente, la position dominante ou la concentration ne sera illicite que si elle constitue un abus. Des règles ont été établies pour ces trois états de fait:

1.2.1

La lutte contre les ententes

La loi sur les cartels définit les accords en matière de concurrence comme «*les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction de la concurrence*» (art. 4, al. 1, LCart). Sont illicites «*les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché (...) et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace*» (art. 5, al. 1, LCart).

L'illicéité d'une entente s'apprécie concrètement en relation avec un marché pertinent.

La loi (art. 4 et 5 LCart) distingue les ententes horizontales et les accords verticaux que la doctrine³ présente ainsi:

- Par *ententes horizontales*, on comprend les conventions avec ou sans force obligatoire d'entreprises occupant des échelons du marché identiques. C'est-à-dire les entreprises qui sont effectivement ou potentiellement concurrentes. Les ententes horizontales se subdivisent en ententes extensives et en accords partiels:
 - Les *accords partiels* sont ceux qui affectent de manière notable la concurrence sur un marché déterminé. On parle de cartels «tendres» ou «souples» (weiche Kartelle). Les entreprises réduisent la concurrence, non de manière totale, mais en renonçant à choisir certains des paramètres pour lesquels elles pourraient faire jouer la concurrence. Ils deviennent illicites s'ils restreignent notablement la concurrence et s'ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique.
 - Les *accords extensifs* sont ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace. On parle de cartels «durs» (harte Kartelle). La restriction n'est pas seulement notable, elle est totale. La règle est que ces accords sont illicites. Une telle situation remplit en elle-même les conditions d'un abus. Ils ne peuvent jamais être justifiés par des motifs d'efficacité économique. La loi institue une présomption de suppression de concurrence pour les cartels de prix, de contingents et de marché. Ils suppriment un des paramètres essentiels de la concurrence et on en déduit que l'accord supprime la concurrence efficace.
- Par *accords verticaux*, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire d'entreprises occupant des échelons du marché différents (contrat de vente exclusive, système de distribution sélectifs, contrat de franchise et ceux de licence d'exploitation ...).

1.2.2

La lutte contre les abus de position dominante

Selon l'art. 7, al. 1, LCart, les entreprises en position dominante sont celles qui «abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux». L'entreprise

³ Tercier, in CFPD 22, 1999, p. 41.

n'est pas interdite en tant que telle mais ce sont ses comportements qui sont examinés. Ces derniers peuvent être jugés abusifs et déclarés illicites. Une entreprise en position dominante se comporte sur le marché de façon indépendante et sans se soumettre aux règles de la concurrence. Elle se retrouve dès lors dans une position analogue à celle d'un cartel.

L'art. 7, al. 2, LCart cite des comportements qui «sont en particulier réputés illicites:

- le refus d'entretenir des relations commerciales;
- la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales;
- le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitable;
- la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé;
- la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique;
- le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires».

La doctrine⁴ classe ces pratiques illicites en deux catégories:

- Les pratiques d'entrave: L'entreprise qui occupe une position dominante est en mesure de limiter de façon abusive la liberté d'action de ses concurrents ou de ses partenaires commerciaux et donc d'affaiblir la concurrence.
- Les pratiques abusives d'exploitation: L'entreprise qui domine le marché se comporte de manière à désavantager les consommateurs en portant atteinte à la concurrence.

1.2.3 Le contrôle des concentrations

L'art. 4, al. 3, LCart définit la concentration d'entreprises. Il s'agit de

- a. la fusion de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres;
- b. toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent (...) le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celle-ci».

Le régime légal est complété par l'Ordonnance du Conseil fédéral sur le contrôle des concentrations d'entreprises (O du 17 juin 1996; RS 251.4).

Dans son message sur la LCart, le Conseil fédéral déclare que les autorités de la concurrence doivent avoir «la possibilité d'identifier à temps les modifications de structures du marché qui menacent la concurrence, de façon à intervenir si nécessaire, c'est-à-dire lorsque la concentration risque réellement de supprimer la concurrence efficace»⁵. Le contrôle des concentrations vise à empêcher l'apparition ou le renforcement d'une position dominante capable de supprimer la concurrence effi-

⁴ Idem, p. 51

⁵ Message, p. 50.

cace. Ce contrôle est réservé aux seules grandes entreprises et, dans ce but, les seuils d'intervention ont été fixés volontairement haut.

Dans son art. 9, la LCart distingue le critère absolu et le critère relatif⁶:

- le critère absolu est fondé sur l'importance du chiffre d'affaires des entreprises concernées.
- Le critère relatif découle uniquement du fait que la concentration renforce la part de marché d'une entreprise dont il a déjà été constaté par une décision passée en force de chose jugée qu'elle dispose d'une position dominante.

Les entreprises doivent notifier la concentration aux autorités de la concurrence, ce qui déclenche une procédure de pré-examen qui dure un mois au maximum. A l'échéance de ce délai, la Comco doit avoir communiqué aux entreprises concernées si elle entend soumettre l'opération à un examen; sinon, la concentration peut être réalisée sans réserve (art. 32 LCart). Il est interdit aux entreprises participantes de réaliser la concentration à moins qu'elles aient obtenu une autorisation provisoire d'exécuter la concentration dans l'intervalle. L'examen, s'il a lieu, doit s'achever dans les quatre mois suivant son ouverture (art. 33, al. 3, et 34 LCart). Dès que la Comco a décidé d'ouvrir une enquête, le Secrétariat publie le contenu essentiel de la notification de la concentration et indique le délai dans lequel des tiers peuvent communiquer leurs avis sur la concentration notifiée (art. 33, al. 1, LCart).

La Comco peut interdire ou autoriser la concentration ou l'autoriser sous charges et conditions (art. 10, al. 2, LCart). La Comco n'interdira la concentration qu'après avoir exclu l'application de toute autre mesure moins contraignante⁷.

1.3 Comparaison avec le droit de l'Union européenne

La législation suisse sur les cartels est fortement influencée par le droit européen sur les cartels. Il existe cependant des différences importantes. La principale différence entre le droit suisse et le droit européen de la concurrence réside dans le fait que la loi suisse est basée sur le principe de l'abus alors que le système européen est basé sur le principe de l'interdiction. En Suisse, l'entente n'est pas illicite en elle-même, puisqu'elle n'a besoin d'aucune autorisation pour exister. Elle sera illicite uniquement si, par son objet, elle constitue un abus. C'est l'abus qui est prohibé. Sa réalisation se juge au terme d'une pondération des effets négatifs et positifs. Le droit communautaire de la concurrence est basé sur le principe de l'interdiction des limitations à la concurrence. La raison d'être du marché intérieur est de permettre aux entreprises de se concurrencer à conditions égales sur les marchés de tous les Etats membres.

Outre la différence de système, une grande différence demeure au niveau des sanctions. La Commission européenne a la possibilité d'infliger de lourdes sanctions. En Suisse, les sanctions peuvent être tout aussi lourdes, mais les autorités suisses de la concurrence ne peuvent sanctionner que les cas de récidives. Une autre différence importante réside dans la possibilité pour le Conseil fédéral de délivrer des autorisations exceptionnelles fondées sur des intérêts publics prépondérants et cela dans les trois cas d'atteinte à la concurrence.

⁶ Tercier, in CFPG 22, 1999, p. 55.

⁷ Idem, p. 57.

Malgré ces différences, les deux législations sont relativement semblables. Le droit européen prévoit de nombreuses exceptions à l'interdiction de principe et le droit suisse a établi des présomptions de nocivité pour les ententes au niveau des prix, des quantités ou de la répartition géographique. Les deux législations reposent sur trois piliers: elles fixent des règles sur les ententes, sur les pratiques abusives des entreprises en position dominante et sur le contrôle des concentrations d'entreprises. Concernant le contrôle des fusions, les autorités suisses et européennes de la concurrence ont des compétences comparables: une fusion peut être interdite ou autorisée moyennant des conditions ou des charges. Les délais impartis par les droits suisse et européen pour traiter des cas de fusion sont même identiques.

2 Les perspectives de la recherche

2.1 L'approche de l'OPCA

Dans le chapitre suivant sont présentés les problèmes les plus importants de la mise en œuvre de la LCart. L'OPCA les a identifiés en étudiant la littérature spécialisée et certains travaux effectués par le DFE (en particulier par le Secrétariat de la Comco), ainsi que grâce à des entretiens avec des spécialistes⁸. Pour vérifier que les problèmes les plus importants ont bien été saisis et afin d'évaluer leur acuité ainsi que le besoin de réforme qu'ils engendrent, nous avons fait appel à dix experts indépendants⁹ à qui nous avons soumis un questionnaire¹⁰.

Dans cette optique, nous avons prié les experts de compléter une liste de dix-huit problèmes relevés dans la littérature, afin d'y ajouter les problèmes qu'ils ont constatés par ailleurs, mais qui ne figurent pas sur la liste.

Nous avons également demandé aux experts d'indiquer pour chacun des points, si à leur avis, il s'agit d'une question: *très problématique, problématique, assez problématique, peu problématique ou pas problématique*. En considérant le pourcentage d'experts pour chaque possibilité de réponse et la distribution des réponses, nous pouvons déterminer tendanciellement l'acuité du problème qui peut aller, dans notre échelle de *très problématique à pas problématique*¹¹.

Finalement, nous avons prié les experts d'indiquer les problèmes (au maximum cinq) de la mise en œuvre de la LCart, qui leur paraissent les plus importants et leur

⁸ Nous avons mené une interview avec Christian Bovet, Professeur de la Faculté de droit de l'Université de Genève et membre de la Commission des télécommunications (ComCom). Franz Hoffet, avocat à Zürich a donné son avis par écrit sur les problèmes de mise en œuvre de la LCart 95. Ces deux prises de positions approfondies nous ont permis de prendre en compte les aspects juridiques du point de vue de l'enseignement universitaire et de la pratique du barreau.

⁹ Le groupe de dix experts indépendants interrogés était composé de quatre professeurs d'économie, trois professeurs de droit, trois avocats spécialisés en droit des cartels (dont un est également docteur en économie). Les critères de sélection ont été les suivants: avoir plusieurs publications dans le domaine à leur actif et ne pas ou plus être membre de la Comco, ni du Secrétariat. Cf. annexe 5: Liste des experts. Si nous citons un expert sans mentionner de référence, nous nous reportons à des remarques faites par l'expert sur le questionnaire ou lors d'entretiens téléphoniques.

¹⁰ Cf. annexe 6.

¹¹ Nous considérons que les questions jugées tendanciellement *pas problématiques* ne constituent pas vraiment des problèmes. Nous ne les décrivons donc pas de façon spécifique, si nécessaire, nous les mentionnons au passage dans les dix-neuf problèmes que nous développons au chap. 3.

semblent exiger des réformes législatives, en les classant selon l'importance qu'ils leur accordent (du plus important au moins important). Le nombre de fois que le problème a été cité comme nécessitant des réformes, nous indique le degré de besoin de révision législative qu'il implique, selon l'échelle suivante: Cité de 6 à 5 fois le besoin de révision sera considéré comme *très fort*, 4 citations correspondent à un besoin de réforme *fort*, 3 citations indiquent un besoin de réforme *assez fort*, 2 citations équivalent à un besoin *modéré*, 1 citation représente un besoin de réforme *faible*, 0 citation correspond à besoin de réforme *négligeable*.

Ainsi, nous avons relevé dix-neuf questions principales de la mise en œuvre de la LCart et sommes en mesure d'en donner une appréciation qualitative. Les dix-neuf problèmes ne sont cependant pas indépendants les uns des autres. Chaque problème peut être à la fois cause et conséquence d'un autre problème. Ainsi, par exemple, la qualité des décisions de la Comco dépend dans une large mesure des enquêtes du Secrétariat, de son degré de professionnalisation, etc. En corrigeant un aspect de la LCart, d'autres aspects peuvent être influencés positivement. Par ailleurs, certains problèmes pourraient trouver une solution en dehors de la LCart (p. ex. la question des importations parallèles est susceptible d'être réglée dans le droit des brevets). De plus, la modification d'un point de la LCart visant à résoudre un certain problème, pourrait engendrer des conséquences perçues globalement (c'est-à-dire en dehors du contexte de la concurrence) comme plus négatives que le statu quo (p. ex.: un renforcement de la position de la Comco face aux entraves étatiques à la concurrence poserait un problème au niveau de la séparation des pouvoirs qui pourrait être ressenti comme plus grave que le problème au niveau du respect de la concurrence). Dans ces cas, même si le problème est jugé grave, le besoin de réforme peut-être paradoxalement perçu comme faible. En bref, en se basant seulement sur l'acuité du problème, on ne peut donc pas directement déduire le besoin de réforme qu'il implique.

Grâce aux résultats de notre enquête, nous sommes en mesure de vérifier cette hypothèse et surtout, nous pouvons contrôler si les aspects qui se distinguent par un besoin de révision accru sont bien compris dans l'avant-projet de révision de la LCart du Conseil fédéral. Au chap. 3, nous donnons une description de chaque problème, complétée par une brève appréciation de la situation (dans notre texte en encadré) contenant le résultat du sondage. Le chap. 4 «Synthèse» présente une vue d'ensemble des résultats de notre sondage.

2.2 Les options de la sous-commission

Sur la base de ces informations, la sous-commission sera à même de se faire une opinion de l'envergure des problèmes et, à la lumière de la révision législative en cours, décider de la suite à donner à chacun d'eux. Les options dont dispose la sous-commission pour chaque problème sont:

1. Si le problème lui paraît insignifiant: S'abstenir de toute démarche.
2. Si le problème lui paraît majeur: Vérifier que le problème est suffisamment pris en considération par la révision en cours.
 - a. Dans l'affirmative, contrôler que la solution sera maintenue dans le projet au cours de la procédure de révision.

- b. Au cas où le problème ne serait pas du tout ou pas suffisamment traité dans la révision en cours, elle pourra:
- demander si nécessaire un approfondissement du problème à l’OPCA;
 - faire part de ses considérations au Conseil fédéral afin qu’il en tienne compte dans son message;
 - transmettre ses considérations à la Commission de l’économie et des redevances (CER) qui traitera le message.

Dans le chapitre suivant, les problèmes sont énoncés dans un ordre logique, toutefois la lectrice ou le lecteur pourra choisir de consulter directement les points qui l’intéressent plus particulièrement. A cet effet, elle ou il se rapportera au chap. 4 «Synthèse» où sont représentés graphiquement les problèmes, selon leur acuité ou leur besoin de réforme, avec l’indication de la section du chap. 3 dans laquelle ils sont traités.

3 Les principaux problèmes de la LCart

3.1 Absence de sanctions directes

D’après les art. 50 et 54 LCart, des sanctions administratives et pénales ne peuvent être prises qu’en cas d’inobservation d’une décision exécutoire de l’autorité de concurrence. En Suisse, contrairement aux règles en vigueur aux Etats-Unis et dans l’UE, les comportements illicites entravant la concurrence ne peuvent donc pas être sanctionnés directement. Ce n’est qu’en cas de récidive, au cas où une des parties aura contrevenu à la décision de la Comco, qu’une amende pourra être prononcée.

De l’avis des autorités de la concurrence et d’une majorité de spécialistes de la concurrence, cette absence de sanctions directes prive la LCart d’un effet dissuasif sur les entreprises et restreint fortement l’efficacité de la LCart. Une entreprise qui fait l’objet d’une décision établissant un comportement illicite, ne reçoit qu’un avertissement. Les gains accumulés jusqu’à l’interdiction du comportement déclaré illicite restent à l’abri d’une saisie judiciaire. Les coûts d’une procédure que risque une entreprise sont donc beaucoup plus bas que les bénéfices qu’elle en retire. La loi est ainsi non seulement dépourvue d’un effet dissuasif, mais elle peut même inciter à la formation de cartels. Le domaine des soumissions est un exemple particulièrement marquant. Dans ce cas, les ententes illicites se forment spécifiquement pour un appel d’offre. Même si la Comco interdit un tel accord, cela n’empêche pas les entreprises de reformer le cartel pour un autre appel d’offre sans que cela porte à conséquence. En effet, dans ce cas il ne s’agit pas d’une inobservation d’une décision de la Comco, mais d’un nouvel accord illicite qui doit de nouveau faire l’objet d’une décision et ne peut donc pas être sanctionné immédiatement. La situation dans ce domaine bloque les efforts des autorités de la concurrence et fait de la lutte contre les cartels un véritable travail de Sisyphe.

L’effet dissuasif de la LCart dépend étroitement de la probabilité qu’un accord illicite soit découvert. Or, les ententes cartellaires ouvertes et facilement décelables sont devenues de plus en plus rares en Suisse et dans le monde, la plupart des entre-

prises cherchant à dissimuler leur pratique entravant la concurrence¹². Le travail des autorités de la concurrence devenant plus difficile, ces dernières réclament des instruments plus efficaces pour démasquer les contrevenants au droit des cartels. En effet, l'expérience d'autorités étrangères montre que des instruments tels que la «Kronzeugenregelung¹³», les enquêtes sous couverts ou les perquisitions permettent d'accroître la probabilité de découverte. Le cas du cartel des vitamines est un exemple qui démontre bien l'efficacité de telles mesures: Après avoir entravé le jeu de la concurrence pendant des décennies sans être découvert, le cartel des vitamines a finalement été dénoncé aux autorités de la concurrence américaines par une des entreprises membres. La motivation de cette entreprise fut qu'en mettant un terme à un comportement anti-concurrentiel, elle pouvait profiter d'une réduction notoire de l'amende qu'elle risquait. Ce n'est qu'après que cette affaire fut révélée au grand jour aux Etats-Unis, que les autorités suisses ont pu constater que le cartel mondial des vitamines avait également déployé des effets anti-concurrentiels sur le marché helvétique¹⁴. En Suisse, la découverte de cartels de la manière décrite ci-dessus est hautement improbable. La certitude d'échapper à toute sanction n'encourage pas les participants à une entente cachée à rompre l'entente de leur propre chef. Ils peuvent attendre sans s'inquiéter que l'autorité la découvre et le moment venu s'active, avant de résilier l'entente, de préférence à l'amiable.

Les opposants aux sanctions directes soutiennent que l'introduction de ces dernières est inutile, l'effet dissuasif de la loi serait suffisant: Les cartels et les abus de positions dominantes étant déjà très mal vus de l'opinion publique, les entreprises ne peuvent plus se permettre d'ignorer la réglementation. Ces mesures auraient également l'inconvénient d'étendre l'effet dissuasif à des comportements qui ne sont pas néfastes à la concurrence, mais que les entreprises éviteraient de peur que ces comportements ne soient pas conformes au droit des cartels. En outre, on devrait également s'attendre à un surcroît de demandes adressées aux autorités de la concurrence par des entreprises souhaitant savoir si certaines pratiques sont licites.

Le montant des sanctions prévues à l'art. 50 LCart en cas de non-respect d'un accord à l'amiable ou d'une décision administrative, n'est pas contesté dans la littérature spécialisée. Il se chiffre au triple du gain réalisé par l'inobservation ou à 10 % du dernier chiffre d'affaires. Il est comparable à celui prévu par l'UE, mais est inférieur à celui prévu dans la législation américaine. Le problème n'est donc pas le montant des sanctions, mais bien l'impossibilité d'infliger l'amende à la première infraction.

Révision législative en cours¹⁵:

L'avant-projet du Conseil fédéral pour la révision partielle de la LCart prévoit l'introduction de sanctions directes pour la constitution de cartels durs (cf. art. 5, al. 3, LCart), l'abus de position dominante (cf. art. 7 LCart), ainsi que l'inobservation d'accords amiables et de décisions administratives. Dans cette optique, il envisage la modification de l'art. 27, al. 1, et l'introduction d'un al. 3, la modification de l'art. 50 LCart, ainsi que l'introduction d'un art 49a LCart. Pour des raisons relevant

¹² Stoffel, 2000, p.21.

¹³ La «Kronzeugenregelung», règle selon laquelle un contrevenant repentant prêtant assistance aux autorités profitera d'une atténuation de la peine, voire de l'impunité.

¹⁴ V. communiqué de presse de la Comco du 19 avril 2000 «le cartel des vitamines: également interdit en Suisse».

¹⁵ Cf. Annexe 3: Avant-projet du Conseil fédéral pour la révision de la LCart.

du droit constitutionnel, l'avant-projet ne propose pas de sanctions généralisées pour toutes les infractions à la LCart.

Étant donné que l'introduction de sanctions directes pourrait envenimer les relations entre les autorités et les entreprises, ce qui inciterait ces dernières à dissimuler davantage leurs pratiques collusoires, l'avant-projet de révision de la LCart prévoit diverses mesures visant à contrecarrer cette tendance. La «Kronzeugenregelung» (art. 49a, al. 2, et 3, LCart nouveau) figure ainsi dans le projet: au cas où une entreprise annoncerait de son propre chef une entrave à la concurrence, elle bénéficierait de l'impunité. Cette clause contribuerait également à diminuer l'insécurité juridique que susciterait l'introduction de sanctions directes. Les entreprises qui auraient un doute concernant la licéité d'une pratique pourraient s'adresser aux autorités pour avis, sans risquer de sanction. Dans l'éventualité où une entreprise participerait à l'élucidation et la suppression d'une entrave à la concurrence, les autorités de la concurrence pourraient renoncer complètement ou partiellement à des sanctions. Ces dispositions devraient faciliter les enquêtes de la Comco et saper la solidarité entre les membres d'un cartel. En outre, les mesures d'enquête à disposition des autorités de la concurrence ont été complétées (art. 42 LCart). Ainsi, les autorités de la concurrence pourraient ordonner des perquisitions et la saisie des pièces à conviction. Pour ces mesures de contraintes, la loi fédérale sur le droit pénal administratif s'appliquerait par analogie (DPA, RS 313)¹⁶.

Appréciation de la situation:

- 70 % des experts considèrent la question de l'absence de sanctions directes comme très problématique (60 %) ou problématique (10 %). La question est jugée tendanciellement *très problématique*.
- 5 experts estiment que le problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est donc considéré comme *très fort*.
- L'avant-projet de révision de la LCart traite du problème, en introduisant des sanctions directes pour les infractions les plus graves.
- De l'avis de l'OPCA, la situation dans ce domaine étant claire, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas.
- Si la sous-commission souhaite l'introduction de sanctions directes, elle veillera à ce que l'amendement des art. 27, al 1, 42, et 50 LCart ainsi que l'introduction d'un art. 27, al. 3, et 49a LCart soient maintenus dans le projet de révision.

¹⁶ Prise en compte d'états de fait passés: Selon l'art. 27, al. 1, LCart, une enquête n'est ouverte que s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence. Ainsi l'autorité de la concurrence ne peut ouvrir d'enquête si une entreprise a entre-temps abandonné ses pratiques irrégulières. (Cf. cartels des vitamines). En vertu de l'art 30, al. 1, LCart, la Comco prend une décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord à l'amiable. Cette situation juridique empêche de sanctionner des pratiques irrégulières qui ont été abandonnées avant ou pendant l'enquête et réduit les activités des autorités de la concurrence à seulement démanteler des cartels existants. Dans la perspective de l'avant-projet de révision de LCart, ce problème a été résolu en modifiant l'art. 27, al. 1, et en introduisant un al. 3, LCart de manière à ce que des faits ayant eu lieu avant l'enquête puissent être poursuivis.

3.2

Composition de la Comco

Selon l'art. 18 LCart, le Conseil fédéral institue la Comco et nomme le président et les deux vice-présidents. La Comco compte entre onze et quinze membres, en majorité des experts indépendants. Actuellement, la Comco est constituée par neuf experts indépendants (quatre économistes, quatre juristes et un représentant de la Confédération) et cinq représentants d'associations faitières (à savoir l'Union suisse des paysans, l'Union suisse des arts et métiers, l'Union syndicale suisse, l'Union suisse du commerce et de l'industrie «Vorort», l'association suisse des grands magasins). La représentation des organisations de consommateurs est vacante.

Cette situation pose le problème de l'indépendance de la Comco. En effet, on peut craindre que les membres de la Comco nommés en tant que représentants d'intérêts particuliers, privilégient les intérêts qu'ils représentent au détriment des intérêts du maintien de la concurrence.

Pour les approbateurs de la participation de représentants de groupes d'intérêts à la Comco, ce système permettrait à cette dernière de prendre des décisions plus consensuelles et donc plus largement admises. Il permettrait également d'intégrer des considérations politiques autres que le seul respect d'une concurrence efficace dans le processus de décision. De plus, les représentants d'intérêts apporteraient à la Comco des connaissances spécifiques de terrain utiles à des cas particuliers.

Pour les détracteurs du système actuel, ce savoir pourrait être recueilli auprès d'experts. Ils font remarquer aussi que, selon l'art. 43 LCart, les associations professionnelles ou économiques peuvent participer aux enquêtes. Ils avancent en outre que les décisions de la Comco devraient exclusivement servir une concurrence efficace sans tenir compte d'autres intérêts. Dans la mesure où le législateur a décidé de donner la compétence des aspects de la concurrence à la Comco et les aspects politiques au Conseil fédéral (art. 8, 11 et 36 LCart), il y aurait toutes les raisons de ramener la Comco à une commission d'experts. On se tiendrait alors au principe que le législateur a voulu. Les décisions d'une commission d'experts, prises uniquement dans la perspective de la concurrence efficace et non biaisées par des considérations politiques autres, seraient plus cohérentes. L'efficacité de la prise de décision serait également améliorée.

Le risque de conflits d'intérêts serait encore accentué en cas d'introduction de sanctions directes. Supposons que la Comco ait pu infliger des sanctions contre le cartel des vitamines auquel appartenait l'entreprise Hoffmann-La Roche: Dans ce cas, le membre de la commission qui représente le Vorort, aurait donc dû prononcer une sanction directe contre l'entreprise Hoffmann-La Roche dont le Président siège dans la direction du Vorort. En d'autres termes, ce membre de la Comco aurait dû sanctionner une entreprise dont le directeur est son supérieur dans le cadre de son activité principale. Les conflits d'intérêts seraient donc programmés et les cas de récusations tendraient à augmenter. La modification de la composition de la Comco dans laquelle ne siègerait plus que des experts indépendants résoudrait en partie ce problème.

En outre, la représentation des groupes de pression limitée à certains secteurs de l'économie ne satisfait pas au principe de l'égalité. En effet, les secteurs disposant de représentants au sein de la Comco, bénéficient d'informations privilégiées sur les enquêtes et les décisions en cours, que les secteurs non représentés n'ont pas. Cet avantage engendre des inégalités dans l'application de la loi entre les différentes branches de l'économie.

Révision législative en cours.

L'avant-projet de révision de la LCart modifie l'art. 18, al. 2, en ce sens que les membres de la Comco doivent être obligatoirement des experts indépendants. De cette façon, la Comco remplirait les critères d'indépendance comme le ferait un tribunal ou une autorité similaire. Une autorité composée d'experts indépendants inciterait une politique de décision cohérente, car elle ne serait redevable qu'au principe d'une concurrence efficace. Elle satisferait également aux exigences accrues qu'impliquerait l'introduction de sanctions directes, notamment en ce qui concerne une application du droit égale pour tous les secteurs de l'économie et indépendante des intérêts économiques.

Appréciation de la situation:

- 50 % des experts considèrent la question de la participation des représentants de groupes d'intérêts comme problématique (30 %) ou très problématique (20 %). La question est jugée tendanciellement *problématique*.
- 5 experts estiment que le problème exige des réformes (2 citent le problème en première priorité). Le besoin de révision législative est considéré comme *très fort*.
- L'avant-projet de révision de la LCart règle le problème en prévoyant une Comco sans représentants d'associations faitières.
- De l'avis de l'OPCA, la situation étant claire, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas.
- Si la sous-commission souhaite une Comco sans représentation des groupes d'intérêts, elle veillera à ce que la modification de l'art. 18, al. 2, LCart soit maintenue dans le projet.

3.3 Taille de la Comco

Selon l'art. 18 LCart, la Comco comprend entre onze et quinze membres.

Dans la pratique, les craintes émises dans le Message accompagnant la LCart 95 concernant la difficulté de trancher des questions complexes dans une assemblée plénière de onze à quinze personnes se sont avérées fondées¹⁷. La littérature spécialisée est unanime: le processus de décision pourrait être plus efficace. La prise de décision dans un groupe hétérogène de 15 personnes est difficile et peut mener à des résultats équivoques et imprévisibles. Certes, un grand groupe dispose d'un potentiel plus grand de résoudre des problèmes. Mais corrélativement à la taille du groupe, la difficulté pour trouver un consensus augmente. Des études montrent que la taille optimale d'un groupe chargé de tâches complexes et différenciées serait de cinq à sept membres¹⁸. De plus, le travail en petit groupe motive davantage les membres et accroît leur engagement¹⁹. D'ailleurs, les organes décisionnels similaires sont nettement plus petits que la Comco, par exemple la Commission des banques (sept membres) ou la Commission des télécommunications (sept membres).

¹⁷ Message du Conseil fédéral, p. 55.

¹⁸ Wiswede, 1992, p. 743.

¹⁹ Seidel, 1992, p. 719.

Révision en cours:

L'avant projet de révision partielle de la LCart propose de modifier l'art. 18, al. 2, de façon à réduire le nombre de membres de la Comco à sept. Le but visé par ce changement de structure est d'améliorer la cohésion des membres et de permettre un travail plus professionnel, de façon à atteindre une meilleure efficacité dans le déroulement de la procédure.

Appréciation de la situation:

- 60 % des experts considèrent la question de la taille de la Comco comme problématique (50 %) ou très problématique (10 %). La question est jugée tendanciellement *problématique*.
- 4 experts estiment que le problème exige des réformes (un expert le cite en première priorité). Le besoin de révision législative est considéré comme *assez fort*.
- L'avant-projet de révision de la LCart traite le problème en réduisant la taille de la Comco à sept membres.
- De l'avis de l'OPCA, la situation étant claire, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas.
- Si la sous-commission souhaite la réduction du nombre de membres de la Comco, elle veillera à ce que la modification de l'art. 18, al. 2, LCart soit maintenue dans le projet.

3.4 Caractère de milice de la Comco

Actuellement, la Comco est un organe de milice. Tous ses membres exercent leurs fonctions à titre accessoire. Le président de la Comco exerce ses fonctions avec un taux d'occupation fixé par le Conseil fédéral à 33 %, le salaire qu'il touche se monte à 100 000 francs par année. Ce salaire et ce taux d'occupation, supérieurs à ceux des autres membres, se justifient notamment par les tâches supplémentaires de relations publiques et de supervision du Secrétariat qu'implique cette fonction. Les vice-présidents et les autres membres de la Comco préparent les dossiers en sus de leur activité professionnelle régulière et ne sont présents qu'aux séances. Leur rémunération par année est la suivante: 36 000 francs pour les vice-présidents, 24 000 francs pour les membres qui sont professeurs d'université, 12 000 francs pour les membres représentants de groupes d'intérêt. L'objectif de ce système de milice est que les preneurs de décision des autorités de la concurrence soient impliqués, à côté de leurs fonctions de défenseurs de la concurrence, dans la vie économique courante.

Les membres de la Comco sont amenés à appliquer des notions de droit de la concurrence et d'économie de marché qui sont très complexes. Les décisions à prendre peuvent avoir des conséquences très lourdes pour les entreprises concernées. Ses activités contraignent également la Comco à suivre de près les évolutions toujours plus rapides qui ont lieu dans le contexte économique et politique du pays et à être à même de réagir promptement. En outre, la Comco est tenue de respecter les contraintes imposées par la procédure prévue dans la LCart qui sont très strictes, en particulier au niveau des délais dans le domaine du contrôle des concentrations.

Face à ces impératifs, les membres de la Comco doivent être compétents et prêts à investir suffisamment de temps et d'attention à leurs activités au sein de la Comco, ce qui devient de plus en plus difficile pour des employés à temps partiel. D'ailleurs, le Conseil fédéral, dans son message, avait déjà constaté les limites du système de milice: «Les nombreuses tâches incombant à la présidence ne permettront plus à ses membres d'exercer leur fonction à titre accessoire»²⁰. Force est de constater qu'aujourd'hui encore, le président de la Comco et ses deux vice-présidents exercent leurs fonctions à titre accessoire.

Dans l'éventualité de l'introduction de sanctions directes, les entreprises mises en cause par une procédure se sentiront encore plus concernées et s'investiront davantage dans la procédure. Aussi, doit-on s'attendre à ce que de plus en plus de tiers utilisent leur droit de participer à l'enquête. Le volume de travail et la pression exercée sur la Comco s'accroîtra. La Comco aura donc à prendre connaissance de dossiers plus volumineux et d'un surcroît de revendications et d'arguments provenant de parties impliquées. La disponibilité et l'engagement des membres de la Comco devront donc encore augmenter afin d'être à la hauteur de la tâche, à tel point qu'une majorité d'experts réclame une professionnalisation de la Comco.

Composée de professionnels, la Comco renforcerait également son indépendance. En effet, un expert en concurrence, bien payé et travaillant à plein temps pour la Comco, aurait moins de raisons d'être tenté d'avoir une seconde activité professionnelle pouvant générer un conflit d'intérêt aboutissant à une récusation.

Le problème de la professionnalisation de la Comco soulève également la question de la création d'un Office fédéral de la concurrence. Cette question a été abordée dans le débat précédant le projet de loi de la LCart actuelle et a été abandonnée par la suite.

Révision en cours:

Dans ses travaux préparatoires, le groupe de travail interdépartemental chargé par le Conseil fédéral d'élaborer des propositions concrètes en vue d'une modification de LCart, a abordé le thème de l'augmentation du professionnalisme au sein de la Comco. En particulier, la conversion des fonctions de la présidence et de la vice-présidence exercée actuellement à temps partiel, en fonctions à temps complet, a été discutée. Le groupe de travail a conclu qu'un tel changement était souhaitable, mais que la question pouvait être réglée au niveau du règlement interne de la Comco, voire même de la décision d'engagement de chaque membre prise par le Conseil fédéral. Le taux d'engagement des membres de la Comco n'a donc pas été fixé dans le projet de révision. Au cas où le Parlement accepterait les autres mesures allant dans le sens d'une amélioration du professionnalisme de la Comco (réduction du nombre de membres, éviction des représentants de groupes d'intérêts), le Conseil fédéral a l'intention de prendre les mesures nécessaires pour augmenter le taux d'activité du président et des vice-présidents.

²⁰ Message, 1994, p. 117

Appréciation de la situation:

- 70 % des experts considèrent la question du caractère de milice de la Comco comme très problématique (50 %) ou problématique (20 %). La question est jugée tendanciellement *très problématique*.
- 6 experts estiment que le problème exige des réformes (2 le cite en première priorité). Le besoin de révision législative est considéré comme *très fort*.
- L'avant projet de révision de la LCart ne prévoit pas directement un accroissement du taux d'engagement des membres. Cependant, le Conseil fédéral envisage, si le Parlement accepte la révision, d'augmenter le taux d'occupation des membres de la Comco par le biais du Règlement interne de la Comco ou dans les décisions d'engagement des membres de la Comco. Par ailleurs, la réduction de la dimension de la Comco et l'éviction des représentants de groupes d'intérêts sont prévus, ce qui améliorerait aussi le professionnalisme de la Comco.
- De l'avis de l'OPCA, la situation étant claire, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas.
- Si la sous-commission souhaite augmenter le taux d'occupation des membres de la Comco, il s'agira de vérifier, en cas d'acceptation de la révision par le Parlement, que le Conseil fédéral augmente de façon adéquate le taux d'engagement des membres de la Comco.

3.5 Rapport entre la Comco et son Secrétariat

Les compétences en matière de mise en application de la loi sont partagées au niveau institutionnel entre la Comco et son Secrétariat. Selon l'art. 23, al. 1, LCart, le Secrétariat prépare les affaires et prend, avec un membre de la présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la Comco et exécute ses décisions. L'autorité de décision est la Comco (art. 3, al. 3, LCart). Le Secrétariat effectue des enquêtes préliminaires et des enquêtes sur la base desquelles la Comco rend les décisions. L'art. 30, al. 2, LCart reconnaît cependant dans des circonstances exceptionnelles des compétences correctrices à la Comco à l'égard de l'autonomie d'instruction du Secrétariat. L'art. 17, al. 2, du règlement interne de la Comco dispose que les membres de la Comco peuvent participer à toutes les étapes de l'enquête du Secrétariat, en particulier à l'audition des témoins. Interprétée conformément à la loi, cette participation se comprend dans le sens d'une fonction d'observateur et non pas d'un concours actif dans l'enquête²¹.

Dans la pratique, depuis une année environ, les autorités de la concurrence font une distinction très stricte entre l'instruction d'une affaire qui incombe au Secrétariat et la prise de décision qui incombe à la Comco. Seuls les présidents des chambres font le lien entre les deux organes. La signature de l'un d'eux suffit pour que le Secrétariat puisse ouvrir une enquête. Ensuite, ils se retirent et laissent le Secrétariat mener son enquête. Selon la Comco cette pratique s'est avérée concluante. Elle a permis

²¹ Borer, Kommentar, 1998, p 326 et 327.

d'apaiser la prise de décision au sein de la Comco. Aucun membre n'étant plus impliqué dans l'instruction, les décisions se prennent de façon plus libre et sereine.

Pour certains auteurs cependant, le fait que l'autorité de décision décide d'affaires, sur la base d'une enquête à laquelle elle ne participe pas, pose problème. Selon Damien Neven, l'analyse d'une situation concurrentielle peut souvent être approchée de différente manière et il est important, pour la pertinence de la décision finale, que la Comco (ou au moins la chambre responsable) adhère à l'approche suivie par le Secrétariat²². Afin d'améliorer la coordination et l'efficacité des rapports entre l'investigation et la prise de décision, la Comco devrait donc être impliquée davantage dans les étapes préliminaires de l'analyse. Dans cette optique, la relation entre le Secrétariat et la Comco devrait cependant être formalisée à travers quelques règles simples assurant un développement consensuel de l'instruction tout en préservant l'indépendance respective des deux organes²³.

A noter également que l'interaction des deux institutions est rendue plus difficile par le fait que le Secrétariat, composé de professionnels plongés à plein temps dans la problématique de la concurrence, doit transmettre les résultats de son enquête à un comité composé d'experts et de représentants de groupes de pression, qui ne se consacrent pas à plein temps à la mise en pratique du droit des cartels. Ainsi, par les choix qu'il fait dans la phase d'instruction d'une affaire et par l'analyse qu'il livre à la Comco, le Secrétariat exercerait une influence déterminante sur les décisions de la Comco. Le danger étant que cette dernière, de part ses compétences techniques et ses ressources limitées, ne pourrait pas remettre les propositions du Secrétariat en cause et en serait réduite à les ratifier. En outre, des différences dans la manière d'aborder le problème, dans le raisonnement, etc., dues au caractère de milice de la Comco, rend problématique la communication entre l'organe d'investigation et l'organe décisionnel des autorités de la concurrence. Christian von Weizsäcker remarque que ce problème ne se pose pas en Allemagne, où les membres des sections décisionnelles du Bundeskartellamt sont des fonctionnaires à temps complet et disposent d'une longue expérience dans le domaine de l'économie et du droit de la concurrence²⁴.

Appréciation de la situation:

- 50 % des experts considèrent la question du rapport entre la Comco et le Secrétariat comme très problématique (20 %), problématique (20 %) ou assez problématique (10 %). Donc 50 % considèrent le problème comme peu ou pas problématique. Les experts ne sont donc pas d'accord sur l'envergure du problème, aucune tendance ne peut être déterminée.
- Aucun expert n'estime que ce problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est *négligeable*.

²² Neven, rapport, 1999, p 7 et 8.

²³ Idem.

²⁴ von Weizsäcker, 2000, p. 20.

- L'avant-projet de révision ne traite pas directement du problème. Mais, les mesures de professionnalisation de la Comco prévues (réduction de la taille, éviction des représentants des associations faitières et augmentation du taux d'occupation des membres) auraient certainement un effet bénéfique sur son interaction avec le Secrétariat et réduiraient l'impression que ce dernier est dans une position de force.
- De l'avis de l'OPCA, vu les résultats du sondage, un approfondissement de la question ne s'impose pas.
- Etant donné le besoin de réforme négligeable qu'il engendre, une intervention dans ce domaine ne s'impose pas.

3.6 Travail des autorités de la concurrence

Bien que définies précisément dans la loi et soigneusement séparées dans la pratique, les activités d'instruction du Secrétariat et de prise de décision de la Comco sont imbriquées, de sorte qu'il est difficile de considérer leur travail indépendamment l'un de l'autre. Cela est d'autant plus difficile que les conclusions de l'enquête du Secrétariat ne sont pas publiées, ce qui ne permet pas d'évaluer dans quelle mesure la Comco, dans sa décision, s'en tient à l'analyse du Secrétariat ou développe son propre raisonnement. Nous proposons tout de même d'approcher de façon différenciée le travail des autorités de la concurrence, en mettant l'accent, pour le Secrétariat, sur l'analyse économique, et pour la Comco, dans une perspective plus large, sur ses décisions.

3.6.1 Le travail du Secrétariat

C'est à la Comco et à son Secrétariat qu'il incombe de mettre en pratique, dans leurs décisions, le concept central de la LCart, à savoir celui de la concurrence efficace (art. 5, 10, 37, 45 et 51 LCart) dont la loi ne donne pas de définition précise. Cette absence de définition légale est due au fait qu'en science économique, plus particulièrement dans le domaine de l'organisation industrielle, il n'existe pas de consensus sur la manière d'appréhender concrètement le degré de concurrence sur un marché étudié. Pas plus qu'il n'existe d'ailleurs d'indicateurs économiques pouvant donner une réponse définitive à la question du degré de concurrence d'un marché particulier. A défaut d'une méthode unique et reconnue, l'enquête se fondera sur une accumulation maximale de faits prouvés par une méthode empirique ad hoc pour délimiter le marché pertinent, spécifier ses structures et examiner le comportement et les performances des entreprises²⁵. A cet effet, une excellente connaissance des diverses méthodes économiques modernes est nécessaire. Ceci est particulièrement valable pour le Secrétariat qui fournit l'analyse économique et dont dépend dans une large mesure la qualité des décisions prises par la Comco²⁶.

Dans la littérature spécialisée, les critères et méthodes employés par la Comco et son Secrétariat pour juger si la concurrence régnant sur un marché est efficace ont été

²⁵ Flückiger, in CFPG, 1999, p. 60.

²⁶ Cf. point sur le rapport entre le Secrétariat et la Comco.

l'objet de critiques. La compétence économique du Secrétariat a été mise en cause par une étude menée par Damien Neven²⁷ et présentée en 1999 à la Commission fédérale des questions conjoncturelles. Cette étude conclut que les décisions de la Comco étaient difficilement compréhensibles, que l'analyse souffrait de problèmes conceptuels (notamment en ce qui concerne la définition du marché pertinent) et que les éléments de preuve factuels étaient souvent insuffisants. Damien Neven attribue ce bilan, entre autre, à une préparation insuffisante du Secrétariat. Thomas von Ungern-Sternberg regrette particulièrement que l'analyse se contente d'arguments strictement juridiques et ne comporte pas à proprement parler d'analyse économique. Yves Flückiger, dans son texte publié en 1999 par la CFPG²⁸, note un manque d'indicateurs qui seraient particulièrement importants pour appuyer des décisions de la Comco. Il s'agirait principalement des indices liés à la performance des entreprises, qui constituent les indicateurs les plus pertinents de l'existence d'une concurrence efficace sur les marchés analysés. Dans plusieurs décisions concernant des fusions (GE-Capital et Procrédit, Journal de Genève et Nouveau quotidien, UBS et SBS), il apparaîtrait que les évidences empiriques relatives aux performances du marché et à la définition du marché pertinent font défaut²⁹.

Pour évaluer la compétence économique du Secrétariat de la Comco à la lumière de ces critiques, le DFE a mandaté Christian von Weizsäcker de l'Université de Cologne. Son rapport rendu le 10 juillet 2000 examine l'analyse empirique et économique des enquêtes du Secrétariat et la compare au standard international³⁰. Il réfute dans une large mesure les critiques sus-mentionnées.

Christian von Weizsäcker note que les critiques concernant le manque de fondement empirique dont souffriraient les décisions de la Comco, ont été acceptées par le Secrétariat. Ce dernier a entre temps créé un groupe «empirie» chargé de remédier au problème. A part cela, Christian von Weizsäcker ne retient des critiques formulées par Damien Neven que le fait que dans la décision concernant le cas de la Fusion UBS-SBS, la justification des charges imposées n'est pas dans la logique de l'analyse. D'ailleurs, dans le cas de la fusion UBS-SBS, l'argumentation du Secrétariat serait tout aussi professionnelle que celle du Bundeskartellamt dans le cas de la fusion de deux banques bavaroises.

Les autorités de la concurrence doivent, dans la majorité des cas pratiques, déterminer le marché pertinent. Ce concept bénéficie d'un large consensus en science économique moderne et s'est établi comme élément clé dans la pratique de la politique de la concurrence. Le Secrétariat a soigneusement développé des directives internes qui lui ont permis, selon Christian von Weizsäcker, d'établir, chaque fois qu'elle s'avérait nécessaire, une définition du marché pertinent qui semble correcte³¹. A l'inverse du marché pertinent, le terme de «domination collective du marché» est un terme largement controversé en science économique. A ce sujet, le Secrétariat a assimilé la discussion scientifique et maîtrise parfaitement le terme. Il est aussi apte que la Commission européenne à appliquer ce terme à des cas concrets.

²⁷ Neven, rapport, 1999, p. 2.

²⁸ Flückiger, in CFPG, 1999, p. 96 et 97.

²⁹ Idem.

³⁰ von Weizsäcker, 2000. Ce rapport intitulé «la compétence économique au sein du Secrétariat de la Comco» aborde également, sur la base de quelques décisions importantes, la question de la qualité des décisions de la Comco. Ceci illustre bien l'imbrication des deux organes et la difficulté de différencier leur «output».

³¹ Idem p. 25.

La théorie économique a provoqué un revirement dans l'appréciation des ententes verticales. Auparavant, les accords verticaux qui limitent l'action d'un des deux partenaires par rapport à un tiers, furent perçus négativement comme restriction à la concurrence. Aujourd'hui, l'opinion dominante en politique de la concurrence défend une position plus nuancée. Des ententes verticales peuvent par exemple être comprises comme tentatives de contribuer à mieux résoudre les problèmes de l'information incomplète qu'a le consommateur dans le choix de ses produits. Selon Christian von Weizsäcker, en matière d'ententes verticales, les décisions de la Comco, d'ailleurs très largement basées sur les analyses économiques du Secrétariat, sont pertinentes. En considérant non seulement les décisions, mais également des mémorandums internes, il s'aperçoit que l'approche du Secrétariat est beaucoup plus moderne comparée à celle de la Commission de Bruxelles ou encore du Bundeskartellamt.

Christian von Weizsäcker constate que la compétence économique des collaborateurs du Secrétariat est bonne. Certains collaborateurs à des postes clés disposent même d'une expérience pratique acquise auprès d'autorités de la concurrence à Bruxelles ou à Washington. La formation des collaborateurs académiciens correspond au standard suisse qui est tout à fait comparable au niveau allemand ou autrichien. Le travail du Secrétariat de la Comco se distingue positivement de la qualité du travail de la Commission européenne. En comparaison avec le Bundeskartellamt de Bonn, Christian von Weizsäcker remarque que l'orientation générale du Secrétariat est plus moderne. Ceci proviendrait du fait que la formation universitaire des collaborateurs en Suisse est plus récente. La formation continue des collaborateurs est assurée. L'efficacité et la qualité du travail du Secrétariat n'ont pas à craindre la comparaison internationale.

Il est souvent reproché au Secrétariat de faire traîner en longueur les enquêtes. Le Secrétariat évalue la durée moyenne de la procédure à une année et plus. Il estime que ce délai est nécessaire pour mener une procédure correcte et respecter le droit d'être entendu des parties concernées. La constatation de l'état de fait, l'audition des parties, leur prise de position sur les conclusions de l'enquête du Secrétariat et enfin la phase de décision de la Comco prennent du temps. De plus, souvent, les parties demandent des prolongements de délais, qui en général leur sont accordés.

En ce qui concerne les problèmes de respect des droits de procédure des parties, se référer au point recours contre les décisions de la Comco.

Appréciation de la situation:

- 60 % des experts considèrent la question de la qualité du travail du Secrétariat comme très problématique (10 %), problématique (40 %) ou assez problématique (10 %). Cette question est jugée tendanciellement *problématique*.
- 3 experts estiment que ce problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est donc jugé *assez fort*. (Parmi ces 3 experts, 2 économistes souhaiteraient une réforme dans le sens d'une amélioration des compétences économiques du Secrétariat.)
- L'avant-projet de révision de la LCart ne prévoit pas de mesures particulières pour améliorer le travail du Secrétariat que ce soit au niveau des compétences ou de la structure.

- L'étude de Christian von Weizsäcker, commandée par le DFE, juge les compétences économiques et le travail du Secrétariat comme bons et comparables, voire meilleurs que le standard international.
- Compte tenu du rapport von Weizsäcker un approfondissement de la question ne paraît pas nécessaire.
- Compte tenu des conclusions du rapport von Weizsäcker, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire.

3.6.2 Les décisions de la Comco

Le rapport Christian von Weizsäcker aborde la question de la qualité des décisions de la Comco sur la base de quelques décisions importantes³². Il ne décèle pas de problème dans la justification économique des décisions. Aucune analyse systématique des décisions de la Comco n'a jusqu'à présent été réalisée. Néanmoins, les activités de la Comco ont été évaluées récemment dans une étude comparative parue dans le dernier numéro de la revue *Global Competition Review* publiée sur Internet³³. Sur la base d'une enquête effectuée auprès d'études d'avocat concernées par le droit de la concurrence, la revue établit un classement mondial des autorités de la concurrence selon leur compétence et leur efficacité. Vingt-huit autorités de vingt-quatre pays ont ainsi été évaluées d'après leur pratique en matière de contrôle des fusions, leur pratique en matière de lutte contre les restrictions de la concurrence, leur expertise technique, leur procédure, leur indépendance et leur fonction de leadership. D'après l'agrégation du taux de satisfaction obtenu pour chaque dimension, les autorités reçoivent de 1 à 5 étoiles.

Seul le Bundeskartellamt de Bonn obtient le score maximal de 5 étoiles. La Comco obtient quatre étoiles. Elle se situe parmi les 7 meilleurs ex-æquo avec les autorités de la concurrence de la Finlande, d'Israël, d'Italie et de la Suède ainsi que la US Antitrust Division of the Department of Justice des Etats-Unis.

Selon cette évaluation, le point fort de la Comco se situe dans le contrôle des concentrations. Pour cette dimension, elle obtient un score de 4,5 points sur 5. Deux points faibles sont mis en évidence: Premièrement l'examen technique des cas, pour lequel la Comco obtient la note de 3 sur 5. Le Bundeskartellamt obtient la note de 3,5 sur 5 alors que Christian von Weizsäcker estime que les deux autorités ont des compétences économiques équivalentes. Deuxièmement, la pratique en matière d'accords illicites et abus de positions dominantes, pour lesquels la Comco obtient la note de 3 sur 5. Cette note plutôt moyenne est due, selon l'étude, à la passivité de la Comco dans ce domaine. D'ailleurs, Christian Meier-Schatz constate également un manque d'activisme en matière de contrôle de positions dominantes qui existeraient surtout dans le domaine de la presse en région de Suisse orientale.

Les autorités de la concurrence répondent par des faits témoignant de leur activité: dans l'année courante, six enquêtes ont été conclues et douze sont en cours. En outre, dans la pratique, la Comco a nettement intensifié ses efforts et amélioré son efficacité dans le domaine des accords illicites et des abus de positions dominantes. Si l'on s'en réfère aux statistiques, on remarque qu'en 1999, le Secrétariat a mené

³² Idem p. 3.

³³ <http://www.global-competition.com/rating/method.htm>.

neuf enquêtes de plus que l'année précédente, à savoir 23. Durant la même période, la Comco a clos huit enquêtes, soit cinq de plus qu'en 1998. La perspicacité dans le choix des cas abordés s'est également améliorée. Si en 1998, le Secrétariat a lancé 23 enquêtes préalables, seules 3 ont abouti à une enquête. En 1999, le rapport se situe à 24 enquêtes préalables pour 10 qui ont abouti à une enquête.

Plusieurs experts nous ont exprimé leur impression que la Comco se concentre sur des cartels de moindre importance, comme par exemple ceux des moniteurs d'auto-écoles fribourgeois, des partitions de musique ou des semences bovines, alors que dans des cas de plus grande envergure, elle aurait plus de peine à mener les affaires à terme. A ces critiques, la Comco répond qu'il s'agit d'un cliché et renvoie à une série de cas plus importants. De plus, les «petits cas» auraient également leur importance. Une fois tranchés, ils constituent des cas jurisprudentiels, qui permettent par la suite de traiter rapidement toute une série de cas similaires.

Appréciation de la situation:

- 60 % des experts considèrent la question de la qualité des décisions de la Comco comme très problématique (20 %) ou problématique (40 %). Cet aspect est jugé tendanciellement *problématique*.
- 3 experts estiment que ce problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est jugé *assez fort*.
- L'avant-projet de révision de la LCart ne prévoit pas une définition plus précise des critères de prise de décision, obligeant par exemple la Comco de mettre davantage l'accent sur les aspects purement économiques. Il prévoit cependant la modification de la structure de la Comco (éviction des représentants d'intérêts particuliers, réduction du nombre de membre, augmentation du taux d'activité des membres) dont on peut attendre qu'elle améliorera la compétence ainsi que la qualité des décisions et du travail en général de la Comco.
- L'étude von Weizsäcker ne décèle pas de problèmes importants dans la justification économique des décisions.
- Compte tenu du rapport von Weizsäcker et des révisions législatives en cours, un approfondissement de la question ne s'impose pas.
- Compte tenu des révisions en cours et des conclusions du rapport von Weizsäcker, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire.

3.7 Publication des travaux des autorités de la concurrence

La Comco et le Secrétariat ont l'obligation d'informer le public sur leurs activités (art. 49, al. 1, LCart.). Selon le concept de communication de la Comco³⁴ concrétisant cette disposition légale, la Comco, joue la carte de la transparence. Cette volonté d'informer ouvertement, rapidement et de manière compétente est assurée principalement par deux supports médiatiques. La publication trimestrielle «Droit et politique de la concurrence» (DPC) fournit un rapport sur l'ensemble des activités

³⁴ Concept de communication de la Comco du 16 juillet 1998.

des autorités de la concurrence et rassemble les décisions et les communications sur le droit et la politique de la concurrence. Le site Internet de la Comco (<http://wettbewerbskommission.ch>) propose un large éventail d'informations sur le droit de la concurrence: les décisions des autorités de la concurrence publiées dans la revue DPC, les textes de lois, un formulaire de notification de concentration, un service de presse, etc.

Malgré les efforts de la Comco et de son Secrétariat pour une transparence dans l'information, la communication, en particulier des décisions, est l'objet de critiques. Ainsi, pour Damien Neven, la motivation des décisions publiées dans la revue DPC n'est pas assez complète, peu convaincante et ne correspondrait pas à la qualité des motivations d'autorités étrangères. Damien Neven déplore également que les résultats de l'enquête du Secrétariat ne soient pas publiés, afin que l'on puisse mieux distinguer les conclusions de l'enquête de la prise de décision de la Comco. Franz Hoffet regrette également que la Comco ne communique pas aux parties les conclusions que le Secrétariat lui remet pour la prise de décision. Plus de transparence encouragerait la qualité et «l'acceptation» des décisions.

Les autorités de la concurrence contestent formellement les critiques concernant ses publications: La Comco publie plus d'informations qu'elle ne serait tenue de le faire par la loi. Toutes les enquêtes préalables et prises de position concernant des actes normatifs sont publiées pour des raisons de transparence, alors que la LCart ne le prévoit pas explicitement. Les autorités de la concurrence soutiennent également que seule la décision de la Comco est pertinente pour le public. Une publication des conclusions des enquêtes du Secrétariat empêcherait la Comco de se faire librement une opinion. D'éventuelles divergences entre le Secrétariat et la Comco seraient utilisées par les parties dans des procédures de recours, ce qui minerait la crédibilité des autorités de la concurrence. Selon la pratique actuelle du Secrétariat, la critique de la non-communication des conclusions du Secrétariat aux parties n'est plus pertinente. Aujourd'hui, le procédé est le suivant: A l'issue de l'enquête, le Secrétariat envoie le projet de décision en même temps à la Comco et aux parties pour prise de position.

Appréciation de la situation:

- 70 % des experts considèrent la question des publications des autorités de la concurrence comme peu (50 %) ou pas problématique (20 %). Cet aspect est jugé tendanciellement *peu problématique*.
- 2 experts estiment que le problème exige des réformes, le besoin de révision législative est considéré comme *modéré*.
- La révision ne prévoit pas d'étendre ou de soumettre à des critères plus stricts l'obligation d'informer des autorités de la concurrence. Les réformes structurelles pourraient, dans une certaine mesure avoir une influence bénéfique sur le contenu des publications.
- Selon l'importance que la sous-commission accorde à la question de la publication des autorités de la concurrence et si elle considère qu'elle n'est pas suffisamment prise en considération dans l'avant-projet, un approfondissement pourrait être opportun.
- Selon l'état actuel des recherches et étant donné la faible acuité de ces problèmes, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire.

3.8

Absence de contrôle périodique de la Comco

Pour contrôler le travail de la Comco, Damien Neven³⁵ évoque la possibilité de mettre sur pied une commission chargée d'évaluer à intervalles réguliers les décisions prises, de manière comparable aux rapports rendus tous les deux ans par la Monopolkommission³⁶ en Allemagne. On peut s'attendre à ce que sous la menace d'une évaluation périodique, les membres de la Commission résistent mieux aux influences externes³⁷. Le Conseil fédéral pourrait également surveiller dans quelle mesure la Comco promet la concurrence dans le sens fixé à l'article premier de la LCart. Pour Franz Hoeffet, le contrôle de l'application du droit par la Commission de recours pour les questions de concurrence (REKO / WEF) est suffisant. Etant donné les ressources disponibles et la charge administrative supplémentaire que cela pourrait engendrer, la mise en place d'une telle institution ne serait pas opportune. D'autre part, l'indépendance de la Comco en souffrirait.

Appréciation de la situation:

- 70 % des experts considèrent la question de l'absence d'un organe de contrôle périodique des autorités de la concurrence comme peu (40 %) ou pas problématique (30 %). Cette question est jugée tendanciellement *peu problématique*.
- Aucun expert n'estime que le problème exige des réformes. Le besoin de réforme est donc *négligeable*.
- La révision en cours ne prévoit pas d'introduire ce contrôle.
- De l'avis de l'OPCA, vu les résultats du sondage, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas.
- Etant donné la faible acuité du problème et surtout le besoin de réforme négligeable qu'il engendre, une intervention dans ce domaine ne s'impose pas.

3.9

Recours auprès de la REKO/WEF

Selon l'art. 44 LCart, les décisions de la Comco et du Secrétariat peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence (REKO/WEF). Depuis le 1^{er} juillet 1996 jusqu'à fin 1999, la REKO/WEF a traité neuf recours, parmi lesquels elle en a admis sept, dont une majorité pour vice de procédure.

Les problèmes que posent ces recours se situent à deux niveaux: Premièrement, ils retardent considérablement l'aboutissement de la procédure. Le moment où une décision de la Comco devient exécutoire peut-être repoussé de mois, si ce n'est

³⁵ Neven, rapport, 1999, p 7.

³⁶ Les devoirs et les droits (Aufgaben u. Befugnisse) de la Monopolkommission: L'évaluation régulière de l'état et du développement prévisible de la concentration d'entreprises en Allemagne du point de vue de la politique économique, particulièrement de la politique de la concurrence. Appréciation des prescriptions en matière de contrôle des concentrations. Prise de position sur des questions actuelles de politique de la concurrence.

³⁷ Neven, rapport, 1999, p. 7.

d'années³⁸. Deuxièmement, le taux d'admission des recours de 77 % porte atteinte à la crédibilité des autorités de la concurrence. Ces dernières attribuent ces difficultés au fait qu'elles n'avaient pas encore d'expérience dans l'application de la loi sur la procédure administrative.

Devant cette situation, le Département fédéral de l'économie a mandaté Yvo Hangartner afin d'établir un avis de droit³⁹ portant sur les recours déposés devant la REKO/WEF. Selon cet avis de droit, le nombre élevé de recours admis est dû notamment à des ambiguïtés entre d'une part les dispositions de LCart concernant la procédure administrative ainsi que la compétence de la Comco et du Secrétariat, et d'autre part la loi sur la procédure administrative. Selon Yvo Hangartner, l'élucidation successive de ces questions par la justice administrative est un processus normal. Au niveau de la procédure administrative, des problèmes se sont posés mettant en cause le professionnalisme avec lequel les cas sont traités particulièrement au niveau du droit d'être entendu, du droit de consultation du dossier, dans la constatation des faits et dans la motivation des décisions. Les difficultés en matière de respect des droits de procédure sont dues en premier lieu à l'inexpérience des autorités en la matière. Grâce aux jugements de la Commission de recours, les problèmes de procédure semblent maintenant résolus. Concernant la transparence et la justification des décisions, la REKO/WEF, en tant que gardienne d'une procédure correcte et d'une pratique décisionnelle intelligible, est très exigeante. Ces exigences ne sont cependant pas exagérées au regard des fautes commises dans la procédure de première instance. Yvo Hangartner considère la REKO/WEF comme une autorité de recours indispensable, également pour le contrôle qualitatif des décisions de la Comco. Non seulement une telle instance judiciaire est nécessaire pour des raisons de droit constitutionnel et conventionnel, mais cela l'est aussi parce que le Tribunal fédéral ne doit pas être chargé d'affaires qu'il doit trancher en tant que première instance judiciaire.

Appréciation de la situation:

- 80 % des experts considèrent la question des recours déposés auprès de la REKO/WEF contre les décisions de la Comco comme assez problématique (30 %) peu problématique (30 %) ou pas problématique (20 %). La question est jugée tendanciellement *peu problématique*.
- 3 experts estiment que le problème exige des réformes. Le besoin de réforme législative est considéré comme *assez fort*.
- L'avant-projet de révision de la LCart ne prévoit pas de modification des exigences de la procédure administrative ou des voies de recours, ni concernant l'autorité de recours. Néanmoins, les réformes structurelles de la Comco prévues pourraient avoir une certaine influence bénéfique sur le respect de la procédure.
- L'étude d'Yvo Hangartner commandée par le DFE à ce sujet, ne constate pas de besoin de réforme: Bien que quelques erreurs de procédure aient été commises par les autorités de la concurrence, l'éclaircissement de certaines questions par la juridiction administrative serait un processus normal.

³⁸ Stoffel, 2000, p. 22.

³⁹ Hangartner, 2000.

- Compte tenu de l'avis de droit Hangartner, un approfondissement de la question ne semble pas utile.
- Compte tenu des conclusions de l'avis de droit Hangartner, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire.

3.10 Pouvoir du Conseil fédéral

Selon les art. 8, 11 et 36 LCart, le Conseil fédéral peut, au motif d'intérêts publics prépondérants, autoriser à titre exceptionnel des pratiques jugées illicites par l'autorité compétente. Il s'agit d'une clause d'exception à la règle selon laquelle, en Suisse, les relations économiques sont déterminées par le marché. Grâce à cette clause, les autorités de la concurrence peuvent se concentrer strictement sur l'aspect du droit de la concurrence et ne pas se laisser influencer par des intérêts de politique générale dans leur prise de décision⁴⁰.

Toutefois, la possibilité qu'a le gouvernement d'admettre des restrictions à la concurrence déclarées illicites pourrait représenter une épée de Damoclès au-dessus de la tête des autorités de la concurrence. En effet, si ses décisions étaient trop souvent renversées, la Comco perdrait de son prestige et de sa crédibilité. Son affirmation comme autorité indépendante serait entaillée. L'octroi d'une autorisation exceptionnelle par le Conseil fédéral en tant qu'autorité politique suprême est néanmoins soumise à des conditions particulièrement sévères. Il ne suffit pas de faire valoir n'importe quel motif d'intérêt public. La justification est en effet subordonnée à l'existence de motifs relevant d'un intérêt public prépondérant. Il n'est par ailleurs pas suffisant que la pratique considérée ou l'opération constitue un moyen adéquat pour la sauvegarde de cet intérêt public, il faut qu'elle constitue un moyen nécessaire pour atteindre ce but (test de proportionnalité).

Le renversement d'une décision de l'autorité de la concurrence, invoquant des motifs peu convaincants concernant l'intérêt général, comporte toujours un risque politique. D'ailleurs, jusqu'à présent, le Conseil fédéral n'a jamais accepté de requête allant dans ce sens. En 1998 par exemple, les éditeurs et distributeurs de partitions de musique avaient demandé au Conseil fédéral d'admettre exceptionnellement pour des raisons d'intérêts publics prépondérants, un accord sur la distribution des partitions déclaré illicite par la Comco. Le Conseil fédéral a refusé. Une fois cependant, en 1997, le Conseil fédéral s'est opposé à une intervention de la Comco. Il s'agissait d'un cas dans le domaine des télécommunications. Le Conseil fédéral a renoncé à suivre une recommandation de la Comco, selon laquelle Swisscom aurait dû abandonner sa participation à l'entreprise potentiellement concurrente Cablecom. Même, si ce cas ne concerne pas les art. 8, 11 et 36 LCart, il a tout de même inquiété certains auteurs, qui y ont vu un désaveu de la Comco⁴¹. D'autant plus que le Conseil fédéral n'avait pas évoqué l'intérêt général, mais des intérêts privés (p. ex., l'entrée en bourse de Swisscom)⁴². La majorité des spécialistes s'accorde à dire cependant qu'il est peu probable qu'à l'avenir beaucoup de cas soient renversés par le gouvernement, et cela est d'autant moins probable si la réputation de compétence et d'indépendance de la Comco augmente. Mais, en tout état de cause, la possibilité

40 Borer, Kommentar, 1998, p. 221 et 222.

41 Neven, rapport, 1999, p. 35.

42 Idem.

d'une interférence du politique en général et de la politique de la concurrence demeure.

Appréciation de la situation:

- 80 % des experts considèrent que la question du droit du Conseil fédéral d'admettre exceptionnellement une restriction à la concurrence déclarée illicite ou interdite par la Comco est peu (30 %) ou pas problématique (50 %). Cet aspect est jugé tendanciellement peu problématique.
- Aucun expert n'estime que le problème exige des réformes. Le besoin de réforme législative est considéré comme négligeable.
- L'avant projet de révision de la LCart n'aborde pas le sujet.
- De l'avis de l'OPCA, vu les résultats du sondage, un approfondissement du problème ne s'impose pas.
- Etant donné la faible acuité du problème et surtout le besoin de réforme négligeable qu'il engendre, une intervention dans ce domaine ne s'impose pas.

3.11 Contrôle des concentrations

3.11.1 Obligation de notification des fusions en général

Selon l'art. 9 LCart, les intentions de concentration d'entreprises doivent être notifiées à la Comco avant leur réalisation, pour autant que certains seuils quantitatifs soient dépassés (art. 9, al. 1 à 3 LCart). Le critère principal de l'obligation de notification est le chiffre d'affaires cumulé des entreprises concernées (art. 9, al. 1, let. a, et b)⁴³. Les valeurs seuils qui commandent le régime des autorisations ont volontairement été placées très haut en comparaison des valeurs qui prévalent dans d'autres pays ayant un système comparable à celui de la Suisse. De cette manière, le contrôle des concentrations ne devait viser qu'un nombre restreint de cas estimé entre 10 et 15 par année⁴⁴. Toutefois, pour les entreprises du secteur des médias, le seuil déterminant s'applique en multipliant le chiffre d'affaires par vingt. Pour les banques et les assurances, la loi adapte les valeurs de l'art. 9, al. 1, LCart à la spécificité de la branche. D'autre part, une concentration d'entreprise doit être annoncée à la Comco, indépendamment de tout seuil, lorsqu'une des entreprises impliquées a été, pour un marché donné, dûment reconnue par l'autorité compétente comme ayant une position dominante (art. 9, al. 4, LCart).

Deux problèmes se posent dans ce contexte: Premièrement, certaines concentrations d'entreprise constituent un renforcement de position dominante sur un marché donné, sans que le chiffre d'affaires n'atteigne le seuil de notification. Dans ces cas, la Comco ne peut pas examiner l'opération de concentration et intervenir le cas

⁴³ Les concentrations doivent être notifiées lorsque:
«a. les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs et
b. au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs».

⁴⁴ Message du Conseil fédéral, 1994, p 102.

échéant. Le Secrétariat de la Comco cite en exemple les cas des fabriques de sucre, le cas Agie-Georg Fischer, Telekurs et, si une concentration a lieu, le cas JC De-caux/ Affichage. Deuxièmement, des faits qui ne posent manifestement pas de problème au niveau du droit de la concurrence doivent tout de même être annoncés à la Comco et contrôlés par cette dernière. Le Secrétariat de la Comco cite en exemple le cas Comtop et la plupart des fusions dans le domaine des médias.

Le nombre de fusions annoncées, du premier semestre 1996 au premier semestre 2000, s'élève à 105 cas, ce qui dépasse largement les pronostics du Conseil fédéral qui estimait le nombre de notifications à 10 à 15 par année⁴⁵. 94 de ces cas ont été classés après l'enquête préalable. Seul 8,6 % des fusions annoncées ont donc abouti à l'ouverture d'une enquête. Le problème réside dans le fait que le contrôle de ces fusions non problématiques représente non seulement un surcroît de travail pour la Comco et le Secrétariat, qui d'ailleurs a pris des mesures pour traiter plus efficacement les fusions non problématiques, mais avant tout un coût élevé pour les entreprises concernées. Selon les estimations de la Comco, une telle notification coûte à l'entreprise entre 20 000 et 100 000 francs. Le bénéfice dégagé par ces examens ayant pour but de préserver la concurrence reste cependant modeste: Sur 105 cas examinés, seuls 3 ont abouti à des mesures concrètes, à savoir la soumission de la fusion à des charges ou des conditions ou l'interdiction de la fusion. Le rapport coût/ bénéfice du contrôle de fusion est donc défavorable⁴⁶.

L'art. 9, al. 5, LCart confère au Parlement la compétence d'adapter, au moyen d'un arrêté de portée générale non soumis au référendum, les seuils pour l'obligation de notification des concentrations ou de les assortir de conditions spéciales. Compte tenu du nombre élevé des notifications de fusion, du faible taux de cas qui après examen sont problématiques au niveau de la concurrence et des conséquences économiques, une élévation des seuils de notification semble plus indiquée qu'une baisse⁴⁷. Selon le Secrétariat une telle élévation des seuils ne serait efficace que si elle était importante. Dans cette optique, il estime que le seuil minimum devrait être, pour la fusion de deux entreprises, de l'ordre d'un chiffre d'affaires de plus de 200 millions en Suisse. Une augmentation massive des seuils accroît cependant le risque que des fusions problématiques passent entre les mailles du filet.

D'autre part, Christian Bovet remarque que le projet de loi qui a donné lieu à la loi de 1995, prévoyait dans ces art. 9 et 10, un régime d'autorisation pour les concentrations d'entreprises: Après enquête, la Comco, par voie de décision, déclarait autoriser ou s'opposer à la concentration qui lui était notifiée. Le Parlement a rejeté ce régime et l'a remplacé par le système d'opposition actuellement en vigueur. Selon cet expert, la modification introduite par le Parlement n'a pas eu les effets escomptés et l'on est arrivé au même résultat avec une situation moins claire du point de vue juridique⁴⁸. Surtout, il y a une conséquence: Dans le domaine du contrôle des concentrations, la seule fois où la Comco rend une décision administrative au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative, c'est lorsqu'elle interdit

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ La situation est comparable à celle dans l'UE où la Commission également moins de 10 % des fusions annoncées aboutissent à une procédure d'enquête.

⁴⁷ Hoffet in Zäch, 2000, p 58.

⁴⁸ Il ressort des débats devant le Conseil national que les opposants au régime des autorisations invoquaient deux arguments: la forte bureaucratie que ce régime allait entraîner et le risque que ce régime présentait d'entraver les forces du marché qui doivent décider elles-mêmes si des entreprises doivent se concentrer ou non. Bulletin officiel, Conseil national, 1995, pp. 1095 à 1101.

une concentration ou lorsqu'elle impose des charges ou des conditions. Lorsqu'elle approuve une concentration, il n'y a pas de décision formelle qui est rendue. Il n'y a donc pas de possibilité de recours contre cette détermination, ce qui est favorable pour les entreprises qui procèdent à l'opération de concentration. Il estime que l'on pourrait imaginer de revenir au système d'autorisation, ce qui ne changerait rien à la pratique actuelle. Il souligne toutefois qu'il s'agit d'un point peu problématique.

Appréciation de la situation:

- 80 % des experts considèrent que la question des seuils généraux prévus pour l'obligation de notification des concentrations n'est pas problématique (70 %) ou peu problématique (10 %). Toutefois, 20 % des experts notent que ces seuils sont très problématiques. La distribution des avis se concentre sur les extrêmes, mais dans l'ensemble la question semble tendanciellement *peu problématique*.
- 3 experts estiment que le problème exige des réformes. Le besoin de réforme législative est considéré comme *assez fort*.
- L'avant-projet de révision ne modifie pas les seuils généraux, il se concentre sur les seuils concernant les médias, ce qui pourra améliorer la situation.
- Une révision législative n'est cependant pas nécessaire pour élever les seuils, un arrêté de portée générale suffirait.
- Selon l'importance que la sous-commission accorde à cette question et si elle considère qu'elle n'est pas suffisamment prise en considération dans l'avant-projet, un approfondissement pourrait être opportun.
- Selon l'état actuel des recherches et étant donné la faible acuité de ces problèmes, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire. Toutefois, si la sous-commission considère que l'élévation du seuil dans le domaine des médias n'était pas une mesure suffisante, elle pourrait intervenir dans une perspective d'élévation des seuils généraux (art. 9 LCart) soit en agissant sur les réformes législatives en cours soit en suggérant à la CER d'initier un arrêté de portée générale modifiant les seuils dans la LCart.

3.11.2 Obligation de notification des fusions dans le domaine des médias

Du fait du seuil de notification plus bas, le problème se ressent encore davantage dans le secteur des médias. Parmi les 105 cas traités en application de l'art. 9 LCart, jusqu'au premier semestre 2000, 21 concernaient des fusions dans le domaine des médias. Il s'agissait avant tout de petites concentrations, mais qui dépassaient le seuil fixé par l'art. 9, al. 2, LCart. Selon cette disposition, un chiffre d'affaires de 5 millions (multiplié par 20) pour les deux protagonistes d'une concentration suffit pour dépasser le seuil et impliquer une obligation d'annoncer l'opération à la Comco. Parmi ces 21 cas de fusion analysés dans le domaine des médias, 19 cas ne posaient pas problème au niveau du droit de la concurrence. Un cas a été retiré (Berner Tagblatt Medien AG/Schaer Thun AG). Une concentration a été admise

sous certaines conditions (cas «Le Temps»). Concernant les fusions dans le domaine des médias, l'exercice n'a pas été à la hauteur des résultats.

Les interventions de la Comco dans le domaine des médias posent un autre problème d'ordre économique. Il s'agit d'un segment où les nouvelles conditions du marché impliquent des adaptations structurelles d'envergure. La Comco doit, à cause de ce seuil d'intervention très bas, examiner des concentrations et même interdire certaines pratiques qui contribuent à certaines adaptations structurelles et qui ont en réalité un effet bénéfique sur l'économie en général.

A noter également que l'obligation de notification et le contrôle de concentrations relativement petites va à l'encontre du principe général de l'art. 9 LCart qui veut que seules les fusions suffisamment grandes pour influencer de manière sensible la concurrence soient enregistrées. La même remarque est d'ailleurs valable pour l'art. 9, al. 4, LCart qui comprend toutes les acquisitions aussi petites soient-elles.

Révision en cours:

L'avant projet de révision de la LCart propose de biffer purement et simplement l'art. 9, al. 2, LCart concernant le seuil spécial pour l'obligation de notification de concentration dans le domaine des médias. Dorénavant, ne devraient être contrôlées dans le domaine des médias que les concentrations ayant une importance pour toute l'économie suisse. Dans cette perspective, il suffirait d'appliquer les seuils généraux prévus dans l'art. 9, al. 1, de la LCart également aux entreprises du domaine des médias.

Appréciation de la situation:

- 50 % des experts jugent la question du seuil spécial pour l'obligation de notification de concentration dans le domaine des médias comme peu (20 %) ou pas (30 %) problématique. 50 % des experts le considèrent comme très problématique (20 %), problématique (20 %) ou assez problématique (10 %). La dispersion des valeurs est grande, les avis des experts divergent nettement. Il n'est pas possible de déterminer une tendance.
- 5 experts estiment que le problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est considéré comme *très fort*.
- L'avant-projet de révision supprime l'art. 9, al. 2, LCart, ce qui diminuerait le nombre de fusions compris par l'obligation et mettrait les médias sur un pied d'égalité avec les autres entreprises.
- De l'avis de OPCA, la situation étant claire, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas.
- Si la sous-commission souhaite la suppression des seuils spéciaux dans le domaine des médias, elle veillera à ce que l'abrogation de l'art. 9, al. 2, LCart soit maintenue dans le projet.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 7 décembre 1999 Kodak SA contre Jumbo-SA⁴⁹, a suscité une vive controverse. Ce jugement permet un empêchement des importations parallèles protégées par le droit des brevets. Les marchandises brevetées mises sur le marché intérieur peuvent ainsi être protégées contre la concurrence de marchandises identiques importées de l'étranger à moindre prix.

Le Tribunal fédéral a retenu la règle de l'épuisement national⁵⁰ en matière du droit des brevets. Le titulaire d'un brevet dispose donc d'un droit de contrôle sur les importations du produit breveté. Le Tribunal fédéral a cependant précisé que les dispositions de la LCart s'appliquaient également, pour autant que les conditions-cadres juridiques et économiques de la première mise en circulation à l'étranger soient comparables avec les conditions en Suisse. Dans ce cas, l'art. 3, al. 2, LCart, excluant l'application de la loi sur les cartels aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle, ne s'applique pas. Par conséquent, les restrictions à la concurrence résultant d'un empêchement d'importations parallèles peuvent être réprimées au moyen des dispositions de la LCart. A ce propos, le Tribunal fédéral a constaté que des différences de prix importantes, au moment de la première mise sur le marché, entre l'intérieur du pays et l'étranger alors que les conditions-cadres économiques et juridiques sont comparables, laissent supposer un abus de position dominante au sens de la LCart. Dans le cadre d'une délimitation entre le droit des brevets et le droit de la concurrence, le Tribunal fédéral a donc opté pour un principe de traitement différencié des importations parallèles.

Selon la règle de l'épuisement national, le titulaire d'un brevet pourra, dans un premier temps, s'opposer aux importations parallèles. Le droit des brevets fonctionne ainsi comme une barrière étatique à l'accès au marché. Dans un deuxième temps, il incombera aux importateurs parallèles de saisir la Comco ou le juge civil, afin d'écarter sur la base des dispositions de la loi sur les cartels (art. 5 et 7 LCart) l'interdiction dont les importations parallèles sont frappées.

Cette solution défendue par le Tribunal fédéral est vivement contestée. Pour les autorités de la concurrence, qui n'ont d'ailleurs pas été consultées par le Tribunal fédéral sur cette question, le contrôle d'une interdiction d'importations parallèles par le biais de la LCart est peu efficace et coûteux en moyens administratifs. La plupart des économistes⁵¹ défendent que le meilleur moyen pour lutter contre des restrictions à la concurrence consiste à raviver la concurrence sur les prix par des importations de produits à meilleur prix. Ils proposent ainsi une levée pure et simple des barrières entravant les importations parallèles en appliquant la règle de l'épuisement

⁴⁹ ATF 126 III 129.

⁵⁰ La première mise en circulation, par le titulaire des droits ou avec son consentement, d'un bien protégé par le droit de la propriété intellectuelle a pour effet d'entamer, de consommer ou précisément d'épuiser les droits de protection du titulaire sur cet objet. La question est alors de savoir si l'épuisement des droits, conférés par chaque législation nationale, se limite à la mise en circulation à l'intérieur du pays ou s'étend également à la mise en circulation à l'étranger. Dans le cas de l'épuisement national, le droit de protection ne s'épuise dans le pays qui confère le droit de protection que lorsque la première mise en circulation d'un produit, par le titulaire des droits lui-même (ou avec son consentement), s'effectue dans ce pays (p. ex. la Suisse). En revanche, la mise en circulation sur le territoire d'un autre Etat n'épuise pas les droits du titulaire dans l'Etat qui confère la protection.

⁵¹ Jaeger, in NZZ du 4/5 mars 2000.

international⁵² en droit des brevets, comme c'est le cas en droit d'auteur et en droit des marques. Une solution plus modérée s'inspirant de la décision du Tribunal fédéral consisterait à modifier soit l'art. 8 de la loi sur les brevets, soit l'art. 3, al. 2, LCart, de façon à ce que les importations parallèles de marchandises brevetées soient en principe autorisées, mais qu'exceptionnellement l'importation des dites marchandises puisse être empêchée⁵³. L'industrie pharmaceutique, quant à elle, prône une interdiction stricte des importations parallèles, invoquant la spécificité sectorielle du marché suisse dont les prix sont élevés.

Suite à une intervention de la Commission de l'économie et des redevances (CER), le Conseil fédéral a rédigé un rapport intitulé «Importations parallèles et droit des brevets» paru le 8 mai 2000. Dans ce document, le Gouvernement déconseille une révision de la loi sur les brevets. Il déclare cependant ne pas s'opposer à une modification de l'art. 3, al. 2, LCart, pour autant que le Parlement y voie un besoin de réforme. De plus, il se déclare prêt à investiguer de façon à clarifier la situation dans le domaine de la problématique de l'épuisement. La CER a déposé le 3 juillet 2000 une motion visant l'amendement de l'art. 3, al. 2, LCart et un postulat demandant au Conseil fédéral un rapport détaillé sur la problématique de l'épuisement. La CER a donc pris l'initiative de régler au niveau législatif la question des importations parallèles.

Appréciation de la situation:

- 50 % des experts considèrent la situation juridique en matière d'importations parallèles comme très problématique (40 %) ou problématique (10 %). 50 % la jugent peu (20 %) ou pas problématique (30 %). Cette polarisation des avis, ne permet pas de dégager de tendance. Cette répartition des avis provient du fait que les économistes considèrent majoritairement la question comme plutôt très problématique, alors que les juristes la considèrent majoritairement plutôt comme peu, voire pas problématique.
- 2 experts estiment que le problème exige des réformes. Le besoin de réforme est donc *modéré*. Cette appréciation provient notamment du fait que le problème peut également se résoudre par d'autres moyens que la LCart, par exemple une révision de la législation sur les brevets.
- Cette question fait l'objet d'une motion de la CER demandant l'amendement de l'art. 3, al. 2, LCart et d'un postulat demandant au Conseil fédéral un rapport sur la problématique de l'épuisement.
- Au vu des travaux en cours, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas.
- Si la sous-commission décide de s'intéresser à la question, elle suivra attentivement son traitement dans les travaux de la CER.

⁵² Dans le cas de l'épuisement international, le droit de protection à l'intérieur du pays s'épuise de toute manière, que la première mise en circulation s'effectue à l'intérieur du pays ou à l'étranger.

⁵³ Zäch, Parallelimporte..., 2000, pp. 275 à 284.

3.13

Entraves étatiques à la concurrence

L'art. 3 al. 1 LCart prévoit que les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment:

- a. celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique;
- b. celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux.

Lorsque l'Etat estime que le marché ne parvient pas à accomplir pleinement sa fonction (défaillance du marché), il peut volontairement, par des dispositions de droit public, restreindre la liberté de la concurrence. Dans ces domaines, les règles du droit de la concurrence ne s'appliquent pas. Ainsi, bon nombre de restrictions à la concurrence trouvent leur origine dans des réglementations étatiques et subsistent après l'entrée en vigueur de la LCart. C'est notamment le cas de l'organisation du marché laitier, du régime du marché du fromage et du monopole de La Poste pour la distribution de paquets de moins de 250 grammes. L'art. 3, al. 1, protège également les arrêtés cantonaux et communaux, qui souvent influencent de manière déterminante la concurrence.

Dans cette perspective, la LCart octroie, dans ces art. 45, 46 et 47, à la Comco en tant que gardienne de la concurrence, trois instruments pour promouvoir l'intérêt de la concurrence. Elle a le droit d'adresser des recommandations, des préavis ou des avis aux autorités. Elle peut ainsi participer aux procédures de consultation législatives ou se prononcer contre des réglementations étatiques excessives ou inappropriées. Ces instruments n'ont pas de force contraignante pour les autorités, mais permettent à la Comco de s'engager pour la défense de la concurrence dans le processus de décision politique. Par ces instruments, la Comco et son Secrétariat se sont prononcés en faveur de l'autorisation des importations parallèles de médicaments lors de la discussion de la nouvelle loi sur les produits thérapeutiques. En outre, la Comco a recommandé aux cantons d'autoriser la vente de médicaments par correspondance lorsque certaines normes de sécurité sont remplies. Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt allant dans le même sens⁵⁴. Enfin, dans le domaine des indemnisations des services des pharmaciens et des grossistes, la Comco s'emploie à entériner dans la loi, des dispositions compatibles avec une concurrence non faussée. Toutefois, les appels des autorités de la concurrence en faveur de la concurrence ne sont pas toujours entendus. Par exemple, en 1997, le Conseil fédéral a renoncé à suivre une recommandation de la Comco, selon laquelle Swisscom aurait dû abandonner sa participation à l'entreprise potentiellement concurrente Cablecom. Le récent arrêt du Tribunal fédéral dans le cas Kodak⁵⁵ déclarant illicites les importations parallèles de marchandises protégées par le droit des brevets, représente également un écueil aux efforts de la Comco (cf. point 3.12). Ce manque de prise en compte de la position de la Comco est non seulement imputable au caractère purement consultatif de ses moyens d'intervention, mais souvent aussi à une sensibilisation insuffisante du politique et du public aux thèmes de la concurrence. La Comco tente d'y remédier en prenant de plus en plus fréquemment position dans les médias.

Dans le domaine des réglementations étatiques, la difficulté consiste à préserver le service public où il est nécessaire tout en tenant compte des exigences d'une concurrence efficace. Pour Christian Bovet, le meilleur moyen d'assurer le respect de la

⁵⁴ ATF 125 I 474 du 1^{er} octobre 1999.

⁵⁵ ATF 126 III 129 du 7 décembre 1999.

concurrence consiste à insister sur ses aspects dans les lois elles-mêmes. Cela a été fait par exemple dans la loi sur les télécommunications (LTC)⁵⁶, dans l'ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (OBMV)⁵⁷ et dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)⁵⁸. Cette solution facilite la sensibilisation et la recherche d'un compromis.

Concernant les marchés étatisés, leur ouverture se fait de manière relativement lente en Suisse. Le marché de l'électricité illustre très bien cette situation: tandis que le marché allemand de l'électricité est ouvert depuis le début de l'année 1999, permettant ainsi aux gros clients et aux ménages de profiter déjà de baisses de prix, la nouvelle loi suisse sur l'électricité entrera en vigueur au plus tôt en 2001. De plus, elle ne concernera que les gros clients puisque eux seuls pourront choisir librement leurs fournisseurs d'électricité.

Afin d'accélérer le processus de libéralisation, la Comco mène actuellement des enquêtes contre trois entreprises de distribution d'électricité (Entreprises électriques fribourgeoise, Elektra Baselland, Service intercommunal d'électricité de Renens). Ces enquêtes examinent le refus de laisser passer le courant d'autres offreurs par leur réseau, dans la perspective d'un abus de position dominante. Les autorités de la concurrence sont d'avis que des ouvertures ponctuelles du marché de l'électricité peuvent être obtenues par l'application de la loi sur les cartels. Une ouverture du marché généralisée et normalisée n'est cependant possible qu'au moyen de la loi sur le marché de l'électricité (LME). Les autorités de la concurrence encouragent une entrée en vigueur rapide de la LME, les entreprises suisses souffrant déjà d'un désavantage notoire par rapport à leurs concurrents étrangers qui profitent du bas prix de l'électricité dû à la libéralisation du secteur.

Plus généralement, dans leurs efforts d'instaurer le New Public Management, les entreprises publiques sont souvent amenées à jouer un double rôle. D'une part, elles poursuivent leurs activités d'intérêt public, financées par l'Etat; d'autre part, en

56 Art. 1 LTC :

«¹ La présente loi a pour but d'assurer aux particuliers et aux milieux économiques des services de télécommunication variés, avantageux, de qualité et concurrentiels sur le plan national et international.

² Elle doit en particulier:

- a. garantir qu'un service universel sûr et d'un prix abordable soit fourni à toutes les catégories de la population et dans tout le pays;
- b. assurer que le trafic des télécommunications ne soit pas perturbé et qu'il respecte les droits de la personnalité et les droits immatériels;
- c. permettre une concurrence efficace en matière de services de télécommunication.»

57 Art. 13 OBVM:

«¹ La Commission des banques vérifie notamment si les règlements des bourses soumis à son approbation:

- a. garantissent aux investisseurs transparence et égalité de traitement, et
- b. assurent le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières.

² Avant de prendre une décision, elle peut consulter la Commission de la concurrence.

Celle-ci lui indique si les règlements sont sans incidence sur la concurrence et ne favorisent pas des accords entravant la concurrence.»

58 Art. 46, al. 3, LAMal:

«Ne sont pas admises et donc nulles en particulier les mesures suivantes, qu'elles soient contenues dans une convention tarifaire, dans un contrat séparé ou dans un accord, lorsqu'elles prévoient:

- a. l'interdiction faite aux membres de groupements de conclure des contrats séparés;
- b. l'obligation faite aux membres de groupements d'adhérer aux accords existants;
- c. l'interdiction de concurrence entre les membres
- d. des clauses d'exclusivité et celles qui interdisent tout traitement de faveur.»

accord avec leurs contrats de prestations, elles sont de plus en plus souvent contraintes d'offrir des services commerciaux, entrant ainsi en concurrence avec des entreprises privées. Dans le domaine de la météorologie par exemple, les entreprises privées offrant des prévisions météorologiques se sont trouvées à la fois clientes et concurrentes de l'Institut suisse de météorologie. En pareilles circonstances, le danger de discrimination des entreprises privées augmente. Ce type de problèmes pourrait aussi survenir dans d'autres offices fédéraux ou dans des hautes écoles spécialisées, dans la mesure où elles sont légalement tenues d'offrir des prestations à des tiers. Dans le cas d'entreprises comme la Poste ou les CFF qui sont actives à la fois sur des marchés monopolistiques et des marchés libéralisés, se dessine un autre danger pour la concurrence. En effet, cette dernière est faussée si l'activité économique se déroulant en concurrence avec des privés est subventionnée avec les moyens publics venant du secteur monopolisé. La Comco a reconnu ces problèmes et pris des décisions claires (décision de la Comco du 6 septembre 1999 concernant l'agence météorologique suisse) afin d'empêcher ces abus de position dominante. Actuellement, le comportement des entreprises en cause fait l'objet d'une observation minutieuse des autorités de la concurrence.

Appréciation de la situation:

- 60 % des experts considèrent la question des restrictions étatiques à la concurrence comme très problématique (30 %) ou problématique (30 %). Cet aspect est jugé tendanciellement *problématique*.
- 1 expert estime que le problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est donc *faible*. Cette appréciation est due au fait que pour lutter directement contre les restrictions étatiques à la concurrence, que ce soit au niveau fédéral, cantonal ou communal, il faudrait donner un caractère injonctif aux recommandations de la Comco, ce qui reviendrait à lui conférer quasiment un pouvoir législatif. Dans l'optique de la séparation des pouvoirs, cela ne serait guère envisageable.
- Le projet de révision en cours n'aborde pas le sujet.
- Si la sous-commission souhaite traiter le délicat problème de la position de faiblesse des autorités de la concurrence, un approfondissement du sujet serait utile.
- Selon l'état actuel des recherches et étant donné que le besoin de réforme est considéré comme faible, une intervention dans ce domaine ne paraît pas indispensable.

3.14 **Rapports entre Comco et autorités de réglementation sectorielles**

Après la libéralisation de certains secteurs de l'économie (télécommunications, électricité, postes, voies ferrées), se pose le problème du rapport des autorités de la concurrence avec les autorités de surveillance de ces secteurs.

Dans le domaine des télécommunications libéralisé le 1^{er} janvier 1998, par exemple, la Comco, la Commission de la communication (ComCom) et l'Office fédéral des

communications (OFCOM) sont amenés à interagir régulièrement⁵⁹. La ComCom prend d'importantes décisions sur l'application de la loi sur les télécommunications (LTC), et intervient notamment dans les conflits d'intérêts qui opposent les deux rôles joués par la Confédération dans un marché des télécommunications libéralisé: celui de régulateur et celui d'actionnaire de Swisscom. Ses activités consistent en l'octroi de concessions aux fournisseurs de services de télécommunications, en la prise de décisions sur les conditions de l'interconnexion des réseaux de divers fournisseurs (en cas de divergence), en l'approbation des plans nationaux des fréquences et des numérotations, de la réglementation de la portabilité des numéros, des modalités de l'accès des consommateurs aux réseaux des divers fournisseurs de services et, enfin, en la surveillance de mesures prises à l'égard de fournisseurs de services de télécommunication. Concrètement, ses tâches entrent donc dans le jeu de la concurrence et se recoupent avec celles de la Comco.

Selon la loi, la Comco peut être consultée par l'Office fédéral de la communication (OFCOM) qui prépare les dossiers de la ComCom, lui soumet des propositions et exécute ses décisions. Cet office consulte la Comco pour les problèmes concernant la domination du marché (art. 11, al. 3, LTC et art. 8 du règlement interne de la ComCom). Lorsque la Comco est consultée, elle prend position dans un délai de quatre semaines (art. 45 de l'ordonnance sur les services de télécommunication). De leur côté, la ComCom et son Secrétariat peuvent transmettre à la Comco et à son Secrétariat les informations dont ils ont besoin pour accomplir leurs tâches (art. 18 du règlement interne de la ComCom).

La Comco et l'OFCOM sont en contact pour l'élaboration de textes de loi. Ainsi, dans la phase préparatoire de la LTC déjà, l'OFCOM avait donné à la Comco l'occasion de prendre position. Par ailleurs, lors de la phase transitoire entre la situation de monopole et le marché libéralisé, diverses plaintes ont été déposées contre Swisscom, et diverses fusions d'entreprises dans le domaine des télécommunications ont été examinées. A chaque fois, la Comco a consulté la ComCom. A l'inverse, la ComCom a demandé à la Comco de se prononcer sur la question de la domination du marché, en relation avec des procédures d'interconnexions.

De l'avis des membres de la Comco, la frontière entre ses compétences et celles des autorités de surveillance des secteurs libéralisés est bien définie. La Comco et son Secrétariat entretiennent des contacts réguliers avec la ComCom mais aussi avec la Commission d'arbitrage dans le domaine des chemins de fer, par exemple, en vue d'échanger des informations. Des rencontres sont organisées pour discuter d'éventuels problèmes qui pourraient se poser dans le futur. Quant aux questions ouvertes, elles se règlent au cas par cas. Christian Bovet, membre de la ComCom, estime que la collaboration entre la Comco et la ComCom est tout à fait satisfaisante et qu'il n'y a pas de problème à ce niveau.

Pourtant, Franz Hoffet estime que les rapports de la Comco avec les autorités de réglementation sectorielles peuvent être définis comme problématiques. Il fait remarquer qu'une limitation claire des compétences n'est pas possible si la Comco doit intervenir dans les domaines réglementés, ce qui à son avis est nécessaire. Les difficultés sont moins matérielles que procédurales et les problèmes se situent plutôt du côté des autorités de réglementations sectorielles que de la Comco. Il cite en

⁵⁹ La question avait d'ailleurs été abordée par la sous-commission DFE / DFF (anciennement Section économie) de la CdG-N lors de la visite d'office effectuée auprès de la Comco du 24 mars 1998. Cf. PV de la séance.

exemple la pratique de l'Office fédéral de la communication concernant l'autorisation de modifications économiques de concessions dans le domaine de l'utilisation de la LTC. Pour lui, il s'agit d'une procédure parallèle de contrôle des fusions. Du moins, les questions posées sont similaires à celles de la procédure de contrôle des fusions.

Appréciation de la situation:

- 60 % des experts considèrent la question du rapport des autorités de la concurrence et des autorités de réglementation sectorielle comme très problématique (20 %) ou problématique (40 %). Cet aspect est jugé tendanciellement *problématique*.
- 1 expert estime que le problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est donc *faible*. Cette appréciation est probablement due au fait que les problèmes nécessitant éventuellement des réformes se situent du côté des autorités sectorielles et non pas dans le domaine réglé par la LCart.
- Le projet de révision n'aborde pas le sujet.
- Si la sous-commission souhaite aborder la question des activités des autorités de réglementation sectorielle, un approfondissement du sujet serait utile.
- Selon l'état actuel des recherches et étant donné que le besoin de réforme est considéré comme faible, une intervention dans ce domaine n'est pas indispensable.

3.15 **Qualité pour agir en procédure civile**

Les art. 12 à 17 LCart traitent de la procédure civile⁶⁰. Selon l'art. 12 LCart, la qualité pour agir en procédure civile est réservée à la personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou dans l'exercice de celle-ci ou à 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. Walter A. Stoffel⁶¹ conclut des premières expériences des tribunaux civils, qu'ont qualité pour agir les entreprises de même niveau économique qui, en tant que potentielles participantes au cartel, ont été touchées ainsi que les entreprises qui sont gênées dans leur activité sur d'autres marchés. Le consommateur n'a pas qualité pour agir, seul un concurrent peut être empêché d'accéder à la concurrence ou de l'exercer⁶².

Contrairement à l'ancienne loi sur les cartels qui conférait expressément un droit de recours aux associations (art. 8, al. 2, aLCart), la LCart est muette sur cette question. En revanche, la loi prévoit que les associations économiques peuvent participer comme tiers à l'enquête administrative (art. 43, al. 1).

⁶⁰ Concernant la procédure civile, l'OPCA a estimé judicieux de se concentrer sur les deux points les plus souvent cités par les experts et revenant le plus souvent dans la littérature. Dans notre questionnaire, seul un expert considère comme problématique le fait que d'autres questions restent ouvertes.

⁶¹ Stoffel, in Meir-Schatz, 1998, pp. 75 à 115.

⁶² Nordmann-Zimmermann, 1996, pp. 107 à 119.

Selon la doctrine, des droits procéduraux ayant été accordés expressément et dans une large mesure aux associations professionnelles et économiques dans la procédure administrative, il s'est avéré superflu de prévoir une légitimation active de ces dernières dans la procédure civile⁶³. Le fait que la procédure soit limitée à deux parties (les tiers étant exclus) se justifie parce que la légitimation active en procédure administrative a été élargie⁶⁴. Il s'agit de souligner que le fait que la qualité pour agir des organisations et associations sur le plan civil ait été remplacée par une participation de ces organisations et associations à la procédure d'enquête en droit administratif présente l'avantage que cette dernière est gratuite⁶⁵. Selon Hoffet, la loi sur les cartels n'a pas pour objectif de favoriser des groupes économiques ou sociaux, mais a pour but de promouvoir la concurrence en tant que principe et dans ce sens, le droit d'agir des associations en procédure civile n'est pas nécessaire.

Cela a été confirmé par la jurisprudence. Une décision de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 18 décembre 1998⁶⁶ a conclu que les associations n'ont pas qualité pour agir et a débouté l'Association des médecins du canton de Genève des fins de sa demande dans le conflit qui l'opposait à la Fédération genevoise des Assureurs-maladie et aux Hôpitaux universitaires de Genève.

Certains experts comme Christian Bovet, remarquent toutefois que le travail des associations de consommateurs peut être positif dans ce domaine. D'ailleurs l'avant-projet conférerait le droit d'agir aux associations de consommateurs. En effet, les consommateurs sont concernés en premier lieu par les conséquences des entraves à la concurrence, puisqu'ils sont amenés à payer des prix trop élevés. Du point de vue démocratique, il pourrait être souhaitable que les associations professionnelles et économiques aient une influence sur des décisions de justice dans un domaine aussi important que la concurrence. D'autre part, le savoir et les observations des organisations de consommateurs pourraient être utiles aux tribunaux civils.

Appréciation de la situation:

- 60 % des experts considèrent la question de l'impossibilité d'agir en justice pour les associations, notamment les associations de consommateurs, comme peu problématique (40 %) ou pas problématique (20 %). La question est donc jugée tendanciellement *peu problématique*.
- Aucun expert n'estime que le problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est *négligeable*.
- Le projet de révision en cours ne prévoit pas de modification sur ce point.
- De l'avis de l'OPCA, vu les résultats du sondage, un approfondissement ne s'impose pas.
- Etant donné la faible acuité du problème et surtout le besoin de réforme négligeable qu'il engendre, une intervention dans ce domaine ne s'impose pas.

⁶³ Walter, in AJP/PJA 7/96, p. 893.

⁶⁴ Brechtbühl, in Recht 1996, pp. 89 à 93.

⁶⁵ Nordmann-Zimmermann, pp. 107 à 119.

⁶⁶ ACJC/1432/1998.

L'existence d'une entente restrictive à la concurrence ou d'un engagement qui résulte d'un abus de position dominante a des répercussions sur le droit civil. La plus importante est la nullité de l'entente illicite. Un contrat dont le contenu est contraire aux dispositions de la LCart est illicite au sens de l'art. 20 CO. Cette illicéité entraîne la nullité. Un accord restrictif à la concurrence est dès lors entièrement ou partiellement nul. La loi ne le prévoyant pas, la question qui se pose est de savoir si cette nullité a un effet rétroactif (ex-tunc) ou si elle ne s'applique qu'à partir de la décision d'illicéité (ex-nunc).

Le message dit clairement: «En raison de l'inscription du principe de l'abus dans la constitution, une restriction à la concurrence n'est illicite, avec la nullité qui s'ensuit, que lorsque son illicéité a été constatée dans une décision passée en force. Le principe de l'abus n'admet que la nullité ex-nunc. Cela vaut aussi pour les présumptions de l'art. 5, al. 3, du projet»⁶⁷.

Mais la doctrine est partagée. Felix W. Egli⁶⁸ estime que la décision d'illicéité n'entre en vigueur que lorsqu'elle passe en force de chose jugée et cela sans effet rétroactif. L'accord reste donc civilement valable et les parties n'encourent pas de sanctions administratives pour la période antérieure à l'entrée en force de la décision d'illicéité. Il souligne que la LCart n'interdit pas les cartels mais sanctionne les atteintes à la concurrence qui sont illicites. Or, à son avis, ce n'est que lorsqu'une loi interdit les cartels que les ententes cartellaires interdites peuvent être déclarées nulles. Regula Walter⁶⁹ est d'avis que la nullité d'un accord n'existe qu'à partir de la décision. Elle s'appuie sur l'idée que la notion de nullité prévue à l'art. 20 CO et à l'art. 13 LCart est flexible. Carl Baudenbacher⁷⁰ envisage les choses différemment selon le type de cartel. La nullité ex-tunc doit s'appliquer aux cartels durs. Pour les accords verticaux et les cartels souples, en revanche, il exclut l'application d'une telle nullité en raison de la protection garantie par la loi aux personnes de bonne foi. Selon Marino Baldi⁷¹, la clause qui restreint la concurrence est nulle ex-tunc et les demandes de dommages et intérêts doivent être calculées à partir de la nullité du contrat. Walter A. Stoffel⁷² et Roger Zäch⁷³ sont d'avis que l'accord est nul dès le début, conformément au système de sanctions prévu à l'art. 20 CO car si un comportement illicite n'était pas considéré comme nul ex tunc, les parties seraient autorisées à respecter un contrat contraire à la loi.

Christian Bovet fait remarquer que si l'on favorise le système des sanctions directes, on devrait affirmer clairement la nullité absolue de ce type d'accords dans la loi. Il serait choquant que de tels accords restent valables jusqu'à une décision finale et qu'en même temps on puisse infliger une sanction directe qui porterait sur les faits passés. Les deux choses devraient être liées. Christian Bovet est en faveur d'une nullité absolue sans subtilité mais il remarque qu'une distinction pourrait être faite parmi les cartels souples, entre les situations qui ont fait l'objet d'une communication de la Comco sur la base de l'art. 6 LCart et les autres. Le système de sanctions

⁶⁷ Message, p. 79.

⁶⁸ Egli, in NZZ 27.04.1996, p. 23.

⁶⁹ Walter, in AJP 7/96, p. 893.

⁷⁰ Baudenbacher, in AJP 7/96, p. 826.

⁷¹ Baldi, in Zäch, 1996, p. 3.

⁷² Stoffel, in SZW Sondernummer 1996, pp. 7 à 21.

⁷³ Zäch, 1999, pp. 291 à 333.

et de nullité absolue pourrait s'appliquer aux domaines qui ont fait l'objet d'une communication, c'est à dire aux cas de violations de dispositions claires par un cartel souple. En revanche, dans les domaines où il n'y a pas eu de communication, on pourrait se demander jusqu'où il faut aller dans la nullité absolue car celui qui viole la loi sans vraiment le savoir devrait pouvoir bénéficier du bénéfice du doute.

De plus, Christian Bovet souligne qu'en droit suisse, une modification dans le sens de la nullité absolue permettrait de rendre la loi euro-compatible. En effet, l'art. 81, al. 2, Traité EU prend la précaution de préciser la conséquence de la nullité. Il énonce que: «les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit».

Le Tribunal fédéral n'a pas encore pris position sur ce point discuté en doctrine, mais Franz Hoffet estime que du point de vue de la pratique, ce n'est pas un véritable problème. En droit des cartels, il faut prendre en considération qu'il y a pour les entrepreneurs parties à la conclusion du contrat, un véritable risque que ce contrat soit déclaré illicite et nul au cours de son application. Les bases micro-économiques de la conclusion du contrat prennent toujours toute la durée du contrat en considération. Rien que le risque qu'un contrat doive être prématurément remis en cause parce qu'il ne correspond pas au droit de la concurrence suffit comme motivation pour que les entreprises ne concluent que des contrats qui correspondent au droit de la concurrence. De plus, on ne peut pas rétablir la situation des parties telle qu'elle serait si le contrat n'avait pas été conclu. La nullité ex-tunc n'est pas un argument de plus pour faire respecter le droit de la concurrence. La nullité ex-nunc a un avantage par rapport à la nullité ex-tunc, c'est que la procédure gratuite peut être économisée car les conséquences juridiques basées sur le contrat illicite sont valables au moins pour le temps de leur application. Ce système est plus économique que celui utilisé en droit européen.

Appréciation de la situation:

- 60 % des experts considèrent la question de la rétroactivité des engagements liés à des restrictions de la concurrence comme peu (50 %) ou pas problématique (10). Cet aspect est tendanciellement jugé *peu problématique*.
- 1 expert estime que le problème exige une réforme. Le besoin de révision législative est *faible*.
- Le projet de révision en cours ne porte pas sur la rétroactivité de la nullité des engagements. Ce point n'a pas encore été tranché par une décision du Tribunal fédéral.
- Si la sous-commission souhaite régler la question au niveau législatif, un approfondissement pourrait être utile.
- Selon l'état actuel des recherches et étant donné la faible acuité du problème ainsi que le faible besoin de réforme qu'il implique, une intervention dans ce domaine ne paraît pas indispensable.

La LCart règle l'entraide administrative entre les services de la Confédération et ceux des cantons et les autorités de la concurrence (art. 41 LCart), mais ne prévoit pas d'entraide juridique internationale ou de mécanismes de consultation ou d'échange d'informations dans le domaine de la concurrence avec les autorités de la concurrence étrangères. Pourtant, face à la globalisation de l'économie, l'échange d'informations entre les autorités de la concurrence suisses et étrangères devient une nécessité. Il s'agirait également d'éviter le travail en double et les décisions contradictoires. Les art. 58 et 59 LCart concernent l'exécution d'accords internationaux. Ils visent à éliminer les restrictions à la concurrence dont l'origine est en Suisse mais qui s'exercent à l'étranger. L'élimination de ces restrictions ne peut se faire qu'à deux conditions: les effets doivent être incompatibles avec des dispositions de droit de la concurrence figurant dans des traités internationaux et l'on doit s'attendre à ce qu'une partie à l'accord prenne des mesures à l'encontre de la Suisse.

En outre, la Suisse n'a passé à ce jour, aucun accord international d'assistance administrative ou de coopération juridique en matière de concurrence. Les contacts avec les autorités de la concurrence étrangères sont de nature purement informelle. Ces contacts sont liés à la participation à des manifestations internationales. Des rencontres ont lieu régulièrement lors de séances du Comité de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et de conférences internationales. D'autre part, les collaborateurs du Secrétariat de la Comco ont la possibilité d'effectuer des stages auprès des autorités européennes de la concurrence. Tous ces contacts favorisent l'échange rapide et informel d'informations concernant le droit de la concurrence et la pratique.

En cas de concentrations internationales d'entreprises tenues de notifier aussi à l'étranger, la question se pose de l'échange d'informations entre les autorités de la concurrence des divers Etats impliqués. Dans la pratique, les entreprises parties à la fusion donnent leur consentement exprès aux autorités de la concurrence suisse et étrangères pour l'échange d'information. Franz Hoffet en conclut que le manque de bases légales pour une aide administrative internationale n'est pas un véritable problème.

Toutefois, sans ce consentement et en l'absence de base juridique, les autorités suisses de la concurrence n'ont pas le pouvoir d'échanger des informations avec les autorités de la concurrence étrangères.

Christian Bovet estime qu'il faudrait mettre un cadre à cette collaboration informelle. Selon lui, les dispositions des art. 58 et 59 LCart sont relativement faibles et l'on pourrait les améliorer pour que la Suisse ne serve pas de base à des cartels qui ont des effets à l'étranger et pour lui permettre de travailler dans un monde global. Il propose de s'inspirer du système existant dans le cadre de la réglementation bancaire et boursière. La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne⁷⁴ et la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières⁷⁵ donnent la possibilité à la Commission fédérale des banques de décider d'accorder ou non son entraide. Il n'y a pas de conditions de réciprocité dans la loi. La Commission fédérale des banques a le droit d'accorder l'entraide, mais n'a pas le devoir vis-à-vis d'Etats étrangers de la faire.

⁷⁴ Art. 23^{sexies} de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne.

⁷⁵ Art. 38 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières.

Appréciation de la situation:

- 60 % des experts considèrent la question de l’entraide administrative internationale en droit des cartels comme peu (30 %) ou pas problématique (30%). Cette question est jugée tendanciellement *peu problématique*.
- 1 expert estime que le problème exige des réformes. Le besoin de révision législative est *faible*. L’entraide administrative internationale en matière de droit des cartels fonctionne actuellement sur des bases informelles.
- Le projet de révision en cours ne porte pas sur l’entraide administrative internationale.
- Si la sous-commission souhaite normaliser la pratique dans ce domaine, un approfondissement pourrait être utile.
- Selon l’état actuel des recherches et étant donné la faible acuité du problème ainsi que le faible besoin de réforme qu’il implique, une intervention dans ce domaine ne paraît pas indispensable.

4 Synthèse

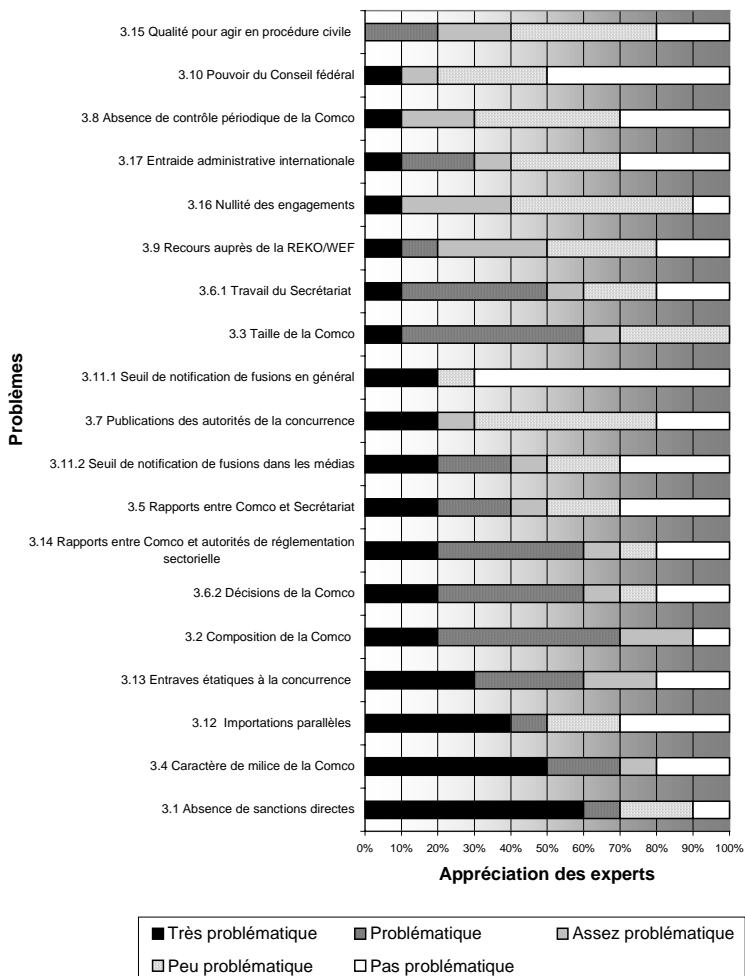
Dans le chapitre précédent, nous avons exposé les problèmes principaux de la mise en œuvre de la LCart et donné pour chacun d’eux une appréciation de la situation se basant notamment sur le sondage effectué auprès de 10 experts⁷⁶. Nous proposons dans le présent chapitre les résultats du sondage sous forme de représentations synoptiques et, en guise de conclusion, une synthèse des résultats de notre recherche.

4.1 Représentations graphiques

Les deux graphiques, basés sur notre enquête menée auprès des 10 experts indépendants, permettent de comparer les problèmes selon leur acuité ou selon le besoin de réforme qu’ils impliquent. Pour chaque problème, nous indiquons également à quelle section du chap. 3 il est décrit. Un tableau récapitulatif résume pour chaque problème les résultats de notre enquête, indique s’il est compris dans la révision de LCart actuellement en cours et s’il fait déjà l’objet d’une étude approfondie. Ainsi, sont condensées toutes les informations sur la base desquelles la sous-commission pourra décider de la suite à donner aux problèmes.

⁷⁶ Cf. section 2.1.

Acuité des problèmes



Besoin de réformes

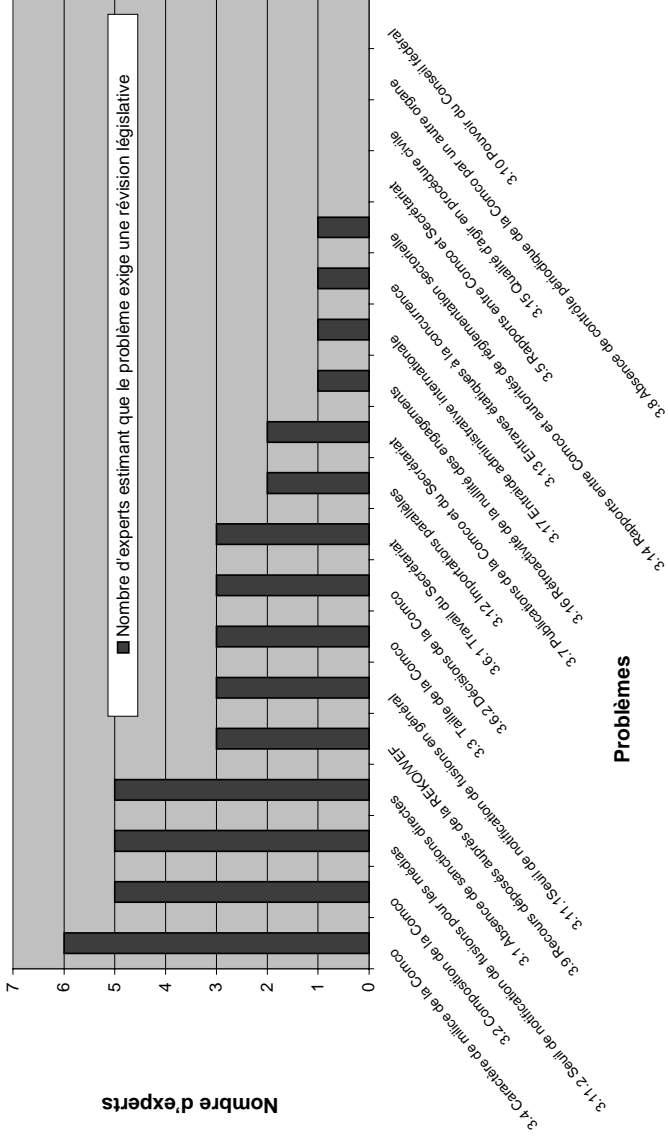


Tableau récapitulatif

Problème	3.1 Absence de sanctions directes	3.4 Caractère de milice de la Comco	3.2 Composition de la Comco	3.1.1.2 Seuil de notification des fusions pour les médias	3.3 Taille de la Comco	3.12 Importations parallèles	3.6.1 Travail du Secrétariat
Acuité	très problématique	très problématique	problématique	indéterminée	problématique	indéterminée	problématique
Besoin de révision	très fort	très fort	très fort	très fort	assez fort	modéré	assez fort
Révision en cours	oui	partiellement	oui	oui	oui	motion (CER)	non
Etude du DFE	non	non	non	non	non	oui, postulat (CER)	oui
Problème	3.6.2 Décisions de la Comco	3.9 Recours déposés auprès de la RE-KO/WEF	3.13 Entraves ératiques à la concurrence	3.14 Rapports entre Comco et autorités de règlement. sect.	3.1.1.1 Seuil de notification des fusions en général	3.7 Publications des autorités de la concurrence	3.16 Nullité des engagements
Acuité	problématique	peu problématique	problématique	problématique	peu problématique	peu problématique	peu problématique
Besoin de révision	assez fort	assez fort	faible	faible	assez fort	modéré	faible
Révision en cours	indirectement	indirectement	non	non	partiellement	indirectement	non
Etude du DFE	oui	oui	non	non	non	non	non
Problème	3.17 Entraide administrative internationale	3.10 Pouvoir du Conseil fédéral	3.8 Absence de contrôle périodique de la Comco	3.15 Qualité pour agir en procédure civile	3.5 Rapport entre Comco et Secrétariat		
Acuité	peu problématique	peu problématique	peu problématique	peu problématique	indéterminée		
Besoin de révision	faible	négligeable	négligeable	négligeable	négligeable		
Révision en cours	non	non	non	non	indirectement		
Etude du DFE	non	non	non	non	non		

4.2 Interprétation des graphiques

4.2.1 En général

Les deux points «absence de sanctions directes» et «caractère de milice de la Comco» jugés les plus problématiques («très problématiques» dans notre échelle) ont également le besoin de réforme législative le plus fort («très fort» dans notre échelle). La concordance entre les résultats des deux questions de notre sondage ne va pas plus loin. En effet, les six points jugés «problématiques» ont un besoin de réforme considéré comme allant de «très fort» à «faible». Les huit points jugés peu problématiques ont un besoin de réforme considéré comme allant de «assez fort» à «négligeable». Les trois points dont l'acuité est indéterminée ont un besoin de réforme «très fort», «modéré» ou «négligeable». Ces résultats confirment notre hypothèse selon laquelle l'acuité du problème ne détermine pas forcément l'intensité du besoin de réforme qu'il implique. Ceci est notamment dû au fait que les différents aspects ne sont pas indépendants les uns des autres⁷⁷.

En revanche, si l'on compare le besoin de réforme de chaque problème avec la révision de la LCart actuellement en cours, la correspondance est significative: *les problèmes dont le besoin de réforme a été ressenti comme «très fort» sont tous abordés par l'avant-projet du Conseil fédéral pour la révision de la LCart.*

4.2.2 Les problèmes traités dans la révision législative

Les problèmes «absence de sanctions directes», «Caractère de milice de la Comco», «composition de la Comco» et «seuil de notification des fusions dans les médias» considérés comme «très problématiques» ou «problématiques» et comme nécessitant «très fortement» des réformes législatives, sont tous traités dans l'avant-projet de révision de la LCart du Conseil fédéral. La question de la «taille de la Comco» dont le besoin de réforme est jugé «assez fort» est également incluse dans l'avant-projet du Conseil fédéral.

- La situation dans ces domaines étant claire, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas.
- Si la sous-commission souhaite que ces questions soient traitées dans le cadre de la révision de la LCart actuellement en cours, elle veillera à ce qu'elles soient maintenues dans le projet et, pour la question du caractère de milice, elle vérifiera que le Conseil fédéral augmente le taux d'engagement des membres de la Comco.

4.2.3 Problème traité par la CER

«Les importations parallèles», dont l'acuité du problème est indéterminée et dont le besoin de révision est jugé modéré, font l'objet d'une motion de la CER demandant l'amendement de l'art. 3, al. 2, LCart et d'un postulat demandant au Conseil fédéral un rapport sur la problématique de l'épuisement.

⁷⁷ Cf. section 2.1, p. 14.

- Au vu des travaux en cours, un approfondissement de la recherche ne s'impose pas.
- Si la sous-commission décide de s'intéresser à la question, elle suivra attentivement son traitement dans les travaux de la CER.

4.2.4 Problèmes faisant l'objet d'études approfondies.

Les points «*travail du Secrétariat*» et «*décisions de la Comco*» sont considérés comme «problématiques» et comme exigeant «assez fortement» des réformes. «Le travail du Secrétariat» a fait l'objet d'une étude approfondie du Professeur Christian von Weizsäcker, qui a également examiné la justification économique des décisions de la Comco. Christian von Weizsäcker est d'avis que les compétences économiques et le travail du Secrétariat sont bons et comparables voire meilleurs que le standard international. En outre, il ne décèle pas de fautes importantes dans les décisions de la Comco. Les réformes structurelles de la Comco prévues par l'avant-projet (réduction du nombre de membres, éviction des représentants de groupes d'intérêts et augmentation du taux d'occupation des membres) amélioreront probablement les décisions de la Comco. Le problème est donc indirectement traité par la révision en cours.

La question des «*recours déposés auprès de la REKO/WEF*» contre les décisions de la Comco est jugée «peu problématique», mais considérée comme exigeant «assez fortement» des réformes. L'avis de droit du professeur Yvo Hangartner examine le problème. Il estime que, malgré certaines erreurs de procédures commises par les autorités de la concurrence, l'éclaircissement de certains points par la juridiction administrative est un processus normal. Il ne constate donc pas de besoin de réforme. A noter que les réformes structurelles de la Comco pourraient également avoir une certaine influence bénéfique sur le respect de la procédure.

Les rapports von Weizsäcker et Hangartner semblent s'opposer à l'avis des experts sondés. Un nouvel approfondissement du problème reviendrait cependant à faire une contre-expertise, c'est pourquoi l'OPCA s'en tient aux résultats de ces études.

Les questions ont été examinées par les rapports von Weizsäcker et Hangartner, un approfondissement de la recherche ne s'impose donc pas.

- Compte tenu des révisions en cours et des conclusions des rapports von Weizsäcker et Hangartner, une intervention dans ces domaines ne semble pas nécessaire.

4.2.5 Questions problématiques avec besoin de réforme faible

Les questions «*entraves étatiques à la concurrence*» et «*rapports entre Comco et autorités de réglementation sectorielle*» sont jugées «problématiques» mais leur besoin de révision législative est considéré comme «faible». Pour les entraves étatiques à la concurrence, cette appréciation est due au fait que la position de faiblesse de la Comco ne peut être améliorée qu'en lui conférant plus de pouvoir par rapport aux lois communales, cantonales ou fédérales entravant la concurrence. Mais ceci reviendrait à lui donner un certain pouvoir législatif et dans l'optique de la sépara-

tion des pouvoirs ce ne serait guère envisageable. Le faible besoin de révision de la question des «autorités de réglementation sectorielle» peut s'attribuer au fait que le problème se situe plutôt du côté de ces dernières, donc en dehors du cadre de la LCart.

- Si la sous-commission souhaite traiter le difficile problème de la position de faiblesse des autorités de la concurrence ou aborder les activités des autorités de réglementation sectorielle, un approfondissement des sujets serait utile.
- Selon l'état actuel des recherches et étant donné que le besoin de réforme est considéré comme faible, une intervention dans ces domaines ne paraît pas indispensable.

4.2.6 Questions peu problématiques avec besoin de réforme assez fort

Le «*seuil de notification des fusions en général*» et les «*publications des autorités de la concurrence*» sont jugés «peu problématique», leur besoin de réforme est considéré comme «assez fort». La question de la hauteur du «seuil de notification de fusion en général» est traitée en partie par l'avant-projet de la révision de la LCart. En effet, le seuil pour les fusions dans le domaine des médias y a été supprimé. Il serait possible d'élever le seuil en général par un arrêté de portée générale. Les publications des autorités de la concurrence sont critiquées parce que perçues comme incomplètes et peu convaincantes du point de vue de l'argumentation économique. Les réformes structurelles pourraient dans une certaine mesure avoir une influence bénéfique sur le contenu des publications.

- Selon l'importance que la sous-commission accorde à ces questions et si elle considère qu'elles ne sont pas suffisamment prises en considération dans l'avant-projet, un approfondissement pourrait être opportun.
- Selon l'état actuel des recherches et étant donné la faible acuité de ces problèmes, une intervention dans ce domaine ne semble pas nécessaire.

4.2.7 Questions peu problématiques avec besoin de réforme faible

Les questions «*rétroactivité de la nullité des engagements*» et «*entraide administrative internationale*» sont considérées comme «peu problématiques» et leur besoin de réforme est jugé «faible». Le point de droit concernant la rétroactivité de la nullité des engagements ne fait pas l'objet de disposition législative et n'a pas encore été tranché par le Tribunal fédéral. L'entraide administrative internationale en matière de droit des cartels fonctionne actuellement sur des bases informelles.

- Si la sous-commission souhaite normaliser la pratique ou régler la question au niveau législatif, un approfondissement pourrait être utile.
- Selon l'état actuel des recherches et étant donné la faible acuité des problèmes ainsi que le faible besoin de réforme qu'ils impliquent, une intervention dans ces domaines ne paraît pas indispensable.

4.2.8

Questions peu problématiques avec besoin de réforme négligeable

Les questions «*pouvoir du Conseil fédéral*», «*Absence de contrôle périodique de la Comco*», «*qualité pour agir en procédure civile*» sont considérées comme «peu problématiques» et leur besoin de réforme est jugé «négligeable». L'acuité du problème de la «*relation entre Comco et Secrétariat*» ne peut pas être déterminée, mais son besoin de réforme est jugé «négligeable». D'ailleurs, les mesures de professionnalisation de la Comco, prévues dans l'avant-projet, auraient certainement un effet bénéfique sur son interaction avec le Secrétariat.

- Vu les résultats du sondage, un approfondissement ne s'impose pas.
- Etant donné la faible acuité des problèmes et surtout le besoin de réforme négligeable qu'ils engendrent, une intervention dans ces domaines ne s'impose pas.

4.3

Conclusion

Les problèmes les plus importants, dont l'acuité et le besoin de réforme ont été jugés élevés, sont traités par l'avant-projet de révision de la LCart. Si la sous-commission considère ces réformes comme suffisantes, elle pourra vérifier qu'elles seront maintenues dans le projet durant tout le processus de révision. Les problèmes de secondes importances, ne sont pas ou que partiellement traités dans la révision, mais ont fait l'objet d'études approfondies qui ne concluent pas à l'existence de problèmes essentiels. Ainsi, un approfondissement de la recherche dans ces domaines et une éventuelle intervention de la sous-commission ne paraissent pas s'imposer.

Les problèmes de moindre importance ne sont pas ou que partiellement touchés par la révision. Leur acuité et leur besoin de réforme sont cependant nettement moindres. Selon l'intérêt que leur accorde la sous-commission, ces problèmes⁷⁸ relativement peu importants, pourraient faire l'objet d'un approfondissement de l'OPCA et, par la suite, éventuellement d'une intervention de la sous-commission dans le processus de révision. Ces questions sont les suivantes:

- 3.13 Les entraves étatiques à la concurrence (en particulier la position de faiblesse de la Comco).
- 3.14 Les rapports entre la Comco et les autorités de réglementation sectorielle (en particulier les activités de ces dernières en matière de concurrence).
- 3.11.1 Le seuil de notification des fusions en général.
- 3.7 Les publications des autorités de la concurrence.
- 3.16 La rétroactivité de la nullité des engagements.
- 3.17 L'entraide administrative internationale.

⁷⁸ Il s'agirait des questions jugées : problématiques avec besoin de réforme faible, peu problématiques avec besoin de réforme assez fort et peu problématiques avec besoin de réforme faible.

Liste des abréviations

ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CdG	Commission de gestion
CER	Commission de l'économie et des redevances
CFB	Commission fédérale des banques
CFPG	Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi
Comco	Commission de la concurrence
ComCom	Commission de la communication
DFE	Département fédéral de l'économie
DFF	Département fédéral des finances
FF	Feuille fédérale
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LME	Loi sur le marché de l'électricité
LTC	Loi fédérale sur les télécommunications. (RS 784.10)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières. (RS 954.11)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OFCOM	Office fédéral de la communication
OPCA	Organe parlementaire de contrôle de l'administration
REKO/WEF	Commission de recours pour les questions de concurrence
RS	Recueil systématique
UE	Union européenne

Bibliographie

Matériel administratif

BO 1995 N p. 1057

BO 1995 E p. 845

Documentation interne des autorités de la concurrence concernant les besoins de réforme de la LCart

Droit et politique de la concurrence, publications des autorités suisses de la concurrence

Importations parallèles et droit des brevets, Rapport du Conseil fédéral du 8 mai 2000 en réponse à la question de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER) du 24 janvier 2000

Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart), du 23 novembre 1994, tiré à part EDMZ n° 94.100, (FF 1995 I 474)

Oekonomische Sachkompetenz im Sekretariat der WEKO, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements, Christian von Weizsäcker, 10. Juli 2000

Politique de la concurrence en Suisse (1996–1998), Evaluation et perspectives d'évolution, Rapport présenté à la Commission fédérale des questions conjoncturelles par Damien Neven, janvier 1999

Rapport annuel 1999 de la Commission de la concurrence

Rechtsgutachten zuhanden des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements betreffend die Verfügungen der Wettbewerbskommission, Yvo Hangartner, 12. Juli 2000

Révision de la loi sur les cartels, Rapport explicatif du Conseil fédéral, 18 septembre 2000

Littérature spécialisée

Amstutz Marc, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen – Thesen zur Deregulierungsfunktion des Kartellrechts, in: *AJP* 1996, 883 ff.

Baldi Marino, Les fondements de la nouvelle loi sur les cartels, in: *SZW Sondernummer* 1996, 3 ff.

Baldi Marino, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, 3 ff.

Baudenbacher Carl, Vertikalbeschränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: *AJP* 1996, 826 ff.

Borer Jürg, Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2000, 35 ff.

Borer Jürg, Erste Erfahrungen im Bereich der Fusionskontrolle, in: Christian J. Meier-Schatz, *Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis*, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 153 ff.

Borer Jürg, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1998.

Borer Jürg, Kooperationen und strategische Allianzen, in: *AJP* 1996, 876 ff.

Borer Jürg, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 217 ff.

Borer Jürg, Unternehmenszusammenschlüsse, Art. 9 à 11 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, 71 ff.

Borghi Marco, La legislazione sulla concorrenza: uno strumento per la democrazia?, in: *La nuova legge sui cartelli*, CFPG 22, Lugano 1999, 9 ff.

Bovet Christian, Le provisoire en droit des cartels, Mesures provisionnelles de droit administratif et réalisation provisoire des concentrations, in: *La nuova legge sui cartelli*, CFPG 22, Lugano 1999, 123 ff.

Bovet Christian, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, in: Christian Bovet (éd.), *Journée du droit de la concurrence 1998, Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises*, Zürich 1999, 61 ff.

Brechbühl Beat, *Das neue Kartellgesetz – ein Überblick*, in: *recht* 1996, 89 ff.

Brechbühl Beat, Fusionskontrolle: Innovationsmarkt-Analyse und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, in: *SZW* 1998, 173 ff.

Brechbühl Beat/Djalali Jasmin, Die zivilrechtlichen Folgen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede, in: *SZW* 1997, 102 ff.

Brunner Alexander, *Konsumentenkartellrecht*, in: *AJP* 1996, 931 ff.

Caimi Carlo Luigi, Disposizioni di procedura civile, in: *La nuova legge sui cartelli*, CFPG 22, Lugano 1999, 149 ff.

Dähler Rolf, La Commission de la concurrence et son Secrétariat, Structures et tâches des autorités suisses de concurrence, in: *La vie économique-Revue de droit économique* 9/2000, pp. 10 à 14.

Dähler Rolf, *Die Fusionskontrolle*, in: *SZW Sondernummer* 1996, 25 ff.

- Dähler Rolf, Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 26 à 31 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 121 ff.
- Dasser Felix, Neue Tendenzen im Internationalen Kartellprivatrecht der Schweiz, in: AJP 1996, 950 ff.
- David Eugen, Zur Einführung: Das neue Kartellgesetz im politischen Kontext, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 1 ff.
- Desaules Joel, Libéralisation des télécommunications: Le point de vue des consommateurs in: Bovet Christian (éd.), Journée du droit de la concurrence 19998: Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 53 ff.
- Deiss Joseph, Evaluation économique de la nouvelle loi, in: SZW Sondernummer 1996, 32 ff.
- Dietrich Marcel, Unternehmenszusammenschlüsse – Formelles Fusionskontrollrecht, Art. 9 et 10, 32 à 38 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 75 ff.
- Drolshammer Jens, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, in: SJZ 2000, 218 ff.
- Ducrey Patrik, Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungs- und Kartellzivilrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 115 ff.
- Ducrey Patrik, Besondere Fragen zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im revidierten KG, in: AJP 1996, 918 ff.
- Ducrey Patrik, Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 281 ff.
- Ducrey Patrik, Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence – Application du nouveau droit suisse de la concurrence, in: Bovet Christian (éd.), Journée du droit de la concurrence 19998: Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 19 ff. (zit. Télécommunications).
- Ducrey Patrik, Organisation et activités du secrétariat de la Commission de la concurrence, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 103 ff.
- Ducrey Patrik, Problèmes actuels du droit de la concurrence, activités principales, des autorités de concurrence, enquêtes en cours et vue d'ensemble, in La vie économique-Revue de droit économique 9/2000, pp. 18 à 21.
- Ducrey Patrik, Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 32 - 38 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 137 ff.
- Egli Felix W., Fussangeln für Kartell-Deserteure, in: NZZ Nr. 98 vom 27./28. April 1996, 23.
- Fischer R. Peter, Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes: Eine Standortbestimmung, in: Bovet Christian (éd.), Journée du droit de la concurrence 19998: Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 37 ff.
- Flückiger Yves, Aspects économiques du nouveau droit suisse de la concurrence, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 59 ff.

- Global Competition Revue, Rating the regulators, http://www.global-competition.Com/spl_rpts/main_fs.htm, 2000.
- Gloor Peter/Staehelin Matthias, Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die «rule of reason», in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 299 ff.
- Gugler Philippe, Principaux indicateurs de dominance collective dans le cadre du contrôle préventif des concentrations, in: RDAI/IBLJ 1998, 919 ff
- Gugler Philippe/Merkt Benoît, Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises, in: Christian Bovet (éd.), Journée du droit de la concurrence 1998, Libéralisation des télécommunications, Concentrations d'entreprises, Zürich 1999, 91 ff.
- Gugler Philippe/Zurkinden Philipp, Das schweizerische, österreichische und das EG-Wettbewerbsrecht im Vergleich, in: Wirtschaft und Gesellschaft (Wien), 3/1998, 353 ff.
- Hoffet Franz, Unternehmenszusammenschlüsse – Materielles Fusionskontrollrecht, Art. 9 et 10 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 45 ff.
- Hoffet Franz, Wann sind Wettbewerbsabsprachen nichtig? – Anhaltende Unsicherheit über die Verbindlichkeit zahlreicher Verträge, in: NZZ vom 27./28.6.1998, 29.
- Hoffet Franz/Hoehn Thomas, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, in: sic! 1999, 232 ff.
- Jaeger Franz, Sollen Patente vor Preiswettbewerb schützen? Umstrittenes Verbot von Parallelimporten, in: NZZ, 4/5 März 2000.
- Lambelet Jean-Christian/Mihailov Alexander, Aspects économiques du droit de la concurrence appliqué aux activités bancaires, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 195 ff.
- Malacrida Ralph, Das verwaltungsrechtliche Verfahren im neuen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 902 ff.
- Masoni Maria, Per una liberalizzazione sostenibile, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 5 ff.
- Meier-Schatz Christian J., Bankenfusionen unter Schweizer Recht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 185 ff.
- Meier-Schatz Christian J., Das neue schweizerische Kartellgesetz im Überblick – Erste Erfahrungen, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 9 ff.
- Meier-Schatz Christian J., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, in: AJP 1996, 811 ff.
- Meier-Schatz Christian J., Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5 à 8 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 21 ff.
- Neven Damien/Räss Pascal, Politique de la concurrence en Suisse (1996 à 1998), Evaluation et perspectives d'évolution, in: Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9911, juillet 1999.

- Nordmann-Zimmermann Ursula, La nouvelle loi sur les cartels – une chance pour les organisations de consommateurs, in: Brunner Alexander/Rehbinder Manfred/Stauder Bernd (Hrsg.), Jahrbuch des schweizerischen Konsumentenrechts, Bern 1996, 105 ff.
- Richli Paul, Verfahren und Rechtsschutz, Art. 39 à 44 KG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 157 ff.
- Richli Paul, Verfahren und Rechtsschutz, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 130 ff.
- Ruffner Markus, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: AJP 1996, 834 ff.
- Saurer Markus, Kartellgesetzliche Intervention oder Deregulierung? – Die Wahl zwischen imperfekten Alternativen bei der Fusion Bell-SEG, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 167 ff.
- Schluep Walter R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, in: AJP 1996, 795 ff.
- Schmidhauser Bruno, Nachfragemacht, in: AJP 1996, 847 ff.
- Seidel Eberhard, «Gremienorganisationen», in: Erich Frese, Handwörterbuch der Organisation, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart: Poeschel, 1992, 714 à 724.
- Stoffel Walter A., Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in: SZW Sondernummer 1996, 45 ff.
- Stoffel Walter A., Erste Erfahrungen im Bereich der Wettbewerbsabreden, in: Christian J. Meier-Schatz, Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 75 ff.
- Stoffel Walter A., Le droit suisse de la concurrence 1997: les premières expériences avec la nouvelle LCart, SZW 1997, 249 ff.
- Stoffel Walter A., Les ententes restrictives à la concurrence, in: SZW Sondernummer 1996, 7 ff.
- Stoffel Walter A., Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, 19 ff.
- Stoffel Walter, Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 87 ff.
- Tercier Pierre, La lutte contre les contraintes cartellaires internes dans la nouvelle loi sur les cartels, in: JdT 1996 I, 2 ff.
- Tercier Pierre, La procédure devant la Commission de la concurrence, in: SZW Sondernummer 1996, 35 ff.
- Tercier Pierre, Le nouveau droit de la concurrence: le temps des questions, in: AJP 1996, 791 ff.
- Tercier Pierre, Le nouveau droit des cartels, in: La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, 27 ff.
- Von Ballmoos Thomas, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?, in: AJP 1999, 295 ff

- Von Büren Roland, Droit et politique de la concurrence en Suisse, Evolution et caractéristiques du droit suisse de la concurrence, in *La vie économique-Revue de droit économique* 9/2000, pp. 6 à 9.
- Von Büren Roland, La Commissione della concorrenza in Ticino, in: *La nuova legge sui cartelli, CFPG 22*, Lugano 1999, 3 ff.
- Von Büren Roland, Politique de la concurrence, in *La vie économique-revue de politique économique* 10/99, pp. 22 à 25.
- Von Ungern-Sternberg Thomas/Neven Damien, Die Fusion UBS-SBV aus der Sicht der Wettbewerbspolitik, in *Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9802*, Januar 1998.
- Von Ungern-Sternberg Thomas/Neven Damien, Wettbewerbspolitik à la UBS, in *Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9807*, avril 1998.
- Von Ungern-Sternberg Thomas, Die Wettbewerbskommission und die UBS: Was bleibt von den Auflagen? in *Cahiers de recherches économiques, HEC Lausanne, cahier 9909*, Juli 1999.
- Von Weizsäcker Christian, Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der WEKO, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements, Köln, 10. Juli 2000.
- Walter Regula, Zivilrechtliches Verfahren nach dem revidierten KG – unauffällige Revision mit Knacknüssen, in: *AJP* 1996, 893 ff.
- Watter Rolf/Lehmann Urs, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, in: *AJP* 1996, 855 ff.
- Wiswede Günter, «Gruppen und Gruppenstruktur», in: Erich Frese, *Handwörterbuch der Organisation*, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart, 1992: Poeschel, 735 à 754.
- Wohlmann Herbert, Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht, in: *SZW Sondernummer* 1996, 22 ff.
- Zäch Roger (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996.
- Zäch Roger, Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, in: Roger Zäch (Hrsg.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2000, 1 ff.
- Zäch Roger, Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, in: Christian J. Meier-Schatz, *Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis*, Bern; Stuttgart; Wien 1998, 117 ff.
- Zäch Roger, L'influence de l'Union européenne sur le droit et la politique de la concurrence en Suisse, Comparaison avec le droit de la concurrence de l'UE, influence du droit européen et convergences avec le droit suisse de la concurrence, in *La vie économique-Revue de droit économique* 9/2000, pp. 15 à 17.
- Zäch Roger, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes, in: *sic!* 2000, 275 ff.
- Zäch Roger, Rechtliche Aspekte der Anwendung des Kartellgesetzes auf die Bankwirtschaft, in: *La nuova legge sui cartelli, CFPG 22*, Lugano 1999, 179 ff.
- Zäch Roger, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern 1999.
- Zurkinden Philipp, Wettbewerbsrecht: Vergleich Schweiz-EG, in *Schweizer Außenwirtschaft, Das Magazin der Schweizerischen Zentrale für Handelsförderung OSEC*, 1997, Nr. 22, S. 17 à 20.

Réalisation de la recherche

Serge Zogg	Responsable de projet, Organe parlementaire de contrôle de l'administration
Katherine Driget	Stagiaire, Secrétariat des Commissions de gestion
Hedwig Heinis	Secrétariat, Organe parlementaire de contrôle de l'administration

L'OPCA remercie le Secrétariat de la Comco pour l'excellente collaboration, L'OPCA remercie également tous les experts de la disponibilité dont ils ont bien voulu faire preuve lors d'entretiens et en répondant à notre questionnaire.

Table des matières

1 Introduction	3194
1.1 Les dispositions générales de la LCart	3194
1.1.1 L'objectif de la loi et son domaine d'application	3194
1.1.2 Les autorités	3194
1.1.3 La procédure	3195
1.1.4 Les sanctions administratives et pénales	3196
1.2 La lutte contre les restrictions illicites à la concurrence et le contrôle des concentrations d'entreprises	3196
1.2.1 La lutte contre les ententes	3197
1.2.2 La lutte contre les abus de position dominante	3197
1.2.3 Le contrôle des concentrations	3198
1.3 Comparaison avec le droit de l'Union européenne	3199
2 Les perspectives de la recherche	3200
2.1 L'approche de l'OPCA	3200
2.2 Les options de la sous-commission	3201
3 Les principaux problèmes de la LCart	3202
3.1 Absence de sanctions directes	3202
3.2 Composition de la Comco	3205
3.3 Taille de la Comco	3206
3.4 Caractère de milice de la Comco	3207
3.5 Rapport entre la Comco et son Secrétariat	3209
3.6 Travail des autorités de la concurrence	3211
3.6.1 Le travail du Secrétariat	3211
3.6.2 Les décisions de la Comco	3214
3.7 Publication des travaux des autorités de la concurrence	3215
3.8 Absence de contrôle périodique de la Comco	3217
3.9 Recours auprès de la REKO/WEF	3217
3.10 Pouvoir du Conseil fédéral	3219
3.11 Contrôle des concentrations	3220
3.11.1 Obligation de notification des fusions en général	3220
3.11.2 Obligation de notification des fusions dans le domaine des médias	3222
3.12 Importations parallèles	3224
3.13 Entraves étatiques à la concurrence	3226
3.14 Rapports entre Comco et autorités de réglementation sectorielles	3228
3.15 Qualité pour agir en procédure civile	3230
3.16 Rétroactivité de la nullité des engagements	3232
3.17 Entraide administrative internationale	3234

4 Synthèse	3235
4.1 Représentations graphiques	3235
4.2 Interprétation des graphiques	3239
4.2.1 En général	3239
4.2.2 Les problèmes traités dans la révision législative	3239
4.2.3 Problème traité par la CER	3239
4.2.4 Problèmes faisant l'objet d'études approfondies.	3240
4.2.5 Questions problématiques avec besoin de réforme faible	3240
4.2.6 Questions peu problématiques avec besoin de réforme assez fort	3241
4.2.7 Questions peu problématiques avec besoin de réforme faible	3241
4.2.8 Questions peu problématiques avec besoin de réforme négligeable	3242
4.3 Conclusion	3242