

**Message
concernant la loi fédérale sur les cartels
et autres restrictions de la concurrence**

(Loi sur les cartels, LCart)

du 23 novembre 1994

Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs,

Nous vous soumettons un projet de loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (révision totale) et vous proposons de l'adopter.

Nous vous proposons en outre de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | | | |
|------|---|-------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1991 | P | 90.706 | Création d'un office de la concurrence et d'un office des affaires bancaires et financières (N 4. 10. 91, Eisenring) |
| 1992 | P | 92.3088 | Office fédéral de la concurrence (N 19. 6. 92, Loeb François) |
| 1992 | P | ad 92.057-8 | Loi sur les cartels et législation CEE (N 23. 9. 92, Commission de l'économie et des redevances) |
| 1992 | M | 92.3200 | Revitalisation de l'économie par renforcement de la concurrence (N 14. 12. 92, Gros Jean-Michel; E 10. 12. 92) |
| 1992 | M | 92.3211 | Revitalisation de l'économie par renforcement de la concurrence (E 10. 12. 92, Coutau; N 14. 12. 92) |
| 1993 | P | 93.3040 | Pour une plus grande concurrence. Révision immédiate du droit cartellaire (E 17. 3. 93, Commission de l'économie et des redevances) |

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

23 novembre 1994

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Stich

Le chancelier de la Confédération, Couchepin

Condensé

La "globalisation de l'économie" a fortement intensifié, en matière de lieux d'implantation, la concurrence entre les économies nationales. Dans ce contexte, la mobilité accrue des facteurs de production contraint les législateurs nationaux de tous les pays à accorder plus d'attention aux conditions-cadres de leurs économies respectives, avec l'objectif de mieux donner aux forces du marché la possibilité de s'exprimer. Cette évolution a conduit le Conseil fédéral à mettre sur pied un vaste programme de régénération de l'économie de marché en Suisse. La révision totale de la loi sur les cartels fait partie de la première tranche de ce programme.

Certaines caractéristiques de la loi actuelle sur les cartels, qui ne contient par exemple pas de véritables règles de comportement destinées aux entreprises dans sa partie de droit administratif, rendaient nécessaire la conception d'une nouvelle loi au regard des objectifs fixés (dont, notamment, la disparition rapide des cartels rigides). Si le principe de l'abus demeure, les règles de droit matériel ont été unifiées et restructurées de façon plus incisive dans le droit civil et le droit administratif des cartels. En même temps, "la suppression de la concurrence efficace" est devenue le critère central d'appréciation des restrictions de la concurrence. Par rapport à la loi actuelle, le projet innove sur les points suivants:

En ce qui concerne les accords horizontaux en matière de concurrence, ou cartels rigides (accords en matière de prix, de quantités et de répartition géographique), le projet introduit la présomption, réfutable dans certains cas, qu'ils suppriment la concurrence efficace et sont donc illicites. Les autres accords sont licites, pour autant qu'ils améliorent l'efficacité économique et poursuivent également par là un but globalement positif du point de vue économique. Il sera en outre possible, selon le projet, de reconnaître à certaines catégories d'accords le mérite d'améliorer l'efficacité économique. D'autres, qui

suppriment la concurrence efficace, n'en doivent pas moins être parfois admis pour des raisons politiques.

Montrer plus de sévérité à l'égard des cartels et d'autres accords en matière de concurrence ne va pas sans adapter en conséquence le traitement réservé aux entreprises en position dominante: riche des plus récentes expériences, en Suisse comme à l'étranger, le projet contient dans ses dispositions de droit matériel un catalogue complet des abus possibles. Les pratiques de ces entreprises, du côté de l'offre ou de la demande, sont traitées de la même façon, que ces entreprises soient publiques ou privées.

On ne peut guère concevoir un droit équilibré de la concurrence sans contrôle préventif des fusions. Retenue, la démarche du projet s'est fixée sur un régime d'autorisation obligatoire à partir de valeurs-seuils élevées. Peu de concentrations d'entreprises seront touchées. L'autorisation sera uniquement refusée aux concentrations à même de supprimer la concurrence efficace. Un tel risque existe rarement. On le rencontre essentiellement sur les marchés qui, juridiquement ou effectivement, sont d'accès difficile pour les nouveaux concurrents (étrangers).

Dans le domaine institutionnel, le projet contient des solutions adaptées à ses règles matérielles. Les compétences d'enquête et de décision sont séparées, comme c'est déjà le cas dans différents domaines des administrations fédérale et cantonales. Le secrétariat de la Commission de la concurrence conduit les enquêtes avec la présidence de la Commission, puis soumet le dossier pour décision à la même Commission de la concurrence - successeur de la Commission des cartels -, dont la composition fait appel à de très larges connaissances théoriques et pratiques.

La procédure est en harmonie avec la loi fédérale sur la procédure administrative, ce qui constitue un progrès en matière de transparence, d'efficacité et de sécurité juridique. Le projet fait en outre

appel à des formes modernes d'intervention de l'Etat en permettant à l'autorité en matière de concurrence d'oeuvrer avec les entreprises concernées à la recherche d'un règlement amiable.

La précision apportée sur l'applicabilité de la loi aux entreprises qui exécutent des tâches publiques ou qui opèrent dans un régime de marché à caractère étatique ouvre plus de possibilités, sous l'angle de la politique de la concurrence, dans le domaine des restrictions étatiques de la concurrence. La loi sur les cartels est ici applicable lorsque la législation fondant l'intervention étatique n'exclut pas la concurrence. Face au droit d'intervention étatique en tant que tel, les autorités en matière de concurrence peuvent formuler des recommandations.

Le projet tient compte des modèles du droit de la concurrence de l'Union Européenne, sauf lorsque, pour des raisons bien précises (pas d'interdiction générale des cartels en Suisse, contrôle des fusions plus généreux), d'autres solutions ont dû être choisies. Ainsi, la loi proposée fait appel à des éléments de politique de la concurrence qui donnent satisfaction tout en évitant aux entreprises suisses actives dans l'Union Européenne de s'y voir confrontées à des normes de comportement contradictoires.



Message

1 Partie générale

11 Point de la situation

111 Fondements de la politique en matière de concurrence

Dans une économie de marché, la concurrence remplit un certain nombre de fonctions fondamentales: elle oriente l'offre selon les préférences du consommateur, conduit à l'engagement efficace des facteurs de production, crée des incitations à l'amélioration des prestations, encourage l'innovation (de produits et de procédés) et contraint à s'adapter sans cesse au changement. Le but premier de la politique de la concurrence est de créer sur les marchés de biens et de facteurs les conditions de réalisation d'une concurrence efficace (eu égard à ses fonctions). Concurrence insuffisante est synonyme de prix trop élevés, d'offre réduite, de productivité stagnante et, finalement, de compétitivité moribonde à l'échelle d'une économie nationale.

Il n'y a pas de mécanismes de marché sans droit à exercer librement une activité économique. Forts de ce droit, les agents économiques organisent aussi efficacement que possible leurs relations économiques. Les performances économiques qui en résultent profitent en règle générale à l'ensemble de l'économie, pour autant qu'il y ait eu concurrence. L'existence de la concurrence n'est pas une évidence, tant le droit à exercer librement une activité économique contient en tant que tel celui de supprimer ou de limiter la concurrence dans une mesure peu souhaitable d'un point de vue économique global. Ces restrictions privées de la concurrence doivent donc être combattues avec les moyens de politique de la concurrence dont dispose l'Etat. Les raisons qui président à cette action exigent aussi de l'Etat qu'il évite d'intervenir inutilement - par des

réglementations - dans le libre jeu de l'offre et de la demande, et par là, sur le fonctionnement de la concurrence¹⁾.

Une politique nationale de la concurrence a pour mission de permettre au marché de fonctionner et donc de garantir le libre jeu de l'offre et de la demande. Toutes les restrictions de la concurrence ne sont pas dommageables à ce libre jeu et, plus largement, au fonctionnement de la concurrence. Certaines formes de coopération entre entreprises, commandées par le dynamisme, améliorent l'efficacité économique sans pour autant porter atteinte à la concurrence en tant que telle. Les interventions de l'Etat au nom de la politique de la concurrence ne s'imposent que lorsque l'analyse des pratiques d'une entreprise fait apparaître que le but recherché n'est pas un surcroît d'efficacité mais une rente cartellaire ou de monopole, c'est-à-dire qu'il y a exploitation. Distinguer l'effort d'efficacité de l'exploitation délibérée n'est pas, pour l'autorité qui applique le droit, chose facile. Les sciences économiques ne sont pas en mesure de fixer une telle frontière, soit d'établir une règle de conduite à la fois générale et utilisable en droit.

Le droit constitutionnel économique assigne à la concurrence un double objectif dans un système d'économie de marché: d'une part, elle doit garantir que les concurrents désireux d'accéder au marché ne voient leurs activités économiques entravées de façon inacceptable (aspect de droit de la personnalité), et d'autre part, elle doit permettre l'apparition de processus économiques dynamiques et innovateurs profitables en fin de compte à tous, entreprises et consommateurs, de par le gain d'efficacité qu'ils leur doivent (aspect lié à l'économie dans son ensemble). Ces effets positifs ne peuvent se réaliser complètement lorsque les processus économiques souffrent de restrictions de la concurrence.

Les restrictions de concurrence peuvent apparaître tant dans les rapports entre l'Etat et les personnes privées que dans les relations des agents économiques privés entre eux. C'est pour cette raison que lors de la mise en place d'un ordre de la concurrence, il ne suffit pas de garantir la liberté

1) Ces mesures de régulation se répercutent souvent de façon négative sur l'accès au marché ou sur les processus d'innovation.

du commerce et de l'industrie (LCI) pour prévenir les intrusions de l'Etat dans la liberté des personnes privées à la libre concurrence; il importe également de mettre en place un minimum de règles du jeu dans les rapports entre participants privés au marché. Seule la garantie verticale et horizontale de la liberté économique permet à une économie de marché basée sur la concurrence d'atteindre ses objectifs.

La constitution économique suisse ne se limite pas à reconnaître vis-à-vis de l'Etat le droit découlant de la LCI (art. 31 cst.); elle donne également mandat au législateur de remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements similaires (art. 31bis, 3e al., let. d, cst.) et donc de lutter contre les restrictions privées de la concurrence. Du point de vue du droit constitutionnel, cet article sur les cartels prend une signification particulière par rapport à l'article 31 de la constitution, en jetant les bases d'une politique étatique de la concurrence axée sur le bien-être général. La politique de la concurrence devra d'abord s'attacher à la mise en oeuvre du droit fondamental qu'est la liberté d'exercice d'une activité économique; elle en concrétise les éléments de droit objectif, caractérisés par une économie centrée sur la concurrence.

Suivant son mandat constitutionnel (de l'art. 31bis, 3e al., let. d, cst.), le législateur fédéral promulgua en 1962 une première loi sur les cartels²⁾. L'actuelle loi sur les cartels³⁾ vit le jour après quinze ans de révision. Une nouvelle révision est en outre, comme nous le verrons encore, devenue nécessaire en raison des profonds changements de l'environnement de la politique de la concurrence depuis les années quatre-vingt.

2) Loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues (RO 1964 53)

3) Loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et organisations analogues (LCart), RS 251

112.1 Principe de base

La loi actuelle, de par sa conception, s'adresse essentiellement aux agents économiques privés, auxquels elle donne les moyens de se défendre devant le juge civil, que ce soit en tant qu'outsiders contre une limitation inacceptable de l'activité économique par un cartel⁴⁾ ou en tant que membres d'un cartel, victimes d'un régime cartellaire trop rigide⁵⁾. En protégeant ainsi l'aspect de droit de la personnalité attaché à la liberté d'exercer une activité économique, le législateur est parti du principe que la mise à disposition d'instruments de droit civil pouvait aussi servir indirectement les objectifs économiques plus généraux d'une vraie concurrence.

La pratique consécutive à la loi sur les cartels de 1962 a déjà montré que les objectifs visés ne pouvaient être atteints uniquement par des instruments de droit civil. La procédure engagée par un outsider victime d'une entrave à la concurrence est lourde de risques: le droit de la concurrence est fait d'une série de notions juridiques empreintes d'économie qui en rendent l'issue très incertaine, voire totalement imprévisible. A cela s'ajoute le fait qu'une procédure de droit civil des cartels n'offre pas, en matière de fardeau de la preuve, d'avantages par rapport à une procédure ordinaire de droit civil. Il appartient au plaignant d'apporter la preuve qu'une mesure prise par un cartel ou une organisation analogue constitue une entrave à la concurrence. A cet égard, il est particulièrement difficile de démontrer les abus d'une entreprise en position dominante et de fournir les preuves permettant de déterminer le marché en cause, à moins que, dans ce dernier cas, le plaignant n'ait accès aux données commerciales de l'autre partie. La conduite d'un procès est d'autant plus difficile dans la pratique que la victime d'un régime cartellaire rigide doit compter avec des sanctions de la part du cartel si elle entend faire valoir ses droits en justice. C'est parfois l'existence même de son entreprise qui est

4) Art. 6 LCart

5) Art. 15 ss LCart

menacée. Le problème est aussi des plus aigus lorsqu'il s'agit d'un fournisseur dépendant d'une entreprise dotée d'une puissance d'achat.

Ces questions avaient déjà été évoquées au cours des travaux préparatoires de la révision de la loi de 1985. On chercha alors à donner plus de poids à la partie administrative de la loi afin de mieux préserver la concurrence en tant qu'institution de l'économie de marché⁶⁾ et de mettre en même temps l'accent sur les retombées économiques globales de la politique de la concurrence. A l'époque, la révision de sa partie de droit administratif visait d'abord à ancrer dans la loi la méthode du solde, tirée de la pratique. Un tournant devait également être pris au niveau du droit matériel: le facteur "concurrence" aurait désormais une importance accrue dans la pesée des effets nuisibles et utiles d'un cartel dans le cadre de la méthode du solde⁷⁾. La dernière révision de la loi sur les cartels donnait ainsi la priorité à une partie de droit administratif plus incisive et davantage axée sur la concurrence.

112.2 La loi actuelle dans la pratique

La LCart n'a pas vu diminuer l'attrait de sa partie administrative par rapport à celle de droit civil. Rares sont les affaires cartellaires à être portées devant les tribunaux civils, si on les compare au nombre et à l'importance des procédures d'enquêtes administratives. Le droit suisse des cartels issu de la révision de 1985 commença donc à produire ses effets surtout à travers ses dispositions de droit administratif. L'accent était mis sur l'appréciation des cartels, l'examen des pratiques d'organisations analogues et la surveillance des fusions ne jouant qu'un rôle secondaire. Les dispositions et les instruments de droit administratif introduits par la LCart ne suffirent pas à répondre à la préoccupation exprimée dans le message de 1981, à savoir une plus grande orientation de la politique de la concurrence vers les problèmes de concentration économique, de puissance d'achat et phénomènes du même genre⁸⁾.

6) Message à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues (LCart) du 13 mai 1981 (dénommé ci-après message de 1981), FF 1981 II 1266

7) Message de 1981, FF 1981 II 1258

8) Message de 1981, FF 1981 II 1269.

Dans l'appréciation des pratiques cartellaires (proprement dites), la Commission des cartels s'efforça de remplir sa tâche conformément à l'article 29 LCart, soit à traduire davantage dans les faits le poids mis sur le principe de la concurrence. Elle enregistra quelques succès en contribuant notamment à l'ouverture de certains marchés. Ce bilan positif ne saurait toutefois masquer la profonde inefficacité des dispositions de droit administratif. La méthode du solde inscrite à l'article 29 LCart ne fournit pas de critères clairs et précis permettant d'évaluer en temps utile le comportement d'une entreprise participant à un cartel ou à une autre restriction de la concurrence. Elle oblige l'autorité chargée de l'application du droit à tenir compte des effets négatifs et positifs de la restriction, indépendamment de toute distinction ou véritable pesée des aspects propres ou extérieurs à la concurrence. Cette méthode a valeur d'instrument, c'est-à-dire qu'elle est plus axée sur la réalisation d'objectifs économiques généraux choisis arbitrairement que sur la protection des mécanismes du marché.

L'examen approfondi du comportement de l'entreprise selon la méthode du solde ne nécessite pas seulement un engagement intensif de la part de l'autorité d'application du droit: il représente aussi un facteur d'insécurité juridique notable pour les entreprises concernées. Vu la multitude des aspects à aborder, les entreprises sont manifestement dans l'incapacité de prévoir comment seront appréciées certaines de leurs pratiques à la lumière de la LCart et de les adapter en conséquence. Au manque d'efficacité s'ajoute donc l'insécurité juridique. Historiquement parlant, ces faiblesses s'expliquent en partie par le fait que la procédure d'enquête du droit suisse des cartels ne devait pas servir, à l'origine, à évaluer individuellement les pratiques des entreprises. Elle se voulait bien plus l'instrument d'une surveillance générale du marché.

Les abus des entreprises puissantes sur le marché n'ont pu être combattus que de façon marginale sous la loi en vigueur, soit bien loin des attentes nées de la dernière révision. Cet échec est peut-être dû à l'extrême difficulté de la Commission des cartels à établir les faits, en l'absence d'une entente concrète, lorsque la LCart ne lui offre que des dispositions hautement imprécises. Sans parler des difficultés liées à l'administration des preuves, étant donné que les victimes d'abus

✦ préféreront toujours composer avec ces entreprises puissantes, plutôt que de les charger, aussi longtemps qu'elles ne pourront compter sur une solide politique de la concurrence.

A l'heure actuelle, les instruments permettant d'enquêter sur les concentrations d'entreprises n'offrent qu'une marge de manoeuvre réduite: la Commission des cartels est privée d'instruments pour prévenir et sanctionner⁹⁾. Selon l'article 30 LCart, ses moyens d'action ne vont pas au-delà de la compétence générale que lui reconnaît l'article 29 LCart¹⁰⁾. Il convient de souligner que l'article 30 LCart¹¹⁾, issu des débats parlementaires, ne laissant aucune place à un contrôle structurel des concentrations d'entreprises, se limite à permettre l'examen de leur comportement, ce qui serait possible sur la seule base de l'article 29 LCart. La Commission des cartels ne peut ni interdire ni démanteler une concentration dans le cadre juridique actuel; elle peut seulement adresser des recommandations aux entreprises participantes, devenues encore plus puissantes.

Des difficultés sont apparues dans l'application des dispositions de droit administratif des cartels régissant la procédure d'enquête devant la Commission des cartels et leurs rapports avec la loi sur la procédure administrative (PA)¹²⁾. Le Tribunal fédéral¹³⁾ apporta des éclaircissements sur ces rapports: la PA ne s'applique pas à la procédure d'enquête devant la Commission des cartels, sauf dans les domaines¹⁴⁾ expressément men-

9) Voir art. 30 LCart, selon lequel la Commission des cartels peut décider d'ouvrir une enquête au sens de l'art. 29 ss LCart si la fusion a pour effet de créer ou de renforcer une position qui influence le marché de manière déterminante et s'il y a en outre des indices de conséquences nuisibles d'ordre économique ou social.

10) Voir *Schürmann*, dans: *Schürmann/Schluep, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz*, Zurich 1988, 693.

11) Le projet de loi de 1981 prévoyait une notification obligatoire suivant le nombre d'employés, le chiffre d'affaires ou la part de marché et visait un contrôle préventif des concentrations dépassant les seuils fixés. La suppression de la notification obligatoire fut obtenue par les représentants du commerce et de l'industrie après de longs débats. Finalement, la loi actuelle consacre dans son art. 30, 1er al., le principe selon lequel une enquête doit avoir lieu si la concentration a pour effet de créer ou de renforcer une position qui influence le marché de manière déterminante et s'il y a en outre des indices de conséquences nuisibles d'ordre économique ou social.

12) Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021)

13) Voir ATF 113 Ib 90 ss

14) Voir le renvoi à l'application des art. 15-19 PA à l'art. 31, 2e al. LCart.

tionnés dans la LCart, étant donné que cette procédure n'aboutit pas à une décision, celle-ci n'intervenant que dans la procédure devant le Département fédéral de l'économie publique, elle-même régie par la PA¹⁵⁾. Cette précision du Tribunal fédéral a eu pour conséquence pratique que la procédure d'enquête devant la Commission des cartels devait être complètement reprise, le cas échéant, devant le département; dans de telles conditions, une appréciation des faits pertinents sous l'angle du droit de la concurrence paraît pour ainsi dire exclue d'entrée de jeu.

113 Politique suisse de la concurrence et environnement mondial

Les problèmes apparus avec l'application de la LCart doivent être mis en relation avec les changements qu'a connus ces dernières années la politique de la concurrence, et qui ont conduit pratiquement tous les pays industrialisés à revoir leurs législations respectives en la matière.

113.1 Nouvelles structures de l'économie mondiale

L'économie mondiale a commencé de se transformer en profondeur au début des années quatre-vingt, évolution généralement désignée par le terme de globalisation. Les moments forts de cette transformation ont été le développement et l'expansion des technologies de pointe ainsi qu'une modification radicale de la division internationale du travail. Le démantèlement des obstacles au commerce entre Etats - que ce soit dans le cadre du GATT ou lors de la réalisation du marché unique de l'UE - a accéléré le mouvement de façon non négligeable.

Cette nouvelle structure se traduit d'abord par l'internationalisation d'une partie croissante de l'économie. Les entreprises recherchent les moyens de répartir sur plusieurs pays leurs moyens de production afin d'obtenir la plus grande efficacité possible. Cette optimisation globale des structures de production a des conséquences notables sur les entreprises et sur les Etats en matière de politique de la concurrence:

15) Voir ATF 113 Ib 95 sv

- L'intégration des marchés est un processus qui s'autoaccélère. Les innovations et imitations, facteurs de concurrence, se succèdent à un rythme accéléré, ce qui augmente la pression sur les entreprises, forcées de s'adapter. Celles-ci tentent de rester dans la course en gérant leurs coûts de façon rationnelle. En même temps, il s'agit de donner à l'entreprise sa taille optimale (sur le marché mondial), d'où les formes nouvelles de coopération (entreprises communes et alliances stratégiques).
- L'internationalisation des marchés augmente entre les Etats la concurrence quant aux lieux d'implantation. Partout dans le monde, cette mobilité accrue des facteurs de production oblige le législateur à accorder une plus grande attention aux conditions-cadres économiques sur lesquelles l'Etat peut influencer - telles que le système fiscal, la politique sociale, l'éducation, la politique de la concurrence - dans le souci de favoriser la compétitivité et de laisser également jouer (à nouveau) plus librement les forces du marché.

113.2 Politique économique suisse et économie mondiale

Au cours des dernières décennies, les conditions-cadres fixées par l'Etat trahissait un certain dualisme dans la politique commerciale suisse:

- D'un côté, et plus que tout autre pays, la Suisse s'est distinguée par une politique du commerce extérieur axée sur le libre-échange et l'ouverture du marché.
- D'un autre côté, la politique en matière de marché intérieur n'a pas témoigné du même libéralisme. Cela apparaît non seulement dans le degré élevé de cartellisation de l'économie suisse mais aussi dans la négligence du principe de concurrence par les autorités étatiques; les pratiques protectionnistes appliquées dans les marchés publics, la densité des normes (et leur perfectionnisme) sont les symptômes évidents de cette évolution.

Ces tendances conservatrices contrastent avec l'évolution à l'étranger, où l'on s'est depuis longtemps réconcilié avec les forces du marché et où des enseignements ont été tirés:

- En politique économique extérieure, domaine où la Suisse jouissait traditionnellement d'une longueur d'avance en matière de libéralisation, des progrès décisifs ont été réalisés à l'étranger notamment grâce à la libéralisation du commerce mondial dans le cadre du GATT et au processus d'intégration régionale en Europe.
- La plupart des pays industriels, ainsi qu'un certain nombre de pays nouvellement industrialisés et en développement, ont répondu voici des années à la globalisation croissante des marchés par des mesures de libéralisation et de déréglementation de leur marché intérieur, y compris par un renforcement significatif de la politique de concurrence, appliquant le principe selon lequel ne peuvent s'affirmer dans la concurrence internationale que ceux qui respectent aussi chez eux le principe de concurrence.

Cette réorientation politique à l'étranger a largement contribué à mettre en lumière le manque d'efficacité réel du marché intérieur suisse. Ces déficiences se traduisent par des coûts de production exagérés, qui compromettent à leur tour les chances de l'économie d'exportation vu l'interdépendance (sous-traitance) des secteurs économiques. S'ajoute à cela le fait que les branches protégées contre la concurrence (sheltered sectors) ne procèdent pas aux adaptations structurelles nécessaires, risquant ainsi d'aggraver encore la situation de la place économique suisse. A noter que la Suisse a perdu de son attrait traditionnel en matière de stabilité économique (monnaie et prix). C'est pourquoi les entreprises sont toujours plus nombreuses à préférer investir ailleurs, dans des pays qui offrent plus d'avantages.

113.3 Repenser la politique économique suisse

L'intégration de l'économie mondiale s'accélère et l'efficacité du marché intérieur ainsi que le respect du principe de la concurrence sont devenus pour chaque pays un facteur décisif de l'attrait économique. L'exigence

✚ d'une politique de la concurrence plus incisive en Suisse se justifie par l'importance capitale qu'a prise aujourd'hui le principe de la concurrence en politique économique. Mais cette politique de concurrence, aussi incisive soit-elle, doit être intégrée à une politique d'ensemble, dont l'objectif est de renforcer l'efficacité du marché intérieur suisse et la compétitivité de son économie.

Fort de ce constat, le Conseil fédéral a lancé un programme de régénération économique: une première étape devrait, outre la révision de la loi sur les cartels, voir la mise en place d'une loi éliminant les entraves techniques au commerce, et d'une autre, dite loi sur le marché intérieur, supprimant les entraves de droit public à la liberté du commerce intérieur (introduction du principe *Cassis de Dijon*¹⁶).

La nécessité de rendre l'économie suisse vraiment compétitive à l'intérieur pour qu'elle le devienne à l'extérieur ne dépend pas de notre choix en matière d'intégration européenne. En rejetant l'accord sur l'EEE le 6 décembre 1992, le peuple suisse s'est privé pour le moment de l'effet vivifiant sur la concurrence de toute intégration économique, ce qui n'a fait que rendre encore plus urgentes la révision de la loi sur les cartels et la réaffirmation du principe de la concurrence en général.

La révision de la LCart ne se fait pas sur fond de politique européenne mais résulte de la discussion qui s'est ouverte pour améliorer les conditions-cadres de la place économique suisse. Le rapport sur la politique économique extérieure de 1991 du Conseil fédéral¹⁷) est venu alimenter ce débat. En 1992, une orientation concrète a été donnée à cette révision, placée sous le signe de la "revitalisation" de l'économie. Au début de

16) Ce principe a été consacré par la Cour de justice des CE dans sa jurisprudence concernant l'art. 30 du TCEE. Il est le fondement de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'UE (voir arrêt du 20 février 1979, affaire 120/78, *Rewe-Zentral/monopole d'Etat*, rec. 1979, p. 649 ss). Ce principe veut que les pays membres de l'UE ne règlent, sur leur territoire national, les importations de marchandises mises en circulation de façon régulière dans un autre pays membre que lorsqu'aucun règlement communautaire n'existe encore en la matière et que des circonstances impératives l'exigent. Par circonstances impératives, la CJCE entend p. ex. le contrôle fiscal, la protection de la santé publique, la loyauté des échanges commerciaux, la protection des consommateurs ainsi que la protection de l'environnement. Des motifs analogues figuraient aussi à l'art. 3, 2e al. de l'avant-projet concernant une LF sur le marché intérieur.

17) Voir FF 1992 I 1016 ss

1993; le Conseil fédéral a entamé la concrétisation des idées avancées dans son programme de "Régénération de l'économie de marché¹⁸⁾", dont la révision de la loi sur les cartels constitue un élément essentiel.

12 Travaux de révision

121 Nécessité de réviser la loi actuelle

L'intensification de la concurrence dans l'environnement international et les faiblesses de la loi actuelle sur les cartels (voir ch. 112.2) incitent aujourd'hui à repenser la conception de celle-ci. Les changements structurels de l'économie mondiale exigent aussi de l'économie suisse une intégration renforcée dans une économie mondiale marquée par une division croissante du travail. Toutefois, une telle intégration ne pourra réussir que si les déroulements économiques au sein de l'économie suisse ne sont pas faussés par des restrictions de la concurrence - qui, par exemple, entravent la compétitivité de l'industrie nationale par un niveau des prix trop élevé ou un environnement hostile à l'innovation.

Des voix se sont élevées à plusieurs reprises, dans le débat politique de ces dernières années, pour demander une révision de la loi sur les cartels. Le motif invoqué était essentiellement son manque manifeste d'efficacité en raison de la longue durée¹⁹⁾ de la procédure sur la base de ses dispositions de droit administratif. Toutefois, donner suite à la demande réitérée d'augmenter l'effectif du secrétariat de la Commission des cartels ne suffirait pas à régler les problèmes. Toute une série d'insuffisances plus ou moins fondamentales exige qu'on améliore le droit matériel, les institutions et la procédure de la loi sur les cartels.

En clair, les insuffisances fondamentales de la LCart sont les suivantes:

18) Message du Conseil fédéral sur le programme consécutif au rejet de l'Accord sur l'EEE, du 24 février 1993, FF 1993 I 757.

19) Une procédure d'enquête dure au minimum deux à trois ans; mais elle peut aussi, comme on l'a vu dans des cas extrêmes, se prolonger pendant douze ans.

- 24
- La partie de droit administratif de la loi ne contient pas de règles de comportement à l'intention des entreprises²⁰). La loi, dans sa disposition centrale de droit administratif (art. 29 LCart), ne s'adresse pas aux entreprises intervenant sur le marché, mais à la Commission des cartels. C'est à celle-ci qu'il appartient, par des enquêtes, de se faire une vision d'ensemble des conditions du marché dans certains secteurs économiques, puis, à l'aide de références légales hautement imprécises, telles que le critère de l'intérêt général (en tant que solde des effets positifs et négatifs sur l'économie et la société), de s'efforcer de répondre à la question de savoir si le comportement des entreprises concernées est globalement "acceptable" ou non du point de vue économique et social. Pour l'application des dispositions concernant la méthode du solde, on énumère seulement des critères d'appréciation non structurés qui ne donnent à l'autorité pratiquement aucune possibilité d'apporter la preuve des effets nuisibles des cartels et qui laissent les entreprises concernées dans l'incertitude quant à la façon dont leur comportement sera apprécié par les autorités en matière de concurrence dans le cadre d'une procédure d'enquête. Il est difficile de concrétiser la notion complexe d'intérêt général et d'en tirer des normes de comportement applicables et utilisables pour les entreprises. En d'autres termes, le seul recours au critère de l'intérêt général n'est ni satisfaisant du point de vue de l'Etat de droit, ni adéquat pour apprécier le comportement des entreprises sous l'angle du droit de la concurrence.
 - Les dispositions de droit administratif de la loi actuelle sont déséquilibrées sur le plan du contenu, étant orientées unilatéralement sur les pratiques cartellaires. Or il est reconnu, tant dans la théorie de la concurrence que dans sa pratique, que l'attention devrait porter non seulement sur les pratiques cartellaires proprement dites, mais aussi sur d'autres restrictions de la concurrence. On mentionnera en particulier les comportements abusifs des entreprises dominant le marché, ainsi que les concentrations d'entreprises dans la mesure où

20) Dans sa partie de droit civil, les normes de comportement (dans l'optique des motifs justificatifs) ne sont que peu utilisables et donc très peu efficaces.

elles ont pour effet de rendre impossible la concurrence efficace sur un marché donné.

- Le manque d'efficacité de l'application actuelle du droit, bien souvent déploré, est partiellement imputable aux insuffisances institutionnelles de la LCart. La Commission des cartels, institution de milice, conduit elle-même la procédure d'enquête, alors qu'elle ne peut y consacrer tout le temps qu'exige une procédure efficace et que sa composition ne répond pas de manière optimale aux exigences de cette tâche. Une difficulté pratique tient notamment au fait que son secrétariat, dont l'effectif est minime, doit préparer les enquêtes de la Commission, ce qui exige beaucoup, tant du point de vue de l'état de fait que de la situation en droit, et qu'en outre la Commission, en raison des efforts considérables qu'exige une procédure d'enquête, n'est en mesure d'affronter que quelques cartels (choisis d'une manière ou d'une autre), alors qu'une grande majorité de pratiques identiques ou analogues continuent à se manifester sans entraves. Cette situation est choquante du point de vue de l'égalité de traitement. A cela s'ajoute le fait que si la Commission des cartels conduit la procédure d'enquête, elle ne peut prendre aucune décision dans une affaire mais seulement formuler des recommandations²¹⁾. Ce n'est que lorsque les intéressés rejettent ses recommandations que le Département fédéral de l'économie publique peut en faire le contenu de décisions²²⁾. Ce manque de compétence de décision, associé au caractère insuffisant de la procédure d'enquête devant la Commission, a encore aggravé les problèmes d'efficacité.

- Comme on l'a dit, il existe aussi des insuffisances considérables en matière de droit de procédure. La LCart contient, pour la procédure d'enquête devant la Commission, des règles qui s'écartent sur des points essentiels de celles de la PA. Cette situation particulière est contestable tant du point de vue de l'efficacité que de celui de l'Etat de droit. En ce qui concerne l'efficacité, on critiquera en particulier le fait qu'avant la prise d'une décision par le Département fédéral de

21) Art. 32 LCart

22) Art. 37 LCart

l'économie publique, l'ensemble de la procédure de la Commission doit être répété selon les règles de la PA²³). Du point de vue des principes de l'Etat de droit, ce sont avant tout les lacunes concernant le droit d'être entendu et de consulter les dossiers qu'il faut mentionner quant à la procédure devant la Commission des cartels.

Les considérations qui précèdent montrent clairement que la LCart a besoin d'être révisée en de nombreux points. Face à la haute densité des cartels et aux prix trop élevés pratiqués dans de nombreuses branches en Suisse du fait des pratiques cartellaires, des institutions internationales telles que le GATT²⁴) et l'OCDE²⁵) n'ont pas manqué, ces dernières années, de critiquer notre politique de la concurrence. Les insuffisances parfois criantes de la loi actuelle ont également donné lieu, surtout depuis le milieu de 1992, à une série d'interventions parlementaires qui exigeaient notamment:

- la création d'un office fédéral de la concurrence (motion Eisenring, 90.706; motion Loeb, 92.3088; motion de la Commission de l'économie et des redevances du CN (CER), 92.057-8);
- l'amélioration de l'efficacité de la procédure et de la protection juridique (motion Loeb; motion CER; motions Gros et Coutau, 92.3200 et 92.3211; postulat CER CE, 93.3040);
- l'attribution de la compétence de décision à l'office fédéral (motion CER);
- l'introduction d'un contrôle des fusions (motion CER; motions Gros et Coutau);
- la description précise des abus en matière de concurrence (motions Gros et Coutau);

23) Voir ch. 112.2 i.f. et ATF 113 Ib 90 ss

24) GATT, Mécanisme d'examen des politiques commerciales: Suisse, Genève 1991

25) OCDE, Etudes économiques de l'OCDE: Suisse, Paris 1992

- le renforcement des dispositions pénales (motions Gros et Coutau);
- l'adaptation du droit cartellaire suisse aux structures du droit cartellaire de la CE (postulat CER, en complément à la motion CER 92.057-8);
- la prohibition efficace des ententes de prix, des ententes territoriales et des ententes de contingentements (postulat CER CE);
- la répression efficace des abus commis par les entreprises puissantes sur le marché (postulat CER CE);
- la création d'un article constitutionnel sur la concurrence qui permettrait d'interdire les cartels (initiative parlementaire Jaeger 92.409).

Ces interventions n'ont pas toutes été transmises et, parfois, la transmission est intervenue sous une forme modifiée. Mais cette liste montre néanmoins l'ampleur du débat politique suscité par les lacunes du droit en vigueur.

122 Mandat de révision

Au milieu de 1992, le chef du Département fédéral de l'économie publique chargeait un groupe de travail interne du Département d'examiner dans quelle mesure, sur la base de la constitution actuelle, on pourrait élaborer une loi permettant une politique de la concurrence efficace et euro-compatible. Après ces premiers travaux, il constitua, à la fin de 1992, une "Commission d'étude pour la révision de la loi sur les cartels" à laquelle il donna le mandat suivant:

"La Commission a pour tâche d'établir, dans le cadre constitutionnel actuel, un avant-projet assorti d'un rapport explicatif portant sur une révision totale de la loi sur les cartels. A cet égard, elle tiendra compte des points suivants:

- ✚
- a. En matière de cartels, il faut prévoir une réglementation basée sur le principe de l'abus, ayant pour critère central celui de la concurrence efficace. Il convient de définir diverses pratiques présumées empêcher une concurrence efficace et donc considérées comme nuisibles, sous réserve de leur justification pour des motifs prépondérants.
 - b. Dans le domaine des entreprises puissantes sur le marché, les éléments constitutifs de l'abus seront cernés concrètement, en les illustrant d'exemples de pratiques où se reflète l'exploitation abusive d'une position dominante. Pour compléter ces règles, il convient de se pencher sur l'introduction d'un contrôle préventif des concentrations d'entreprises et d'une possibilité de leur démantèlement.
 - c. La Commission doit avancer des propositions sur la manière de mieux sensibiliser le législateur à l'impact des mesures étatiques sur la concurrence. La réflexion doit également englober les niveaux cantonal et communal.
 - d. Les questions institutionnelles et de procédure seront réglées en fonction des propositions de solutions matérielles. La réorganisation institutionnelle devra permettre d'exploiter au mieux le gain d'efficacité attendu des réformes matérielles. Il convient d'examiner en particulier la question de la création d'un office fédéral de la concurrence. Il faudra également tenir compte des rapports avec d'autres lois, telle la loi sur la surveillance des prix."

La Commission d'étude était composée comme il suit: *Marino Baldi*, Dr oec., ambassadeur, vice-directeur de l'Office fédéral des affaires économiques extérieures (président); *Rafael Corazza*, dr es sc. écon., suppléant du surveillant des prix; *Kuno Hämisegger*, dr es sc. pol., responsable du Service économique du Secrétariat général du Département fédéral de l'économie publique; *Gérard Hertig*, dr en droit, professeur à l'Université de Genève; *Paul Richli*, dr en droit, professeur à l'Université de Bâle; *Walter R. Schluemp*, dr es sc. écon., professeur à l'Université de

Zurich; *Pierre Tercier*, dr en droit, professeur à l'Université de Fribourg, président de la Commission des cartels, et son suppléant, *Bruno Schmidhauser*, dr en droit, directeur du Secrétariat de la Commission des cartels.

Le mandat confié à la Commission d'étude prévoyait que celle-ci entende suffisamment tôt les milieux intéressés. Elle a pu ainsi tenir compte dès le départ d'un large éventail d'avis émanant autant de spécialistes que de personnalités politiques. Durant les travaux de la Commission d'étude, les institutions suivantes ont été consultées, dans l'ordre: la Commission des cartels, la Surveillance des prix, le Bureau de la consommation, le Vorort de l'Union suisse du commerce et de l'industrie, l'Union suisse des arts et métiers, un groupe d'avocats spécialisés dans les questions d'ordre cartellaire, les associations de consommateurs d'importance nationale et régionale (la Fédération suisse des consommateurs, la Fondation pour la protection des consommateurs, la Fédération romande des consommatrices, l'Associazione Consumatrici della Svizzera Italiana et le Konsummentinnenforum der deutschen Schweiz), ainsi que l'Union syndicale suisse et la Confédération des syndicats chrétiens de Suisse.

123 **Grandes lignes de l'avant-projet (AP)**

Le principal objectif de la révision était d'élaborer un système permettant d'éliminer rapidement les cartels particulièrement nuisibles, en évitant de recourir à une interdiction pure et simple des cartels, qui impliquerait une révision constitutionnelle²⁶). Le postulat d'une solution équilibrée du point de vue du contenu imposait en même temps la nécessité de fixer des critères d'appréciation plus solides pour les pratiques abusives des entreprises dominant le marché. Enfin, une amélioration des institutions et de la procédure était nécessaire afin de garantir une application du droit à la fois plus efficace et plus systématique.

La Commission d'étude s'est efforcée de prendre en compte ces préoccupations dans l'avant-projet de la manière suivante:

26) On voulait également éviter par là que la discussion concernant la révision de la LCart ne se polarise sur la question de la constitutionnalité d'une interdiction générale des cartels.



- *Normes de comportement destinées aux entreprises*: pour les cartels dits rigides, soit les cartels généralement reconnus comme nuisibles (accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique), elle a formulé des présomptions d'illicéité afin d'en permettre directement la qualification²⁷⁾. En même temps, pour les cartels souples (formes de coopération), elle établissait clairement dans quelles conditions il n'y avait pas de raison de s'y opposer²⁸⁾. Il fallait mettre enfin à la disposition des entreprises en position dominante une liste des abus possibles²⁹⁾ leur permettant de situer leur pratiques.

- *Equilibre du point de vue du contenu*: la Commission tenait à traiter de façon égale, sous l'angle du droit, et compte tenu de leurs différences de nature, les diverses pratiques relevant du droit de la concurrence (cartels, accords verticaux, abus d'entreprises puissantes sur le marché et concentrations d'entreprises). En conséquence, l'avant-projet n'a pas seulement traité des pratiques cartellaires et des accords verticaux³⁰⁾, mais aussi, de manière relativement large, des entreprises dominant le marché³¹⁾. Il a en outre prévu un contrôle préventif des fusions afin d'empêcher les concentrations à même de supprimer la concurrence efficace³²⁾.

- *Renforcement institutionnel*: l'avant-projet proposait de créer un office fédéral de la concurrence qui aurait été notamment responsable de la procédure d'enquête³³⁾ et aurait ainsi préparé les décisions du Conseil de la concurrence, conçu comme une autorité de milice. L'application des dispositions de droit administratif serait donc intervenue dans le cadre d'une organisation en deux parties, à savoir l'Office fédéral de la concurrence, organe d'enquête, et le Conseil de la concurrence, organe de décision. Le pouvoir de décision aurait

27) Art. 21, 1er al., AP

28) Art. 20 AP

29) Art. 22 AP

30) Voir les définitions des cartels et des accords verticaux à l'art. 3, 1er et 2e al., AP

31) Art. 22 AP

32) Art. 39 ss AP

33) Art. 29 AP

appartenu directement aux autorités en matière de concurrence, c'est-à-dire sans passer par le Département fédéral de l'économie publique.

- *Améliorations de procédure*: la procédure d'enquête des autorités en matière de concurrence ne devait plus obéir à une réglementation spéciale comme dans la LCart, mais être déterminée par les règles générales de la procédure administrative (sécurité juridique renforcée). En conséquence, la PA se serait appliquée à la procédure en matière de cartels, à quelques exceptions près³⁴).
- *Sanctions*: étant donné que l'efficacité du droit de la concurrence dépend de façon décisive de l'effet préventif des sanctions, l'avant-projet prévoyait, pour l'inobservation de mesures passées en force visant à éliminer des entraves à la concurrence ou le non-respect d'obligations découlant de la procédure d'enquête, des sanctions s'appliquant aussi bien aux entreprises qu'aux personnes agissant pour le compte de celles-ci. Dans le premier cas, il s'agissait de sanctions administratives³⁵), dans le second, de sanctions pénales³⁶).

13 Procédure de consultation

131 Généralités

Le Conseil fédéral a pris connaissance, en date du 27 octobre 1993, de l'avant-projet de la Commission d'étude et autorisé le Département fédéral de l'économie publique à ouvrir une procédure de consultation, qui devait durer jusqu'au 28 février 1994. Ce délai a été prolongé par la suite jusqu'au 31 mars 1994, afin de permettre aux participants de pouvoir juger le texte proposé à la lumière de l'avant-projet de loi fédérale sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur/LMI), mis en consultation à la fin du mois de février.

34) Art. 34, 2e al., AP

35) Art. 52 ss AP

36) Art. 55 AP

Les milieux intéressés ont été nombreux à saisir l'occasion de s'exprimer sur l'avant-projet de nouvelle loi sur les cartels, et ils l'ont fait parfois de manière très détaillée. Au total, 155 réponses ont été enregistrées, venant de 26 cantons, 9 partis politiques, 13 organisations d'employeurs et de salariés, 5 organisations de consommateurs, 6 tribunaux et offices ainsi que de 96 organisations et personnes intéressées.

132 **Appréciation générale**

La nécessité de réviser la LCart a été presque unanimement reconnue. Une action en ce sens a été parfois seulement souhaitée pour certaines parties de la loi. Ainsi, les milieux des arts et métiers, qui ont rejeté les innovations matérielles de l'avant-projet, ont reconnu un besoin d'action, qui n'a pas été contesté par les autres participants, dans le domaine du droit de procédure et au niveau institutionnel.

Les raisons invoquées à l'appui du *besoin d'action* furent notamment les suivantes: on manque de dispositions de fond et de moyens institutionnels pour corriger efficacement et rapidement les structures de marché qui menacent la concurrence ou les comportements qui la restreignent; une politique moderne de la concurrence a besoin d'un instrument efficace pour lutter contre les abus des cartels et organisations analogues; il existe un déséquilibre entre la pratique sévère à l'égard des cartels et le traitement des organisations puissantes sur le marché; on relève un net déficit de droit matériel pour le contrôle des concentrations d'entreprises; la régénération de l'économie exige une loi plus efficace; il faut améliorer les instruments du droit de procédure et la structure institutionnelle afin d'accroître la protection et la sécurité juridiques.

Classés par groupes, les *avis matériels* enregistrés dans la procédure de consultation peuvent être résumés de la manière suivante: la plupart des partis politiques sont en principe d'accord avec le texte proposé. Ils approuvent notamment l'introduction de la présomption d'illicéité pour certains cartels, la saisie plus déterminée des entreprises puissantes et l'orientation européenne de l'avant-projet. Les partis bourgeois représentés au Conseil fédéral critiquent le contrôle des fusions et la création d'un office fédéral. Parmi les associations économiques, le Vorort va dans le

même sens que les partis précités; les branches orientées sur l'exportation émettent moins de réserves. L'Union suisse des arts et métiers et la plupart des associations de branches du domaine des arts et métiers rejettent dans une large mesure le texte proposé. Les syndicats et les organisations de consommateurs le soutiennent pratiquement sous tous ses aspects. Les avis des cantons sont très largement favorables.

133 Problèmes soulevés dans la procédure de consultation

Dans la plupart des avis, la *constitutionnalité* de l'avant-projet n'a pas fait l'objet de réserves; certes, on a parfois regretté que la révision totale de la LCart n'ait pas entraîné la révision constitutionnelle qui aurait conduit à une législation d'interdiction inspirée du droit de la concurrence de l'UE. Les quelques avis mettant en doute la constitutionnalité de l'avant-projet ont invoqué l'argument selon lequel, avec la présomption d'illicéité, on crée en fait une législation d'interdiction, ou que le poids plus grand donné à la concurrence efficace n'est pas conciliable avec le principe de l'abus.

De nombreux avis ont attesté que le postulat de l'*euro-compatibilité* a été largement réalisé par l'avant-projet. Certains intervenants ont remarqué qu'un appui encore plus solide sur le droit de l'UE aurait été souhaitable. L'euro-compatibilité de l'avant-projet n'a été contestée que dans quelques cas. Certaines associations de branches ont en outre demandé des dispositions d'exception sous forme d'exemptions par catégorie: sans ces dernières, la nouvelle loi serait plus sévère que le droit de l'UE.

Du côté des arts et métiers, on a critiqué le fait que tant les recommandations restreignant la concurrence que les accords verticaux tombaient dans le *champ d'application* de la loi proposée. Plusieurs cantons ont émis des réserves concernant la formulation du champ d'application de l'avant-projet sous l'angle de la situation particulière des régales cantonales.

A diverses reprises, on a soulevé la question de savoir si, face à la faible importance du *droit privé des cartels* par rapport au droit administratif, il ne serait pas indiqué de procéder à un nouvel agencement du texte. On a

critiqué en partie aussi l'abandon de la liste d'exemples de l'article 6 LCart, ainsi que l'introduction d'un droit de plainte pour les associations, en particulier pour les organisations de consommateurs.

L'un des principaux objectifs de la révision était la création d'un *droit administratif des cartels* solide et, par suite, efficace et conforme à l'exigence de sécurité juridique. Cet objectif a été atteint, grâce à la présomption d'illicéité et à la conception plus stricte, par rapport à la méthode traditionnelle du solde, du schéma d'appréciation, qui met désormais au premier plan le critère d'efficacité.

Certains ont exprimé le désir de conserver la méthode du solde et critiqué aussi le fait que l'impératif d'un droit du comportement des entreprises selon des critères concrets n'ait pas été pris en considération; afin de pouvoir distinguer un comportement autorisé d'un comportement interdit, on a demandé à diverses reprises que le texte proposé soit enrichi de règlements sur les exemptions par catégorie, analogues au droit de la concurrence de l'UE. On s'est aussi opposé à l'autorisation exceptionnelle en raison d'intérêts publics prépondérants, allant trop loin pour les uns, pas assez pour les autres.

Les avis relatifs au *contrôle des fusions* ont fait apparaître un très large éventail d'opinions, oscillant entre l'approbation sans réserve et le refus total, en passant par la critique constructive et l'approbation ou le refus conditionnels. A cet égard, on a trouvé des voix positives et négatives dans la plupart des catégories (partis, associations économiques, cantons).

En ce qui concerne les *institutions* proposées, on a reproché à l'idée de créer un office fédéral de la concurrence de bureaucratiser l'économie (administration de la concurrence) et soulevé en même temps à diverses reprises la question de savoir pourquoi, dans la réorganisation des institutions, on n'avait pas suivi le modèle de la Commission fédérale des banques.

Le rapport entre l'avant-projet et la *surveillance des prix* a été abordé dans une série de réponses. On a fréquemment suggéré de repenser la

fonction de cette institution. Dans plusieurs cas, on en a demandé la suppression ou son intégration dans la loi sur les cartels. Les milieux des consommateurs ont au contraire salué favorablement le fait que l'avant-projet n'ait pas remis en question cette institution.

14 Remarques de fond sur le projet de loi

A la suite de la procédure de consultation, l'avant-projet a été remanié par un groupe de travail interne de l'administration, placé sous la direction du président de la Commission d'étude. Tout en s'appuyant, dans ses caractéristiques fondamentales, sur l'avant-projet de la Commission, le projet prend en compte un certain nombre de critiques formulées dans la procédure de consultation.

L'écart le plus frappant par rapport au texte de la Commission réside dans la nouvelle classification systématique adoptée par le projet. L'élément central de cette réorganisation est l'uniformisation des dispositions matérielles. Dans le projet, l'illicéité d'une restriction de la concurrence est appréciée en fonction de la même partie matérielle, que la procédure suivie soit de droit civil ou de droit administratif des cartels. La partie matérielle du projet présente également une nouveauté au sens où, en tant que concrétisation du modèle général de justification par l'efficacité économique, elle contient une liste d'accords que la Commission de la concurrence, succédant à la Commission des cartels, peut considérer, à certaines conditions, comme réputés justifiés.

Le projet ne reprend pas l'obligation de signaler les accords présumés illicites. Etant donné que l'exécution de cette obligation était liée à la validité, sous l'angle du droit civil, des accords concernés, il a été relevé plusieurs fois, dans la procédure de consultation, qu'une telle obligation n'était pas compatible avec une législation basée sur le principe de l'abus.

Les dispositions sur le contrôle des concentrations d'entreprises ont été précisées, afin de répondre au souci d'une sécurité juridique aussi élevée que possible. D'autres précisions, en particulier de procédure, trouveront leur place dans une ordonnance d'exécution du Conseil fédéral.

✚ Dans la partie institutionnelle, au lieu de la création d'un office fédéral de la concurrence, fréquemment critiquée dans la procédure de consultation, on a choisi une structure aussi proche que possible du modèle de la Commission fédérale des banques. Pour l'exécution de la procédure d'enquête, la Commission de la concurrence disposera d'un secrétariat. Afin d'empêcher une confusion des points de vue relevant spécifiquement de la concurrence et de ceux qui sont liés à des considérations extérieures à celle-ci (politiques), l'autorisation exceptionnelle de restrictions de la concurrence fondée sur des intérêts publics prépondérants sera de la compétence du Conseil fédéral: autorité politique suprême, c'est à lui seul qu'appartient une telle décision politique. Cette attribution de compétence a aussi des effets sur la voie de droit, dont la division en deux parties proposée dans l'avant-projet en fonction de la justification d'une restriction de la concurrence n'est plus nécessaire, étant donné que c'est le Conseil fédéral qui maintenant décide de l'autorisation exceptionnelle en tant qu'instance unique. Les décisions de la Commission de la concurrence et de son secrétariat peuvent être attaquées en première instance devant la Commission de recours pour les questions de concurrence.

141 L'économie de marché, principe directeur de la politique de la concurrence dans la constitution économique suisse

La constitution fédérale se réclame fondamentalement d'un système d'économie de marché assorti d'obligations sociales. Cette affirmation s'appuie sur deux piliers:

Le premier est la liberté du commerce et de l'industrie (LCI)³⁷⁾. Dans l'exercice de ses activités, l'Etat doit prendre en considération la LCI des participants au marché. Cela signifie que les interventions étatiques dans les affaires économiques demeurent l'exception et que, conformément à la conception de l'article 31 de la constitution, des dérogations à la LCI ne sont possibles que sur la base de réserves spéciales figurant dans la

37) Art. 31 cst.

constitution elle-même³⁸). L'importance fondamentale de la LCI se manifeste dans le fait que des dérogations ne sont que difficilement possibles; les dérogations aux mécanismes d'orientation axés sur la concurrence ne peuvent être admises qu'avec l'approbation du peuple et des cantons³⁹).

Le second pilier prend pour base l'article concernant les cartels dans la constitution fédérale⁴⁰). En vertu de cette disposition, il incombe à l'Etat de définir un cadre juridique en matière de concurrence pour les activités économiques exercées par les participants au marché, et ce, dans le souci de la LCI. Avec l'article sur les cartels, le droit fondamental à la liberté économique visé par la LCI doit être réalisé également au niveau des agents économiques. Le législateur est tenu de garantir une économie fondamentalement orientée sur la concurrence. L'article constitutionnel sur les cartels lui donne les références nécessaires en faisant de la lutte contre les conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels et organisations analogues l'objectif de la politique de l'Etat en matière de concurrence. Le législateur dispose ainsi d'un cadre constitutionnel qu'il doit respecter en concevant une loi sur les cartels.

Toutefois, aussi bien dans la concrétisation de la LCI que dans l'élaboration d'un ordre de la concurrence en vertu de l'article sur les cartels, ce ne sont pas seulement les aspects de l'économie de marché mais aussi les facteurs sociaux qui jouent un rôle central. La LCI se réfère non seulement à des normes constitutionnelles expresses mais aussi à des considérations socio-politiques qui se sont développées dans la pratique, au sens d'un engagement social. L'article sur les cartels, lui aussi, oblige le législateur, en empêchant les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social, à suivre une politique de la concurrence orientée sur l'intérêt général.

38) On remarquera, dans ce contexte, que l'application du principe mentionné n'est pas toujours aussi stricte dans la pratique. L'étroitesse formelle de celui-ci a contraint le Tribunal fédéral à reconnaître, outre des mesures étatiques visant au maintien de l'ordre économique, également des mesures inspirées de considérations socio-politiques comme interventions licites (même sans base constitutionnelle directe) dans la LCI (voir récemment, p. ex., ATE 119 Ia 67 s. c. 6a).

39) Rhinow, Commentaire sur l'art. 32 cst., no 129

40) Art. 31bis, 3e al., let. d, cst.

L'économie de marché ne peut fonctionner sans une vraie concurrence. Celle-ci oblige à l'engagement efficace, et proche de la demande, des facteurs de production, incite à la meilleure performance économique et encourage le progrès et le développement des facultés d'adaptation au changement. Une concurrence insuffisante n'a pas seulement pour effet des prix surfaits ou une offre moins attrayante, mais elle porte aussi atteinte à l'avance de la productivité et conduit finalement à la perte de la compétitivité d'une économie nationale dans son ensemble. Il incombe donc au législateur de créer le cadre légal dans lequel les fonctions de la concurrence ne sont pas fondamentalement compromises.

L'article 31bis, 3^e alinéa, lettre d, de la constitution donne mandat à la Confédération d'édicter des dispositions "pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues". L'introduction du 3^e alinéa de l'article 31bis de la constitution fait dépendre cette compétence fédérale de la justification de l'intérêt général. Toutefois, cette exigence spéciale posée à l'exercice de la compétence n'a pas valeur de limitation face aux données économiques décrites: non seulement l'intérêt général justifie la mise en place d'une législation sur la concurrence, mais il impose.

Cet article sur les cartels a une fonction normative pour la législation suisse en matière de concurrence. Celle-ci n'a pas à poursuivre des objectifs quelconques, mais est tenue de lutter contre les conséquences économiques ou sociales nuisibles des cartels et organisations analogues. Il s'agit là d'une limitation constitutionnelle explicite qui remplit la double fonction de droit fondamental (de droit individuel) et de politique de la concurrence. L'article sur les cartels établit clairement, au niveau constitutionnel, que les intérêts de la politique de la concurrence doivent être reconnus comme légitimant une intervention dans le domaine de la LCI. Il fixe en outre au niveau normatif le plus élevé la manière dont il faut établir un équilibre entre les intérêts des droits fondamentaux privés (autonomie privée) et l'intérêt public à une concurrence effective. On peut donc lire dans la norme constitutionnelle une pesée des intérêts: les mesures qui limitent l'autonomie privée répondent à un intérêt public

prépondérant quand elles sont conformes aux objectifs de l'article sur les cartels.

L'article sur les cartels fournit quelques points de repère à la concrétisation confiée au législateur: le seuil d'intervention des normes du droit de la concurrence à édicter est l'effet économiquement ou socialement nuisible. Cet impératif n'est pas directement concrétisé dans l'article sur les cartels; ces notions deviendront surtout opérationnelles dans la législation d'exécution. A cet égard, on considérera que la question de savoir ce qui est économiquement ou socialement nuisible ne peut être réglée une fois pour toutes, mais doit être posée en permanence; l'appréciation de la nocivité est déterminée dans une mesure décisive par des facteurs concrets (telle l'évolution économique et sociale), par les valeurs dominantes ainsi que par l'état actuel des connaissances scientifiques économiques et sociales.

La concrétisation de l'article sur les cartels ne peut être entreprise de manière isolée: elle doit intervenir dans le contexte de la disposition fondamentale de droit constitutionnel économique sur la LCI. Les intérêts de droit fondamental contenus dans la LCI, tel l'intérêt à une économie de marché qui fonctionne, apportent une contribution décisive à la concrétisation du contenu matériel de l'article sur les cartels. En garantissant la LCI, la constitution se prononce en faveur d'un système économique fondamentalement orienté sur la concurrence. Cette conception de la LCI se répercute sur le sens de l'article sur les cartels. Le principe de coordination de la concurrence a tendance à prendre le pas sur d'autres principes de coordination économique. Cela traduit la conviction qu'une concurrence effective produit normalement des résultats économiques et sociaux favorables (souhaités) et permet en même temps le libre épanouissement individuel.

143 Conception de la concurrence dans le projet de loi

143.1 Conception de la concurrence dans la LCart

La partie de droit civil de la LCart ne diffère pas fondamentalement de celle de la loi sur les cartels de 1962, marquée par la notion de "concur-

rence possible" qu'avait élaborée la Commission d'étude des prix⁴¹). S'inspirant de cette conception de la concurrence, le législateur de 1962 a tenté de mettre en oeuvre le mandat constitutionnel d'édicter une législation interdisant les abus en instaurant un régime de la concurrence qui n'exclue pas la renonciation volontaire et collective à la concurrence, mais qui laisse néanmoins à toute personne la possibilité de faire concurrence à quelque moment que ce soit. Cette idée de base s'est avant tout concrétisée, aux termes des dispositions de droit civil de l'ancienne et de l'actuelle loi sur les cartels, dans l'interdiction des restrictions notables de la concurrence, sous réserve de justification décisive. En conséquence, les règles de droit civil sur les cartels doivent en premier lieu protéger le particulier dans ses droits d'exercer librement une activité économique.

Outre la protection de la libre concurrence, la LCart veut également protéger la concurrence en tant qu'institution, tâche qui, selon le Message de 1981, doit être en premier lieu menée à bien par le biais de règles de droit administratif des cartels. C'est donc au droit administratif des cartels qu'il appartient de faire en sorte que la concurrence soit également suffisante sur les marchés où les outsiders désirant participer à la concurrence font défaut: la LCart admet qu'il faut accorder une importance primordiale à la concurrence dans un système d'économie de marché, mais elle part également du principe "que la concurrence peut aussi dégénérer et prendre des formes peu souhaitables dans l'intérêt général" (Message 1981, FF 1981 II 1267). Afin de distinguer les cartels tolérables des cartels nuisibles, on a expressément ancré dans l'article 29 LCart la méthode du solde, qu'appliquait déjà la Commission des cartels sous l'empire de la loi de 1962. Selon les critères retenus par cette méthode, les cartels et autres restrictions de la concurrence sont appréciés en fonction de leurs effets sur la concurrence et sur d'autres objectifs sociaux ou de politique économique. Ce mode de jugement était alors conforme à un principe appliqué dans de nombreuses lois étrangères sur la concurrence, principe en vertu duquel les pratiques des acteurs du marché doivent être appréciées non seulement en fonction de leurs effets

41) Les cartels et la concurrence en Suisse, 31e publication de la Commission d'étude des prix du Département fédéral de l'économie publique, Berne 1957

sur la concurrence mais encore en fonction de l'intérêt général ("public interest" ou "bilan économique et social").

L'application de la méthode du solde n'excluant pas une remise en cause de la priorité de la concurrence, on a considéré, lors de l'élaboration de la LCart, qu'il fallait "accorder plus de poids à une concurrence efficace dans l'examen attentif des intérêts en cause" (Message 1981, FF 1981 II 1267). Comme le montrent les débats parlementaires d'alors, le législateur a voulu, avec la notion-clé de concurrence efficace, être plus proche encore de la conception de la "concurrence possible" et relever nettement le seuil à partir duquel peuvent se justifier des restrictions notables de la concurrence, telles que celles qui englobent ou verrouillent un marché. A cet égard, on se référa également aux considérations de la Commission d'étude des prix de 1957, selon lesquelles "la concurrence canalisée et l'exploitation d'une suprématie sur le marché étaient contraires à l'intérêt général non seulement lorsqu'elles affaiblissaient la concurrence, la limitaient partiellement ou la déplaçaient (par exemple du prix à la prestation) mais également lorsqu'elles la vidaient de sa substance dans la mesure où elle ne pouvait plus exercer sa fonction de régulatrice du marché"⁴²). L'importance accrue accordée sur cette base aux aspects de concurrence par rapport à la loi sur les cartels de 1962 se retrouve également dans la pesée des intérêts de droit civil, en ce sens qu'une entrave à la concurrence ne peut être admise d'après l'article 7 LCart que lorsque ses effets ne portent pas atteinte à l'intérêt général.

Cette appréciation, fortement conditionnée par l'intérêt général, des restrictions de la concurrence est peut-être aujourd'hui considérée comme un moyen de sortir du dilemme qui marquait alors la politique de la concurrence. Pendant de longues années, celle-ci n'a vu que la concurrence "parfaite" comme principe directeur théorique; cela, toutefois, sans nier à juste titre qu'une application stricte de ce principe pouvait, dans la pratique, souvent conduire à des résultats aberrants. Depuis lors, la théorie de la concurrence s'est considérablement développée et permet de mieux axer la politique de la concurrence sur les réalités économiques; il

42) Les cartels et la concurrence en Suisse, *ibid.*, 161

n'apparaît ainsi plus nécessaire, par exemple pour justifier des accords améliorant l'efficacité économique, de se référer directement à l'intérêt général.

143.2 Nouveaux critères de la théorie de la concurrence

Le modèle d'équilibre de la concurrence parfaite n'a cessé d'influencer la théorie et la politique de la concurrence et ce, même à une époque où il était admis qu'il ne pouvait servir de principe directeur. En faisant appel aux conceptions de "workable competition" développées dans les années cinquante et soixante par l'Ecole de concurrence de Harvard, on examine ainsi le plus souvent si les "imperfections" observées sur le marché constituent, au sens de solutions "second best", des dérogations encore admissibles ou non à l'idéal présumé de concurrence parfaite. Dans sa conception de la concurrence efficace ("efficient competition"), Clark⁴³⁾ soutenait bien depuis longtemps que ces prétendues imperfections étaient précisément de nature à dynamiser les processus de la concurrence parce qu'elles résultaient, par exemple, de prestations supérieures ou d'économies d'échelles de toute sorte. Pourtant, l'économie d'entreprise, fortement axée sur l'empirisme, et la théorie de la concurrence de Harvard fondée sur elle, ont été longtemps marquées par un déterminisme structurel en vertu duquel les structures d'un marché déterminent le comportement des entreprises et, en définitive, les résultats du marché. On constate que ce déterminisme structurel caractérise par exemple aussi la conception de Kantzenbach que l'on trouve dans la théorie allemande de la concurrence, conception d'une concurrence apte à fonctionner "d'une manière optimale" et selon laquelle les fonctions statiques et dynamiques de la concurrence se concrétisent au mieux dans les grands oligopoles.

Dans la théorie allemande de la concurrence, on a violemment critiqué, au milieu des années soixante déjà, les notions de "workable competition" qui tendent à devenir des instruments et sont fondées sur une compréhension souvent déterministe de la concurrence. Ces critiques émanaient d'Hopmann⁴⁴⁾ et, plus tard, des adeptes des approches systémiques. Une

43) Clark, *Competition as a Dynamic Process*, Washington, 1961

44) Hopmann, *Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, Tübingen 1988

politique de la concurrence qui s'efforce dans un cas d'espèce, comme le fait par exemple la méthode suisse du solde, d'apprécier des restrictions de la concurrence en fonction de leurs effets sur un ensemble d'objectifs sociaux et de politique économique, équivaut, selon Hoppmann et d'autres adeptes de l'approche systémique sociologique, à demander l'impossible aux autorités en matière de concurrence. En vertu de l'approche systémique, la théorie et la politique de la concurrence doivent, en raison de la complexité des processus du marché, s'en tenir à expliquer le principe et à établir des modèles de prévision tels ceux selon lesquels les cartels en matière de prix, de quantités ou de répartition géographique ont, en règle générale, des effets nuisibles sur le plan social et de l'économie nationale. Cette approche soutient que la concurrence (apte à fonctionner) ne peut se définir qu'à l'aune de la liberté de la concurrence. Du point de vue de la politique de la concurrence, il s'agit ainsi en général d'empêcher les pratiques qui "limitent restrictivement" la liberté de la concurrence. Abstraction faite de sa claire condamnation des ententes cartellaires horizontales, la théorie systémique, qui argumente dans un domaine comparativement abstrait, n'a en revanche pas été en mesure de formuler une liste, utilisable, des pratiques qui entravent d'une manière inadmissible la liberté de la concurrence.

La théorie américaine de la concurrence s'est développée sur une base moins abstraite, beaucoup plus axée sur l'analyse des différents types de restrictions de la concurrence. Depuis le milieu des années septante surtout, la théorie du marché et de la concurrence s'est développée, profitant notamment des retombées du conflit théorique ayant opposé les Ecoles de Harvard et de Chicago. Celle-ci met au centre de ses recherches la notion de marchés contestables⁴⁵). Cette approche repose sur l'idée que l'intensité concurrentielle d'un marché n'est pas en premier lieu fonction du nombre d'offreurs mais des conditions d'accès et de sortie de ce marché. D'autres approches, telle la conception des barrières à la mobilité⁴⁶), se sont aussi montrées utiles pour une politique pratique de la

45) *Baumol/Panzar/Willig*, Contestable markets and the Theory of Industrial Structure, New York 1982

46) *Caves/Porter*, From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to new Competition, *Quarterly Journal of Economics* 1977, 241 ss

concurrence, capable de prendre en compte d'une manière adéquate la pression de la concurrence potentielle, souvent sous-estimée auparavant. Toutes ces nouvelles approches ont contribué à affûter le regard des théoriciens et des praticiens de la concurrence sur la capacité de fonctionnement de la concurrence: celle-ci dépend moins de caractéristiques statiques, telles que les concentrations d'entreprises, que de marchés ouverts.

Au cours des deux dernières décennies, la théorie et la politique de la concurrence ont également évolué en raison, notamment, du développement de la théorie du coût de transaction⁴⁷⁾, qui présente de nouveaux critères d'appréciation pour les accords verticaux et les formes de coopération horizontale. Les accords verticaux, comme les systèmes sélectifs de distribution, les contrats de franchisage ou même les prix imposés du deuxième échelon sont, à des conditions bien déterminées, capables de résoudre des problèmes de coût de transaction et de réduire les frais de distribution. Cette approche fournit aussi d'autres arguments lorsqu'il s'agit de distinguer avec netteté, lors de l'appréciation sous l'angle de la politique de la concurrence, les cartels rigides des cartels souples. D'une part, le verdict reste parfaitement clair quant aux premiers, soit les cartels en matière de prix, de quantités ou de répartition géographique. D'autre part, il y a lieu d'apprécier l'efficacité de nombreuses formes de collaboration inter-entreprises (cartels souples) d'une manière d'autant plus positive qu'elles permettent non seulement des économies d'échelle dans la production, la recherche et développement ainsi que dans les acquisitions et la distribution, mais qu'elles sont encore propres à réduire les coûts de transaction et à faciliter le transfert de savoir-faire, opération de plus en plus importante dans les économies développées.

47) A l'origine, *Coase* (The Nature of the Firme; in *Economia* IV, 1937, 386 ss) avait relevé que l'utilisation du mécanisme des prix serait subordonnée à des coûts. Le taux du coût de transaction est ainsi devenu une théorie générale. Les décisions de caractère économique ne sont pas gratuites pour les participants au marché, mais liées à des coûts de transaction, c.-à-d. à des dépenses pour la recherche d'informations, l'élaboration et le contrôle des relations contractuelles. Dans les économies publiques développées, les frais transactionnels constituent des coûts importants qui s'ajoutent aux coûts de production.

L'Ecole de la concurrence de Chicago ayant fortement critiqué les anciennes conceptions de "workable competition", la nouvelle Ecole de Harvard a révisé, dès le milieu des années septante, ses positions sur la théorie de la concurrence et les a adaptées aux nouvelles découvertes théoriques. Elle a en particulier assoupli sa position jadis fort restrictive à l'égard de certains accords verticaux. Il en résulte que les deux écoles les plus en vue font aujourd'hui preuve d'une *convergence marquée* non seulement dans le domaine des théories de marché utilisées mais également quant aux positions théoriques qu'elles défendent. La théorie moderne de la concurrence est avant tout uniforme lorsqu'elle affirme que les cartels rigides (accords horizontaux sur les prix, les quantités ou la répartition géographique) ont, dans presque tous les cas, des incidences nuisibles sur l'économie nationale. Cette théorie admet également que les marchés ouverts sont les meilleurs garants du fonctionnement des processus du marché. Dès lors, la suppression des obstacles étatiques à l'accès au marché (notamment à l'échelle internationale) ainsi que la lutte contre les pratiques privées visant à empêcher l'accès au marché de nouveaux concurrents revêtent précisément une importance primordiale pour la théorie de la concurrence, notamment dans une économie nationale de petite taille. Les écoles de la concurrence sont également unanimes à dire que c'est en définitive dans l'intérêt de la sécurité juridique que la politique de la concurrence devrait édicter dans une mesure aussi large que possible des règles "per se" qui permettent d'éviter l'appréciation détaillée de chaque cas particulier. On a toutefois constaté, notamment dans le domaine des pratiques abusives des entreprises puissantes ainsi que du contrôle des concentrations d'entreprises, que l'on pouvait rarement s'abstenir de procéder à une telle appréciation. Il n'est ainsi guère étonnant de constater que même un des fondateurs de l'approche systémique⁴⁸⁾, laquelle se prononce avec une grande détermination en faveur de règles "per se", admet que la politique de la concurrence ne peut pas complètement renoncer à des examens de cas particuliers. La théorie de la concurrence est également unanime à dire aujourd'hui que certains accords verticaux (p. ex. prix imposés du deuxième échelon) et entraves (p. ex. discriminations en matière de prix

48) *Schmidtchen*, Fehlurteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, *Ordo* 1988, p. 111 à 135

et pratiques couplées) figurant jadis sur la liste des interdictions ne font réellement obstacle à la concurrence que s'ils sont le fait d'une ou de plusieurs entreprises vraiment puissantes sur le marché. Les autorités en matière de concurrence peuvent ainsi déceler avec une certaine facilité les cas qui ne devraient a priori pas poser de problèmes. L'application des lois sur la concurrence s'en trouve ainsi facilitée, et la sécurité juridique de leurs destinataires, renforcée.

Abstraction faite de certains économistes qui affichent l'optimisme du docteur Pangloss⁴⁹⁾ de Voltaire et qui contestent dès lors le bien-fondé de toute politique de la concurrence, les différences entre les écoles de la concurrence sont aujourd'hui plus de nature graduelle que de principe, en ce sens qu'elles caractérisent surtout les accents mis lors de l'appréciation des accords verticaux et des concentrations d'entreprises. L'Ecole de Chicago, sur un fond de marché américain soumis à une concurrence intérieure et extérieure intense, place la barre critique pour les fusions d'entreprises un peu plus haut que ne le fait l'Ecole de Harvard⁵⁰⁾. De son point de vue, même dans les marchés marqués comparativement par une forte concentration, des économies d'échelle sont encore possibles, qui compensent en règle générale les éventuelles pertes d'allocation. Face à des accords verticaux, cette école place également au premier plan les économies réalisées sur les coûts de transaction par rapport aux aspects relevant de la puissance sur le marché. D'une manière générale, l'Ecole de Chicago recommande aux autorités en matière de concurrence de se concentrer sur l'élimination des restrictions importantes de la concurrence et de laisser à la concurrence potentielle le soin de s'attaquer aux positions de force temporaires.

A l'instar de l'Ecole de Chicago, la nouvelle Ecole de Harvard part du principe que la marge de manoeuvre dont dispose une entreprise puissante pour fixer des prix trop élevés tout en gênant ses concurrents, dépend moins de l'ampleur des parts du marché que de ses conditions

49) Par économie du docteur Pangloss, on veut désigner une vue des choses répondant à celle du célèbre précepteur de Candide: les forces d'autoguérisson du marché permettent toujours de se retrouver dans le meilleur des mondes possibles.

50) Les adeptes de l'Ecole de Harvard estiment en règle générale que le point critique se situe à 30 ou 40 pour cent des parts de marché; ceux de l'Ecole de Chicago, à 50 ou 60 pour cent.

d'accès. Fondée sur les résultats des nombreuses études empiriques, elle juge en revanche avec un peu plus de scepticisme que l'Ecole de Chicago les gains d'efficacité que peuvent induire des fusions dans des marchés hautement concentrés, et place dès lors généralement un peu plus bas la barre critique du contrôle préventif des fusions. Dans leurs dernières études, les théoriciens de Harvard, s'inspirant de conceptions modernes de la théorie du marché, ont traité d'une manière approfondie le fait que des entreprises tentent, par des pratiques stratégiques, de rendre plus difficiles les conditions d'accès de leurs concurrents potentiels à un marché ou d'élever abusivement les coûts de leurs concurrents. Des entreprises puissantes sur le marché peuvent, si elles tirent bien parti de certaines situations, en exclure des concurrents dangereux grâce à la sous-enchère en matière de prix, ou leur en barrer l'accès par des entraves de nature stratégique et non axées sur les prix. Font notamment partie de ces entraves stratégiques celles qui rendent plus difficile l'accès au marché de concurrents étrangers. En incluant dans son analyse la problématique du coût de transaction, la nouvelle Ecole de Harvard juge discutables les accords verticaux, surtout lorsqu'ils renforcent la puissance horizontale sur le marché ou se soldent par des entraves à la concurrence.

La politique pratique de la concurrence peut également s'inspirer de la notion dite des lacunes du marché (Koordinationsmängelkonzept). Cette conception, à laquelle on se réfère souvent dans l'espace germanophone, a été développée par Borchert/Grossekettler⁵¹). Elle constitue un test approfondi du marché plutôt qu'un principe directeur de la concurrence. S'inspirant d'une compréhension moderne du marché, elle part du principe que l'on attend généralement des mécanismes du marché qu'ils remplissent un certain nombre de fonctions (liées entre elles): la fonction d'épuration du marché⁵²), celle de normalisation des rendements⁵³), celle

51) *Borchert/Grossekettler, Preis- und Wettbewerbstheorie, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1985*

52) Certaines capacités données, l'offre et la demande s'équilibrent par le biais d'adaptation des prix.

53) En accélérant ou en retardant la croissance des capacités, on obtient un équilibre des rendements corrigés des risques en comparaison avec le rendement normal de l'économie dans son ensemble.

d'érosion de la suprématie⁵⁴⁾, celle de développement du produit⁵⁵⁾ et celle de développement du procédé⁵⁶⁾. Les adeptes de cette doctrine ont développé des tests empiriques permettant d'étudier si ces fonctions sont mises en oeuvre. Si la notion de lacunes du marché est, certes, parfaitement capable de répondre aux exigences d'un test moderne de la concurrence, il ne faut toutefois pas oublier que cette méthode ne se prête guère dans la pratique qu'à des enquêtes de marché a posteriori⁵⁷⁾: test empirique, elle exige des données récoltées sur des années.

143.3 La "concurrence efficace", principe directeur de la politique de la concurrence

La politique de la concurrence n'a jamais tout à fait mis en pratique les grands modèles théoriques des écoles traditionnelles de la concurrence. Ce fait se confirme d'autant plus dans la politique de la concurrence actuelle que la théorie moderne de la concurrence tente de se livrer à une analyse des diverses restrictions de la concurrence plutôt que de développer un principe directeur intégral. En ce qui concerne la politique suisse de la concurrence, on doit constater qu'elle a été plusieurs fois au cours des années fortement influencée par la théorie de la concurrence. Il est ainsi patent que la notion de "concurrence possible" de la Commission de la formation des prix porte l'empreinte de l' "ordoliberal Schule", alors que la méthode du solde développée par la Commission des cartels présente, en tant qu'instrument, de nombreuses références à certaines notions de "workable competition" de l'ancienne Ecole de Harvard. La politique américaine de concurrence, notamment, a tenté au cours des années quatre-vingt de faire passer dans la pratique les dernières découvertes de la théorie de la concurrence. Il s'est alors révélé une fois de plus que les différentes options théoriques pouvaient fort bien se combiner et que le législateur n'avait aucunement besoin de se fixer sur une

54) On empêche une suprématie durable par des changements de structure, notamment par des accès au marché.

55) Par rapprochement avec un marché comparable, on introduit suffisamment de produits nouveaux ou de qualité différente.

56) Par rapprochement avec un marché comparable, on introduit suffisamment de procédés de fabrication nouveaux ou de qualité différente.

57) Par exemple, pour vérifier les effets d'un régime auquel sont soumis les cartels, mais non pour se pencher sur les conséquences futures d'un nouvel accord ou, surtout, d'une concentration.

école déterminée. Pour qu'une politique de la concurrence puisse s'adapter, il faut que la structure d'une loi régissant la concurrence n'empêche pas l'adoption des progrès de la doctrine en matière de marché et de concurrence et que les clauses générales de cette loi soient suffisamment souples pour accepter les méthodes d'analyse les plus adéquates.

La notion de concurrence efficace, à laquelle le projet accorde une grande importance - elle y est plusieurs fois mentionnée -, constitue précisément une clause générale du droit de la concurrence: c'est sous l'angle de cette notion qu'on se demandera, lors d'une première approche (sous l'angle de la concurrence), si une entente ou une concentration d'entreprises peuvent être ou non tolérées. Même si cette notion-clé a déjà une existence juridique en Suisse et à l'étranger, sa portée (dynamique) ne peut être saisie qu'en faisant constamment appel à la théorie de la concurrence.

La notion de concurrence efficace trouve son origine dans les conceptions de "workable competition" développées par l'Ecole traditionnelle de Harvard au cours des années cinquante et soixante. Depuis lors, presque toutes les écoles de la concurrence ont utilisé cette notion, en lui donnant souvent un contenu différent. Longtemps, cette notion a servi de raccourci pour exprimer un modèle de concurrence cherchant, de façon pragmatique, à concilier les écarts et les irrégularités encore acceptables avec l'idéal (présumé) de concurrence parfaite. La notion de concurrence efficace du projet se démarque volontairement de ce sens-là. Elle y est ainsi comprise comme une concurrence qui, s'inspirant largement de la théorie moderne du marché et de la concurrence, ne se fixe sur aucune "panacée"⁵⁸). Dans cette optique, la concurrence est un processus dynamique aux multiples facettes, et la politique de la concurrence a (essentiellement) pour mission de garantir que les fonctions statiques et dynamiques de la concurrence soient suffisamment assurées, c'est-à-dire pas trop fortement entravées par des restrictions privées de la concurrence (ou par des dysfonctionnements dus aux réglementations étati-

58) La concurrence parfaite ou même la notion de marchés contestables peuvent, suivant les situations, constituer des modèles plus ou moins utiles.

ques). En d'autres termes, la concurrence doit inciter, voire forcer, les entreprises à optimiser l'utilisation des ressources, à adapter produits et production aux conditions externes et à innover au niveau des produits et des procédés de production. Il y a donc concurrence efficace lorsque, sur un marché donné, ces fonctions fondamentales de la concurrence ne sont pas faussées. Il n'incombe dès lors pas à une politique de la concurrence procédant d'une compréhension dynamique de la concurrence d'éliminer toutes les prétendues "imperfections" des mécanismes du marché. Les monopoles temporaires engendrés par des prestations particulièrement performantes et les déséquilibres dus à d'autres facteurs constituent notamment des phénomènes tout à fait caractéristiques des processus concurrentiels.

Le sens donné à la "concurrence efficace" rejette tout déterminisme structurel en vertu duquel il y aurait lieu, en se fondant sur des critères structurels statiques (nombre des entreprises, concentration des parts de marché, etc.), de conclure à des comportements ou à des résultats déterminés de la concurrence. Il n'en résulte pas pour autant que les critères d'appréciation qu'ont été jusqu'ici le comportement, les structures et les résultats seront désormais superflus. Toutefois, le projet accorde encore plus d'importance qu'auparavant aux conditions d'accès et de sortie du marché en tant que facteurs des plus déterminants de l'état de la concurrence. Si elle veut tenir compte de l'importance fondamentale que revêtent les marchés ouverts, une politique de la concurrence efficace doit s'ériger avec toute la détermination voulue contre les pratiques (et les réglementations étatiques) qui tentent de tenir les concurrents potentiels à l'écart d'un marché. On comprendra alors aisément que l'ouverture d'un marché, ou ses conditions d'accès ou de sortie, doivent être un critère central pour apprécier les restrictions concrètes de la concurrence. Compte tenu des relations complexes du marché, que relèvent notamment les adeptes de la théorie systémique, la politique de la concurrence se doit de renoncer à un "réglage fin". La concurrence efficace ainsi comprise implique dès lors que l'on renonce dans une très large mesure à assigner des objectifs politiques à la politique de la concurrence et que l'on se concentre sur la garantie de l'efficacité des marchés dans leurs fonctions statiques et dynamiques. Une telle politique de la concurrence est le meilleur garant de l'utilisation parcimonieuse des

ressources de l'économie nationale, et profite en définitive à l'intérêt commun. Quant aux autres objectifs sociaux et économiques qui, à l'exemple de la politique régionale ou de la garantie des revenus, relèvent communément de l'Etat, on les atteint bien mieux, dans la plupart des cas, par des mesures de politique sociale et économique qu'en fixant des objectifs politiques à la politique de la concurrence. De plus, une politique de la concurrence basée sur la "concurrence efficace" permet de protéger plus sûrement le droit d'exercer librement une activité économique qu'une politique de la concurrence utilisée à des fins politiques, qui met directement les actes de concurrence des particuliers au service de "l'intérêt général".

Dans la LCart, la notion de concurrence efficace joue déjà un rôle important en ce sens qu'en présence de restrictions de la concurrence particulièrement marquées, elle fixe des limites strictes à une pesée des intérêts axée sur l'intérêt général. La notion de concurrence efficace n'est pas totalement identique dans la LCart et dans le projet. Cela s'explique tant par les différences de structure que par la place importante que tient la méthode du solde dans la LCart. Dans le projet, la concurrence efficace joue d'abord un rôle important de délimitation entre les restrictions illicites de la concurrence, car elle permet de distinguer les cartels rigides des cartels souples. Cette notion remplit une fonction similaire pour les concentrations d'entreprises, en ce sens qu'une autorisation n'est prévue que lorsque la concentration ne crée pas une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace. Celle-ci n'est pas expressément mentionnée dans les articles sur les pratiques illicites des entreprises dominant le marché. On se heurte ici à la difficulté que ces pratiques peuvent, a priori, être soit l'expression d'une saine concurrence, soit le signe d'une stratégie abusive. En conséquence, il y a lieu de mettre au premier plan dans cette appréciation le droit d'exercer librement une activité économique, en dépit du fait que des pratiques d'entrave réussies soient tout à fait à même d'éliminer la concurrence efficace.

Selon le message de 1981, la codification de la méthode du solde s'est opérée avec l'idée "que la concurrence efficace était en règle générale (mais pas sans exceptions) dans l'intérêt commun" (message 1981, FF 1981 II 1269). Le présent projet n'altère en rien cette idée directrice. Seul

le type de démarcation s'est modifié lorsqu'il s'agit d'apprécier les accords en matière de concurrence. Point n'est besoin d'être un défenseur dogmatique de l'économie de marché pour admettre que les marchés capables de fonctionner exercent pratiquement sans exception des effets positifs sur les critères de la méthode du solde énumérés à l'article 29, 2e alinéa, LCart. Cette conclusion est aussi bien applicable aux coûts de fabrication et de distribution, aux prix, à la qualité, à l'approvisionnement, aux intérêts des travailleurs et des consommateurs qu'à la structure d'une branche économique - comme le démontrent certains exemples récents de l'histoire de l'économie suisse. Il est dès lors compréhensible, en tout cas dans le cadre d'une première approche, que l'on ne se fonde pas, pour tracer la limite entre les bons et les mauvais cartels, sur une évaluation entièrement ouverte selon la méthode du solde mais que l'on s'inspire de la conception de la concurrence efficace, telle qu'elle préside à la présente révision.

La loi en vigueur connaît d'un côté un critère de la concurrence efficace⁵⁹⁾ qui, selon la perception actuelle de la concurrence, est trop étroit et trop strict et d'un autre, avec la méthode du solde, un instrument trop large et juridiquement trop diffus pour qu'il soit possible de conduire une politique de la concurrence à la fois efficace et satisfaisante sous l'angle de l'Etat de droit. La notion de concurrence efficace, conforme aux théories modernes de la concurrence, qui est retenue dans le projet ne se caractérise pas seulement par sa grande souplesse, mais donne à la politique de concurrence des contours beaucoup plus clairs que ne le fait la loi actuelle (p. ex. les éléments de nature vraiment politique n'entrent en ligne de compte qu'au deuxième stade de l'appréciation). Cette souplesse de la conception proposée s'exprime pratiquement dans le fait que les très nombreux accords et concentrations inspirés par la recherche de l'efficacité économique qui, selon la conception actuelle, constituent un véritable dilemme (parce que teintés à la fois de limitation de la concurrence et d'intérêt général), peuvent être parfaitement justifiés du point de vue de la concurrence.

59) Dans la LCart, ce critère est le plus souvent désigné par la doctrine dominante comme "Rest-Wettbewerb", perçu comme s'orientant sur le modèle de la concurrence parfaite.

Le choix de ce critère souple peut être compris comme un signal à l'intention des autorités chargées d'appliquer le droit de s'efforcer, lors de l'appréciation de restrictions concrètes de la concurrence dans les limites tracées par la loi, de retenir les meilleurs critères d'appréciation que leur offrent les théories du marché et de la concurrence. S'il n'est alors pas décisif de savoir de quelle école de pensée viennent la théorie et les arguments utilisés, il est capital de n'ériger aucune théorie en dogme et de ne jamais perdre de vue qu'il s'agit ici de sauvegarder les mécanismes du marché.

144 Appréciation des divers types de restrictions de la concurrence

144.1 Accords en matière de concurrence

Lors de l'appréciation des accords en matière de concurrence⁶⁰⁾, il s'agit de savoir en premier lieu si on se trouve en présence d'une atteinte "notable" à la concurrence ou d'une suppression de la concurrence efficace. En d'autres termes, si la concurrence est "seulement" affectée de manière notable par un accord, la concurrence efficace subsiste et l'accord peut être justifié pour des motifs relevant de l'efficacité économique (lorsqu'il s'agit p. ex. d'authentiques accords de rationalisation ou de spécialisation), dans la mesure où il apporte la garantie que les consommateurs profiteront également de ces améliorations. L'examen selon ces critères d'efficacité permet en définitive de *distinguer, parmi les accords, les restrictions de la concurrence qui profitent également à l'économie dans son ensemble de celles qui visent essentiellement l'obtention d'une rente cartellaire*. Si, en règle générale, une telle différenciation suffit, il peut, exceptionnellement, se poser aussi la question de savoir si la suppression de la concurrence efficace ne devrait pas être admise, par exemple en raison d'un marché qui ne remplit pas sa fonction ou d'intérêts publics prépondérants. Ces deux examens (contrôle de l'efficacité économique au sens de l'art. 5, 2e al., du projet/P et de l'admissibilité d'une exception selon l'art. 8 P) débouchent en fait sur une division de la méthode du solde actuelle: au contrôle de la concu-

60) Art. 5 ss P

rence sous l'angle strict du droit s'ajoute un contrôle qui tient également compte d'aspects politiques. La nouvelle structure des critères et leur pondération devraient également permettre une application plus efficace de la loi.

Les *présomptions proposées*⁶¹⁾, qui correspondent dans une large mesure à la pratique la plus récente de la Commission des cartels sur la base de la LCart, contribueront au premier rang à une meilleure application de la loi. Elles interviendront lors d'accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique des marchés (cartels "classiques"). Ainsi sera mise en évidence toute pratique aboutissant normalement, même si ce n'est pas toujours, à la suppression de la concurrence efficace. Les présomptions ne concernent que les pratiques cartellaires qui, selon toute vraisemblance (à la lumière de l'expérience), supprimeront la concurrence (les accords verticaux, dont ceux en matière de prix, n'en font pas partie). Ces présomptions ne doivent toutefois *pas entraîner un véritable renversement du fardeau de la preuve*; elles ont pour but de faciliter la tâche de l'autorité en matière de concurrence en lui permettant de se concentrer, dans des cas de ce type, sur la question de savoir si l'on se trouve en présence d'une exception à la présomption de nocivité.

Parallèlement aux accords visés par les présomptions, ou cartels rigides, on trouve les accords de coopération, ou cartels souples. Ces derniers sont en règle générale synonymes d'efficacité économique accrue, qui profite également aux consommateurs que ce soit en matière de prix, de qualité ou d'autres avantages, pour autant qu'une concurrence soit encore possible sur le marché en cause. On pense surtout ici aux accords de rationalisation conclus entre petites et moyennes entreprises, notamment pour simplifier des processus de fabrication, de distribution ou d'acquisition, ou pour procéder à des échanges d'expériences. Les différentes formes de coopération dans le domaine de la recherche et du développement favorisent l'échange de savoir-faire ainsi que la diffusion et la mise en valeur des connaissances techniques. Sont également considérées comme justifiées la plupart des formes *d'accords verticaux*,

61) Art. 5, 3e al., P

en raison de la diminution des coûts de distribution et de transaction qui en résulte généralement. Suivant les circonstances, il y a lieu d'analyser d'un oeil critique les accords verticaux auxquels est partie une entreprise dominant le marché, soit une entreprise qui est à même de rendre plus difficile l'accès au marché du côté de l'acheteur.

144.2 Exploitation abusive d'une position dominante

Contrairement à la LCart, le projet prévoit des règles de droit administratif applicables à l'exploitation abusive d'une situation dominante⁶²). Il s'agit de pratiques identiques à celles que visent les dispositions de droit civil de la LCart dans sa section relative aux entraves à la concurrence de tiers⁶³). A côté de telles entraves, ces règles visent également les pratiques abusives d'exploitation dirigées contre des participants au marché et notamment les abus des entreprises jouissant d'une puissance d'achat.

La nouvelle réglementation sur le comportement des entreprises dominant le marché tient compte en particulier du fait que l'économie suisse accuse un taux de concentration extrêmement élevé dans un grand nombre de branches⁶⁴). De telles prescriptions sont donc indispensables pour la mise en oeuvre d'une politique plus stricte. Elles permettront aussi de mieux cerner juridiquement les entraves à la concurrence des entreprises publiques.

La règle sur les pratiques illicites des entreprises dominant le marché vise, dans sa clause générale, toutes les pratiques pouvant constituer un abus. Les notions "d'accès" (à la concurrence) et "d'exercice" (de la concurrence)⁶⁵) montrent sans équivoque que sont nuisibles aussi bien les pratiques visant à ériger des obstacles à l'accès et à la sortie du marché, ainsi qu'à la mobilité, que celles ayant pour objectif l'éviction abusive de concurrents ou l'augmentation des coûts des entreprises rivales.

62) Art. 7 P

63) Art. 6 LCart

64) OCDE, Etudes économiques de l'OCDE: Suisse, Paris 1992, 76 ss

65) Art. 7, 1er al., P

En raison de l'*ambivalence de la plupart des pratiques*, il est particulièrement difficile de savoir si des entreprises ont abusé de leur position dominante. C'est ainsi qu'une sous-enchère en matière de prix peut, par exemple, être l'expression d'un comportement compétitif mais peut également viser à écarter abusivement un concurrent. La preuve directe de cette dernière stratégie n'étant souvent pas possible, la pratique en cause doit être appréciée dans son contexte en faisant appel à des tests de concurrence adéquats. En règle générale, on partira de l'idée que les sous-enchères en matière de prix, habituellement assorties de pertes de gain, ne sont indiquées pour une entreprise que lorsque les obstacles d'accès au marché subsistent, qui tiennent les concurrents potentiels à l'écart une fois la sous-enchère réussie et les prix de nouveau relevés.

Apporter la preuve de pratiques non axées sur les prix est aussi une tâche difficile, qui consiste à établir que des différenciations de produits, des surcapacités, des innovations de produits, ou des stratégies de recherche et développement, si elles sont souhaitables, n'ont pas de justifications concrètes (*legitimate business reasons*) et ne sont que des stratégies destinées à éliminer ou tenir à l'écart du marché les concurrents (à l'aide d'obstacles à l'accès au marché, p. ex.), en leur faisant comprendre qu'une entrée sur le marché leur causera inmanquablement des pertes.

144.3 Contrôle des concentrations d'entreprises

Une politique de la concurrence moderne et équilibrée ne peut plus guère se passer d'un contrôle des concentrations d'entreprises. L'institution d'un instrument de contrôle doit donner aux autorités en matière de concurrence la possibilité d'identifier à temps les modifications de structure 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. Les règles sur le contrôle des concentrations⁶⁶⁾ complètent les dispositions sur les accords en matière de concurrence et sur les pratiques abusives des entreprises puissantes, le tout instaurant ainsi un système cohérent de lutte contre toutes les formes

66) Art. 9 ss P

de restriction de la concurrence. En outre, l'introduction d'un contrôle des concentrations permettra d'éviter que les entreprises ne contournent les dispositions sur les accords en matière de concurrence par le biais de concentrations ou de pratiques voisines. Des manoeuvres de contournement de ce type ont conduit, à l'étranger, le contrôle du comportement des entreprises (droit des cartels) à s'élargir d'une manière contraire au système, pour s'orienter vers un contrôle des structures (droit des fusions).

Cette dernière décennie, le progrès technique et la rationalisation ont profondément modifié les structures de l'économie suisse. La croissance interne et externe (résultant de concentrations) de nombreuses entreprises a provoqué une augmentation considérable du degré de concentration dans de nombreux secteurs⁶⁷). Ces modifications structurelles attestent de la faculté d'adaptation des entreprises suisses à l'évolution constante des conditions-cadres. Par le biais de concentrations ou de rachats, les entreprises réalisent souvent des économies d'échelle ou de volume, rationalisent l'utilisation de leurs ressources avec, à la clé, une amélioration de leur efficacité économique et de celle de l'économie nationale. En atteignant une taille optimale, les entreprises améliorent en outre leur compétitivité internationale. En règle générale, un taux de concentration élevé ne pose des problèmes du point de vue de la politique de la concurrence que sur les marchés d'accès particulièrement difficile en raison, par exemple, d'obstacles institutionnels ou de l'irréversibilité des structures des coûts.

Le contrôle proposé des concentrations a pour but d'empêcher en Suisse l'apparition ou le renforcement, sur un marché fermé, d'une position dominante à même de supprimer la concurrence efficace. En revanche, si une concentration intervient sur un marché libre de barrières ou sur un marché international où fonctionne la concurrence, il n'y a guère de risque d'apparition d'une position dominante et donc de suppression de la concurrence efficace. Le contrôle des concentrations doit en outre être

67) Selon les données de l'OCDE (OCDE, Etudes économiques de l'OCDE: Suisse, Paris, 78 ss), la part pondérée des travailleurs des cinq plus grandes entreprises de chaque branche industrielle est passée de 41 pour cent en 1965 à 52 pour cent en 1985.

apprécié au regard de la déréglementation des entraves, d'origine publique ou privée, à l'accès au marché. Si l'on parvient à ouvrir rapidement le marché suisse et les marchés régionaux, le contrôle des concentrations perdra de son importance. Par contre, si la déréglementation prend du retard, le danger de voir augmenter les positions dominantes subsistera aussi longtemps qu'un contrôle préventif des fusions fera défaut.

Le contrôle des fusions n'a pas pour but de remettre en cause les aspirations légitimes des entreprises à rechercher une taille optimale ou à renforcer leur compétitivité internationale. Le projet indique expressément que, lors de l'évaluation des effets d'une concentration sur l'efficacité de la concurrence, les autorités compétentes tiendront compte de l'évolution du marché en cause et de la position des entreprises dans la concurrence internationale⁶⁸). La *notion de concurrence efficace* ne permet pas seulement de tenir compte de tels aspects, elle l'exige. En outre, un contrôle ne portant que sur des questions de concurrence *empêchera les autorités qui appliquent le droit de s'opposer à des concentrations pour des motifs autres que ceux qui relèvent de la concurrence*. Des motifs de nature interventionniste ne sauraient être retenus pour refuser d'autoriser une fusion. En revanche, des intérêts publics prépondérants peuvent, à titre exceptionnel, permettre d'apprécier une concentration d'une manière plus tolérante qu'on ne le ferait si on ne l'examinait que sous des aspects relevant exclusivement de la concurrence⁶⁹).

Avec la réglementation proposée, rares devraient être en pratique les concentrations susceptibles d'être considérées comme contestables du point de vue de la politique de la concurrence (on pourra en rencontrer sur des marchés stagnants et sur lesquels, à cause de certaines particularités - les distances y rendent les transports trop onéreux, p. ex. -, la concurrence internationale ne fonctionne pas). Sur des marchés dynamiques, en règle générale caractérisés par une concurrence internationale, les fusions se révèlent non seulement justifiées mais relèvent de la stratégie des entreprises pour adapter leur taille et leur structure aux

68) Art. 10, 2e al., P

69) Art. 11 P

modifications du marché. Pour tenir compte de ces réalités, on a placé très haut le niveau (du chiffre d'affaires, ou de son équivalent) à partir duquel la concentration est soumise au régime de l'autorisation. Les cas concernés par ce régime seront donc peu nombreux et la charge administrative en résultant pour les entreprises et l'administration, maintenue dans des limites acceptables.

145 Rapport des dispositions de droit civil avec celles de droit administratif du projet

Lors de l'élaboration de l'avant-projet, la Commission d'études a considéré que la partie de droit civil des cartels ne devait pas subir de modifications fondamentales. Il fallait se restreindre à en adapter les règles aux nouvelles normes de droit public. A l'issue de la procédure de consultation, on a toutefois constaté que le rapprochement souhaité des critères d'appréciation de droit civil et de droit administratif ne serait réalisable que si ces deux ensembles de règles reposaient sur des normes matérielles uniformes. Ce n'est qu'en procédant de la sorte que l'on pourrait concrétiser le voeu de rendre plus prévisible l'issue de procès civils grâce à des règles matérielles de comportement bien précises et de permettre ainsi aux procédures de droit civil de regagner en importance⁷⁰.

C'est dans son deuxième chapitre, intitulé "Dispositions de droit matériel", que le projet concrétise l'unification des dispositions matérielles ressortissant au droit civil et au droit public des cartels⁷¹). Cette unification demandait une restructuration du texte. Les dispositions matérielles précèdent ainsi les normes de procédure civile et de procédure administrative. La distinction entre droit civil et droit administratif des cartels n'y revêt encore une importance que sur le plan de la procédure.

Afin d'assurer une parfaite cohérence entre droit civil et droit administratif des cartels, la procédure de droit civil du projet se borne à régler l'exercice des actions de droit civil découlant d'une entrave à la concurrence. Une entrave à la concurrence n'étant, selon les règles matérielles

70) Voir rapport explicatif concernant l'avant-projet de révision totale de la loi sur les cartels, p. 10

71) Art. 5 ss P

du projet, pas forcément illicite, elle ne constitue pas, pour la procédure civile, une justification de la prétention: elle n'est qu'un fondement pour la faire valoir. D'après la conception du projet, la justification de la prétention en raison d'une entrave illicite procède d'une part de l'illicéité de la restriction de la concurrence et, d'autre part, de la règle spéciale de l'article 12, 3e alinéa, P, en vertu de laquelle les entraves allant au-delà de ce qu'exige la mise en oeuvre d'une restriction licite de la concurrence peuvent fonder une prétention de droit civil au sens de l'article 12, 1er alinéa, P.

Conséquence de la cohérence recherchée dans l'application du droit matériel, le juge civil ne pourra plus, selon le projet, procéder à l'appréciation du caractère licite ou illicite d'une restriction de la concurrence: cette appréciation incombera entièrement, en cas de litige entre les parties sur ce point, aux autorités administratives en matière de concurrence, et la procédure civile sera suspendue jusqu'à leur décision⁷²⁾.

146 Autorités en matière de concurrence

Les aspects matériels de la révision doivent, pour être compris, rester associés à ses aspects institutionnels. Il est essentiel de reconnaître que la création d'un cadre institutionnel bien défini et efficace est une condition sine qua non de la concrétisation des normes matérielles de la loi. A cela s'ajoute le fait que les mesures d'examen voulues par le droit suisse des cartels - examen de la concurrence efficace et appréciation des intérêts publics (motifs de justification) - exigent une double structure des autorités en matière de concurrence.

Lors de la procédure de consultation, la création d'un office fédéral de la concurrence a suscité nombre de réactions négatives. On a donc remanié dans le projet les structures des autorités administratives. Ces nouvelles structures s'inspirent maintenant davantage, dans la mesure où cela reste possible, du modèle de la Commission fédérale des banques.

72) Art. 15 P

Selon le projet, la Commission de la concurrence est chargée d'examiner sous l'angle de la concurrence les aspects d'une restriction de la concurrence. Elle procède à cet examen avec son secrétariat. Pour éviter de mêler les aspects (juridiques) relevant de la concurrence à des critères (politiques) qui échappent à ce domaine, mais également pour tenir compte du caractère particulier de l'autorisation exceptionnelle d'une restriction de la concurrence pour des motifs d'intérêt public, la décision n'appartiendra pas à la Commission de la concurrence, autorité technique, mais à une autorité légitimée sur le plan politique. C'est la raison pour laquelle le projet prévoit que le Conseil fédéral sera la seule instance habilitée à autoriser exceptionnellement une restriction de la concurrence si elle est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants⁷³). Cette solution garantit la prise en compte de tous les aspects politiques d'une telle situation.

Contrairement à ce que prescrit la LCart, la Commission de la concurrence dispose d'un pouvoir direct de décision⁷⁴). Pour assurer un déroulement efficace de la procédure, le projet prévoit que la Commission prend essentiellement ses décisions au sein de chambres⁷⁵). Composée de 11 à 15 membres⁷⁶), la Commission devrait ainsi éviter le plus souvent les séances plénières fastidieuses.

La tâche essentielle du secrétariat de la Commission de la concurrence est d'en préparer les décisions. A cette fin, il mène la procédure d'enquête⁷⁷). Pour assurer, dans une telle procédure, la liaison, très importante, entre Commission (organe décisionnel) et secrétariat (organe d'instruction), ce dernier prendra les décisions de procédure d'entente avec un membre de la présidence de la Commission.

73) Pour les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises dominant le marché, voir art. 8 P; pour le contrôle des concentrations d'entreprises, voir art. 11 P

74) Art. 18, 3e al., P

75) Art. 18, 4e al., P

76) Art. 18, 2e al., P

77) Art. 23, 1er al., P

Selon le projet, la loi fédérale sur la procédure administrative est applicable à la procédure d'enquête⁷⁸⁾. On y gagne en transparence et en efficacité, tout en renforçant les droits des intéressés. En outre, les règles de procédure applicables au contrôle des concentrations prévoient de très brefs délais, ce qui assure aux entreprises une procédure rapide.

Contre les décisions de la Commission de la concurrence et de son secrétariat, le projet propose un système uniforme de voies de droit: tout d'abord celle du recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence⁷⁹⁾ (instance à créer) pour poursuivre, sous réserve de recevabilité, jusqu'au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. L'avant-projet prévoyait encore une séparation des voies de droit: certaines décisions pouvaient être attaquées devant le Tribunal fédéral et d'autres devant le Conseil fédéral. Cette distinction n'a plus sa raison d'être puisque le Conseil fédéral statue désormais en qualité d'instance unique sur les demandes d'autorisations exceptionnelles fondées sur des intérêts publics prépondérants.

15 Rapport avec d'autres actes législatifs fédéraux du droit de la concurrence

151 Rapport avec la loi sur la surveillance des prix

Compte tenu de la sévérité accrue de la future loi sur les cartels, on a proposé en procédure de consultation d'abroger la loi sur la surveillance des prix (LSP⁸⁰⁾ ou de l'intégrer dans le projet. A cet égard, il y a lieu d'abord de constater que, sur le plan formel, le projet de révision ne modifie en rien les relations entre les deux lois. Sur le plan matériel, il n'implique pas de modification fondamentale de ces rapports.

La révision proposée n'altère en rien l'importance spécifique de chacune des deux lois en vertu de la constitution. La surveillance des prix suppose toutefois dans certains cas une collaboration avec les autorités

78) Art. 39 P

79) Art. 44 P

80) RS 942.20

en matière de concurrence. Selon la loi sur les cartels, ces dernières doivent alors répondre à la question de savoir si une restriction de la concurrence élimine la concurrence efficace. Mais elles n'ont pas la compétence d'arrêter un prix qu'elles jugent souhaitable. Seul le surveillant des prix est habilité à le faire, conformément à l'article 17, 2e alinéa, LSP⁸¹).

Il faut toutefois se demander si l'introduction de présomptions, comme pour les cartels en matière de prix⁸²), ne pourrait en fait pas avoir des effets importants sur l'activité du surveillant des prix. Cela n'est pas le cas dans la mesure où, aujourd'hui déjà, ce dernier s'occupe surtout des prix des entreprises, publiques ou privées, puissantes sur le marché et notamment des prix administrés - c'est-à-dire fixés, approuvés ou surveillés par l'Etat - conformément aux articles 14 et 15 LSP. Dans ce domaine, une législation cartellaire plus sévère n'a, de par sa nature, que des effets limités.

152 Rapport avec la loi contre la concurrence déloyale

La révision n'entraîne aucun changement des relations de la loi sur les cartels avec la loi contre la concurrence déloyale (LCD)⁸³). Les questions qui se posent à cet égard ont déjà été traitées d'une manière approfondie dans le message à l'appui de la LCD⁸⁴).

16 Rapport avec la nouvelle loi sur le marché intérieur

La future loi sur le marché intérieur (loi sur le marché intérieur/ LMI) ne se place pas dans un rapport de concurrence avec le projet de nouvelle loi sur les cartels mais en constitue un complément. L'élimination des restrictions privées de la concurrence, visée par la loi sur les cartels, ne doit pas être rendue illusoire par des restrictions de la concurrence cantonales ou communales. Outre la suppression d'obstacles à la mobi-

81) Voir *Schürmann*, in: *Schürmann/Schluep, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz*, Zürich 1988, 895

82) Art. 5, 3e al., let. a, P

83) RS 241

84) Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale, FF 1983 II 1037 ss

lité, la LMI a notamment pour objectif de faire tomber les entraves à la concurrence issues du droit cantonal ou communal. Le fait que les projets de loi sur les cartels et sur le marché intérieur soient axés sur l'élimination des entraves à la concurrence, confère aux autorités en matière de concurrence un rôle d'une importance particulière, mais qui reste toutefois spécifique à chacune des deux lois. Si, en vertu de la loi sur les cartels, les autorités en matière de concurrence ont pleine compétence pour trancher face aux restrictions de la concurrence qui tombent dans son champ d'application⁸⁵⁾, elles perdent cette compétence sitôt qu'il s'agit de restrictions de la concurrence de droit public auxquelles s'applique la LMI. Elles ne remplissent alors plus qu'un devoir de surveillance, en ce sens qu'elles formulent des recommandations⁸⁶⁾ ou, le cas échéant, mènent une enquête⁸⁷⁾.

17 Le projet de loi dans son contexte national et européen

La révision de la loi suisse sur les cartels a également été amorcée en raison des changements structurels de l'économie mondiale. La globalisation de l'économie influe sur le comportement d'un grand nombre d'entreprises suisses. Tenues de s'organiser à l'échelle internationale, elles sont de plus en plus confrontées à des législations étrangères et, partant, à des dispositions de droit étranger régissant la concurrence. Dès le moment où des entreprises suisses développent des activités à l'étranger ou qu'elles ne font qu'y exporter leurs produits, elles doivent s'attendre à ce que leurs pratiques, parce qu'elles entraînent des effets tombant sous le coup de règles étrangères⁸⁸⁾, seront appréciées selon les lois de la concurrence appliquées en dehors de nos frontières.

Si l'on se fonde sur les flux commerciaux et les flux d'investissements, il y a lieu d'admettre que le droit de la concurrence de l'UE ou les règles en

85) Art. 2 P

86) Art. 9, 2e et 3e al., LMI

87) Art. 9, 3e al., LMI

88) Application du principe généralement reconnu en l'espèce: un Etat apprécie selon ses propres règles un état de fait qui déploie des effets sur son territoire.

la matière de ses Etats membres⁸⁹⁾ revêtent une importance primordiale pour les entreprises suisses. Avec l'entrée en vigueur le 1er janvier 1994 de l'Accord sur l'EEE, le droit de la concurrence de l'UE s'est étendu aux Etats parties à l'EEE. Dans de telles conditions, les entreprises suisses actives à l'étranger seront de plus en plus confrontées aux règles de concurrence de l'UE et donc obligées d'axer leurs pratiques sur "l'acquis communautaire".

Basé sur les articles 85 et 86 du Traité CEE (ainsi que sur le Règlement de 1989 du Conseil des CE relatif au contrôle des fusions⁹⁰⁾), le droit européen de la concurrence a connu une évolution permanente ces trente dernières années avec les décisions de principe de la Commission européenne et de la Cour de justice des CE, mais aussi grâce à toute une série d'actes de droit secondaire. Il atteint aujourd'hui un haut degré de concrétisation et de cohérence. On ne manquera pas de relever les efforts remarquables déployés ces dernières années pour lutter contre les restrictions de la concurrence pratiquées par des entreprises jouissant d'un statut juridique particulier, comme c'est le cas notamment dans le secteur des transports, des télécommunications et de l'énergie.

Le droit de la concurrence de l'UE joue incontestablement un *rôle de locomotive* à l'égard des législations nationales. Cela s'explique par le fait qu'il touche sur de nombreux points non seulement les ordres juridiques internes des Etats membres de l'UE mais aussi la législation des Etats tiers qui entretiennent d'étroites relations économiques avec les

89) Les règles de concurrence du Traité CEE (art. 85 et 86) sont applicables lorsque les pratiques restreignant la concurrence influencent le commerce entre les Etats membres. Le champ d'application du droit de la concurrence de l'UE se trouve ainsi délimité par rapport aux législations des Etats membres. Dans la pratique, cette exigence fait l'objet d'une interprétation très extensive. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des CE, les règles du droit communautaire de la concurrence ne peuvent être appliquées que dans les cas où une entente est à même, directement ou indirectement, effectivement ou potentiellement, de compromettre la liberté du commerce dans une mesure préjudiciable à la réalisation d'un marché interétatique unique (CJCE, 61/80, *Coöperatieve Stremselen Kleusefabriek*, rec. 1981, p. 851 ss, 867). En tout cas, les Etats membres ne peuvent appliquer leur droit national de la concurrence que dans la mesure où l'application uniforme du droit communautaire n'en est pas entravée (CJCE 14/68, *Walt Wilhelm*, rec. 1969, p. 1 ss, 14).

90) Règlement (CEE) N° 4064/89 du 21 décembre 1989 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, JO n° L.395, p. 1)

Etats membres. Pour ces Etats tiers, le fait de s'inspirer de la réglementation de l'UE ne présente pas le seul avantage de pouvoir se référer à un système qui donne satisfaction: en accordant leurs normes matérielles, ils évitent aussi aux entreprises de devoir se conformer à des règles contradictoires d'un système à l'autre.

C'est un fait que la presque totalité des pays européens se sont conformés ces dernières années au modèle de l'UE pour aménager leur droit de la concurrence. Il s'agit notamment de l'Espagne (entrée en vigueur: 1989), de l'Italie (1990), de l'Irlande (1991), de la Grèce (1991), de la Belgique (1993), du Portugal (1993), de la Suède (1993) et de l'Islande (1993). Tous ces pays ont repris dans une très large mesure le droit de la concurrence de l'UE, la Suède quasi-intégralement, y compris les nombreux actes de droit secondaire. Lors de la révision du droit cartellaire de la Finlande (en 1992) et de la Norvège (en 1993), le droit européen de la concurrence a aussi servi d'exemple, mais dans des proportions moins étendues. La dernière nouvelle relative à la loi autrichienne sur les cartels (1993) est, quant à elle, notamment fondée sur l'argument du rapprochement avec le droit de l'UE sur le contrôle des fusions. En 1986 déjà, la France a révisé son droit de la concurrence dans le sens du droit communautaire; la RFA dispose depuis les années cinquante d'une législation très stricte en matière de concurrence. A l'époque, cette législation s'était surtout inspirée du droit américain puis avait influencé à son tour le droit communautaire. Notons enfin que le droit de l'UE a encore servi de modèle aux lois sur la concurrence de la Pologne (1990), de la Hongrie (1990) et de l'ancienne Tchécoslovaquie (1991).

La vague des révisions de lois, que l'on constate surtout depuis 1989 dans les pays d'Europe occidentale, a pour conséquence que 19 Etats de l'OCDE sur 25 disposent aujourd'hui d'une *interdiction de principe des cartels* et que deux autres (Pays-Bas et Danemark) la mentionnent dans des révisions en cours. Le Luxembourg, l'Autriche, la Suisse et la Turquie ne font pas partie de ce cercle mais il faut souligner que l'interdiction des cartels prévue par la CE est à tout le moins applicable au Luxembourg et en Autriche, en raison de leur appartenance à l'UE ou à l'EEE, pour les faits d'amplitude transnationale. Il convient également de souligner que tous les systèmes convergent à propos du *contrôle*

préventif des fusions. Dans l'ensemble, 20 Etats membres de l'OCDE disposent aujourd'hui d'un système de contrôle des concentrations d'entreprises, 15 d'entre eux connaissant un système préventif assorti d'un régime d'autorisation.

Dans certains domaines, le projet de loi suisse s'inspire également du droit de la concurrence de l'UE. On trouve par exemple des parallèles dans la formulation des éléments constitutifs des pratiques abusives d'une entreprise dominant le marché ainsi que dans la description des types d'accords réputés justifiés en matière de concurrence, qui rappelle les exemptions par catégorie. Le modèle unioniste européen en la matière trouve ses limites, quant à l'aménagement du régime suisse de concurrence, lorsque la situation (p. ex. un contrôle des fusions dans une économie de taille réduite) ou le système (la constitution économique suisse n'autorise pas de réglementation basée sur l'interdiction) forcent à opérer d'autres choix.

2 Partie spéciale

21 Remarques préliminaires

Les commentaires qui suivent concernent les dispositions proprement dites du projet de loi (P). La présente révision étant une révision totale, tant les critères matériels d'appréciation que les structures institutionnelles ont fait l'objet d'une refonte complète. Le texte du projet sera donc commenté dans toutes ses dispositions, excepté celles que la loi actuelle (LCart) connaît déjà; dans ce cas, on s'en tiendra à un renvoi à la LCart et à la pratique en vigueur.

22 Dispositions générales

Les dispositions générales sont valables pour l'ensemble de la loi. Elles en définissent le but, le champ d'application et les rapports avec d'autres prescriptions légales, puis en précisent et délimitent les notions essentielles.

221 But (art. 1er P)

L'article premier se réfère aux termes de la constitution fédérale et au mandat qu'elle donne au législateur. Conformément au contenu matériel de la compétence constitutionnelle, cet article énonce les principes directeurs de la loi; l'objectif de promouvoir la concurrence est en parfaite cohérence avec l'engagement constitutionnel pour une économie de marché fondée sur un régime libéral⁹¹⁾. Le terme "promouvoir" exprime ici l'idée que la loi sur les cartels ne peut, à elle seule, traduire cet engagement dans la réalité. Instrument particulièrement important de la réalisation de cet objectif, elle est néanmoins indissociable de l'ensemble des règles du droit économique.

91) Voir ch. 141, commentaires sur l'économie de marché en tant que base de la politique de la concurrence du droit constitutionnel économique suisse.

Toutes les activités des entreprises pouvant entraîner une restriction de la concurrence tombent dans le champ d'application - qui est donc étendu - de la loi. Cela n'équivaut cependant pas encore, sous l'angle du droit de la concurrence, à une appréciation du comportement d'une entreprise, qui ne sera possible que sur la base des dispositions de droit matériel, applicables en matière civile et administrative⁹²). Tomber dans le champ d'application de la loi ne constitue donc pas un verdict.

La large définition du champ d'application permettra de procéder, à l'aide d'un système uniforme d'examen, à l'appréciation des restrictions de la concurrence dans le respect de l'égalité de traitement de tous les acteurs de la vie économique. La licéité ou l'illicéité du comportement d'une entreprise ne se détermine pas sur la seule base d'un quelconque critère relevant du champ d'application: c'est au niveau des normes matérielles de la loi que se prend la décision.

222.1 Champ d'application matériel (art. 2, 1er al., P)

La loi s'applique aux entreprises. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande. Vu son acception économique, le terme d'entreprise implique que la loi n'est pas applicable aux consommateurs et à la main-d'oeuvre, ce qui rend ainsi superflue toute réserve expresse telle qu'elle figure dans la LCart à propos des conventions, des décisions et des mesures qui ne visent que les rapports de travail⁹³). Selon le projet, les employés ne sont pas concernés par la loi - même si cela n'est pas dit expressément - lorsqu'un accord concerne exclusivement les rapports de travail. En revanche, la loi s'applique pleinement aux mesures qui, prises sur le marché du travail, ne servent qu'à imposer des accords illicites sur le marché des biens et des services, comme par exemple les entraves résultant de la mise à l'index d'employés.

92) Voir chap. 2 P: Dispositions de droit matériel (art. 5 ss)

93) Art. 1er, 2e al., P

La loi s'applique aussi bien aux entreprises du droit privé que du droit public: en présence d'une restriction de la concurrence, il n'est pas important de savoir si elle est le fait d'une entreprise organisée selon le droit public ou le droit privé, qui appartient à la collectivité ou se trouve en mains privées. L'application de la loi n'est limitée pour des motifs de droit public que lorsque le demandant ses rapports avec d'autres dispositions de droit fédéral ou cantonal⁹⁴).

Le champ d'application englobe toutes les formes de restrictions privées de la concurrence. La loi s'applique aux entreprises qui sont parties à des cartels (accords horizontaux⁹⁵) ou à d'autres accords en matière de concurrence. L'utilisation des termes "autres accords en matière de concurrence" a pour but, par rapport à la terminologie de la LCart, de réserver aux accords verticaux la même place dans le champ d'application qu'aux accords horizontaux⁹⁶). Cela ne signifie toutefois pas que les effets souvent différents des accords horizontaux et verticaux seront matériellement appréciés de manière non différenciée. Enfin, la loi s'applique aussi aux entreprises puissantes sur le marché comme à celles qui participent à des concentrations d'entreprises (ce qui permettra l'introduction de leur contrôle). Le champ d'application du projet englobe ainsi l'ensemble des comportements économiques pouvant avoir un effet sur la concurrence.

222.2 Champ d'application géographique (art. 2, 2e al., P)

Le projet innove en ce sens que le champ d'application géographique de la loi est, pour la première fois, expressément défini. Sa définition s'appuie sur le principe des effets, généralement reconnu sur le plan international

94) Voir à cet égard art. 3 P et commentaires sous ch. 223

95) Le terme "cartels" renvoie à la terminologie de la LCart. Vu la condition du caractère collectif de la restriction de la concurrence (voir définition de l'art. 2, 1er al., LCart), on vise ici en premier lieu les accords horizontaux (accords de même échelon économique), cartels classiques (voir aussi les commentaires de l'art. 4 P concernant les définitions, sous ch. 224).

96) La disposition relative au champ d'application de la LCart entend, par le seul terme de "cartels", et selon la définition de l'art. 2, 1er al., LCart, les accords horizontaux entre concurrents actuels ou potentiels. Les art. 3 et 5 LCart assimilent clairement et concrètement aux cartels les prix imposés du second échelon (s'ils sont imposés par un cartel ou une organisation analogue) et les formes d'intégration verticale, quand il s'agit d'accords d'exclusivité et de distribution.

et adopté en Suisse⁹⁷). Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit suisse des cartels est applicable lorsqu'une restriction de la concurrence produit ses effets sur le marché suisse⁹⁸). Ce principe a été posé par la décision de la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire Lotus, décision selon laquelle le droit d'un Etat est applicable à des faits qui se sont produits à l'étranger, lorsque leurs effets se font sentir sur son territoire⁹⁹). Dans le domaine du droit de la concurrence, cette situation est donnée lorsqu'une restriction de la concurrence produit de graves effets sur le marché national.

Face à des prétentions de droit privé, la délimitation du champ d'application géographique en fonction du principe des effets est déjà donnée par la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)¹⁰⁰). Aux termes de son article 137, les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel l'entrave produit directement ses effets sur le lésé¹⁰¹). Face aux prétentions d'origine privée qui découlent d'une entrave à la concurrence, les règles de conflit du droit international privé sont donc en parfaite harmonie avec celles du projet, même si celles-ci sont aussi applicables aux dispositions de droit public. La mention du principe des effets à l'article 2, 2e alinéa, P pour les prétentions de nature privée n'entraîne pas de conflit de normes.

223 Rapport avec d'autres prescriptions légales (art. 3 P)

La technique législative moderne veut que les réserves à l'application de la loi en faveur d'autres prescriptions légales figurent dans les disposi-

97) Si ce principe n'est pas mentionné dans la LCart, il ressort clairement de ses normes matérielles qu'il est généralement reconnu. Il le fut par le TF déjà lors de l'application de la loi sur les cartels de 1962 (voir aussi le message de 1981, FF 1981 II 1289 s.).

98) ATF 93 II 192 ss; confirmation dans l'ATF 118 Ia 142 s. relatif à l'application extraterritoriale de dispositions de droit pénal cantonal

99) Arrêt Lotus, Cour Permanente de Justice Internationale, Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale, Série, vol. 10, 18 f

100) RS 291

101) Selon le commentaire de Vischer (Heinri/Keller/Siehr/Vischer/Volken, Kommentar zum IPRG, Zürich 1993, N. 11 ad Art. 137 LDIP, avec renvoi à Renold, Les conflits de lois en droit antitrust, Zurich 1991, N. 260 ss, p. 116 ss), l'exigence de l'atteinte *directe* signifie que le lien doit être étroit entre la pratique d'entrave et ses effets.

tions générales, à la suite du champ d'application¹⁰²). La loi en est plus claire et sa lecture, facilitée.

La volonté, en révisant la loi, de renforcer les critères d'appréciation matériels et le domaine institutionnel a montré qu'il était nécessaire d'agir concernant la réserve des prescriptions de droit public. Contrairement au droit actuel, les règles de droit administratif du projet ne se limitent pas à la pesée générale des effets selon la méthode du solde. Désormais, il s'agira de comparer à des normes concrètes de comportement les pratiques des entreprises, y compris de celles qui sont chargées de l'exécution de tâches publiques ou qui jouissent de droits spéciaux. Jusqu'ici limitée à la formulation de recommandations¹⁰³) - au caractère de "soft law"¹⁰⁴) - l'autorité de concurrence prendra, dans le cadre de la procédure administrative, des décisions¹⁰⁵) auxquelles devront se conformer les intéressés, c'est-à-dire aussi les entreprises du droit public ou celles qui jouissent de droits spéciaux en vertu du droit public. Présentation plus concrète des normes de droit matériel et renforcement institutionnel exigent du législateur un texte suffisamment clair quant aux réserves découlant des dispositions de droit public, avec déjà toutes les distinctions nécessaires.

223.1 Réserve de prescriptions de droit public (art. 3, 1er al., P)

Le droit économique suisse contient une série de prescriptions de droit public qui entravent le libre jeu de l'offre et de la demande et, partant, de la concurrence. Légitimées par les mandats constitutionnels du législateur, ces atteintes concernent des secteurs dans lesquels le marché ne joue pas ou pas assez son rôle de régulateur économique (comme dans le

102) Dans la LCart, les réserves font partie des dispositions finales (art. 44, 3e al., LCart).

103) La Commission des cartels a montré sur ce point une grande retenue: aux recommandations à l'intention des intéressés au sens de l'art. 32 LCart, elle a préféré la possibilité, plus souple, donnée par l'art. 25 LCart, selon laquelle la Commission peut adresser au Conseil fédéral des recommandations sur la politique de la concurrence (dans la pratique de la Commission, la distribution de ces recommandations dépassait le cadre du seul Conseil fédéral).

104) Notion de droit international utilisée pour désigner des normes formellement non contraignantes mais qui, en raison de leur proximité juridique, peuvent produire des effets de droit (voir sur cette notion le commentaire de *Thürer*, "Soft Law" - eine neue Form des Völkerrechts, dans: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 1985 I, 429 ss).

105) Art. 18, 3e al., 30, 1er al., 32, 3e al. et 33, 4e al., P

domaine des biens publics, soit des biens dont chacun peut disposer sans contrepartie), ou lorsque le marché n'est pas à même de préserver des intérêts supérieurs (fondés p. ex. sur des considérations relevant de l'équité ou de la répartition).

Ces cas d'inefficacité du marché posent nombre de questions complexes pour lesquelles on dispose de réponses législatives variées. L'intensité du marché et son appréciation au regard des intérêts publics en jeu doivent permettre au législateur d'opérer les bons choix. Ainsi, un régime de marché ou de prix peut être la solution pour l'ensemble d'un secteur dans lequel le marché est inefficace, régime qui se substitue alors au libre jeu de l'offre et de la demande et remplit les fonctions d'allocation entre les acteurs économiques concernés. L'appréciation politique d'une situation analogue peut aussi parfois se limiter à une intervention ponctuelle de l'Etat lorsque la simple attribution de droits spéciaux à certains participants au marché (des entreprises) suffit pour que des tâches publiques soient exécutées et le problème d'inefficacité du marché, réglé. Le projet de loi tient compte de tels aspects: ses règles vont de la soustraction d'un secteur économique au principe de la concurrence¹⁰⁶) à l'institution d'un régime de caractère étatique¹⁰⁷).

La distinction qui vient d'être faite n'existe pas dans la loi actuelle. La réserve de l'article 44, 2e alinéa, lettre b, LCart se rapporte de manière générale à l'ensemble des prescriptions de droit public qui dérogent à la loi, en tant qu'elles établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique. La distinction faite dans le projet ne s'était pas montrée nécessaire dans la LCart, et ce, pour deux raisons. Tout d'abord parce que la Commission des cartels a, dans sa pratique, donné un sens très large à la notion de régime de marché ou de prix: toute réglementation partielle d'un secteur économique par l'Etat a été jusqu'à présent assimilée à un régime étatique de marché ou de prix. En second lieu, privée de la compétence de décision (compétence reconnue par le projet), l'autorité en matière de concurrence s'est satisfaite de l'article 25 LCart -

106) Art. 3, 1er al., let. b, P

107) Art. 3, 1er al., let. a, P

moins strict¹⁰⁸⁾ - comme base de ses recommandations sur les prescriptions de droit public (celles de l'art. 44, 2e al., let. b, LCart). Faute de pouvoir engager une procédure d'enquête formelle au sens de l'article 29 LCart, la compétence décisionnelle du Département fédéral de l'économie publique en matière de prescriptions de droit public ne peut être mise à profit. Le projet confère non seulement à l'autorité en matière de concurrence une compétence directe de décision mais il contient aussi des normes concrètes de comportement à l'intention des entreprises. Selon les dispositions du projet concernant le champ d'application de la loi¹⁰⁹⁾, cette compétence de décision existe indépendamment du fait qu'une entreprise, ou ses activités, relèvent du droit public ou du droit privé.

223.11 Régime de marché ou de prix de caractère étatique (art. 3, 1er al., let. a, P)

Le projet reconnaît qu'un régime étatique de marché ou de prix peut exclure la concurrence dans un secteur donné. L'agriculture en est un très bon exemple. Il n'est pas dans l'intention du législateur, en édictant des prescriptions en matière de concurrence, de remettre en question de tels régimes étatiques. Ceux-ci continueront d'exister sous la nouvelle loi, si leur mise en oeuvre visait effectivement à exclure du principe de la concurrence le secteur en question. La loi est néanmoins applicable à un tel régime dans un secteur économique donné lorsqu'il permet un comportement concurrentiel et peut donc voir appliqués les critères du droit de la concurrence (le cas échéant, compte tenu de la réserve additionnelle de l'art. 3, 1er al., let. b, P).

223.12 Entreprises ayant des droits spéciaux (art. 3, 1er al., let. b, P)

Le remplacement de la concurrence par un régime de marché ou de prix n'est pas la seule possibilité dont dispose le législateur pour intervenir au niveau économique. Afin d'atteindre des objectifs d'intérêts communs, la constitution économique de la Confédération ou celles des cantons disposent de moyens moins étendus, mais plus spécifiques et efficaces,

108) Voir note 101)

109) Art. 2 P

pour conférer des droits spéciaux à des entreprises du droit public ou du droit privé. L'entorse au principe de concurrence qui peut en résulter ne saurait être empêchée par la loi sur les cartels, à l'instar des régimes étatiques de marché ou de prix. C'est pourquoi le projet prévoit également une réserve pour les prescriptions fondant des droits spéciaux, dans la mesure où l'intention initiale du législateur était effectivement d'exclure un domaine de la concurrence. La distinction introduite à la lettre b de l'article 3, 1er alinéa, P ne signifie toutefois pas que le secteur dans lequel la concurrence est partiellement neutralisée échappe entièrement à la loi sur les cartels. En règle générale, un droit spécial ne sert pas à justifier un régime de marché ou de prix généralisé. Les entreprises concernées doivent donc se conformer aux principes de la concurrence au sens de la loi sur les cartels dans la mesure où leur domaine d'exception n'est pas concerné¹¹⁰⁾.

223.2 Réserve des droits de propriété intellectuelle (art. 3, 2e al. P)

Aux termes de l'article 3, 2e alinéa P, la loi ne s'applique pas aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. Dans ce contexte, la notion de propriété intellectuelle est entendue au sens large. Elle inclut l'ensemble des dispositions légales de propriété intellectuelle qui confèrent un droit particulier à l'ayant-droit. Cette notion est en outre suffisamment large pour englober les nouveaux développements auxquels il faut s'attendre dans ce domaine du fait du progrès technique - comme dans le cas de la nouvelle loi fédérale sur les topographies¹¹¹⁾.

Sur le plan matériel, le projet n'apporte aucune réorientation de fond par rapport à la LCart. Les restrictions de la concurrence pouvant résulter de droits de propriété intellectuelle sous la forme de situations de monopole ne sont réservées selon l'article 3, 2e alinéa, P que si elles découlent

110) Ces principes ont une importance particulière pour les régies fédérales. Les avantages qu'elles tirent de droits spéciaux ne les dispensent pas de respecter les principes de la concurrence dans les domaines d'activités que ces droits spéciaux ne concernent pas. Cela vaut aussi pour les entreprises dont les droits spéciaux sont d'origine cantonale.

111) Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la protection des topographies de produits semi-conducteurs, en vigueur depuis le 1er juillet 1993 (RS 231.2)

exclusivement du contenu matériel des droits invoqués. La phrase "qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle" (art. 3, 2e al., P) exprime clairement l'interprétation restrictive de la réserve. Cette limitation doit empêcher que des droits de propriété intellectuelle ne soient (abusivement) utilisés que pour restreindre la concurrence et non pour remplir leur objectif initial, soit de protéger la composante du droit de la personnalité et d'assurer en même temps la rémunération de prestations particulières. La protection légitime des droits de propriété intellectuelle ne doit pas être détournée pour mettre en place des restrictions illicites de la concurrence.

En théorie, la distinction entre exercice légitime des droits de propriété intellectuelle et restriction illicite de la concurrence est claire; elle l'est moins dans la pratique. Des critères de distinction¹¹²⁾ à première vue plausibles ne doivent pas faire ignorer les circonstances particulières à chaque cas dans le cadre de l'appréciation juridique.

Les droits de propriété intellectuelle peuvent entrer en conflit avec la loi sur les cartels (en tant que droit de la concurrence) notamment dans le cas de l'interdiction des importations parallèles sur la base du droit suisse des marques. Dans la pratique, il s'agit notamment des importations de produits de marque du même groupe destinés au "marché gris", auxquelles le titulaire suisse de la marque oppose en Suisse la territorialité de son droit exclusif. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les marques¹¹³⁾, ce problème est un sujet d'actualité particulièrement controversé; toutefois, il n'existe pas encore de jurisprudence du

112) Dans ce contexte, il faut se référer en particulier à la distinction claire faite par la Cour de Justice des CE entre l' "existence" juridique (objet spécifique du droit exclusif) et l' "exercice" de ce droit, à justifier (voir les considérations de principe relatives à cette distinction et son application en rapport avec les règles de la concurrence du TCEE dans: CJCE, Rec. 56 et 58/64, *Grundig-Consten/Kommission*, Rc. 1966, 429 ss, 499 ss). Cette distinction ne peut toutefois être transposée dans la pratique que de manière limitée, car l'existence des droits exclusifs se traduit précisément dans leur exercice. Dans sa pratique courante concernant l'application des règles de concurrence dans le domaine de la propriété intellectuelle, la CJCE part du fait que l'exercice du droit exclusif tombe sous le coup de l'art. 85, 1er al. TCEE quand il constitue l'objet, le moyen ou la conséquence d'un cartel (voir notamment CJCE, Aff. 258/78, *Nungesser* [Maissaatgut], Rc. 1982, 2051 ss, 2061).

113) Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, RS 232.1)

Tribunal fédéral en la matière. Même si, quant à la politique de la concurrence, une certaine souplesse serait souhaitable en matière d'importations parallèles, la législation cartellaire ne peut avoir pour tâche d'intervenir dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle¹¹⁴⁾ et en particulier de la loi sur la protection des marques, pas plus que d'anticiper sur l'interprétation du Tribunal fédéral.

Bien que, par rapport à la LCart, le contenu matériel de la réserve des droits de propriété intellectuelle n'ait pas changé, il faut souligner que sa portée est de fait beaucoup plus grande en raison de l'inclusion générale des accords verticaux dans le champ d'application de la loi¹¹⁵⁾. La notion d'accord vertical englobe en effet les contrats de licence, particulièrement importants, portant sur l'utilisation de droits exclusifs de propriété intellectuelle¹¹⁶⁾. Lors de la conclusion d'un contrat de licence, les parties peuvent être tentées de passer des accords dont les effets dépassent les droits qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En général, les accords de licence concernant des droits exclusifs de propriété intellectuelle jouent certes un rôle central, mais ne représentent qu'une partie des relations d'affaires, actuelles ou à venir, des cocontractants. Du point de vue de la politique de la concurrence, il est donc nécessaire d'examiner en profondeur les contrats de licence pour y déceler les restrictions de la concurrence qui ne peuvent se justifier en regard des droits de propriété intellectuelle concernés, leur contenu ou leur but étant par essence étrangers au droit immatériel protégé.

224 Définitions (art. 4 P)

La structure des définitions du projet s'appuie, quant au contenu, sur celle de la constitution fédérale. Toutefois, alors que la constitution ne

114) Cela vaut à l'échelle du droit international. A ce niveau, il faudrait s'attacher en premier lieu à garantir par des accords l'épuisement réciproque international de ces droits exclusifs.

115) Les accords verticaux sont traités dans le cadre du champ d'application de l'art. 2 P sous la notion "autres accords en matière de concurrence".

116) Pour des précisions concernant la notion d'accords verticaux, voir ch. 224.1: Accords en matière de concurrence (art. 4, 1er al., P).

☞ parle que de cartels et d'organisations analogues¹¹⁷⁾, le projet connaît trois sortes (courantes) de restrictions de la concurrence: les accords en matière de concurrence, les pratiques des entreprises dominant le marché et les concentrations d'entreprises. La clarté du projet doit permettre l'appréciation systématique des faits du point de vue de la politique de la concurrence. Il serait faux de penser que cette structure à trois composantes est en contradiction matérielle avec celle, à deux éléments, de la constitution (cartels et organisations analogues). La structure des définitions du projet - qui diffère aussi de celle de la LCart - s'impose pour deux raisons. D'une part, le droit de la concurrence suisse doit adopter la terminologie retenue par tous les droits modernes de la concurrence. D'autre part, les diverses sortes de restrictions de la concurrence ne sauraient être traitées de manière différente, et ce, aussi bien du point de vue matériel que de la procédure.

Dans la terminologie actuelle du droit de la concurrence, le terme de cartel ne désigne plus guère que les accords horizontaux rigides, alors qu'il avait jadis un sens plus large. Conformément à la terminologie usitée jusqu'à présent en Suisse et inscrite dans la constitution, le terme de cartel a été maintenu dans le titre de la loi proposée et dans ses articles 1er (but de la loi) et 2 (champ d'application de la loi). Mais dans ses autres dispositions figure le terme, plus correct, d'accord en matière de concurrence. On distinguera si nécessaire, en fonction des échelons économiques considérés, entre accords horizontaux et accords verticaux.

Le terme d'organisation analogue s'applique à toute une série de faits qui ne tombent pas matériellement sous le coup des mêmes dispositions. Il convient donc d'introduire dans les définitions déjà les différentes caractéristiques matérielles pertinentes.

224.1 Accords en matière de concurrence (art. 4, 1er al., P)

Par accords en matière de concurrence, on entend ici les conventions et pratiques concertées aussi bien entre entreprises du même échelon

117) Art. 31, 3e al., let. d, cst.

(accords horizontaux) qu'entre entreprises d'échelons différents (accords verticaux). Le critère de limitation collective de la LCart perd de son importance étant donné que les accords horizontaux et verticaux sont mis sur pied d'égalité. Ces deux types de restriction de la concurrence tombent donc dans le champ d'application de la loi, ce qui ne laisse en rien préjuger de l'appréciation matérielle du cas particulier.

Qu'ils soient horizontaux ou verticaux, les accords en matière de concurrence tombent sous le coup de la loi même si les parties n'ont pas fixé dans un contrat leur comportement dans la concurrence. La loi s'applique aussi dès qu'il y a convention sans force obligatoire (*Gentlemen's Agreement*, *Frühstückskartell*) ou lorsque des entreprises se comportent de façon concertée, en suivant notamment des recommandations. Ce qui est décisif, c'est que l'action collective des entreprises concernées soit consciente et voulue. Cette double exigence manque, par exemple, au comportement concordant pouvant résulter spontanément d'une certaine structure du marché (oligopole).

Un accord horizontal (entre entreprises de même échelon économique) permet à deux ou plusieurs entreprises restant juridiquement et économiquement indépendantes de limiter *ensemble* la concurrence sur un marché. Cette notion d'accord horizontal englobe un grand nombre de formes de coopération tels les unités de recherche et de développement créées par des producteurs, les accords de spécialisation et les groupes de commercialisation. Même si de tels accords sont capables d'entraver notablement la concurrence, on considère qu'ils visent avant tout une meilleure exploitation des capacités économiques. C'est la raison pour laquelle le projet prévoit la possibilité de justifier de tels accords pour des motifs d'efficacité économique¹¹⁸⁾.

Une restriction collective de la concurrence est appréciée de manière bien différente sous l'angle de la concurrence si elle sert à fixer des prix ou des quantités, ou à répartir des marchés (on parle alors le plus souvent de cartels rigides). Étant donné que, dans la pratique, des accords de ce

118) Art. 5, 2e al., P

genre sont rarement positifs pour la concurrence, le projet prévoit dans ses dispositions de droit matériel qu'ils sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace¹¹⁹).

A la différence des accords horizontaux, les accords verticaux (entre entreprises d'échelons différents, p. ex. entre grossistes et détaillants) ne constituent pas une restriction *collective* de la concurrence. Ils peuvent cependant avoir les mêmes retombées négatives sur la concurrence que certains accords horizontaux, comme lorsqu'ils empêchent l'importation d'une marchandise. A la différence des cartels rigides, on ne peut présumer que la concurrence efficace se trouve normalement supprimée par certaines formes d'accord vertical. Les présomptions de l'article 5, 3e alinéa, P ne visent donc que certaines formes d'accords horizontaux et non les ententes verticales. De manière générale, faire tomber les accords verticaux sous le coup de la loi ne porte pas appréciation matérielle d'une telle pratique dans un cas concret. Nombre d'accords verticaux témoignent en effet de stratégies légitimes en vue d'améliorer l'efficacité économique des relations commerciales.

Au nombre des principaux accords verticaux, figurent les accords d'exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services, que connaît l'article 5 LCart, ainsi que les prix imposés du deuxième échelon, objet de l'article 3 LCart. Ces deux types d'accords ne sont pas traités en tant que tels par le droit actuel, mais seulement à certaines conditions: les accords d'exclusivité doivent être dus à une entreprise puissante sur le marché, et les prix imposés, à un cartel ou une organisation analogue. Ces conditions ne sauraient être fondées sous l'angle de la politique de la concurrence. La loi proposée s'applique donc à tous les accords verticaux bien que ces accords ne fassent en général problème que lorsqu'ils mettent en jeu une entreprise puissante sur le marché ou un cartel¹²⁰). De tels aspects sont pourtant à prendre en considération lors de l'application du droit matériel.

119) Art. 5, 3e al., P

120) Ce qui peut alors quand même conduire à la pertinence des présomptions de l'art. 5, 3e al., P.

224.2 Entreprises dominant le marché (art. 4, 2e al., P)

La politique de la concurrence n'a pas à interdire le recours à la puissance économique. Dans une économie faite de concurrence, le succès et la croissance interne peuvent mettre une entreprise en position de force, voire en position dominante. Les marchés dynamiques ne cessent d'être marqués par des positions de force temporaires, qui incitent à la gestion efficace et contribuent ainsi à la vivacité de la concurrence. Du point de vue de la politique de la concurrence, la puissance sur le marché est acceptable aussi longtemps qu'elle résulte de pratiques orientées sur la performance et que la concurrence est capable de l'entamer. Si les efforts pour conserver ou augmenter des parts de marché ne sont en soi pas illicites, il doit être possible, au nom de la politique de la concurrence, d'intervenir lorsque des entreprises dominant le marché se comportent de manière abusive.

Le fait que le comportement d'une entreprise s'appuie sur sa *puissance sur le marché* ne suffit pas pour la qualification matérielle de ce comportement (il en va autrement du champ d'application, art. 2, 1er al., P). L'appréciation matérielle ne concerne que les pratiques fondées sur une puissance qualifiée, c'est-à-dire une *position dominante*.

La LCart ne connaît ni la notion de puissance sur le marché ni celle de position dominante: elle opère dans ce contexte à l'aide de la notion d'organisation analogue au cartel. Il y a organisation analogue lorsqu'une entreprise est à même de dominer le marché de certains biens ou services, ou de l'influencer de manière déterminante¹²¹). Le projet ne part en revanche que de l'élément de position dominante. Cette position est réalisée lorsque l'entreprise concernée peut se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché, et ce, le projet le précise, tant du côté de l'offre que de la demande. Comme dans la LCart, la position dominante peut être occupée par une ou plusieurs entreprises.

121) Voir définitions de l'art. 4, 1er al., LCart

La définition proposée de la position dominante est ouverte. On a renoncé dans le projet au catalogue de critères qui figure dans la LCart¹²²; ces critères apportent bien certains éléments indiquant, à partir de la structure d'un marché, qu'il y a peut être position dominante ou influence déterminante, mais ils ne permettent pas - la pratique l'a montré - de conclure directement à l'existence de la position dominante. Une telle conclusion n'est possible qu'à la lumière des circonstances du cas particulier.

De manière générale, l'analyse d'une situation de dominance tiendra compte des éléments suivants. Au départ, il faudra se pencher sur la structure du marché considéré, sans perdre de vue que les critères structurels ont une valeur relative: même de larges parts de marché n'impliquent pas une position dominante. L'existence de celle-ci dépend non seulement de l'état actuel de la concurrence, mais aussi du nombre, de la qualité et de la situation des concurrents potentiels. L'intérêt de ces derniers à accéder au marché est à la mesure des possibilités de gain. Mais l'entrée sur le marché dépend aussi du niveau des obstacles qui le caractérisent, qu'il s'agisse des barrières à son accès ou des risques de perdre un investissement en le quittant (*sunk costs*). Des obstacles de peu d'importance renforcent la discipline des entreprises déjà installées. La possibilité d'une entreprise de se comporter de manière indépendante sur le marché en cause est donc aussi à la mesure du nombre et de l'importance des obstacles rencontrés.

224.3 Concentrations d'entreprises (art. 4, 3e al., P)

Le projet distingue deux types de concentrations d'entreprises: le cas où deux (ou plusieurs) entreprises jusque-là juridiquement et économiquement indépendantes l'une de l'autre *fusionnent*, et celui où une entreprise *acquiert le contrôle* d'une ou de plusieurs autres entreprises jusque-là juridiquement et économiquement indépendantes.

Du point de vue économique, on distingue, quant aux effets produits sur la concurrence, trois formes de concentrations d'entreprises: les *concen-*

122) Art. 4, 2e al., LCart

trations horizontales, ou groupements d'entreprises jusque-là unités économiques indépendantes et actives (ou qui l'étaient) sur les mêmes marchés, les *concentrations verticales*, qui réunissent des entreprises également indépendantes auparavant et situées à des échelons différents (en amont ou en aval) du marché et les *conglomérats*, formés d'entreprises autrefois indépendantes et qui ne sont ni actives (ou ne l'étaient pas) sur le même marché ni à d'autres échelons du marché. Cette dernière forme vise surtout la diversification pour répartir les risques.

Juridiquement, on entend par *fusion*¹²³⁾ la réunion de deux ou plusieurs entreprises en une seule entité économique. L'expression "jusque-là indépendantes les unes des autres" signifie que les regroupements d'entreprises déjà affiliées ne sont pas touchés par le contrôle des fusions.

Par *prise de contrôle*¹²⁴⁾, le projet entend toutes les formes possibles de contrôle. On parle de contrôle dès qu'existe, compte tenu des circonstances, la possibilité de dicter à une entreprise ce qu'elle doit faire en matière de production, de prix, d'investissements, d'approvisionnement, de vente et d'affectation des bénéfices. La ou les entreprises qui exercent le contrôle doivent pouvoir décider des questions importantes de gestion et de politique commerciale de l'entreprise contrôlée. La mesure dans laquelle cette possibilité est effectivement exploitée n'est pas importante. Comme le projet la définit, la prise de contrôle peut résulter d'une prise de participation au capital ou de la conclusion d'un contrat: la loi s'applique ainsi clairement à tous les moyens et formes de contrôle. Il n'est pas possible de fixer de manière absolue le niveau de participation indiquant la prise de contrôle, car cela dépend notamment de la forme juridique de la société et d'autres données juridiques et factuelles. Dans une société anonyme à caractère personnel et ne comptant que quelques actionnaires, le seuil critique se situe à 50 pour cent des droits de vote. Lorsque la SA est ouverte au public, 20 ou 30 pour cent de ces droits peuvent suffire pour en prendre le contrôle, les petits actionnaires étant

123) Art. 4, 3e al., let. a, P

124) Art. 4, 3e al., let. b, P

✚ en général faiblement représentés - ou le sont de façon dispersée - à l'assemblée générale. Par "conclusion d'un contrat", le projet entend avant tout les contrats liant les actionnaires ou les contrats de management.

Le contrôle des fusions au sens du projet concerne aussi les *entreprises communes*. Compte tenu de l'absence, dans le projet, de véritable interdiction des accords en matière de concurrence, il n'y a aucune raison de faire a priori la distinction, aux fins du régime de l'autorisation, entre les entreprises communes de nature coopérative et les entreprises communes de nature concentrative. Le contrôle suisse des fusions ne saurait s'alourdir, au niveau du régime de l'autorisation en tant que tel, des problèmes de délimitation presque insolubles liés au règlement sur le contrôle des concentrations de l'UE. La justification, dans le contexte du contrôle des fusions, d'une action en direction des entreprises communes s'apprécie en fonction des effets de modification des structures, soit à la nature de l'entreprise qui en résulte, c'est-à-dire concentrative ou coopérative. Il n'y aura justification (d'intervention matérielle au sens du contrôle des fusions) qu'en présence d'entreprises communes connaissant ces effets de modification des structures. Sans eux, il reste (dans le cadre de la concrétisation du principe de l'abus) les dispositions du projet relatives à l'appréciation des accords en matière de concurrence et des pratiques des entreprises dominant le marché. Il faut encore relever que les parties concernées ont normalement intérêt à voir leur création d'entreprise commune soumise aux critères (généreux) du contrôle des fusions plutôt qu'aux dispositions régissant les accords en matière de concurrence.

23 Dispositions de droit matériel

Ce chapitre contient les critères d'appréciation des restrictions de la concurrence tombant dans le champ d'application de la loi et constitue dès lors l'élément central du projet. Valables aussi bien pour le droit civil que pour le droit administratif des cartels, ces règles matérielles donnent aux entreprises et aux autorités en matière de concurrence l'orientation première de la loi.

Les dispositions de droit matériel proposées reprennent certains traits de la LCart, y compris la pratique liée à l'application de l'article 29 LCart. En majeure partie repris, les critères d'appréciation actuels ont été restructurés. La méthode du solde de la LCart, à la fois très ouverte et imprécise, a été complètement revue: elle est devenue une procédure plus stricte et en deux étapes. Si les critères d'appréciation de l'article 29 LCart sont conservés, ils sont groupés en deux catégories: ceux qui relèvent de la concurrence et ceux qui n'en relèvent pas. Leur application n'est pas simultanée, mais successive.

Les dispositions de droit matériel du projet reposent sur la notion de "concurrence efficace". Ainsi, l'appréciation des restrictions de la concurrence se concentre d'abord sur les effets sur la concurrence. Les autres critères (externes au domaine de la concurrence) n'interviennent qu'en second lieu et à titre exceptionnel, lorsque l'appréciation - sous l'angle de la concurrence et de l'efficacité économique - d'une restriction de la concurrence aboutit à son interdiction.

La division en deux parties de l'examen matériel se retrouve au niveau de la procédure. Afin de ne pas mélanger les critères qui relèvent de la concurrence et les autres (de politique économique et sociale), l'appréciation des premiers est conduite par la Commission de la concurrence et celle des seconds, par une autorité politique, soit par le Conseil fédéral.

Cette division de l'appréciation des restrictions de la concurrence se justifie pour trois raisons. D'abord, elle met les critères de concurrence au premier rang. Ensuite, il est logique de n'apprécier que des éléments comparables et de ne pas opposer, sans autre examen, une atteinte à la concurrence aux objectifs globaux de la politique économique ou sociale. Enfin, la division proposée permet de confier à une autorité politique des décisions qui échappent au domaine de la concurrence et sont, en règle générale, d'une large portée politique.

En raison de l'inscription du principe de l'abus dans la constitution, une restriction de 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 présomptions de l'article 5, 3e alinéa, P. Seule la présomption qu'une restriction de la concurrence entraîne la suppression de la concurrence efficace la fait tomber sous le coup de cette disposition. L'illicéité et, partant, la nullité n'interviennent également ici qu'après la décision passée en force de l'autorité compétente, et si aucune demande d'autorisation exceptionnelle n'a été présentée, ou si cette demande a été rejetée.

231 Accords en matière de concurrence (art. 5 P)

Conformément aux définitions du projet, on entend par accords en matière de concurrence aussi bien les accords horizontaux que les accords verticaux conclus entre entreprises. L'appréciation matérielle de ces accords consiste à évaluer leurs effets sur la concurrence. Le critère central de cet examen est la concurrence efficace. On distingue, en fonction de leurs effets sur la concurrence, trois catégories d'atteintes: les atteintes légères (non notables), les atteintes notables et la suppression de la concurrence efficace. Selon le genre et l'intensité des effets produits sur la concurrence, le projet prévoit diverses règles matérielles.

Lors de l'appréciation des effets sur la concurrence, il faut au préalable définir le marché déterminant. C'est à dessein que le projet ne définit pas la notion de marché déterminant, notion qui ne peut prendre de sens concret que par rapport aux circonstances d'un cas particulier. Etant donné que la question du marché déterminant se pose aussi avec la LCart, il convient de se référer ici à la pratique actuelle.

231.1 Admissibilité des atteintes légères à la concurrence

Les dispositions matérielles du projet ne s'appliquent pas aux atteintes légères à la concurrence. Les autorités en matière de concurrence ne sauraient en effet traiter des cas de ce genre. En conséquence, le premier stade d'examen consiste à écarter les atteintes légères à la concurrence. Celles-ci sont autorisées sans autre examen matériel.

La notion de ce qui est notable n'est pas précisée dans le projet. Ce critère figurant déjà dans la LCart comme condition préalable à l'application des dispositions matérielles sur les cartels, on se référera donc à la pratique, qui tente de cerner cette notion¹²⁵). Au demeurant, la plupart des lois cartellaires étrangères connaissent aussi des critères permettant d'établir si une restriction engendre des effets notables ou sensibles.

231.2 Illicéité des atteintes notables à la concurrence (art. 5, 1er al., P)

Si la restriction de la concurrence est considérée comme notable, l'accord en matière de concurrence doit être apprécié selon les critères des articles 5 et 6 P. Ces dispositions précisent la notion de nocivité de l'article 31bis, 3e alinéa, lettre d, de la constitution. Le principe de l'abus découlant de la constitution, une restriction de la concurrence n'est pas illicite en soi. Seuls ses effets nuisibles, d'ordre économique ou social, sont déterminants. Il faut qu'ils soient constatés comme tels pour que la restriction considérée soit illicite.

L'éventail des critères d'appréciation des articles 5 et 6 P distingue, en fonction de l'intensité de la restriction, les accords qui affectent de manière notable la concurrence de ceux qui entraînent la suppression de la concurrence efficace. Si pour ces derniers, l'illicéité découle directement de l'intensité des effets sur la concurrence, il faut en revanche, devant une "simple" atteinte notable à la concurrence, d'abord établir si l'accord ne peut pas être justifié pour des motifs d'efficacité économique. Cela se justifie de la manière suivante: en présence d'une suppression de la concurrence efficace, il ne peut plus y avoir de justification pour des motifs d'efficacité économique et seuls des motifs externes au domaine de la concurrence peuvent encore empêcher que la restriction en question ne soit considérée comme nuisible sur le plan économique ou social¹²⁶). La possibilité d'invoquer des motifs d'efficacité économique tient avant tout

125) Voir *Schürmann*, in: *Schürmann/Schluep*, *Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz*, Zurich 1988, 66 s. avec renvois

126) Une justification pour des motifs externes à la concurrence doit avoir lieu lors de l'application de l'art. 8 P (autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants).

☛ compte des effets positifs des cartels souples (coopérations en tout genre) de même que de nombreux accords verticaux. La justification pour motifs d'efficacité économique dans les cas ne conduisant pas à la suppression de la concurrence efficace va dans le sens d'une vision dynamique du marché. En effet, l'efficacité économique contraint les entreprises à optimiser l'utilisation de leurs ressources, ce qui peut également résulter d'un accord entre plusieurs acteurs économiques. Aussi longtemps que les mécanismes d'allocation, d'adaptation et d'amélioration ne sont pas faussés, un tel comportement ne soulève aucune objection du point de vue de la concurrence.

Eu égard à la possibilité de justifier un accord par des motifs d'efficacité économique, la question de savoir si un accord affecte d'une manière notable la concurrence ou s'il conduit à la suppression de la concurrence efficace revêt ici une importance capitale. Cette appréciation doit avoir lieu d'abord à la lumière de la concurrence subsistant entre les parties à l'accord (concurrence interne). D'autre part, il faut évaluer la situation qu'occupent les parties à l'accord sur le marché déterminant des points de vue objectif, géographique et du temps, et évaluer les effets de l'accord sur le fonctionnement du marché en question (concurrence externe). Dans l'étude de ce dernier aspect, on ne saurait négliger les rapports entre le marché suisse et le marché mondial. On se demandera toujours si le marché déterminant est (géographiquement) ouvert et si des concurrents, surtout étrangers, peuvent améliorer l'état de la concurrence en Suisse. Lorsque concurrence interne et concurrence externe ont disparu, il y a suppression de la concurrence efficace. Les cartels rigides en fournissent l'exemple: ou bien toutes les entreprises présentes sur un marché sont membres d'un cartel horizontal, ce qui exclut toute vraie concurrence de la part d'outsiders, ou bien tous les échelons d'un marché sont intégrés dans un cartel vertical sans lacune, ce qui empêche tout marché parallèle de se développer et de se maintenir.

231.3 Justification pour des motifs d'efficacité économique (art. 5, 2e al., art. 6 P)

La distinction entre les accords affectant de manière notable la concurrence et ceux qui conduisent à la suppression de la concurrence efficace

se répercute au niveau de la justification des restrictions de la concurrence. Une atteinte notable à la concurrence doit être, dans une conception dynamique de la concurrence, autrement perçue qu'une suppression de la concurrence efficace. Un accord qui affecte notablement la concurrence laisse souvent une bonne marge de manoeuvre¹²⁷⁾ aux parties concernées; pour le justifier, il suffit de démontrer qu'il augmente l'efficacité économique selon les critères de l'article 5, 2e alinéa, P.

Les atteintes notables à la concurrence peuvent voir leurs effets nuisibles compensés, voire occultés, par des retombées positives, parfois sur la concurrence elle-même. Le critère de l'efficacité économique permet de dire si ces effets positifs viennent effectivement de l'atteinte. Souhaitables du point de vue économique, les réductions de prix ou les innovations peuvent être plus faciles à réaliser en coopération que de façon autonome, et davantage encore lorsque la situation du marché, les conditions d'exploitation ou les conditions techniques ne permettent pas aux entreprises de se comporter en concurrents autonomes. Pour être dynamique, la concurrence doit pouvoir s'accommoder de quelques atteintes motivées par la recherche de plus d'efficacité, lorsque les conditions du marché garantissent que le gain d'efficacité profitera aux consommateurs. En aucun cas, un accord en vue d'augmenter l'efficacité ne devra conduire à la suppression de la concurrence efficace.

L'exemple le plus important dans ce domaine est la coopération des petites et moyennes entreprises pour motifs de rationalisation. Mais des entreprises d'une certaine taille peuvent également avoir avantage à coopérer pour améliorer leur efficacité économique. L'article 5, 2e alinéa, P ne prévoit aucun critère formel d'admissibilité: la justification pour motifs d'efficacité économique doit être établie uniquement sur la base des critères matériels de l'article 5, 2e alinéa, lettres a et b, P.

L'article 5, 2e alinéa, lettre a, P énumère de manière exhaustive les motifs de justification qui peuvent être pris en considération. Ces motifs sont formulés de manière ouverte, ce qui permet de justifier un large éventail

127) Il y aurait sinon suppression de la concurrence efficace.

d'accords de coopération. L'appréciation de l'efficacité peut aussi, selon le projet, s'attacher à des aspects relevant de l'intérêt public quand l'accord examiné vise une utilisation rationnelle de ressources ou de biens publics. Ce serait par exemple le cas des fabricants de produits de confiserie qui invoqueraient une augmentation de l'efficacité après s'être mis d'accord de ne plus présenter leurs produits sous des emballages en aluminium mais en faisant appel à un matériau plus respectueux de l'environnement (consommation d'énergie, élimination des déchets). Mais l'exigence de l'augmentation de l'efficacité économique exclut ici les motifs d'intérêts publics qui échappent aux processus économiques (relevant p. ex. de la politique culturelle) et dont on ne peut tenir compte que dans le cadre de l'article 8 P.

- *Motifs d'efficacité économique*

Conformément à l'article 5, 2e alinéa, lettre a, P, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique s'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution. On pense ici surtout à la coopération entre petites et moyennes entreprises pour cause de rationalisation, notamment au niveau de la production, de la distribution ou de l'approvisionnement. Dans le cas des accords verticaux, on citera par exemple certains accords de distribution d'un nouveau produit. Des accords portant atteinte à la concurrence peuvent aussi être conclus en vue d'amortir les coûts de lancement d'un produit sur le marché. Grâce au critère de la réduction des coûts, les systèmes de distribution exclusive ou sélective sont également susceptibles d'être justifiés pour les mêmes motifs. Il n'est pas possible de dire de manière générale dans quelle mesure ces accords sont justifiés. Une analyse concrète des clauses contractuelles devra avoir lieu dans chaque cas particulier. Il en va de même des *prix imposés du deuxième échelon*, pratique souvent interdite dans de nombreuses lois cartellaires étrangères. Ce genre d'accord ne soulève pas d'objection tant que les objectifs visés, par exemple la garantie de la qualité ou du service à la clientèle, peuvent être justifiés par des motifs d'efficacité économique conformément aux dispositions de droit matériel. Le projet considère également l'amélioration de produits ou de procédés comme une augmentation de l'efficacité économique. Selon la pratique actuelle, l'assortiment ou la qualité de certains produits seraient

encore concernés. Enfin, le projet mentionne les accords conclus pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques: accords pour développer de nouveaux produits, accords de recherche et de développement, licences de brevet ou de savoir-faire.

La justification pour des motifs d'efficacité économique est aussi possible lorsque l'accord vise une utilisation plus rationnelle de ressources ou de biens publics sous l'angle écologique ou de politique sociale. En d'autres termes, outre les accords qui améliorent l'efficacité des ressources de l'entreprise, ceux qui optimisent l'utilisation de ressources publiques ou de biens communs nécessaires à l'entreprise seront considérés comme augmentant l'efficacité économique. Cette possibilité de justification permettra notamment aux entreprises d'atteindre, moyennant plus d'efficacité économique, des objectifs de portée générale (protection de l'environnement, utilisation rationnelle de l'énergie, santé, éducation, sécurité) et ce, au sens d'une autorégulation fondée sur la coopération.

- *Nécessité des accords*

Pour être justifiée par des motifs d'efficacité économique, il ne suffit pas que l'atteinte notable à la concurrence corresponde à l'une des catégories d'objectifs énumérées ci-dessus. En vertu de l'article 5, 2^e alinéa, lettre a, P, il faut encore que l'accord soit nécessaire pour atteindre ces objectifs. Cette exigence fait ainsi appel au principe de proportionnalité connu en droit administratif mais aussi en droit civil¹²⁸⁾ en tant qu'exigence de l'exercice le moins dommageable d'un droit. Un accord doit être d'abord à même de produire réellement l'effet recherché, aucun autre moyen moins dommageable à la concurrence n'étant disponible. En outre, la concurrence ne sera pas limitée à l'excès par rapport au but visé.

- *Profit tiré par les consommateurs*

Conformément à l'article 5, 2^e alinéa, lettre b, P, un accord n'est justifié par des motifs d'efficacité économique que si la situation de la concu-

128) *Merz*, Berner Kommentar, vol. introductif, No 393 ss, art. 2 CC, avec renvois

☛ rence garantit - compte tenu de l'atteinte à la concurrence - qu'une part équitable des profits en résultant pour les entreprises sera réservée aux consommateurs. Ceux-ci doivent par conséquent pouvoir profiter de la restriction, avantage qui se traduit en règle générale en termes de rapport prix/prestation. Mais le texte proposé n'exclut pas d'autres avantages revenant aux consommateurs. Ces avantages doivent être répercutés par le biais du marché. Il doit être sûr que les parties à un accord sont suffisamment exposées à la concurrence - entre elles ou envers des tiers - pour que le gain d'efficacité invoqué ne profite pas exclusivement aux entreprises concernées, mais soit répercuté équitablement aux échelons économiques situés en amont ou en aval. A cet égard, on ne tiendra pas seulement compte de la concurrence actuelle, mais de la concurrence potentielle, celle-ci étant appréciée en fonction des barrières actuelles à l'accès au marché. La promesse des entreprises concernées de maintenir les prix à un bas niveau ne suffit pas: cela nécessiterait un contrôle officiel constant et se solderait par des mesures interventionnistes indésirables.

L'exigence du profit "équitable" pour les consommateurs, signifie qu'une amélioration seulement marginale des prestations économiques n'est pas suffisante. On ne peut toutefois exiger que les avantages soient en majeure partie ou en totalité répercutés sur les consommateurs. La recherche de l'efficacité économique, même si elle restreint la concurrence, ne doit pas être pénalisée. Dans un régime de concurrence dynamique, elle doit être liée à l'attente d'un gain pour les entreprises.

Lorsqu'un accord vise une utilisation rationnelle de ressources ou de biens publics, il n'est pas dit que les entreprises en retirent toujours un avantage immédiat pouvant, par le biais du marché, atteindre le consommateur. De par leur nature déjà, de tels accords sont positifs pour le consommateur et donc pour la collectivité.

- *Pas de suppression de la concurrence efficace*

Les accords en vue d'augmenter l'efficacité économique, même s'ils sont dans l'intérêt de la collectivité, ne sauraient aller contre l'objectif du maintien de la concurrence efficace. C'est pourquoi le projet écarte la

possibilité de justifier par des motifs d'efficacité économique tout accord permettant aux entreprises concernées de supprimer la concurrence efficace. On ne tiendra ici pas seulement compte des conditions actuelles de la concurrence, mais aussi des développements attendus de l'accord. Si, au regard de cet aspect, l'accord n'est pas admissible, les entreprises concernées n'auront plus que la possibilité de demander une autorisation exceptionnelle au sens de l'article 8 P.

- *Accords réputés justifiés*

Lors de la procédure de consultation, les entreprises ont exprimé un profond besoin de concrétisation des formes d'accord comprises dans l'article 5, 2e alinéa, lettre a, P. Elle ont en particulier demandé que le projet prévoie des exemptions par catégorie correspondant à celles du droit de l'UE. L'article 6 P tient compte de ce besoin, dans la mesure où le permet une législation basée sur l'abus.

L'article 6 P donne à la Commission de la concurrence compétence de fixer par voie d'ordonnances ou de communications les conditions auxquelles des accords sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique. La Commission n'est pas limitée dans le choix des moyens pour définir concrètement les formes d'accords réputés justifiés. Les ordonnances arrêtées au titre de cette compétence sont soumises à l'approbation du Conseil fédéral (art. 6, 3e al., P). Il faut noter qu'il ne peut s'agir de règlements d'exemption par catégorie au sens du droit européen. Le projet n'étant pas basé sur le principe de l'interdiction, des actes législatifs de droit secondaire ne sauraient exempter certains faits d'une interdiction (inexistante). Autrement dit, une exemption au sens propre est incompatible avec une législation de l'abus. La compétence de l'article 6 P doit simplement permettre aux sujets de droit de contrôler plus facilement si un accord actuel ou futur peut être en principe considéré comme justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5, 2e alinéa, P. La publication des communications dans la Feuille fédérale (art. 6, 4e al., P) les rendra également accessibles à tous.

Telle qu'elle figure à l'article 6, 1er alinéa, P, l'énumération des catégories d'accords réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique,

qui concrétise le principe posé à l'article 5, 2e alinéa, lettre a, P, n'est pas exhaustive et n'établit aucun ordre de priorité. La Commission de la concurrence devra acquérir suffisamment d'expérience dans l'application du droit avant de pouvoir formuler concrètement des ordonnances d'exécution ou des communications générales. L'énumération du projet reprend les formes d'accords particulièrement importantes dans la pratique et tient compte des expériences européennes en matière de justification d'accords sous l'angle de la concurrence. S'inspirer de l'expérience communautaire ne signifie en aucun cas que la Commission suisse de la concurrence reprendra directement les règles européennes dans le droit suisse. Le droit européen de la concurrence est fondé sur le principe de l'interdiction des accords en matière de concurrence; il est en outre conçu en fonction de l'achèvement d'un marché intérieur qui connaît des frontières internes. La nécessité de distinguer ainsi le droit suisse du droit européen ne veut pas dire que les critères de la législation suisse basée sur l'abus doivent être plus sévères que ceux du droit européen basé sur l'interdiction.

L'article 6, 1er alinéa, P mentionne les accords de coopération en matière de recherche et de développement, les accords de spécialisation et de rationalisation, les accords, particulièrement importants dans la pratique, en vue de l'octroi d'une exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services ainsi que les accords relatifs à la concession de licences exclusives de droits de propriété intellectuelle. Tous ces accords sont, dans le droit de la concurrence de l'UE, régis soit par la communication concernant la coopération entre entreprises (1968), soit par les règlements relatifs aux exemptions par catégorie. Ces derniers notamment contiennent des éléments concrets indiquant aux entreprises comment élaborer leurs contrats. En vertu de la norme de compétence inscrite dans le projet, il appartiendra à la Commission de la concurrence, sur la base de l'expérience qu'elle tirera de l'application du droit, de décider du niveau de concrétisation qui marquera ses ordonnances et ses communications.

Alors que les formes de coopération énumérées au 1er alinéa de l'article 6 P sont communes à toutes les branches de l'économie, le 2e alinéa reconnaît une compétence supplémentaire à la Commission, qui peut

également édicter des dispositions d'exécution pour des *formes de coopération spécifiques à une branche*. Les expériences faites par la Commission des cartels montrent que de telles dispositions sont surtout nécessaires dans le domaine des services financiers, soit le domaine des banques et des assurances, mentionné dans le projet. En matière d'assurances, l'attention devra se porter d'abord sur les différents objets réglés aussi au niveau de l'UE dans des règlements sur les exemptions par catégorie. La formulation restrictive du projet "accords concernant la transposition rationnelle de prescriptions de droit public pour la protection des clients ou des investisseurs" révèle dans quel sens doit aller cette forme de coopération, qui sera en général admise. Cette norme a été spécialement conçue pour les branches soumises à la surveillance de l'Etat. La Commission de la concurrence, si elle le désire, pourra chercher à collaborer avec l'autorité de surveillance compétente avant d'édicter des dispositions d'exécution.

231.4 Présomptions de suppression de la concurrence efficace (art. 5, 3e al., P)

Du point de vue du droit cartellaire, la suppression de la concurrence efficace est incontestablement nuisible. La révision a aussi pour objectif prioritaire de faciliter le contrôle des accords qui conduisent à la suppression de la concurrence efficace. Une liste d'accords présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace a donc été dressée au 3e alinéa de l'article 5 P.

Le recours aux présomptions simplifie considérablement la longue procédure d'enquête administrative obéissant à la maxime d'office. Les présomptions énumérées à l'article 5, 3e alinéa P ne se rapportent pas au caractère licite ou illicite d'un accord, mais seulement à l'aspect de suppression de la concurrence efficace. Si la procédure d'enquête ne permet pas de prouver que la concurrence efficace demeure en dépit de la présomption, la suppression de la concurrence efficace est admise sans autre démonstration.

Les présomptions sont connues depuis longtemps dans les législations cartellaires étrangères. Cette notion de droit intervient notamment à

plusieurs reprises dans la loi allemande contre les restrictions de la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB). Elle détermine les conséquences du manque de preuve: si on ne peut prouver que la concurrence efficace subsiste malgré la restriction, la présomption l'emporte. Dans la procédure administrative, le recours à la présomption ne signifie pas que la preuve de la concurrence efficace soit à la seule charge des parties à l'accord incriminé. Celles-ci ont certes le plus grand intérêt à ce que la présomption soit réfutée. Mais pour être convaincante, la démonstration doit parfois s'appuyer sur des données, qui leur échappent, relatives aux conditions objectives du marché. Le cas échéant, l'autorité en matière de concurrence devra donc étudier si la concurrence efficace subsiste malgré l'accord, compte tenu de la maxime d'office et sur la base des arguments avancés par les entreprises concernées.

Les présomptions de l'article 5, 3^e alinéa, P sont réfutables. Il suffit de démontrer à cet effet que la concurrence interne et la concurrence externe subsistent malgré l'accord. L'évaluation de la concurrence interne et de la concurrence externe résiduelles a déjà fait l'objet de développements complets¹²⁹⁾. Si la présomption est réfutée, il faut déterminer si l'accord affecte de façon notable la concurrence. C'est en général le cas. Il convient ensuite de se demander si, au sens de l'article 5, 2^e alinéa, P, l'accord est justifié pour des motifs d'efficacité économique.

L'idée de rattacher les présomptions aux accords horizontaux en matière de prix, de quantités et de répartition des marchés - on vise ici en premier lieu les cartels "rigides", soit ceux qui, recouvrant le marché, voient les concurrents limiter la concurrence entre eux - apparaît nettement dans l'exigence de liens de concurrence entre les entreprises concernées. Les accords verticaux ne sont touchés que dans la mesure où ils sont combinés à un accord horizontal correspondant aux présomptions. Hormis ces cas, aucune présomption négative ne pèse sur les accords verticaux, y compris l'ensemble des différents systèmes de distribution et les accords de licence, quand bien même ils contiendraient des accords en matière de prix, de quantités ou de répartition géographique.

129) Voir ch. 231.2: Illicéité des atteintes notables à la concurrence

Ces présomptions (réfutables) ne concernent, clairement, que les accords horizontaux aux effets en règle générale négatifs sur la concurrence, approche que confirme aussi la pratique la plus récente de la Commission des cartels. De tels accords neutralisent les paramètres fondamentaux de la concurrence: ils éliminent, entre les entreprises concernées, la concurrence efficace, qui ne peut dès lors que provenir d'une source externe. L'appréciation, sous l'angle de la concurrence, d'un accord touché par une présomption consiste d'abord à établir si la concurrence efficace externe subsiste. Cela peut être notamment le cas lors d'une répartition de la production dans le cadre d'accords de spécialisation entre petites et moyennes entreprises; les présomptions réfutables gardent ici leur sens. En revanche, quand des entreprises passent des accords en matière de prix, de quantité ou de répartition géographique pour obtenir, avant tout, une rente cartellaire, elles sont tentées d'écartier au maximum la concurrence externe. Si elles y parviennent sur une longue période, et sans objectif d'amélioration de l'efficacité, il leur sera difficile de prouver que la concurrence efficace existe, ou est encore possible, sur le marché considéré.

L'article 5, 3^e alinéa, énumère les formes de cartels horizontaux visées par les présomptions.

- *Accords fixant directement ou indirectement des prix (art. 5, 3^e al., let. a, P)*

L'effet de la fixation de prix est ici déterminant et peu importe de savoir comment la fixation a eu lieu. La présomption peut porter sur tout élément ou composant intervenant dans la fixation du prix et s'applique à la fixation directe ou indirecte de prix. Ainsi, elle s'appliquera non seulement aux ententes sur les rabais, mais aussi aux accords portant sur les critères d'application des rabais, dans la mesure où ceux-ci jouent un rôle dans la fixation des prix. Ces principes sont aussi valables pour les accords en matière de modes de calcul dès qu'il en résulte une fixation d'éléments de prix.

- *Accords restreignant les quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir (art. 5, 3^e al., let. b, P)*

Les cartels portant sur des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir (cartels de contingentement) sont également une forme classique de cartels. Ils vont souvent de pair avec des accords sur les prix, ceux-ci étant d'autant plus stables que ses membres sont dissuadés de s'approvisionner ou de livrer dans des quantités dépassant ce qui est convenu. Selon le projet, toute réduction artificielle de la fourniture de biens est présumée supprimer la concurrence efficace et donc illicite. Au nombre des accords visés figurent entre autres la répartition préalable des parts de marché des membres du cartel et la fixation d'objectifs quantitatifs dans certaines régions. Les boycotts tombent aussi sous le coup de cette disposition du fait qu'ils équivalent à une réduction à zéro des quantités de biens à produire, à acheter ou à fournir. Il n'est pas important, sous l'angle de la présomption, de savoir comment et pour quel échelon du marché ont été fixées les quantités. Un accord peut, par exemple, se fonder sur un pourcentage du total des ventes réalisées sur un territoire donné, sur un nombre d'articles ou des tonnages, sur les capacités de production, la taille maximale de sites de production, la limitation des investissements, ou sur des prescriptions de diminution des capacités. Les accords d'autolimitation peuvent aussi être touchés par la présomption. La présomption intervient indépendamment du fait qu'un accord sur les quantités s'appuie également sur d'autres accords (p. ex. pour un système d'information ou un système de compensation).

- *Répartition géographique des marchés ou répartition en fonction des partenaires commerciaux (art. 5, 3e al., let. c P)*

Les accords visant à répartir géographiquement un marché conduisent généralement à la suppression de la concurrence efficace. Des entreprises peuvent par exemple se répartir ainsi le marché en s'engageant à ne pas intervenir sur le territoire de vente d'un autre membre du cartel. Les mêmes effets sur la concurrence résultent de la répartition en fonction des partenaires commerciaux. Il s'agit, dans ces deux cas, d'une segmentation de la clientèle ou des fournisseurs. Les présomptions leur sont applicables. Ces cartels ont des effets analogues aux obstacles de droit public (cantonal, p. ex.) au commerce sur le marché intérieur suisse, que souvent ils renforcent. L'élimination des répartitions d'origine privée est

devenue une tâche urgente dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur suisse.

232 Pratiques illicites des entreprises dominant le marché (art. 7 P)

Les entreprises dominant le marché sont en mesure de limiter de façon abusive la liberté d'action de leurs concurrents ou de leur partenaires commerciaux et, par là, d'affaiblir la concurrence (pratiques d'entrave). Elles peuvent également se comporter de manière à désavantager les consommateurs en portant atteinte à la concurrence (exploitation). L'objectif de la politique de la concurrence, il convient de le souligner, n'est pas d'empêcher le recours à la puissance économique. Les entreprises doivent pouvoir accéder à une position dominante grâce à leur succès économique et à leur croissance interne. Il s'agit là d'un ressort essentiel motivant les entreprises à travailler de manière efficace. La concurrence n'est en définitive qu'une lutte pour des parts de marché. Les efforts consentis pour conserver ou pour augmenter ces parts de marché ne sauraient donc être par nature illicites.

La difficulté provient du fait que le même comportement d'une entreprise dominant le marché peut, a priori, être considéré à la fois comme un comportement concurrentiel favorable et comme une pratique abusive (d'entrave ou d'exploitation). Il s'ensuit que les circonstances particulières de chaque cas d'espèce devront faire l'objet d'un examen minutieux. Une pratique, touchant au domaine de la concurrence, d'une entreprise en position dominante est en principe illicite lorsque, sans aucune justification objective, elle entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou l'exercice de celle-ci ou qu'elle désavantage les partenaires commerciaux. On parle notamment de raisons objectives propres à justifier une pratique stratégique ("legitimate business reasons") lorsque l'entreprise concernée fonde son comportement sur des principes commerciaux.

Aux termes de la clause générale de l'article 7, 1er alinéa, P, les pratiques d'entrave et d'exploitation d'une entreprise dominant le marché sont illicites lorsque l'entreprise abuse de sa position dominante. Dans le premier cas, on peut également dire que la stratégie envers le concurrent doit être "indue", soit lorsque, par exemple, la volonté d'exclure un

concurrent est manifeste. Dans le second, il y a abus (selon nombre de législations étrangères) lorsque les conditions commerciales diffèrent notablement de celles qui seraient appliquées selon toute probabilité avec une concurrence efficace.

Le 2e alinéa de l'article 7 P concrétise la clause générale du premier alinéa dans une liste non exhaustive de pratiques illicites. Cette énumération se base tout d'abord sur l'article 6, 2e alinéa, LCart, consacré aux entraves à la concurrence de tiers, puis s'enrichit d'apports du droit européen de la concurrence. Les pratiques mentionnées à titre d'exemple ne constituent pas des présomptions. Chaque cas doit donc être analysé en profondeur afin de déterminer s'il répond aux critères généraux de l'abus formulés au 1er alinéa de l'article 7. La liste des pratiques illicites est la suivante:

- *Refus d'entretenir des relations commerciales (Art. 7, 2e al., let. a, P):*

On entend par là tant la rupture et la restriction de relations commerciales avec des clients actuels que le refus d'en nouer avec des clients potentiels. S'il est vrai qu'une entreprise a la faculté, sous l'angle de la concurrence, de choisir ses partenaires commerciaux, et qu'une position dominante n'entraîne pas une obligation générale de contracter, le constat du refus de relations commerciales n'en est pas moins d'une grande importance pour la politique de la concurrence car, dans bien des cas, il permet indirectement de mieux empêcher d'autres pratiques abusives. L'expérience montre en effet que les entreprises de petite taille n'osent en général pas se défendre contre un partenaire qui domine le marché, de crainte de le voir rompre toute relation commerciale par mesure de représailles.

Les effets d'un refus de relations commerciales dépendent en premier lieu du rôle de l'entreprise dominante sur le marché considéré. En l'absence de toute possibilité de choix, le partenaire pénalisé peut être dans l'impossibilité d'exercer sa liberté de concurrence.

Le refus de relations commerciales peut également porter préjudice à un partenaire potentiel. Toutefois, cette pratique n'est illicite que s'il y a obligation de contracter. Une telle obligation est par exemple donnée de jure ou de facto lorsqu'une entreprise jouit d'un monopole de droit public ou lorsqu'elle seule dispose d'équipements ou d'installations indispensables à la production de certains biens ou services.

La rupture de relations commerciales est objectivement justifiée quand, par exemple, les prestations économiques du client deviennent objectivement insuffisantes ou lorsque le client modifie sa politique d'achat et de livraison au point que l'entreprise dominante ne peut plus y souscrire pour des motifs d'ordre économique. Les limitations de livraison sont justifiées par exemple en cas de pénurie, pour autant qu'elles s'appliquent uniformément à tous les acheteurs.

- *Discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales (Art. 7, 2e al., let. b, P)*

Aux termes du projet, l'entreprise en position dominante n'est pas tenue de traiter systématiquement ses partenaires de manière identique. L'égalité requise ici ne concerne que les partenaires qui se trouvent dans la même situation par rapport à l'entreprise en position dominante, compte tenu de leurs prestations. Le critère déterminant n'est pas l'identité des prestations, mais leur équivalence. Les particularités des produits et du marché en question doivent donc être appréciées à leur juste valeur.

La présente disposition s'applique à toutes les discriminations en matière de prix ou d'autres conditions commerciales. La notion d'autres conditions commerciales doit être comprise au sens large: sont concernées toutes les conditions commerciales de fait ou contractuelles qui constituent une discrimination du partenaire commercial. Comme exemple de traitement inégal, on peut citer le cas du fabricant en position dominante qui, régulièrement, exécute les commandes passées par un commerçant dans des délais de livraison différents de ceux qu'il respecte avec les autres. Tombe aussi sous le coup de la même disposition la pratique du

✚ fournisseur en position dominante qui livre à l'un de ses acheteurs, contre son gré, de la marchandise de moindre qualité alors qu'il fournit du premier choix à ses autres clients.

Il est décisif, pour répondre à la question de savoir si l'inégalité de traitement imputable à une entreprise dominant le marché est illicite, d'établir si le partenaire commercial touché par cette inégalité est désavantagé, par rapport aux tiers concurrents, de façon injuste, c'est-à-dire objectivement injustifiée. La comparaison des prestations doit permettre de tenir compte des différences en l'espèce. Des différences en matière de prix peuvent ainsi être justifiées objectivement par des économies d'échelle en matière de commercialisation, de transport et de distribution. L'interdiction de discrimination contient même, logiquement, le devoir de traiter de manière différenciée les cas dissemblables.

- *Fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (Art. 7, 2e al., let. c, P)*

Il convient d'évaluer ici si les prix ou les conditions commerciales sont raisonnables par rapport aux prestations d'une entreprise dominant le marché. Cette question ne peut être résolue que dans chaque cas particulier. Des conditions commerciales sont inéquitables quand elles sont manifestement injustes eu égard aux circonstances du cas d'espèce. La notion de conditions commerciales recouvre également les restrictions de la liberté d'action que l'entreprise dominant le marché impose à ses partenaires. La question du caractère inéquitable de telles conditions commerciales dépend à la fois de la gravité de l'atteinte à la liberté de concurrence du partenaire et des entraves éventuelles à la concurrence de tiers.

Selon la présente disposition, des rabais particulièrement élevés qu'une entreprise obtient du fait de sa puissance d'achat peuvent éventuellement être qualifiés d'abusifs. Il en va de même des délais de paiement exceptionnellement longs, assimilables à un crédit sans intérêts du fournisseur à l'entreprise disposant d'une puissance d'achat. Des prix peuvent être exagérément élevés ou bas selon que l'entreprise dominante se trouve du côté de l'offre ou de la demande. Le contrôle des abus ne saurait toutefois

avoir pour fin de protéger les entreprises se laissant duper par des entreprises dominant le marché.

Aux termes du projet, les prix et autres conditions commerciales doivent être imposés. Par exemple, une entreprise disposant d'une puissance d'achat doit recourir à des moyens de pression ou menacer d'y recourir pour imposer un prix préférentiel ou toute autre condition commerciale.

- *Sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé (Art. 7, 2e al., let. d, P)*

Cette disposition vise une forme de comportement classique consistant à exclure un concurrent du marché avec des moyens sans rapport avec ses prestations. Quand une entreprise dominante pratique systématiquement la sous-enchère à l'égard d'un concurrent plus faible et sans aucune perspective d'amélioration rapide de ses gains, on peut admettre qu'elle cherche à exclure son concurrent du marché. Dès que celui-ci aura lâché prise, l'entreprise dominante pourra relever ses prix au-dessus du niveau initial et compenser ainsi les pertes enregistrées. Ce comportement porte préjudice à la fois au concurrent exclu et aux consommateurs, qui en fin de compte doivent payer plus cher pour un choix appauvri.

La preuve d'une telle stratégie (à la différence de la sous-enchère en tant qu'effort de concurrence) demande une appréciation globale des circonstances entourant le cas concret. Lorsqu'une entreprise dominante offre pendant un certain temps à la clientèle de certains concurrents ses produits à des prix objectivement injustifiables, il ne fait guère de doute qu'elle veut se l'approprier. Cette stratégie est claire si, durant la même période, l'entreprise dominante maintient ses prix antérieurs beaucoup plus élevés envers son ancienne clientèle. Il n'est pas absolument nécessaire que la sous-enchère soit inférieure au prix coûtant.

Des prix d'achat exagérément élevés sont également un moyen d'exclure un concurrent du marché. En cas de pénurie de matières premières, une entreprise dominante peut pratiquer une telle politique de prix pour mettre

la main sur de grandes quantités d'un produit donné. Ses concurrents voient disparaître des sources d'approvisionnement et les prix monter.

- *Limitation de la production, des débouchés et du développement technique (Art. 7, 2e al., let. e, P)*

La limitation doit être "artificielle" pour être abusive. L'entreprise dominante peut prendre elle-même des mesures limitatives ou obliger d'autres entreprises à adopter de telles mesures. Une limitation est artificielle lorsqu'elle ne résulte pas de l'évolution du marché mais du fait qu'une entreprise dominante cherche à faire monter les prix ou à les maintenir à un niveau élevé. La limitation peut porter sur les produits, les quantités, les régions de vente ou les acheteurs.

Une limitation abusive de ses *propres* débouchés par une entreprise dominante peut notamment consister à ne pas vendre des composants d'un appareil qu'elle produit afin d'empêcher d'autres constructeurs d'accéder au marché en vendant des pièces compatibles avec ses composants, et ce, afin de perpétuer ou de renforcer sa position dominante. Une limitation de son développement technique par l'entreprise dominante ne peut être démontrée que dans de rares cas. Le contrôle des abus ne saurait servir à faire du développement technique une obligation pour les entreprises dominantes.

Les limitations abusives, par des entreprises dominantes, du développement technique *d'autres entreprises*, notamment par le biais de droits immatériels, sont relativement fréquentes. Ainsi, l'obtention ou le simple maintien de brevets comptent au nombre des abus quand l'entreprise dominante en fait de purs moyens de blocage du progrès technique d'autres entreprises (brevets de blocage). Sont aussi abusifs les contrats visant à constituer des paquets de brevets ou les accords de licence croisés, lorsqu'ils ont pour seule fin d'ériger des barrières à l'accès au marché ou d'entraver l'action des concurrents. Une entrave abusive à l'innovation peut n'avoir aucun lien direct avec un droit de propriété intellectuelle: c'est notamment le cas du refus d'un fabricant de biens très spécialisés de fournir des données techniques afin d'empêcher d'autres

entreprises de mettre au point des produits destinés à compléter ces biens.

- *Fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires (Art. 7, 2e al., let. f, P)*

Cette disposition doit permettre d'empêcher qu'une entreprise puissante désavantage ou entrave une autre entreprise en liant la conclusion d'une affaire à l'acceptation ou à la fourniture de prestations supplémentaires sans rapport raisonnable avec la transaction de base. Il s'agit des affaires dites liées. L'analyse du cas précis doit dire si les prestations supplémentaires ont un rapport objectif avec la transaction de base.

Un abus de cette nature peut exister du côté de l'offre et de la demande. Le cocontractant d'un offreur ne peut être contraint d'accepter des produits ou des services auxquels il n'est pas intéressé, parce qu'il n'en a pas besoin ou peut se les procurer ailleurs à meilleur prix. Une entreprise ne doit pas davantage se voir contrainte par une entreprise dominante d'accepter des prestations qui sont sans rapport (ou n'ont qu'un rapport lointain) avec la prestation de base.

Au nombre des justifications de telles opérations, on admet dans la pratique surtout les motifs contraignants d'ordre technique ou économique, certaines exigences de qualité et les questions de sécurité: sur ce dernier point, il peut être ainsi justifié de la part du fournisseur de lier la vente d'appareils à l'obligation de lui en confier l'entretien lorsque celui-ci comporte certains risques. S'il est vrai qu'un usage commercial peut plaider en faveur d'une commercialisation commune des prestations concernées, l'entreprise dominante ne peut seule la motiver.

233 Autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 8 P)

Cette disposition prévoit une exception qui, en raison du but de la loi (promotion et maintien de la concurrence efficace), ne devrait être que rarement appliquée. L'autorisation exceptionnelle se limite aux cas où des

intérêts publics prépondérants justifient une restriction de la concurrence qui supprime la concurrence efficace (ou est à même de le faire selon l'art. 5, 2e al., let. b, P), alors que cette restriction ne peut être autorisée pour des motifs d'efficacité économique. Il y a là aussi un cas d'application plutôt théorique d'une entrave notable à la concurrence qui augmente trop peu l'efficacité économique pour être autorisée par les autorités de concurrence.

Dans la procédure devant le Conseil fédéral, il s'agira donc surtout d'accords en matière de concurrence qui suppriment ou sont capables de supprimer la concurrence efficace et qui, en conséquence, représentent un potentiel important de nocivité. Cette appréciation essentiellement négative au départ impose que soient remplies des conditions sévères (intérêts publics prépondérants) pour que le Conseil fédéral, en tant qu'autorité politique suprême, délivre une autorisation exceptionnelle sur la base de l'article 8 P.

Tout intérêt public ne justifie pas cette autorisation: l'intérêt public présenté doit l'emporter sur les inconvénients importants de l'accord ou de la pratique sous l'angle de la concurrence. Le motif de justification invoqué doit occuper une place significative sur l'échelle des valeurs des intérêts publics. L'autorisation accordée dans de nombreux pays, pour des raisons de politique culturelle, aux prix imposés du deuxième échelon pour les livres en est un exemple. On exigera également en général de l'accord en matière de concurrence à justifier qu'il constitue un moyen *nécessaire*, et pas seulement utile, pour répondre à l'intérêt public présenté; l'adéquation ne suffit pas face à l'impératif de nécessité.

Les décisions prises en vertu de l'article 8 P ont, outre leur caractère exceptionnel, une portée politique particulière. Seul le Conseil fédéral, en sa qualité d'autorité politique suprême, a la légitimité suffisante pour décider - question extrêmement délicate - de la justification d'une restriction en soi illicite de la concurrence. La compétence du Conseil fédéral offre la garantie de voir la décision tenir compte de tous les aspects pertinents en la matière.

Le Conseil fédéral peut assortir sa décision de conditions et de charges (art. 31 P). L'autorisation exceptionnelle sera toujours de durée limitée, afin de pouvoir être ultérieurement réexaminée pour savoir si elle se justifie encore au vu des circonstances du moment.

234 Concentrations d'entreprises

234.1 Régime de l'autorisation (art. 9 P)

Le contrôle des concentrations d'entreprises a pour seul objectif de prévenir la création ou le renforcement d'une position dominante: toutes les fusions sont loin d'être concernées. Le contrôle ne touche que les concentrations d'entreprises qui remplissent des critères quantitatifs bien définis. Le régime de l'autorisation intervient essentiellement lorsque le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises participantes atteint un certain montant (2 mia. de fr. au total ou 500 mio. de fr. en Suisse), le critère déterminant pour les assurances étant le montant total des primes brutes annuelles et, pour les banques, dix pour cent de la somme du bilan. Valeurs-seuils, ces montants ne portent aucune indication sur la nocivité d'une concentration. Ils ne servent qu'à déterminer les concentrations soumises au régime de l'autorisation.

- Critères du régime de l'autorisation

Seules sont concernées par le régime de l'autorisation les entreprises qui, en raison du niveau de leur chiffre d'affaires, sont en mesure d'influencer de manière sensible la concurrence. Selon le projet, sont réputées telles les entreprises qui répondent à deux critères. Tout d'abord, le régime de l'autorisation s'applique aux entreprises qui ont réalisé, sur le plan mondial, un chiffre d'affaires de deux milliards de francs au minimum durant le dernier exercice. Il s'agit là d'entreprises qui, par leur puissance financière, sont à même d'acquiescer une position dominante. Le critère suivant est en revanche pertinent à l'échelle suisse. Compte tenu du caractère largement ouvert de l'économie suisse, le contrôle des fusions doit moins porter sur les concentrations déployant leurs effets au niveau international que sur celles qui ont surtout un impact sur le marché intérieur suisse. Grâce au second critère - un chiffre d'affaires de 500

millions de francs - le contrôle atteint toute opération de concentration capable de se répercuter de manière importante sur le marché suisse.

Selon l'article 9, 1er alinéa, lettre b P, le régime de l'autorisation n'intervient que lorsqu'au moins deux des entreprises participantes atteignent en Suisse un chiffre d'affaires de 100 millions de francs chacune. Ce critère additionnel s'applique notamment lorsqu'une entreprise (multinationale) suisse acquiert une entreprise étrangère qui n'exerce qu'une activité limitée en Suisse (moins de 100 mio. de chiffre d'affaires) ou même pas d'activité du tout, opération qui n'annonce pas de conséquences sensibles sur le marché suisse. Les entreprises peuvent évidemment faire appel à l'exception de cette disposition dans d'autres cas. Ce critère a donc aussi, dans le contexte de concentrations spécifiquement suisses, valeur de clause pour les cas d'importance mineure.

Les valeurs-seuils qui commandent au régime de l'autorisation sont particulièrement généreuses. Leur ordre de grandeur est en effet comparable à celui de la France et de l'Allemagne, pays d'une toute autre importance économique, alors que des pays économiquement comparables à la Suisse, tels que le Canada, la Suède ou la Belgique, connaissent des valeurs-seuils beaucoup moins élevées. Avec les dispositions proposées, le contrôle des concentrations devrait toucher un nombre de cas relativement restreint. S'il est difficile de faire des prévisions, certains chiffres peuvent toutefois servir de point de repère. En 1993, environ 40 entreprises établies en Suisse ont réalisé sur le plan mondial un chiffre d'affaires dépassant 2 milliards de francs. Durant la même année, environ 60 entreprises qui n'ont pas atteint cette limite des 2 milliards réalisaient un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs. En 1993 toujours, quatre institutions bancaires ont affiché une somme de plus de 20 milliards de francs au bilan, tandis que douze autres (sans les banques cantonales) atteignaient la somme de 5 milliards de francs. Parmi les compagnies d'assurances, sept sociétés ou groupes ont encaissé la même année pour au moins 2 milliards de francs de primes brutes, alors que dix

autres groupes ont enregistré en Suisse des primes brutes pour un montant d'au moins 500 millions de francs¹³⁰).

Le nombre de concentrations à contrôler dépendra dans une très large mesure de la tendance des entreprises à fusionner. Depuis la reprise des activités de concentration dans la deuxième moitié des années quatre-vingt, la Commission des cartels a fait la liste des concentrations les plus importantes, connues du public, avec participation d'entreprises suisses. Entre la fin des années quatre-vingt et le début des années quatre-vingt-dix, près de 300 concentrations ont lieu chaque année, pour n'être plus qu'environ 200 depuis 1992. Si la Suisse avait à l'époque disposé du système proposé ici, on peut évaluer à dix ou quinze le nombre de concentrations qui auraient été soumises chaque année au régime de l'autorisation. Ayant eu lieu, dans leur plus grande partie, sur des marchés ouverts à la concurrence internationale, la plupart de ces concentrations n'auraient, dans le délai d'un mois et sur la base d'un simple "examen préalable", pas soulevé d'objections.

Conformément à l'article 9, 3e alinéa, P, le régime de l'autorisation s'applique dans tous les cas, c'est-à-dire indépendamment des valeurs-seuils selon les 1er et 2e alinéas, lorsqu'une entreprise en position dominante participe à une concentration. La disposition du 3e alinéa s'applique *uniquement lorsqu'une décision passée en force de l'autorité en matière de concurrence constate la position dominante*, que ce soit au cours d'une procédure d'enquête antérieure en vertu de l'article 7 P, ou dans la procédure d'examen d'une concentration d'entreprises selon l'article 10 P. De plus, la concentration doit concerner le marché pris en considération dans la décision constatant la position dominante, ou un marché voisin, ou un marché situé en amont ou en aval. Les concentrations verticales ou visant un conglomerat auxquelles participe une entreprise dominant le marché n'échappent donc pas à la règle (proximité des marchés).

130) Voir SHZ, "Top 2000 - Die grössten Unternehmen in der Schweiz 1994"

Etant donné qu'à la différence de l'avant-projet, le projet de révision ne prévoit aucun critère subsidiaire relatif aux parts de marché¹³¹⁾, l'exigence de la position dominante formellement constatée offre la possibilité de s'opposer à la suppression de la concurrence efficace résultant de concentrations sur des marchés régionaux ou sur des marchés modestes caractérisés par un fort taux de concentration¹³²⁾. En outre, la présente disposition permet à l'autorité en matière de concurrence d'intervenir contre les entreprises déjà dominantes qui tentent de supprimer la concurrence efficace en acquérant successivement des entreprises de petite taille sous le couvert de la clause pour les cas d'importance mineure de l'article 9, 1er alinéa, lettre b, P.

- *Aspects de règle de conflit*

Selon l'article 9, 4e alinéa, P, on renoncera à contrôler une concentration lorsque l'exécution d'une décision rendue en vertu de la loi n'est pas possible dans la pratique. Le projet définit son champ d'application international en fonction du principe de l'effet produit. En conséquence, la loi sera applicable aux faits qui déploient des effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger¹³³⁾. La règle de conflit spéciale de l'article 9, 4e alinéa P applicable au contrôle des concentrations limite en quelque sorte l'application du principe de l'effet produit. L'application du droit suisse de la concurrence trouve ses limites, en matière de concentrations, lorsque, des entreprises participantes, aucune ne relève de la juridiction suisse et qu'aucune portion de leur patrimoine n'est située en Suisse. Le principe de territorialité et celui de l'effet produit (qui en découle) autoriseraient en fait l'application des normes suisses à de tels états de faits lorsqu'ils déploient des effets importants en Suisse, mais l'application du droit suisse de la concurrence ne se justifie guère si la mise en oeuvre de décisions promet de se heurter à la réalité ou n'est possible qu'au prix de difficultés disproportionnées. En vertu du 4e alinéa, une concentration n'est donc pas soumise au régime de

131) Selon l'art. 39, 4e al., AP, une part de marché de 30 pour cent entraînait, pour les entreprises participantes, l'obligation de soumettre la concentration au régime de l'autorisation.

132) On pense surtout ici aux marchés sur lesquels la concurrence est limitée pour des raisons institutionnelles.

133) Voir la formulation de ce principe à l'art. 2, 2e al., P

l'autorisation lorsque toutes les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et n'ont pas de lien avec la Suisse par le biais d'une entreprise affiliée ou d'un établissement actifs sur les mêmes marchés, ou sur des marchés voisins ou situés en amont ou en aval.

Si les conditions de l'application de l'article 9, 4e alinéa, P ne sont pas remplies, et qu'une concentration déploie ses effets surtout, mais pas exclusivement, à l'étranger, l'autorité suisse en matière de concurrence est autorisée à examiner les retombées de la concentration sur le marché suisse, conformément au principe des effets¹³⁴⁾, et à ordonner les mesures qui s'imposent lorsqu'il est prévisible que la concentration conduira à la suppression de la concurrence efficace. Toutefois, il convient de rappeler que la concentration n'est soumise au régime de l'autorisation que si au moins deux des entreprises participantes ont réalisé chacune en Suisse un chiffre d'affaires d'au moins 100 millions de francs dans le dernier exercice précédant la concentration¹³⁵⁾.

- *Adaptations et critères particuliers*

Les valeurs-seuils ont été fixées en chiffres d'affaires (ou sommes du bilan) absolus en vue d'une réglementation claire et univoque¹³⁶⁾. La situation monétaire et l'environnement économique peuvent évoluer au point d'exiger une adaptation de ces montants. Vu l'importance d'une telle décision, le projet en confie la compétence à l'Assemblée fédérale, qui procédera alors par la voie d'arrêtés fédéraux de portée générale¹³⁷⁾.

L'évolution économique générale peut conduire à une situation particulièrement critique dans certaines branches du point de vue de la concentration. Cela peut exiger l'adoption de règles spécifiques (p. ex. pour la

134) Voir art. 2, 2e al., P.

135) Art. 9, 1er al., let. b, P

136) Art. 9, 1er et 2e al., P

137) Art. 9, 5e al., let. a, P



presse et le cinéma¹³⁸⁾) au sens de l'article 9, 5e alinéa, lettre b. De nature politique et réclamant une action rapide, de telles décisions devraient, comme il est proposé, prendre la forme de l'arrêté fédéral de portée générale non sujet au référendum.¹³⁹⁾

234.2 Autorisation (art. 10 P)

Aux termes de l'article 10, 1er alinéa, lettre a, P, la Commission de la concurrence octroie l'autorisation d'une concentration d'entreprises soumise au régime de l'autorisation lorsque la concentration ne crée pas une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace, ou ne renforce pas une telle position. Contrairement à l'article 7 P (pratiques illicites des entreprises dominant le marché), l'article 10 P précise la notion de position dominante. L'autorisation ne sera pas refusée si la concentration crée ou renforce seulement une telle position: il faut encore que celle-ci soit capable de supprimer la concurrence efficace. Cela exige l'adoption d'un *point de vue dynamique* - du point de vue statique en effet, le fait de dominer le marché implique l'absence de concurrence efficace. A la différence de l'exploitation abusive d'une position dominante, l'état de la concurrence résultant de la concentration au moment de l'appréciation n'est pas décisif à lui tout seul. Etant donné que le contrôle des fusions donne lieu à des jugements définitifs sur des concentrations concrètement envisagées, l'autorité en matière de concurrence doit donc également prendre en considération les perspectives du marché pour les années suivant la décision.

Il convient de souligner également que la suppression de la concurrence efficace représente un critère d'intervention relativement modéré. En comparaison, une entrave significative à la concurrence effective suffit déjà dans le droit de l'UE et dans de nombreuses législations nationales pour interdire une concentration. Le critère proposé dans le projet traduit la volonté de n'interdire les fusions que dans les cas de *concentration*

138) Un contrôle spécial des fusions existe pour le cinéma en vertu de l'ordonnance du 24 juin 1992 (RS 443.11). Quant à la révision de la loi fédérale du 28 septembre 1962 sur le cinéma (RS 443.1), le contrôle des fusions év. encore nécessaire pourrait être remplacé par celui que permettrait de mettre sur pied l'art. 9, 5e al., P.

139) Art. 9, 5e al., let. b, P

extrêmement élevée sur le marché considéré. Selon toute probabilité, la suppression de la concurrence efficace sera rarement retenue: elle présuppose en effet l'existence de barrières commerciales très élevées, à même de protéger des nouveaux concurrents l'entreprise issue de la concentration. On peut donc s'attendre à ce que le refus de l'autorisation touche des concentrations intervenant sur un marché suisse qui est isolé du marché mondial par des régimes de marché privés ou étatiques, ou qui forme un marché indépendant pour toute autre raison, notamment à cause des préférences de la clientèle. Dans le cas des marchés à structure internationale, la création d'une position dominante propre à entraîner la suppression de la concurrence efficace est improbable; les concurrents étrangers veilleront en effet à ce que la concurrence efficace subsiste dans une certaine mesure.

Tel qu'il est proposé, le contrôle des fusions ne concernera qu'un nombre restreint de concentrations. Cette hypothèse est confirmée par les expériences faites à l'étranger. Même en vertu du contrôle des fusions de l'*Union Européenne*, qui ne concerne que de très importantes concentrations (d'un chiffre d'affaires total dépassant 5 mia. d'ECU), et qui de surcroît intervient dès que la concurrence effective est entravée de manière significative et non pas supprimée, rares sont les concentrations interdites. Voici quelques chiffres à ce propos: depuis septembre 1990, date de l'entrée en vigueur du règlement européen relatif au contrôle des fusions, jusqu'au 15 septembre 1994, 264 concentrations ont été soumises pour autorisation aux autorités compétentes. Seuls 16 cas ont été analysés dans le détail et une seule concentration a été interdite. Dans dix cas, l'autorisation a été assortie de charges (p. ex. démantèlement partiel). *En Allemagne*, sur 1100 concentrations annoncées aux fins de contrôle préventif entre le milieu de 1993 et le milieu de 1994, quatre ont été interdites, alors que dans huit autres cas l'annonce en vue de l'autorisation était retirée ou la concentration envisagée était abandonnée après que les autorités en matière de concurrence eurent exprimé leurs doutes aux entreprises participantes.

Lorsqu'une concentration concerne, comme c'est souvent le cas, des productions différentes (de tels conglomérats servent à étendre le champ d'activité sur plusieurs marchés), ses effets doivent être analysés

✻ séparément pour chaque marché concerné. Il peut toutefois se révéler nécessaire d'en considérer les effets d'un point de vue global et de comparer selon certains critères ses effets positifs et ses effets négatifs sur des marchés différents. L'article 10, 1er alinéa, lettre b, P s'inscrit dans cette optique et institue un critère d'appréciation globale. Une concentration peut être autorisée en dépit de la suppression de la concurrence efficace qu'elle entraîne sur un marché donné si cette même concentration contribue à renforcer la concurrence sur un autre marché. Ce genre d'appréciation différenciée intervient notamment lorsqu'une position dominante est créée sur un marché moribond et que, simultanément, la concurrence est renforcée sur un marché prometteur.

Compte tenu des valeurs-seuils très élevées prescrites par l'article 9 P, on peut s'attendre à ce que les concentrations soumises au régime de l'autorisation aient souvent une dimension internationale. L'article 10, 2e alinéa, P veut assurer la prise en compte suffisante de cet aspect (p. ex. lors de la délimitation géographique d'un marché), d'autant plus que, précisément à la différence des cartels, les fusions ont généralement lieu sur des marchés dynamiques où s'exerce la concurrence internationale. A cet égard, il faut noter que le maintien de la compétitivité internationale impose aux entreprises une certaine taille qui, à l'échelle suisse, peut représenter un degré de concentration critique.

L'article 10, 3e alinéa, P autorise les autorités en matière de concurrence à assortir l'autorisation d'une concentration de conditions et de charges. Conformément au principe de la proportionnalité, l'accent ne doit pas porter sur l'interdiction de la concentration. Dans le cadre d'une application souple de la loi, les conditions et charges permettent d'éviter des décisions trop interventionnistes des autorités en matière de concurrence. Mis à part les cas dans lesquels la concurrence efficace est très clairement supprimée, son maintien ne passera pas par une interdiction de la concentration.

234.3 Autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 11 P)

Dans la procédure devant la Commission de la concurrence, seuls les aspects relevant du droit de la concurrence interviennent au niveau des critères d'appréciation, comme le montre la règle matérielle du projet concernant la création ou le renforcement d'une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace¹⁴⁰⁾. Les critères échappant au domaine de la concurrence dans le contexte des concentrations d'entreprises ne peuvent être invoqués que dans le cadre de la procédure d'autorisation exceptionnelle par le Conseil fédéral en vertu de l'article 11 P. Les critères d'appréciation appliqués en l'espèce par le Conseil fédéral pour le contrôle des concentrations d'entreprises sont les mêmes que pour les accords en matière de concurrence et pour les autres restrictions de la concurrence¹⁴¹⁾.

24 Procédure civile

Le projet ne vise pas seulement à concrétiser les dispositions de droit matériel¹⁴²⁾ mais à donner une nouvelle orientation au droit civil des cartels. Comme on l'a déjà dit dans la partie générale, le droit civil des cartels n'a pu, sous le régime actuel, occuper la place qui aurait dû lui revenir de par la volonté du législateur et donc, en vertu des normes de droit civil de la loi actuelle¹⁴³⁾. L'élaboration de règles concrètes de comportement à l'intention des entreprises et le renforcement institutionnel des autorités en matière de concurrence (notamment par l'octroi d'une compétence de décision) font qu'il n'y a plus de raison d'édicter des règles matérielles différentes pour le droit privé et le droit administratif des cartels. Pour une appréciation vraiment cohérente des restrictions de la concurrence sous l'angle du droit de la concurrence, il s'impose même que la question de la licéité d'une restriction de la concurrence en vertu des articles 5 et suivants P, y compris lorsqu'elle a lieu dans le cadre

140) Art. 10, 1er al., P

141) Voir les commentaires sous ch. 233: Autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants

142) Art. 5 à 11 P

143) Voir à ce propos ch. 112.1

✚ d'une procédure civile, ne soit pas tranchée par le juge civil mais par l'autorité en matière de concurrence.

Pour les raisons avancées ci-dessus, le projet contient essentiellement dans cette partie des dispositions de procédure. En outre, celles-ci se limitent au règlement de prétentions de nature privée des entreprises, qu'elles aient lieu en raison *d'une entrave illicite à la concurrence*¹⁴⁴, ou *du caractère exagéré de l'entrave résultant de la mise en oeuvre d'une restriction licite de la concurrence*. La décision sur la licéité ou l'illicéité d'une restriction de la concurrence n'est pas prise par le juge civil, mais par l'autorité compétente en matière de concurrence - s'il y a bien sûr litige sur ce point¹⁴⁵ et que cette question doit être réglée pour décider des prétentions des parties¹⁴⁶. Aux termes de l'article 15 P, le juge civil doit suspendre la procédure et transmettre la question de la licéité ou de l'illicéité d'une restriction de la concurrence à l'autorité en matière de concurrence compétente pour statuer.

241 **Actions découlant d'une entrave à la concurrence (art. 12 P)**

L'article 12 P traite des actions ouvertes aux personnes qui s'estiment atteintes par une restriction illicite de la concurrence. Les actions mentionnées au premier alinéa de cette disposition correspondent pour l'essentiel à celles de l'article 8 LCart.

Le projet ne fait pas mention de l'action en constatation de l'illicéité qui figure à l'article 8, 1er alinéa, lettre a, LCart, mais introduit l'action en remise du gain selon les dispositions de la gestion d'affaires sans mandat ¹⁴⁷).

144) Art. 12, 1er al., P

145) D'un côté, la question ne peut donner lieu à litige entre les parties, étant donné que leurs prétentions ne sont pas fondées sur l'illicéité mais sur le caractère exagéré de l'entrave résultant de la restriction licite de la concurrence.

146) Répondre à cette question n'est pas nécessaire quand, par exemple, les prétentions peuvent en tout cas se fonder sur le caractère exagéré de l'entrave résultant de la restriction de la concurrence.

147) Art. 12, 1er al., let. c, P

L'action en constatation de l'illicéité¹⁴⁸⁾ de la LCart n'a pas la même signification selon la conception (nouvelle) du projet, dans la mesure où l'illicéité de l'entrave (LCart), devenue illicéité de la restriction de la concurrence, se détermine selon les dispositions de droit matériel¹⁴⁹⁾. Toujours selon cette conception, seules les autorités en matière de concurrence¹⁵⁰⁾ sont compétentes pour juger du caractère licite ou non d'une restriction de la concurrence. Ce n'est donc plus au juge civil qu'il appartient de constater cette illicéité.

Les actions de droit civil peuvent se fonder sur une entrave résultant soit d'une restriction illicite, soit d'une restriction licite¹⁵¹⁾; ce dernier cas est celui des participants à une restriction de la concurrence qui font subir à des tiers une entrave plus grave que ne l'exige la mise en oeuvre de la restriction de la concurrence.

Des exemples donnés au 2e alinéa de l'article 12 permettent de préciser ce qu'on entend ici par entrave à la concurrence. Les deux mesures indiquées en constituent deux exemples typiques; en pratique, il y en a d'autres qui justifient au même titre une action de droit civil selon l'article 12 P.

Si l'action en suppression de l'entrave découle d'une entrave déjà existante, l'action en cessation vise la menace (possibilité) d'entrave. Les demandes en réparation du dommage et du tort moral présupposent que les éléments constitutifs du délit en général¹⁵²⁾ soient donnés et que les conditions de la réparation morale¹⁵³⁾ selon les dispositions du code des obligations soient remplies.

148) Art. 8, 1er al., let. a, LCart

149) Art. 5 à 11 P

150) Voir l'obligation faite au juge civil, à l'art. 15 P, de suspendre la procédure et de transmettre l'affaire à l'autorité en matière de concurrence compétente pour statuer sur le caractère licite d'une restriction de la concurrence

151) Art. 12, 1er al., P

152) Voir art. 41 ss de la loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livres cinquième: Droit des obligations), du 30 mars 1911 (Code des obligations [CO], RS 220)

153) Voir art. 49 CO

La demande de remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires sans mandat n'est pas expressément mentionnée dans la loi actuelle. En vertu de son article 44, 1er alinéa, où figure la réserve du droit des obligations, les dispositions sur la gestion d'affaires sans mandat peuvent donc déjà donner lieu à la remise du gain réalisé indûment grâce à une restriction de la concurrence¹⁵⁴). La mention expresse qui en est maintenant faite dans le projet s'appuie sur la formulation des mêmes revendications par le droit des personnes¹⁵⁵) et la LCD¹⁵⁶). D'un point de vue matériel, la demande de remise du gain selon l'article 12, 1er alinéa, lettre c, P peut être fondée si les participants à une restriction de la concurrence réalisent, par leur comportement illicite, des gains que le demandeur n'aurait pas, ou dans une moindre mesure seulement, pu réaliser lui-même¹⁵⁷). Lorsque ces gains résultent de l'entrave illicite, le demandeur peut en exiger la remise selon l'article 423, 1er alinéa, CO.

En élargissant, à l'article 12, 3e alinéa, P, le cadre des actions civiles, on donne les mêmes moyens de droit civil à la personne lésée par une restriction *licite* de la concurrence, ce qui contraindra les participants à une restriction licite de la concurrence à se limiter au strict nécessaire dans sa mise en oeuvre. Etant donné qu'on ne peut arrêter le critère de ce qui est rendu nécessaire par une telle mise en oeuvre, il conviendra de se fonder sur les circonstances concrètes de chaque cas particulier dans le cadre de la procédure civile.

242 Exercice des actions en suppression et en cessation (art. 13 P)

L'article 13 P indique à l'aide d'exemples comment s'exercent les actions de l'article 12 P. Les décisions pouvant ici émaner du juge se trouvent déjà, à côté d'autres exemples, à l'article 9 LCart. Le projet en revoit la formulation afin de se limiter à l'essentiel et de laisser à l'imagination des parties le soin de faire les propositions à même de satisfaire leurs

154) Voir *Schluép*, in Schürmann/Schluép, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurich 1988, p. 494 ss

155) Voir art. 28a, 3e al., du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (Code civil [CC], RS 210)

156) Voir art. 9, 3e al., LCD

157) Voir la formulation de *Schluép*, in: Schürmann/Schluép, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurich, 1988, p. 494 ss

prétentions, et ce, en vertu du principe de l'autonomie des parties dans le cadre de la procédure civile. Il ne faut donc pas voir de liste exhaustive dans l'énumération de l'article 13 P.

243 For (art. 14 P)

Comme dans la loi actuelle¹⁵⁸, la disposition de l'article 14 P prescrit aux cantons de désigner une instance unique chargée de connaître des actions intentées pour restriction de la concurrence et d'autres actions civiles connexes. La désignation d'une instance cantonale unique doit contribuer à ce que les jugements soient rendus par des juges compétents en cette matière complexe.

A l'article 11 LCart figure une dérogation à la valeur litigieuse limite pour que le recours au Tribunal fédéral soit recevable (art. 46 OJ¹⁵⁹). Le projet renonce à cette dérogation. La valeur litigieuse doit donc aussi atteindre 8000 francs pour le recours au Tribunal fédéral dans une procédure civile relative aux cartels. Aucun litige relevant du droit de la concurrence et dont la valeur litigieuse serait inférieure à cette valeur limite ne devrait dans la pratique être porté devant les tribunaux civils.

Le 2e alinéa de l'article 14 P règle la question du for à l'échelle suisse. Lorsque des affaires impliquent des restrictions internationales de la concurrence, le for ne se détermine pas en vertu de cette disposition, mais des règles pertinentes de la loi fédérale sur le droit international privé¹⁶⁰. Du point de vue matériel, le for selon le projet correspond à celui de la LCart¹⁶¹, les modifications n'étant que de nature rédactionnelle et résultant surtout des innovations terminologiques du projet¹⁶².

158) Art. 10 LCart

159) Loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ, RS 173.110)

160) Art. 129 LDIP

161) Voir art. 10, 2e et 3e al., LCart

162) La notion d'organisation analogue aux cartels n'est plus utilisée dans le projet, parce que trop peu différente; la notion de cartel n'est plus employée que dans les articles sur le but et le champ d'application de la loi (voir les explications concernant les termes utilisés dans le projet sous ch. 224: Définitions).

244 **Appréciation du caractère licite d'une restriction de la concurrence (art. 15 P)**

L'article 15 P contient un des points clefs de la révision de la partie de droit civil de la LCart. Dans celle-ci, l'appréciation de droit civil de la licéité d'une restriction de la concurrence est l'affaire du juge civil, selon les critères du droit privé des cartels¹⁶³). Vu la création de règles matérielles uniformes pour le droit civil et le droit administratif des cartels, il est souhaitable d'en confier l'application à une seule et même autorité. Cette exigence se concrétise dans le projet du fait que, même dans des litiges de nature civile, ce sont les autorités administratives compétentes qui décident de la licéité d'une restriction de la concurrence. Sous l'angle de la technique juridique, cette concentration du pouvoir de décision sur les autorités administratives passe par l'obligation - inscrite à l'article 15 P - du juge civil de suspendre la procédure en cas de contestation sur le caractère licite d'une restriction de la concurrence et de transmettre l'affaire pour décision à l'autorité compétente en matière de concurrence.

Les autorités en matière de concurrence statuent alors selon les dispositions des articles 5 et suivants P. Le secrétariat ouvre une enquête conformément à l'article 27 P, à laquelle il sera mis fin selon les articles 29 et 30 P. Seule la décision passée en force de la Commission de la concurrence, des autorités de recours ou du Conseil fédéral dans le cas d'une procédure de demande d'autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants¹⁶⁴), permet la continuation de la procédure civile. Le juge civil prendra sa décision sur les prétentions de nature civile des parties dans le respect de la décision, pour lui obligatoire, des autorités en matière de concurrence.

245 **Sauvegarde des secrets de fabrication et d'affaires (art. 16 P)**

Dans le cadre d'une procédure civile sur une affaire de concurrence, on peut exiger des parties qu'elles révèlent, lors de l'administration des preuves, des informations confidentielles ou des données secrètes sur

163) Voir les critères matériels d'appréciation de droit civil des art. 6 et 7 LCart

164) Voir art. 8 et 11 P

leurs propres pratiques. La présente disposition vise, comme dans la loi actuelle, la protection de tels secrets, que ce soit contre les atteintes de la partie adverse ou contre celles de tiers qui ne sont pas parties à la procédure¹⁶⁵). Une protection particulière de ces secrets s'impose tout spécialement dans le droit de la concurrence. Elle vise à empêcher que les ayants droit potentiels renoncent à faire valoir leurs droits de crainte de voir publiées des données sensibles sur leurs affaires.

246 Mesures provisionnelles (art. 17 P)

Le droit actuel donne déjà aux parties à une procédure civile la possibilité de demander au juge d'ordonner des mesures provisionnelles¹⁶⁶). Les modifications apportées par le projet sont de nature rédactionnelle. Cette disposition renvoie aux règles du code civil relatives à la protection de la personnalité¹⁶⁷), applicables ici par analogie.

25 Procédure administrative

Les insuffisances de la loi actuelle apparaissent surtout dans le domaine institutionnel du droit administratif des cartels. Lors de l'élaboration du projet, on a donc accordé une attention particulière aux structures en matière de procédures et d'autorités, non seulement pour garantir le déroulement efficace de la procédure, mais aussi afin de respecter la systématique de la loi, dans laquelle l'appréciation sous l'angle de la concurrence se distingue de l'examen des aspects qui échappent à la concurrence.

Une efficacité accrue naîtra avant tout de l'attribution de la compétence de décision¹⁶⁸) aux autorités en matière de concurrence. Il est en outre proposé de ne pas demander à la Commission de la concurrence de statuer en séance plénière, mais de répartir la prise de décision entre

165) On songe ici à la publication inconsiderée d'une décision.

166) Art. 13 LCart

167) Les conditions de la prise de mesures provisionnelles sont exposées aux art. 28c ss CC

168) Art. 18, 3e al. P

différentes chambres dotées chacune du pouvoir de décision¹⁶⁹). De par sa taille, une chambre garantit une prise de décision rapide. Déjà mentionné, l'examen en deux étapes (sous l'angle de la concurrence puis des aspects qui lui échappent) apporte la garantie d'une appréciation solide et cohérente des restrictions de la concurrence dans un contexte de concurrence, tout en étant une condition d'efficacité: l'autorité compétente s'en tiendra dans chaque cas à une grille de critères d'examen précis.

251 Commission de la concurrence (art. 18 P)

L'examen d'une restriction de la concurrence¹⁷⁰ sous l'angle de la concurrence est conduit par la Commission de la concurrence. Le projet de loi a abandonné le nom de "Commission des cartels", la Commission de la concurrence ne s'occupant plus seulement de cartels mais de tous les types de restrictions de la concurrence.

Les membres de la Commission de la concurrence et de sa présidence sont nommés par le Conseil fédéral, comme le veut déjà la LCart pour les membres de la Commission des cartels. Le Conseil fédéral est tenu d'instituer la Commission de la concurrence conformément à l'article 18, 2e alinéa P. La majorité des membres étant des experts indépendants, la composition de la Commission devra répondre avant tout à des critères de compétence professionnelle en la matière; la Commission doit disposer de ressources humaines suffisantes pour pouvoir rendre, sur des sujets aussi complexes, les meilleures décisions possible. Le nombre de ses membres, de 11 à 15, lui permettra de former des chambres comme l'exigent ses tâches.

Cette structure de la Commission suppose que celle-ci répartisse son activité sur trois chambres. Les détails de cette répartition seront fixés dans son règlement interne¹⁷¹). Les chambres seront présidées par les membres de la présidence, celle-ci se composant donc de trois personnes, à savoir le président et les deux vice-présidents.

169) Art. 18, 4e al., P

170) Sur la base des art. 5 à 7, 9 et 10 P

171) Art. 19 s. P

Les nombreuses tâches incombant à la présidence ne permettront plus à ses membres d'exercer leur fonction à titre accessoire comme c'est le cas jusqu'ici. L'application de la loi entraînera, malgré les améliorations apportées, un volume de travail beaucoup plus lourd qu'aujourd'hui. Le président n'a pas pour seule fonction de présider une chambre: il doit organiser le travail de la Commission de la concurrence conformément au règlement interne et la représenter vers l'extérieur. En outre, les membres de la présidence préparent, en collaboration avec le secrétariat, les décisions de procédure¹⁷²⁾. Cet éventail de tâches justifie que le poste de président soit à plein temps et ceux de vice-présidents, à mi-temps. Les autres membres de la Commission de la concurrence exercent à titre accessoire.

La compétence de décision reconnue à la Commission de la concurrence par l'article 18, 3e alinéa, P est très importante au niveau institutionnel. Elle permet d'abandonner la voie complexe que doit suivre aujourd'hui une recommandation¹⁷³⁾ de la Commission des cartels: ce n'est que lorsque les intéressés la refusent que sa teneur prend, sur proposition de la Commission des cartels, la forme d'une décision du Département fédéral de l'économie publique¹⁷⁴⁾. Ce pouvoir de décision accroîtra indubitablement l'efficacité de l'autorité "cartellaire" dans l'application du droit et la contraindra à fonder de manière très stricte des décisions dont elle est directement responsable.

Cette compétence fait de la Commission de la concurrence une autorité de décision de première instance en matière de concurrence. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence¹⁷⁵⁾. Contre les décisions de cette dernière, la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral est ouverte¹⁷⁶⁾.

172) Art. 23, 1er al., P

173) Art. 32 LCart

174) Art. 37, LCart

175) Art. 44 P

176) Art. 98, let. e, OJ

☛ Conformément à l'article 18, 3^e alinéa, P, la Commission de la concurrence est en outre chargée d'adresser des recommandations¹⁷⁷⁾ et des préavis¹⁷⁸⁾ aux autorités politiques et de donner des avis sur des questions de concurrence¹⁷⁹⁾.

251.1 Organisation (art. 19 P)

La Commission de la concurrence est indépendante de l'administration fédérale, comme l'est la Commission des cartels¹⁸⁰⁾. Cette indépendance est encore renforcée dans le projet par son pouvoir de décision. La situation de celle-ci sur le plan institutionnel est, aussi loin que le contexte le permet, tout à fait comparable à celle de la Commission fédérale des banques. C'est vrai de son indépendance, de l'assistance apportée par des chambres dotées du pouvoir de décision, de la composition de la présidence (un président et deux vice-présidents), et de la présence d'un secrétariat chargé de régler certaines tâches de manière autonome.

Le rattachement de la Commission au Département fédéral de l'économie publique n'a qu'une portée administrative et aucun effet sur son indépendance en matière de décisions et de conduite de son travail.

251.2 Règlement interne (art. 20 P)

La Commission de la concurrence doit édicter un règlement interne fixant les détails de son organisation, lequel doit être approuvé par le Conseil fédéral. Ce règlement devra, pour l'essentiel, délimiter les compétences respectives de l'ensemble de la Commission, de chacune des chambres et de la présidence.

177) Art. 45, 2^e al., P

178) Art. 46, 2^e al., P

179) Art. 47, 1^{er} al., P

180) Art. 19, 1^{er} al., P

251.3 Décisions (art. 21 P)

L'article 21 P pose les conditions de validité d'une prise de décision de la Commission et des chambres. Pour les deux instances, en cas d'égalité des voix, le président de la Commission, ou la personne qui préside la chambre, départage. Le 1er alinéa de cette disposition précise que, pour être valable, une décision doit être prise par trois membres au moins de la Commission.

251.4 Récusation de membres de la commission (art. 22 P)

A la différence de la loi actuelle sur les cartels¹⁸¹⁾, le projet ne prévoit pas de dispositions spéciales relatives à la récusation de membres de la Commission, mais renvoie aux règles générales de la PA¹⁸²⁾. Une précision est apportée par l'article 21, 2e alinéa, P, selon lequel un représentant d'une association faïtière peut siéger, même si l'affaire que traite la Commission concerne au sens large l'association faïtière (par exemple parce qu'il s'agit d'une association qu'elle représente). Cette règle vise les membres de la Commission qui représentent une organisation économique faïtière¹⁸³⁾. La présomption d'impartialité des représentants des organisations faïtières ne doit pas être entendue de manière absolue. Il peut arriver, qu'en raison de circonstances particulières, le représentant d'une association faïtière ait un intérêt personnel¹⁸⁴⁾ ou un autre motif de partialité¹⁸⁵⁾.

A la différence de ce qui se pratique en vertu de la LCart, la Commission de la concurrence ne prend pas de décision définitive sur une récusation contestée¹⁸⁶⁾: ses décisions peuvent en effet faire l'objet d'un recours selon les règles de la PA et les règles procédurales du projet qui les complètent.

181) Art. 22 LCart

182) Art. 10 PA

183) P. ex. le Vorort de l'Union suisse du commerce et de l'industrie (USCI) et l'Union suisse des arts et métiers (USAM)

184) Art. 10, 1er al., let. a, PA

185) Art. 10, 1er al., let. d, PA

186) Art. 22, 3e al., LCart

Sur le modèle de la Commission fédérale des banques, la Commission de la concurrence dispose d'un secrétariat. Celui-ci exécute certaines tâches de manière autonome et, point à relever, mène les enquêtes. Ainsi se trouve réalisée la séparation souhaitée entre autorité d'enquête et autorité de décision¹⁸⁷⁾, séparation particulièrement importante dans le contexte du droit suisse de la concurrence. La Commission de la concurrence, essentiellement conçue comme une autorité de milice¹⁸⁸⁾, n'est pas en mesure, vu le temps limité dont elle dispose, de garantir une procédure efficace et rapide. Assuré à plein temps par des professionnels, le secrétariat est à même de mener une enquête dans les délais et de préparer en conséquence les décisions de la Commission.

252.1 Tâches du secrétariat (art. 23 P)

La tâche principale du secrétariat est de mener les enquêtes, et ce, de manière autonome, dans la mesure où ne s'imposent pas de décisions de procédure. En vertu de l'article 23, 1er alinéa, P, le secrétariat traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités, ce qui signifie que la Commission n'intervient pas. Le lien avec la Commission pendant la procédure d'enquête est établi lorsque sa présidence doit être associée à une décision de procédure¹⁸⁹⁾ et que la Commission peut inviter le secrétariat à ouvrir une enquête¹⁹⁰⁾. La Commission fixe encore l'ordre dans lequel les enquêtes doivent être traitées par le secrétariat¹⁹¹⁾.

Les autres tâches mentionnées à l'article 23 P correspondent largement à celles qui sont dévolues au secrétariat de la Commission des cartels selon le droit actuel. Celle de conseiller, selon le 2e alinéa, joue déjà dans la pratique actuelle un rôle préventif qu'on ne peut sous-estimer; très tôt, le secrétariat peut donner aux participants à une restriction de la concur-

187) Enquêtes et décisions sont aussi séparées à la Commission fédérale des banques.

188) A l'exception du président (plein temps) et des vice-présidents (mi-temps)

189) Art. 23, 1er al., P

190) Art. 27, 1er al., P

191) Art. 27, 2e al., P

rence ou à ceux qui s'estiment lésés par elle des informations importantes sur l'appréciation d'une mesure selon le droit de la concurrence.

252.2 Personnel du secrétariat (art. 24 P)

Aux termes de l'article 24 P, la direction du secrétariat est nommée par le Conseil fédéral et le reste de son personnel, par la Commission de la concurrence, ce qui est conforme au modèle de la Commission fédérale des banques. La même concordance vaut pour la réglementation des rapports de service, qui repose sur la législation concernant le personnel de la Confédération¹⁹²⁾.

253 Secret de fonction et secrets d'affaires (art. 25 P)

Les membres de la Commission de la concurrence et les collaborateurs du secrétariat sont tenus au secret de fonction. Comme on l'a déjà dit à propos de l'obligation de protéger les secrets d'affaires dans la procédure civile¹⁹³⁾, il peut arriver ici que des données sensibles sur une entreprise soient accessibles à des personnes qui ne devraient pas les connaître. Les autorités en matière de concurrence sont donc tenues, en vertu de l'article 25 P, de n'utiliser ces données qu'aux fins auxquelles elles ont été demandées¹⁹⁴⁾. Elles peuvent être communiquées au surveillant des prix si elles sont nécessaires à l'accomplissement de sa tâche¹⁹⁵⁾.

254 Enquête concernant des restrictions de la concurrence

La nouvelle procédure d'enquête est pour l'essentiel régie par la PA ¹⁹⁶⁾. La procédure y gagne en efficacité et en transparence. Cette dernière apparaît notamment dans le renforcement des droits des parties.

Ces parties ne sont que peu concernées par le partage de la procédure entre le secrétariat, pour l'enquête, et la Commission de la concurrence,

192) Art. 24, 2e al., P

193) Voir ch. 245: Sauvegarde des secrets de fabrication et d'affaires

194) Art. 25, 2e al., P

195) Art. 25, 3e al., P

196) Voir art. 39 P

pour les décisions. Leur interlocuteur principal en matière d'enquêtes est le secrétariat.

Les autorités en matière de concurrence devront constamment s'efforcer de conclure rapidement une procédure. Il faudra, en règle générale, chercher avec les parties une solution à l'amiable, et ce, non seulement après l'ouverture de l'enquête¹⁹⁷⁾ mais déjà au stade de l'enquête préalable¹⁹⁸⁾. Cette tâche relève du secrétariat, chargé de mener l'enquête ou l'enquête préalable. Si un tel arrangement apparaît d'emblée impossible, ou que les parties restent trop longtemps inflexibles malgré les efforts du secrétariat, la Commission de la concurrence doit prendre une décision formelle conformément à l'article 30 P.

254.1 Enquête préalable (art. 26 P)

L'enquête préalable s'est déjà révélée un instrument utile du droit des cartels actuel. Cette procédure informelle rapide permet de trier les cas qui nécessitent une enquête et de préparer déjà celle-ci.

Le secrétariat peut ouvrir une enquête préalable de sa propre initiative, à la demande d'un intéressé ou sur dénonciation d'un tiers. Mais l'enquête préalable ne peut être revendiquée. A un premier stade de la procédure déjà, le secrétariat peut faire des propositions aux parties en vue de faire cesser ou d'empêcher une restriction de la concurrence, l'accord amiable pouvant constituer une de ces propositions¹⁹⁹⁾. Le fait que le secrétariat soit impliqué dans la préparation de l'accord amiable n'empêche pas la Commission de la concurrence ni le Département fédéral de l'économie publique de le charger de mener une enquête (art. 27, 1er al., P).

La PA est par principe également applicable à l'enquête préalable. En dérogation aux articles 26 et suivants PA, les parties à une enquête préalable ne peuvent se prévaloir du droit de consulter les dossiers. Cela souligne le caractère informel de cette procédure.

197) Art. 29 P

198) Art. 26, 2e al., P

199) Même avant l'enquête proprement dite (voir art. 29 P)

254.2 Enquête (art. 27 ss P)

254.21 Ouverture d'une enquête (art. 27 P)

Selon l'article 27 P, le secrétariat est tenu d'ouvrir une enquête s'il y est invité par le juge au civil, la Commission de la concurrence ou le Département fédéral de l'économie publique. Dans les autres cas, c'est à lui de décider s'il dispose de suffisamment d'indices d'une restriction illicite de la concurrence pour ouvrir une procédure d'enquête. La décision du secrétariat doit être prise d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence.

L'ouverture d'une enquête peut donc être décidée par quatre instances²⁰⁰). Pour éviter toute contestation quant à la priorité d'une enquête par rapport à une autre, le présent article (2e al.) dispose que la Commission de la concurrence fixe l'ordre dans lequel les enquêtes seront traitées.

254.22 Communication (art. 28 P)

L'ouverture d'une enquête est annoncée par publication officielle, afin que les tiers concernés puissent y participer. L'article 43 P précise qui est autorisé à prendre part à l'enquête en qualité de tiers. Outre les personnes atteintes par une restriction de la concurrence, les associations professionnelles et économiques et les associations de consommateurs d'importance nationale ou régionale peuvent s'annoncer dans un délai de 30 jours.

La publication selon l'article 28 P n'a pas d'influence sur la validité des actes d'enquête. Elle a seulement des effets juridiques pour les tiers.

254.23 Accord amiable (art. 29 P)

Si le secrétariat estime qu'une restriction de la concurrence est illicite, il peut, à tout stade de la procédure d'enquête, proposer aux parties

200) Le juge civil, la Commission de la concurrence, le Département fédéral de l'économie et le secrétariat de la Commission

concernées un accord amiable sur les modalités de sa suppression. Si, dans le cadre de la LCart, la Commission des cartels a parfois proposé une voie semblable, le projet institutionnalise ce type de règlement. Afin d'assurer la cohérence de la politique de la concurrence, la Commission de la concurrence doit approuver les accords amiables négociés par le secrétariat et les entreprises concernées. Elle le fait par une décision.

254.24 Décision (art. 30 P)

Si aucun accord amiable entre les parties n'intervient dans un délai utile, ou que le secrétariat de la Commission ne retient pas cette solution au vu des circonstances, celui-ci fait une proposition à la Commission de la concurrence en vue d'une décision. La Commission de la concurrence décide de la licéité ou de l'illicéité d'une restriction de la concurrence et des mesures à prendre. C'est aussi par voie de décision qu'elle approuve un accord amiable atteint par le secrétariat et les parties concernées²⁰¹).

Outre leur droit d'être entendues, les entreprises concernées peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. Dans tous les cas, la Commission de la concurrence peut procéder à d'autres auditions et demander au secrétariat d'entreprendre d'autres démarches pour approfondir l'enquête.

Comme on peut le lire à l'article 30, 3e alinéa, P, si la dynamique de la concurrence fait apparaître des changements déterminants quant aux faits et à la situation juridique, la Commission de la concurrence a la faculté de revoir son appréciation d'une restriction de la concurrence. Secrétariat et intéressés peuvent lui demander de révoquer ou de modifier sa décision. Cette disposition est conforme au principe général du droit administratif selon lequel même des décisions passées en force peuvent être revues lorsqu'elles ne correspondent plus aux changements intervenus²⁰²).

201) Art. 29, 2e al., P

202) *Gygi*, Verwaltungsrecht, Berne 1986, p. 315 s., *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5e éd., Bâle 1976, no 43

254.3 Autorisation exceptionnelle (art. 31 P)

Les parties concernées par une restriction de la concurrence déclarée illicite par la Commission de la concurrence peuvent, dans un délai de 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de la Commission ou d'une instance de recours, demander auprès du Département fédéral de l'économie publique une autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral fondée sur des intérêts publics prépondérants. La procédure en est fixée dans l'article 31 P.

La demande doit être adressée au Département fédéral de l'économie publique. Celui-ci conduit la procédure selon les règles de la loi sur la procédure administrative²⁰³). L'appréciation des faits sous l'angle du droit de la concurrence²⁰⁴) ne peut plus être remise en question dans la procédure devant le Conseil fédéral, où il s'agit exclusivement de juger la restriction de la concurrence par rapport à des aspects de politique générale.

La décision du Conseil fédéral se résume à accorder ou à refuser l'autorisation exceptionnelle de la restriction de la concurrence. Celle-ci est limitée dans le temps, ce qui souligne son caractère exceptionnel. Elle peut être assortie de charges et de conditions. La décision du Conseil fédéral est définitive et n'est pas susceptible de recours.

255 Examen des concentrations d'entreprises

La procédure d'autorisation des concentrations d'entreprises soumises à autorisation selon l'article 9 P se déroule en deux étapes, comme pour l'examen des restrictions de la concurrence²⁰⁵). Les conditions d'octroi de l'autorisation sont examinées sommairement au cours d'un examen préalable²⁰⁶); l'appréciation matérielle de la question de savoir si la

203) Voir art. 78 PA

204) Art. 5 à 7 et 9 et 10 P

205) Voir art. 26 P (enquête préalable) et art. 27 ss (ouverture d'un enquête)

206) Art. 32 P



concentration menace de supprimer la concurrence efficace intervient, le cas échéant, lors de la procédure d'examen²⁰⁷⁾.

Les concentrations d'entreprises soumises à autorisation doivent être annoncées à la Commission de la concurrence avant leur réalisation²⁰⁸⁾. En vertu de l'article 60 P, le Conseil fédéral édictera une ordonnance d'exécution détaillée qui contiendra notamment des prescriptions sur le calcul des valeurs-seuils, le cercle des entreprises (affiliées) dont les chiffres d'affaires doivent entrer dans le calcul, les paramètres décisifs relatifs aux banques et aux assurances, le contenu exact de la demande d'autorisation (qui, il faut le remarquer, ne devra contenir que les données à même de fournir aux autorités en matière de concurrence les indices d'une suppression possible de la concurrence efficace), les conditions de l'obligation de fournir ultérieurement dans certains cas des données et renseignements complémentaires, le contenu précis de la publication lors de l'ouverture d'une procédure d'examen, les conditions de la publication des décisions des autorités en matière de concurrence lors de concentrations d'entreprises ainsi que les règles concernant les délais.

Seule une procédure rapide et discrète peut garantir au contrôle des concentrations son caractère préventif. C'est pourquoi il convient de prévoir des délais très clairs aux deux stades de la procédure. Pour répondre au vœu des parties de garder le secret sur leurs accords de concentration, il est proposé que si un projet de concentration est, certes, à annoncer avant sa réalisation, il ne devra l'être qu'après la négociation du contrat de concentration.

255.1 Examen préalable (art. 32 P)

Dès la réception d'une demande d'autorisation, le secrétariat entame sans tarder un examen préalable, pour déterminer si les conditions d'octroi de l'autorisation sont remplies selon les critères de l'article 10 P. Cet examen doit avoir lieu impérativement dans le délai d'un mois. Une

207) Art. 33 P

208) Art. 9, 1er al., P

concentration d'entreprises soumise à autorisation ne peut être réalisée avant la clôture de l'examen préalable, soit jusqu'à la délivrance de l'autorisation²⁰⁹). Le contrôle des concentrations a donc ici un caractère préventif.

Les entreprises participantes peuvent demander la réalisation provisoire de la concentration à la Commission de la concurrence, qui donnera son accord si les motifs invoqués lui semblent importants (on songe ici notamment aux fusions répondant à des nécessités d'assainissement ou aux concentrations liées à une offre publique d'achat). Si l'examen préalable fait apparaître que la concentration obéit aux conditions d'octroi de l'autorisation, la Commission, sur proposition du secrétariat²¹⁰), accorde cette autorisation par voie de décision.

255.2 Examen (art. 33 P)

Lorsque l'examen préalable de la concentration soulève de fortes craintes d'atteintes à la concurrence efficace, le secrétariat propose à la Commission de la concurrence de procéder à l'examen proprement dit. C'est alors seulement que sont publiées dans les formes requises l'ouverture de la procédure et le contenu essentiel de la demande d'autorisation. Les tiers ont la possibilité de communiquer leur avis sur la concentration²¹¹).

Compte tenu des circonstances et de la durée plus longue de la procédure d'examen, la Commission de la concurrence décide dès le début de l'examen s'il est possible d'autoriser la réalisation de la concentration, à titre exceptionnel et provisoire.

La Commission a quatre mois pour mener à bien l'examen. Le respect de ce délai dépend dans une large mesure de la coopération des entreprises

209) Quant aux conséquences juridiques de la violation de l'interdiction de procéder à la concentration, voir les explications au ch. 256.3: Conséquences juridiques de la procédure d'autorisation.

210) Des expériences faites à l'étranger, dans les mêmes conditions de concurrence, montrent que 90 à 95 pour cent des concentrations soumises à autorisation obtiennent cette autorisation à la fin de l'examen préalable d'un mois.

211) La situation n'est pas la même qu'en matière de restrictions de la concurrence: en raison des délais ici très courts, une vraie participation des tiers à la procédure n'est pas souhaitable; voir aussi art. 43, 4e al., P.

participants (communication à temps des données voulues, etc.). Vu que les retards non imputables aux autorités en matière de concurrence ne sauraient raccourcir le délai d'examen, l'article 33, 3e alinéa, P dispose que de tels retards entraînent une prolongation d'autant de la procédure. Pour le reste, la Commission n'est pas habilitée à prolonger le délai de sa propre autorité.

Mais celui-ci peut l'être à la demande des entreprises participantes; elles peuvent faire usage de ce droit dans leur propre intérêt, pour remettre, par exemple, des analyses ou des renseignements exhaustifs.

255.3 Effets juridiques de la procédure d'autorisation et de l'écoulement du délai (art. 34 P)

Les entreprises participantes ne peuvent réaliser leur projet de concentration soumise à autorisation qu'après avoir obtenu cette dernière. Les effets de droit civil de la concentration restent ainsi réservés jusqu'à l'octroi de l'autorisation. Les transactions entre entreprises participantes avant la réalisation de la concentration, notamment en vue d'acquérir des participations, des entreprises, des parts d'entreprises ou des options, ne sont pas touchées par l'interdiction de réaliser la concentration.

Si ces transactions sont exécutées au mépris de la réserve de l'autorisation, leur effet dépend de la décision des autorités en matière de concurrence. Les actes d'exécution ne sont donc pas immédiatement et définitivement nuls, mais *momentanément sans effet*. L'absence d'effet devient définitive avec la décision d'interdiction et tombe avec l'autorisation. L'effet d'une concentration soumise à autorisation est ainsi toujours suspendu à la décision - ou à l'absence de décision²¹²⁾ dans les délais impartis - de la Commission de la concurrence.

La transparence et la rapidité que l'on attend d'une procédure de contrôle des concentrations exigent d'exposer clairement les conséquences juridiques d'une absence de décision de la Commission dans les délais: si

212) Voir alinéa suivant et art. 34 P

celle-ci n'agit pas à temps, la concentration est réputée autorisée (art. 32, 1er al., ou 33, 3e al., P). La prolongation du délai selon l'article 33, 3e alinéa, P est réservée.

255.4 Violation du régime de l'autorisation (art. 35 P)

Quand une concentration d'entreprises soumise à autorisation n'est pas annoncée ou est réalisée sans avoir été annoncée, les autorités en matière de concurrence, sitôt connu l'état de fait, ouvrent d'office la procédure selon les articles 32 et suivants. La Commission de la concurrence ne dispose en général pas encore des informations qui lui sont nécessaires pour mener à bien la procédure. Dans ce cas, le délai d'examen de quatre mois prévu à l'article 33, 3e alinéa, P commence à courir lorsque les autorités ont en mains les informations que doit contenir une demande d'autorisation²¹³).

255.5 Procédure d'autorisation exceptionnelle (art. 36 P)

Si la Commission de la concurrence a interdit une concentration au terme de la procédure d'examen, les entreprises participantes peuvent interjeter recours auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence²¹⁴), dont la décision peut elle-même faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral²¹⁵). En cas d'interdiction de la concentration par la Commission de la concurrence, la Commission de recours pour les questions de concurrence, ou le Tribunal fédéral, les entreprises participantes ont 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision d'interdiction pour demander au Conseil fédéral une autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 11 P). La requête doit être présentée au Département fédéral de l'économie publique; elle sera accompagnée d'un exposé des motifs.

Le Conseil fédéral dispose de quatre mois pour rendre sa décision; il ne peut outrepasser ce délai sans motifs graves. Contrairement aux délais

213) L'ordonnance d'exécution précisera quelles informations fournir.

214) Art. 44 P

215) Voir art. 98, let. e, OJ

fixés pour l'examen préalable et pour l'examen, il s'agit ici d'un pur délai d'ordre. On ne peut donc déduire du seul écoulement du délai (sans que soit intervenue de décision) que l'autorisation exceptionnelle est accordée.

Si le Conseil fédéral accorde l'autorisation exceptionnelle, la décision d'interdiction prise par la Commission de la concurrence ou l'instance de recours tombe. S'il la refuse, la décision passe en force, cette décision du Conseil fédéral n'étant pas susceptible de recours.

255.6 Rétablissement de la concurrence efficace (art. 37 P)

L'article 37 P recouvre aussi bien l'autorisation accordée provisoirement à une concentration qui se verra interdite dans la suite de la procédure, que la réalisation d'une concentration sans autorisation préalable. Pour autant que le Conseil fédéral n'ait alors pas accordé l'autorisation exceptionnelle au sens de l'article 11 P, la Commission de la concurrence doit ordonner les mesures qui rétabliront la concurrence efficace éliminée par la concentration. Il s'agira de réduire l'accroissement de la puissance sur le marché (et des ressources), de façon à rétablir la concurrence efficace. On peut aussi envisager des mesures qui, globalement²¹⁶⁾, amélioreront les conditions de la concurrence sur un autre marché, de façon à compenser les inconvénients de la création ou du renforcement de la position dominante. S'il n'existe pas de recettes générales sur la manière de neutraliser l'accroissement de puissance sur le marché et le risque de suppression de la concurrence efficace, on dispose cependant de quelques mesures, telles que l'aliénation partielle de l'objet de la concentration à des tiers, la séparation des entreprises regroupées, la cessation des effets du contrôle ou des imbrications de personnel²¹⁷⁾. Ces mesures de rétablissement de la concurrence efficace doivent obéir dans tous les cas au principe de la proportionnalité.

En prenant leur décision sur les mesures à même de rétablir la concurrence efficace, les autorités en matière de concurrence tiennent compte si

216) Voir le principe à l'art. 10, 1er al., let. b, P

217) Voir la liste non exhaustive des mesures possibles à l'art. 37, 4e al., P

possible des demandes des entreprises. L'article 37, 2e alinéa, le dit clairement: la Commission de la concurrence a la possibilité de leur demander de faire des propositions, dans un délai bien défini, sur la meilleure manière de rétablir la concurrence efficace. Si la Commission de la concurrence approuve les propositions qui lui sont soumises, elle donne aux entreprises concernées un délai pour les mettre en oeuvre. Les entreprises peuvent joindre à leurs propositions de mesures leur avis sur le délai de leur mise en oeuvre.

Si, malgré la demande de la Commission, les entreprises participantes ne se montrent pas coopératives, la Commission ordonne par voie de décision les mesures qu'elle considère comme nécessaires au rétablissement de la concurrence efficace. L'article 37, 4e alinéa, propose, dans une liste non exhaustive, la séparation des entreprises ou des actifs regroupés et la cessation des effets de contrôle. Bien d'autres mesures existent qui, dans des cas particuliers, sont capables de rétablir la concurrence efficace. Le démantèlement d'une concentration est une mesure de dernier recours.

255.7 Révocation de l'autorisation (art. 38 P)

La brièveté des délais de la procédure de contrôle des concentrations d'entreprises ne permet pas aux autorités en matière de concurrence de vérifier l'exactitude de toutes les données fournies par les entreprises concernées. C'est pourquoi la Commission de la concurrence doit pouvoir révoquer une autorisation octroyée sur la base d'indications inexactes ou obtenue frauduleusement (art. 38, 1er al., let. a et b, P).

On est en face d'une situation analogue lorsqu'une autorisation a été assortie d'une charge et que les entreprises participantes contreviennent à celle-ci. Afin de laisser à la charge toute sa raison d'être (elle permet, dans l'intérêt des entreprises, d'adopter des solutions plus souples), son inobservation, si elle est grave, pourra entraîner la révocation de l'autorisation par la Commission de la concurrence.

Le Conseil fédéral peut, pour les mêmes motifs, révoquer une autorisation exceptionnelle²¹⁸⁾.

256 Procédure et voies de droit

256.1 Application de la loi sur la procédure administrative (art. 39 P)

La loi fédérale sur la procédure administrative est, pour l'essentiel, applicable à la procédure devant les autorités en matière de concurrence. Cela vaut pour l'enquête et l'examen préalables, l'enquête concernant les restrictions de la concurrence, l'examen des concentrations d'entreprises et la procédure d'octroi par le Conseil fédéral de l'autorisation exceptionnelle de restrictions de la concurrence et de concentrations d'entreprises. Des exceptions à cette application sont contenues dans quelques dispositions du projet, notamment dans celles qui sont examinées ci-après²¹⁹⁾.

La PA garantit en particulier le droit d'être entendu²²⁰⁾ et de consulter les dossiers²²¹⁾. En ce qui concerne ce dernier droit, il se posera, pour les autorités en matière de concurrence, une question de limite: celle du secret de fonction et des secrets d'affaires²²²⁾. Des intérêts publics et privés plaident en faveur de la protection de ceux auxquels on doit les informations, surtout lorsqu'il s'agit d'outsiders. La peur de représailles pourrait sinon priver les autorités en matière de concurrence de renseignements importants. Compte tenu du fait que le traitement de données sensibles concernant les entreprises et les marchés exige de grandes précautions, la protection des secrets de fabrication ou d'affaires s'ajoute tant aux dispositions de droit civil²²³⁾ qu'à celles de droit administratif avec, dans ce dernier cas, l'obligation de respecter le secret de fonction²²⁴⁾. Il faut relever ici que les autorités en matière de concurrence ne

218) Art. 38, 2e al., P

219) Art. 40 à 43 P

220) Art. 29 PA

221) Art. 26 PA

222) Art. 25 P

223) Ch. 245: Sauvegarde des secrets de fabrication et d'affaires (art. 16 P)

224) Ch. 253: Secret de fonction et secrets d'affaires (art. 25 P)

peuvent utiliser contre une partie des pièces gardées secrètes sans lui en avoir communiqué le contenu essentiel²²⁵⁾.

256.2 Obligation de renseigner (art. 40 P)

L'obligation de renseigner et de produire les pièces nécessaires qui s'adresse aux parties à une restriction de la concurrence ou à une concentration d'entreprises et aux tiers concernés est, pour les autorités en matière de concurrence, indispensable à l'établissement des faits. Le droit de refuser de fournir des renseignements est régi par l'article 16 PA, qui lui-même renvoie aux dispositions pertinentes de la procédure civile fédérale (art. 42 PCF). Etant donné que l'obligation de renseigner prévue à l'article 40 P comprend aussi les secrets d'affaires, le détenteur d'un tel secret ne peut fonder sur l'article 16, 2^e alinéa PA son refus de fournir des renseignements. A cette obligation de renseigner correspond celle, qui concerne cette fois les autorités en matière de concurrence, de respecter le secret de fonction et de sauvegarder les secrets d'affaires²²⁶⁾.

256.3 Entraide administrative (art. 41 P)

S'ajoutant à l'obligation de renseigner de l'article 40 P, la présente disposition prévoit que les services de la Confédération et des cantons sont tenus de coopérer aux recherches des autorités en matière de concurrence. Si la participation des cantons a été introduite²²⁷⁾, c'est que la pratique actuelle a montré que nombre de restrictions de la concurrence, coordonnées à l'échelle nationale, étaient également organisées aux niveaux cantonal et régional. Les autorités en matière de concurrence doivent donc pouvoir compter sur le soutien des autorités cantonales.

256.4 Mesures d'enquête (art. 42 P)

Dans le cadre de la procédure en matière de concurrence, où prédominent les règles de la PA, les autorités d'enquête ont à leur disposition en

225) Art. 28 PA

226) Art. 25 P

227) Art. 36 LCart

☪ matière de preuves tous les moyens prévus par l'article 12 PA pour la constatation des faits. L'article 42 P apporte une série de mesures complémentaires: les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins, contraindre les parties à faire des dépositions, ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction. Comme c'est la règle en droit administratif, ces mesures doivent respecter le principe de proportionnalité.

256.5 Participation de tiers à l'enquête (art. 43 P)

Une restriction de la concurrence n'atteint généralement pas seulement les parties directement concernées, mais aussi un cercle plus large de tiers. Les dispositions de l'article 43 P sont là pour préciser, de façon exhaustive, quels sont ces intéressés ainsi que la mesure de leur participation à la procédure administrative. Il leur est en outre imparti un délai pour annoncer au secrétariat de la Commission de la concurrence leur désir de participer à l'enquête²²⁸). Les participants à l'enquête selon le 1er alinéa, lettres a et b, ont dans la règle déjà qualité de parties en vertu de l'article 6 PA.

Le cercle des tiers concernés au sens de l'article 43, 1er alinéa, P peut, selon le type de restriction de la concurrence, être considérable. Afin de ne pas compromettre l'efficacité de la procédure, le 2e alinéa dispose que les groupes ayant des intérêts identiques désignent un représentant commun. Leur participation peut en tout cas se limiter à une audition, pour autant qu'ils n'aient pas qualité de parties. Dans l'intérêt d'une procédure rapide de contrôle des concentrations d'entreprises, seules les entreprises participantes ont qualité de parties.

256.6 Commission de recours (art. 44 P)

Les décisions²²⁹) de la Commission de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours à la (nouvelle) Commission de recours pour les

228) Art. 28 P

229) Concerne bien sûr aussi les décisions incidentes.

questions de concurrence²³⁰), qui est une commission fédérale de recours - composée de juges indépendants - au sens des articles 71a à 71c PA. Selon l'article 48 PA, ont qualité pour recourir non seulement les personnes touchées par la décision, mais aussi les tiers qui ont participé à une procédure selon l'article 43 P. Un recours de droit administratif au Tribunal fédéral selon l'article 98, lettre e, OJ peut être interjeté contre les décisions de la Commission de recours pour les questions de concurrence.

26 Autres tâches et compétences des autorités en matière de concurrence

Le projet de loi n'apporte pas de grandes nouveautés en ce qui concerne les autres tâches et compétences des autorités en matière de concurrence.

261 Recommandations aux autorités (art. 45 P)

Il est très important du point de vue économique que la Commission de la concurrence observe de façon suivie l'évolution de la situation de la concurrence: cette vue d'ensemble lui est en effet nécessaire pour conduire une politique cohérente de la concurrence. Tout aussi importante est sa tâche d'adresser des recommandations aux autorités sur la politique de la concurrence. Cela lui permettra également de conseiller les autorités engagées dans la régénération et la dérégulation de l'économie. Ses recommandations pourront aller à toutes les autorités - fédérales, cantonales et communales - ²³¹) et non plus au seul Conseil fédéral²³²) comme c'est actuellement le cas.

262 Préavis (art. 46 P)

Les projets d'actes normatifs de la Confédération qui concernent la concurrence peuvent déjà être examinés par la Commission des cartels et son secrétariat afin de déterminer s'ils n'ont pas pour effet d'introduire

230) Art. 44 ss PA

231) Il s'agit en fait d'inscrire dans la loi la pratique de la Commission des cartels.

232) Art. 25 LCart

des distorsions ou des restrictions excessives de la concurrence. Le projet reprend cette compétence et l'adapte aux nouvelles structures. Le secrétariat de la Commission de la concurrence donne les préavis, à l'exception de ceux qui interviennent dans une procédure de consultation. Quant aux projets d'actes normatifs de droit cantonal, aucune obligation n'incombe aux autorités en matière de concurrence. Selon l'article 46, 2e alinéa, P, la Commission de la concurrence peut émettre de tels préavis si elle le veut.

263 Avis (art. 47 P)

Cette disposition correspond largement à l'article 27 LCart, tout en tenant compte de la nouvelle structure des autorités en matière de concurrence. Elle habilite la Commission de la concurrence à charger le secrétariat de donner lui-même des avis dans des cas d'importance mineure.

264 Publication de décisions et de jugements (art. 48 P)

Les autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions. Il va de soi que la publication ne saurait porter atteinte au secret de fonction et aux secrets d'affaires²³³). C'est au secrétariat qu'il incombe de rassembler et de publier les jugements des tribunaux.

265 Devoir d'informer (art. 49 P)

Aux fins de transparence de la politique suisse de la concurrence, la Commission de la concurrence et le secrétariat sont tenus d'informer le public. La Commission établit en outre à l'intention du Conseil fédéral un rapport annuel d'activité.

27 Sanctions

L'effet préventif des sanctions est d'une importance capitale pour l'efficacité du droit de la concurrence. Dans le projet, les cas

233) Voir les dispositions de l'art. 25 P

d'inobservation d'accords amiables et de décisions passées en force donnent avant tout lieu à des sanctions administratives dirigées contre les entreprises concernées. Ce qui s'imposait, étant donné que seules les personnes physiques peuvent faire l'objet de sanctions pénales: selon la doctrine dominante, les entreprises, qu'elles soient ou non dotées de la personnalité juridique, n'ont pas la capacité délictuelle (pas de faute subjective).

Parallèlement, la bonne application du droit de la concurrence ne pouvait se passer de la possibilité de sanctionner directement, sous l'angle du droit pénal, les personnes physiques agissant pour le compte d'une entreprise, même si la complexité du fonctionnement de celle-ci ne permet parfois que très difficilement de se fixer sur la responsabilité pénale²³⁴). C'est la raison d'être des sanctions pénales du projet.

Sanctions pénales et sanctions administratives sont cumulables. Décider de sanctions administratives contre une entreprise concernée n'exclut donc pas que pour les mêmes faits les infractions intentionnelles de personnes physiques responsables entraînent aussi des sanctions pénales. Dans une législation basée sur l'abus (et non sur une interdiction générale), la sanction suppose la mise en oeuvre effective d'une pratique abusive. Les sanctions administratives et pénales proposées sont ainsi liées à l'état de fait établi par les autorités. La situation juridique est ainsi claire pour les entreprises et les personnes privées.

271 Sanctions administratives

Les sanctions doivent avoir suffisamment d'effet sur les entreprises. Si seules les personnes physiques étaient passibles de sanctions, une amende déterminée sur la base de leur situation économique jouerait un rôle accessoire et ne serait nullement proportionnée aux bénéfices réalisés par le biais de la restriction illicite de la concurrence. Il y a en outre lieu de considérer que les amendes infligées à des particuliers sont prises en charge par les entreprises. Elles peuvent donc être prévues à

²³⁴) L'article 6 de la loi sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0) reste cependant, dans une certaine mesure, un instrument utilisable dans ce contexte.

☛ titre de charges dans la comptabilité de telle sorte que la sanction perd ainsi tout effet préventif. Dans de telles conditions, le projet doit prévoir un système de sanctions dont le montant est fonction du gain réalisé grâce à la restriction illicite de la concurrence. Les sanctions dirigées contre l'entreprise elle-même sont donc indispensables. Elles se justifient également par le fait que les entreprises doivent être en mesure et sont même tenues de s'organiser de manière à remplir leurs obligations légales.

271.1 Inobservation d'accords amiables et de décisions administratives (art. 50 P)

L'article 50 P sanctionne la violation de mesures passées en force visant à supprimer des restrictions illicites de la concurrence. Font partie de ces mesures les accords amiables approuvés par la Commission de la concurrence ainsi que les décisions des autorités en matière de concurrence et des instances de recours.

La sanction pourra s'élever jusqu'au triple du profit réalisé. Dans les cas où il sera impossible de calculer ou d'évaluer ce profit, l'amende pourra aller jusqu'à 10 pour cent du dernier chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse. Le montant effectif de la sanction sera toutefois fixé en fonction des circonstances concrètes. Ce n'est que dans des cas très rares (évidents) que les taux les plus élevés seront appliqués. Toutefois, le montant des gains réalisés illicitement devrait constituer en règle générale la limite inférieure de la sanction infligée. La règle de l'article 9, 2^e alinéa, P est applicable par analogie, à titre de base de calcul, aux cas de sanctions visant les banques et les assurances.

271.2 Cas d'inobservation liés à une concentration d'entreprises (art. 51 P)

L'article 51 P est une norme spéciale et règle à ce titre les sanctions qui peuvent être infligées lors de concentrations d'entreprises. Les entreprises fautives risquent de devoir s'acquitter d'un montant pouvant s'élever à 1 million de francs. La sanction peut être prise lorsque l'entreprise réalise sans autorisation une concentration soumise à autorisation ou une

concentration interdite, ou n'aura pas mis en oeuvre une mesure destinée à rétablir la concurrence efficace. En cas de récidive concernant une charge dont est assortie l'autorisation, l'entreprise devra s'acquitter d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'ensemble des entreprises participantes. La règle de l'article 9, 2e alinéa, P est applicable par analogie, à titre de base de calcul, aux sanctions visant les banques et les assurances.

271.3 Autres cas d'inobservation (art. 52 P)

Selon l'article 52 P, pour d'autres inobservations commises en procédure d'enquête, par exemple la violation de l'obligation de renseigner ou de produire des documents, les entreprises devront s'acquitter d'un montant pouvant aller jusqu'à 100'000 francs. La disposition est aussi bien applicable à la procédure de contrôle des concentrations d'entreprises qu'à la procédure d'enquête menée dans les autres cas de restrictions de la concurrence.

271.4 Procédure et voies de droit (art. 53 P)

Conformément à la répartition générale des tâches entre la Commission de la concurrence et son secrétariat, les infractions seront instruites par le secrétariat selon les dispositions de la PA et jugées par la Commission de la concurrence sur proposition de son secrétariat. Les décisions de la Commission de la concurrence pourront faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence²³⁵). La prescription est régie par les principes usuels du droit administratif en la matière²³⁶); il n'est donc pas nécessaire que le projet prévoit une réglementation spéciale à ce sujet.

235) Voir art. 44 P.

236) Voir *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5e éd., Bâle 1976, no 34

272 Sanctions pénales

272.1 Violation d'accords amiables et de décisions administratives (art. 54 P)

La disposition pénale vise toute personne disposant d'un pouvoir décisionnel (personne physique) dans l'entreprise et qui aura elle-même contrevenu intentionnellement à des mesures prises en vue de supprimer des restrictions de la concurrence. L'amende peut être infligée à l'ensemble des personnes au bénéfice d'attributions leur permettant de prendre librement des décisions dans la direction d'une entreprise (les organes au sens du droit civil). En font partie les organes de la société et ses membres mais aussi les directeurs et les autres personnes qui conduisent effectivement l'entreprise. Il pourra s'agir par exemple d'un actionnaire qui domine l'entreprise sans y exercer pour autant formellement une fonction dirigeante. La mesure de la peine correspond à celle qui est prévue dans la LCart²³⁷).

272.2 Autres violations (art. 55 P)

Les infractions intentionnelles en rapport avec l'obligation de renseigner et le régime de l'autorisation en cas de concentration d'entreprises sont passibles d'une amende pouvant aller jusqu'à 20'000 francs. Les personnes visées par cette norme sont les mêmes que celles concernées par l'article 54 P²³⁸).

272.3 Prescription (art. 56 P)

La prescription est réglée spécialement dans le projet. Compte tenu de l'importance que peut revêtir le fait de ne pas respecter des mesures passées en force destinées à supprimer des restrictions de la concurrence, un délai de prescription de cinq ans est justifié, ce conformément aux actes législatifs ressortissant au droit pénal annexe. L'action pénale est en tout cas prescrite lorsque ce délai est dépassé de moitié du fait d'une

237) Art. 39 LCart

238) Art. 54 P

interruption. Les autres infractions, notamment les infractions commises en procédure d'enquête, se prescrivent par deux ans.

272.4 Procédure et voies de droit (art. 57 P)

Comme en matière de sanctions administratives, la procédure se déroule conformément à la répartition générale des tâches entre le secrétariat et la Commission de la concurrence. Le secrétariat est compétent pour l'enquête, la Commission de la concurrence arrête la sanction. La procédure est régie par la loi fédérale sur le droit pénal administratif.

28 Exécution d'accords internationaux

Les règles sur l'exécution d'accords internationaux correspondent pour l'essentiel à celles de la LCart, mais sont adaptées aux caractéristiques du projet. Le déroulement de la procédure y est en outre plus précis. Les articles 58 et 59 P doivent ouvrir la possibilité d'éliminer des restrictions de la concurrence dont l'origine est en Suisse mais qui s'exercent à l'étranger, lorsque ces effets sont incompatibles avec des dispositions de droit de la concurrence figurant dans des traités internationaux et que l'on doit s'attendre à ce qu'une partie à l'accord prenne des mesures de représailles. Il s'agit en l'occurrence de *règles internationales sur la concurrence qui ne sont pas applicables directement*, à l'instar de celles qui figurent notamment dans l'*Accord de libre-échange que la Suisse a conclu avec la CE*²³⁹⁾ ou dans la *Convention de l'AELE*²⁴⁰⁾. Il n'est pas nécessaire d'édicter des dispositions d'exécution pour ce qui concerne les règles internationales sur la concurrence qui sont applicables directement. Les autorités nationales peuvent ou doivent appliquer ces prescriptions. Ces dispositions peuvent également constituer, le cas échéant, une base légale pour l'élaboration d'ordonnances d'exécution de droit interne destinées à régler des questions d'organisation ou de procédure.

239) Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la CEE (Accord de libre-échange, RS 0.632.401)

240) Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (Convention AELE, RS 0.632.31)

281 Etablissement des faits (art. 58 P)

Le Département fédéral de l'économie publique peut charger le secrétariat de la Commission de la concurrence de procéder à une enquête préalable lorsqu'une affaire est en relation avec un accord international. Il s'agit alors d'une enquête préalable au sens de l'article 26 P. Toutefois, contrairement aux modalités de la procédure ordinaire en matière de concurrence, la proposition du secrétariat sur la suite à donner à l'affaire n'est pas adressée à la Commission de la concurrence mais au Département fédéral de l'économie publique, qui décide également de la suite à donner à l'affaire, après avoir entendu les parties concernées.

282 Suppression des incompatibilités (art. 59 P)

La question de l'incompatibilité s'apprécie d'après les principes et la procédure prévus dans l'accord international en cause. Si l'on constate au cours de la procédure d'exécution que certaines restrictions de la concurrence sont incompatibles avec l'accord, il incombera au Département fédéral de l'économie publique, d'entente avec le Département fédéral des affaires étrangères, de proposer aux entreprises concernées (dans le sens des recommandations de la loi actuelle²⁴¹) un accord amiable en vue de la suppression de l'incompatibilité. Si un tel accord ne peut être trouvé à temps et qu'une partie à l'accord international menace de prendre des mesures à l'encontre de la Suisse, le Département peut, d'entente avec le Département fédéral des affaires étrangères, ordonner les mesures nécessaires pour supprimer la restriction de la concurrence²⁴².

Les décisions du Département sur la base de cette disposition peuvent faire l'objet d'un recours (ordinaire) de droit administratif au Tribunal fédéral²⁴³.

241) Voir art. 43, 1er al., LCart

242) Le droit actuel autorise déjà une telle décision, lorsque des recommandations de la Commission des cartels sont rejetées par les entreprises concernées (art. 37, 1er al., LCart).

243) Art. 98, let. b, OJ

L'attribution de la compétence de décision au département se justifie d'une part par le fait que celui-ci est plus proche des parties contractantes et des institutions d'un accord international, et d'autre part, parce que la voie de droit ouverte contre ses décisions, qui peuvent uniquement faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, est nettement plus rapide que dans le cas de la Commission de la concurrence.

29 Dispositions finales

291 Exécution (art. 60 P)

L'article 60 renferme la délégation usuelle de compétence au Conseil fédéral pour édicter les dispositions d'exécution. Parmi ces dispositions, il y a lieu de mentionner l'ordonnance d'exécution relative au contrôle des concentrations d'entreprises²⁴⁴.

292 Abrogation du droit actuel (art. 61 P)

L'article 61 P abroge dans sa totalité la loi actuelle sur les cartels.

293 Disposition transitoire (art. 62 P)

Dès son entrée en vigueur, la loi déploiera en principe tous ses effets sur les concentrations d'entreprises et les restrictions de la concurrence tombant dans son champ d'application. Une seule exception est prévue pour les restrictions de la concurrence contre lesquelles une procédure a déjà été engagée par la Commission des cartels en vertu du droit actuel. Ces procédures seront sans objet et les entreprises concernées disposeront d'un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi pour adapter leurs accords ou leurs pratiques au nouveau droit. A l'expiration du délai transitoire de six mois, une procédure selon le nouveau droit pourra également être engagée pour ces restrictions de la concurrence. Les destinataires potentiels d'une décision pourront demander qu'une

244) Voir commentaires sous ch. 255: Examen des concentrations d'entreprises.

procédure selon le nouveau droit soit engagée avant l'expiration du délai de six mois.

294 Référendum et entrée en vigueur (art. 63 P)

En tant que loi fédérale, le nouveau texte est sujet au référendum facultatif conformément à l'article 89, 2e alinéa, de la constitution. L'article 63 P donne au Conseil fédéral la compétence de fixer la date de l'entrée en vigueur. L'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les cartels devrait être coordonnée avec celle d'autres actes législatifs revêtant une importance pour la régénération de l'économie. Il s'agit notamment de la loi sur le marché intérieur, de la loi sur les marchés publics et de la loi sur les entraves techniques au commerce.

295 Modification du droit en vigueur

Loi fédérale sur la surveillance des prix²⁴⁵⁾

Les modifications d'ordre terminologique que comporte le projet de loi par rapport à la LCart impliquent une adaptation de la loi concernant la surveillance des prix. Cette adaptation n'entraîne toutefois pas de modification sur le fond de cette dernière loi. Il s'agit de changements de dénominations. "Commission des cartels" et "cartels ou organisations analogues" seront respectivement remplacés par "*Commission de la concurrence*" et "*accords en matière de concurrence ou entreprises puissantes sur le marché*".

Une autre modification touche l'article 20 de la même loi. Il s'agit en effet d'un équilibrage des voies de droit en ce sens que les décisions du Surveillant des prix pourront désormais faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence.

245) Du 20 décembre 1985 (LSPr, RS 942.20)

*Loi fédérale sur la procédure administrative*²⁴⁶⁾

Selon l'article 42 P, les autorités en matière de concurrence peuvent également entendre des témoins. L'article 14 PA règle l'audition des témoins. La Commission de la concurrence doit être intégrée à la liste des autorités pouvant ordonner l'audition de témoins.

*Loi fédérale sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale*²⁴⁷⁾

En application des règles concernant la Commission fédérale des banques, la Commission de la concurrence doit être intégrée à la liste des offices fédéraux de l'article 58, 1er alinéa, lettre D, LOA.

*Ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale*²⁴⁸⁾

A l'article premier, lettre f, chiffre 9, de l'ordonnance, il y a lieu d'attribuer administrativement la Commission de la concurrence au Département fédéral de l'économie publique. L'arrêté qui doit être pris à cet égard présuppose, conformément à l'article 60, 2e alinéa, LOA, l'approbation des Chambres fédérales par le biais d'un arrêté fédéral de portée générale non soumis au référendum.

3 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

31 Sur le plan fédéral

Avec la loi proposée, on veut constituer en Suisse un instrument incisif permettant d'intervenir efficacement contre les restrictions nuisibles de la concurrence. Les outils que contient le projet de loi pour lutter contre ces restrictions n'ont de raison d'être que si les moyens pour en faire usage sont donnés; en d'autres termes, les autorités en matière de concurrence

246) Du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021)

247) Du 19 septembre 1978 (LOA; RS 172.010)

248) Du 24 février 1982 (RS 172.010.14)

chargées d'appliquer le droit doivent pouvoir disposer des ressources nécessaires (compétences techniques et personnel).

La Commission des cartels, conçue comme une autorité de milice, dispose aujourd'hui d'un secrétariat comprenant un directeur, sept collaborateurs scientifiques, deux secrétaires à plein temps et une secrétaire à temps partiel. Un état-major de ce type n'est pas en mesure aujourd'hui de remplir d'une manière satisfaisante le mandat assigné par la loi actuelle sur les cartels:

- L'observation suivie de la situation de la concurrence n'est pratiquement pas assurée²⁴⁹); la Commission des cartels est largement tributaire dans ce domaine des analyses que font de la concurrence dans l'économie suisse les institutions internationales (OCDE, GATT, FMI).
- Les préavis relatifs aux projets d'actes législatifs de la Confédération qui touchent le droit de la concurrence²⁵⁰) ne portent que sur certains domaines et se limitent à un strict minimum. Sous l'angle du programme en cours pour régénérer l'économie de marché, ce strict minimum deviendrait problématique.
- Il est particulièrement choquant de constater que les faibles ressources en personnel de la Commission des cartels l'empêchent de contrôler, d'une manière systématique et dans une mesure répondant aux impératifs de la politique de la concurrence, les pratiques de marché restreignant la concurrence. Elle ne peut le faire que d'une manière ponctuelle et, dans un certain sens, que sur la base de critères de sélection arbitraires.

L'effectif restreint du personnel et les problèmes que cette situation pose à la politique suisse de concurrence ont donné lieu récemment à toute une série d'interventions parlementaires. On a ainsi critiqué la lenteur des procédures d'enquête ressortissant au droit de la concurrence et demandé

249) Voir art. 25 LCart

250) Voir art. 26 LCart

de ce fait une augmentation de l'effectif du secrétariat ainsi qu'une révision de la loi sur les cartels.

Il ne sera pas possible d'assumer les tâches prévues par le projet sans augmentation de l'effectif actuel du secrétariat. La loi proposée implique des exigences nettement plus élevées que l'actuelle en matière de personnel et d'infrastructure. Ce n'est qu'à ce prix que l'autorité en matière de concurrence sera en mesure d'agir efficacement:

- L'introduction de règles concrètes de comportement exigera un minimum de contrôle de leur respect par les entreprises. Le projet ne comportant pas d'obligation d'annoncer les accords cartellaires rigides, l'autorité en matière de concurrence doit disposer d'un effectif à même de déceler systématiquement (et non plus ponctuellement) les pratiques restreignant illicitement la concurrence.
- Il est nécessaire de disposer d'une équipe de collaborateurs pouvant justifier de connaissances approfondies du droit de la concurrence afin d'être en mesure d'édicter des ordonnances ou de procéder à des communications énonçant les conditions auxquelles, dans la règle, des accords en matière de concurrence sont réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique²⁵¹).
- La découverte des abus d'entreprises dominant le marché implique que l'on observe systématiquement le marché et que des collaborateurs compétents du secrétariat procèdent (en matière de comportements du côté de la demande également) à des analyses détaillées du marché dans le cadre des procédures d'enquêtes.
- Enfin, l'introduction d'un contrôle des fusions implique que l'autorité en matière de concurrence puisse disposer d'un effectif minimum d'experts très bien formés pour mener à bien la procédure

251) Voir la compétence de la Commission de la concurrence, art. 6 P

✦ d'autorisation avec toute la rapidité voulue, d'ailleurs imposée par la loi.

Si l'on veut concrétiser un régime moderne de la concurrence, il est primordial de mettre sur pied une organisation apte à saisir de façon théorique et pratique des problèmes complexes d'économie et de droit économique et à les résoudre d'une manière adéquate. Pour cette raison, le secrétariat de l'autorité en matière de concurrence doit être doté de juristes et d'économistes à parts égales. Les tâches multiples auxquelles sera confrontée l'autorité en matière de concurrence impliquent que son secrétariat comprenne un service des recherches, un service juridique, un service économique, un service statistique ainsi qu'un service administratif.

Les préalables de la loi proposée impliquent que le secrétariat de la Commission de la concurrence comprenne 30 personnes de plus. Ce besoin d'effectifs supplémentaires peut être partiellement couvert par l'abandon ou la redistribution de tâches. Une partie de ce besoin pourrait être assurée en faisant appel à la réserve du Conseil fédéral; les autres places devraient être créées par la voie du budget.

Le projet prévoit aussi que les décisions des autorités en matière de concurrence sont susceptibles de recours à la nouvelle Commission de recours pour les questions de concurrence²⁵²). Les juges de cette Commission de recours occuperont une fonction accessoire.

32 Sur le plan cantonal et communal

La nouvelle loi n'entraînera aucune conséquence financière sur le plan cantonal et communal.

252) Voir art. 44 P

4 Conséquences sur le régime économique

Selon les critères développés par le Conseil fédéral dans son rapport du 13 juin 1994 sur la poursuite des réformes en faveur de l'économie de marché, tout nouveau projet de loi doit être examiné à l'aune de sept critères sur les incidences qu'il peut avoir sur l'ordre économique.

Examiner le présent projet quant à ses conséquences sur le régime économique ne serait pas très pertinent pour l'acte législatif fondamental dans ce domaine qu'est la loi proposée. En adoptant un texte législatif destiné à combattre les effets nuisibles des restrictions de la concurrence, on veut uniquement créer et assurer les bases de ce régime économique. Toutefois, une loi sur les cartels ne peut être qualifiée de *loi de portée décisive* pour le régime économique que dans la mesure où elle n'est pas utilisée comme un instrument politique par le biais, dans le cas du projet, de l'octroi de nombreuses autorisations exceptionnelles au sens des articles 8 et 11 P. Tant que ce caractère constitutif de la loi reste dans la pratique tel que concrétisé dans le projet, toute considération concernant les conséquences de ce dernier sur le régime économique est superflue.

5 Législature

"Ouverture à l'extérieur - Réformes à l'intérieur", tel est le leitmotiv de la politique pour la législature 1991 - 1995. Après le verdict populaire négatif du 6 décembre 1992, le Conseil fédéral, dans son Message du 24 février 1993 sur le programme consécutif au rejet de l'Accord sur l'EEE²⁵³⁾, a présenté les mesures à prendre et annoncé le présent projet. La régénération de l'économie de marché constituait déjà l'une des pierres angulaires du programme de législature²⁵⁴⁾.

253) FF 1993 I 757

254) Voir aussi le rapport du Conseil fédéral du 13 juin 1994 sur la poursuite des réformes en faveur de l'économie de marché, FF 1994 III 1360

6 Relations avec le droit européen

Contrairement à ce que vise le droit de l'Union européenne en matière de concurrence, le projet ne propose pas de législation d'interdiction mais une législation de lutte contre les abus. Comparé au droit de la concurrence de l'UE, le projet n'a pas non plus pour but premier de frapper les restrictions de la concurrence dans les rapports transnationaux. Pour tenir compte des points de rencontre de l'économie suisse avec les économies nationales des Etats membres de l'UE²⁵⁵, le projet a toutefois tenu compte du droit de la concurrence de l'UE, dans la mesure où il était justifié de s'en inspirer sur la base des critères déjà mentionnés. Ce mode d'agir doit non seulement permettre d'optimiser la situation de la concurrence en Suisse (encouragement de la concurrence efficace) mais aussi d'offrir aux entreprises suisses développant des activités au sein de l'UE une certaine garantie que les critères suisses et européens d'appréciation des restrictions de la concurrence ne sont pas fondamentalement contradictoires.

7 Constitutionnalité

Sur le plan constitutionnel, le projet de loi est principalement fondé sur les articles 31bis et 64 de la constitution. S'agissant des dispositions de droit matériel, il faut notamment se demander si elles sont compatibles avec l'article 31bis de la constitution. Selon cette disposition, la Confédération peut, "lorsque l'intérêt général le justifie, (...) édicter des dispositions pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues", "en dérogeant s'il le faut au principe de la liberté du commerce et de l'industrie". La législation suisse sur les cartels n'est dès lors pas libre dans le choix de ses buts. L'article sur les cartels, en sa qualité de *norme visant un objectif*, donne ainsi mandat au législateur *de lutter contre les conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues*.

255) Pour ces points de rencontre, voir les commentaires sous ch. 17: Le projet dans son contexte national et européen.

La portée de cet article sur les cartels a depuis toujours donné lieu à des interprétations différentes. Les diverses positions sont l'illustration des opinions divergentes affichées à propos de la constitution économique suisse²⁵⁶). L'appréciation des aspects de droit constitutionnel dans le contexte de la présente révision ne dépend pas de la réponse à donner à cette question controversée. L'article sur les cartels autorise en tout cas le législateur (s'il le faut) à déroger au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. S'agissant de l'appréciation des problèmes que pose le droit constitutionnel, il est plus important de connaître ici les conditions-cadres que doit respecter le législateur qui édicte une loi sur les cartels.

La constitution ne définit pas la notion de "conséquences nuisibles d'ordre économique ou social"; cette notion se concrétise par la réponse du législateur sur les cartels qui dispose ainsi d'une grande marge de manoeuvre. Le texte constitutionnel n'oblige notamment pas le législateur à utiliser des moyens précis ou n'exige pas de lui qu'il s'abstienne d'utiliser des instruments déterminés. L'article sur les cartels se borne à fixer un objectif, défini d'une manière relativement imprécise, qui doit être atteint par la législation sur les cartels à édicter²⁵⁷). Cette législation ainsi canalisée a été occasionnellement caractérisée comme une législation de l'abus par opposition à une législation d'interdiction. Ces types de classification sont toutefois trop sommaires et n'ont pas une très grande valeur²⁵⁸).

On peut certes considérer que la compétence de la Confédération pour lutter contre les conséquences nuisibles des cartels ne constitue pas une base suffisante pour imposer par voie légale une interdiction générale des cartels. La compétence d'édicter des dispositions pour combattre les conséquences nuisibles ne doit toutefois certainement pas être comprise comme une compétence de ne faire face à ces effets qu'à partir du moment

256) Voir ces positions dans *Rhinow*, in: *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, art. 31bis, chiffre marginal 185

257) A propos de la norme visant un objectif que constitue l'article sur les cartels, voir *Rhinow*, in: *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, art. 31bis, chiffre marginal 113

258) Voir p. ex. à ce propos *Schluemp*, in: *Schürmann/Schluemp, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz*, Zurich 1988, 46 s.

où ils se sont concrètement manifestés. Au contraire, il y a également lieu de prendre des mesures légales préventives de nature à empêcher la survenance d'effets nuisibles. C'est pourquoi une interdiction sélective de cartels destinée à combattre les effets nuisibles peut être considérée comme compatible avec l'article sur les cartels²⁵⁹). La condition en est toutefois qu'elle "soit justifiée par l'intérêt général" et conforme au principe de la proportionnalité. En d'autres termes, une telle interdiction doit être à même de sauvegarder l'intérêt général et ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. La question de savoir si une interdiction envisagée concrètement remplit ces conditions dépend du degré de nocivité (d'ordre économique ou social) que l'on attribue généralement aux effets, connus, du type de cartel concerné. Si cette nocivité doit être considérée comme élevée, comme c'est le cas des restrictions de la concurrence particulièrement prononcées que constituent notamment les cartels en matière de prix, de quantités et de répartition géographique, une interdiction sélective peut être justifiée. La doctrine est également unanime à dire aujourd'hui que l'article sur les cartels autorise en principe l'utilisation de tout moyen répondant au but poursuivi, l'interdiction légale de certaines pratiques cartellaires nuisibles faisant partie de ces mesures. La condition en est toutefois que le moyen choisi soit conçu et utilisé d'une manière conforme et proportionnée au but poursuivi²⁶⁰). La constitution ne contient ainsi *pas d'interdiction per se de créer des normes d'interdiction per se*.

Selon l'article 5, 1er alinéa, P, les accords en matière de concurrence qui conduisent à la suppression de la concurrence efficace sont considérés

259) Voir p. ex. Schluop, in: Schürmann/Schluop, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurich 1988, 47; Richli, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Berne 1983, 145; Zäch, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, in: Aktuelle Juristische Praxis 1992, 861

260) Voir Gygi, Verfassungsrechtliche Richtpunkte einer schweizerische Kartellgesetzgebung, in: Gygi, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Berne 1986, 157, 160; Richli, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Berne 1983, 150; Rhinow, in: Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, art. 31bis, réf. 219 s.; Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2e édition, Berne 1983, 325; même auteur Der Kartellartikel der Bundesverfassung, in: Wirtschaft und Recht 1958, 199 (même en tant que "mesure extrême de la politique en matière de cartels"); Zäch, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, in: Aktuelle Juristische Praxis 1992, 861

comme nuisibles et en principe²⁶¹) comme illicites. D'après l'article 5, 3e alinéa, P, on peut présumer que certains types de cartels sont de nature à supprimer la concurrence efficace. Il convient de reconnaître la constitutionnalité de ces dispositions pour les raisons suivantes: lorsqu'un accord en matière de concurrence conduit à ce que la concurrence efficace n'est plus possible sur un marché donné, on doit, selon l'expérience générale, partir du principe qu'une telle situation provoquera une inefficacité nuisible sur le plan économique et désavantagera la demande, soit les consommateurs. A long terme, cet état de fait peut porter préjudice aux performances de l'économie nationale dans son ensemble. Les présomptions au sens de l'article 5, 3e alinéa, P ne fondent pas per se la nocivité et l'illicéité de certains types de cartels: elles permettent simplement de justifier la présomption, réfutable, qu'un accord entraînera la suppression de la concurrence efficace. Lorsque l'accord n'entraîne pas la suppression de la concurrence efficace, c'est-à-dire que la concurrence efficace est encore possible, l'accord visé peut être justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5, 2e alinéa, P. En outre, même si la concurrence efficace est éliminée, l'accord peut être exceptionnellement justifié par des intérêts publics prépondérants (art. 8 P).

On constate ainsi que, considéré dans son ensemble, le projet est bien loin de constituer une interdiction générale des cartels, qui ne serait pas conforme à la constitution. La solution différenciée proposée, visant à empêcher les conséquences reconnues comme nuisibles, ne va pas non plus au-delà de la mesure requise par le but poursuivi.

L'article 7 considère comme nuisibles, en raison de leurs effets, certaines pratiques d'entreprises puissantes sur le marché. Pour parvenir à cette conclusion, il est toutefois nécessaire que ces effets soient le résultat d'un abus résultant de la position dominante. La conception de cette disposition est incontestablement conforme à la constitution.

261) Sous réserve de justification exceptionnelle au sens de l'art. 8 P

☛ S'agissant du contrôle préventif des fusions (art. 9 ss P), il y a lieu de souligner qu'avec des entreprises puissantes sur le marché, le risque est plus grand de voir la concurrence considérablement diminuée, voire supprimée. Il convient alors d'admettre qu'il est conforme aux objectifs de l'article sur les cartels de contrôler les concentrations d'entreprises qui conduisent à une position dominante ou qui la renforcent, et de les interdire lorsque la concurrence efficace est ou peut être supprimée de ce fait. A certaines conditions, la solution proposée donne aux entreprises le droit d'obtenir l'autorisation de réaliser la concentration. En outre, même sans remplir ces conditions, une concentration peut être exceptionnellement justifiée par des intérêts publics prépondérants²⁶²). Dans ce contexte également, le projet de loi est parfaitement conforme à l'article actuel sur les cartels.

262) Voir art. 11 P

Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart)

du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu les articles 31^{bis}, 64, 64^{bis} et 114^{bis} de la constitution;
vu les dispositions du droit de la concurrence des accords internationaux;
vu le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994¹⁾,
arrête:

Chapitre premier: Dispositions générales

Article premier But

La loi a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions de la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral.

Art. 2 Champ d'application

¹ La présente loi s'applique aux entreprises relevant du droit privé et du droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises.

² La présente loi est applicable aux faits qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger.

Art. 3 Rapport avec d'autres prescriptions légales

¹ 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.

² La présente loi n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle.

¹⁾ FF 1995 I 472

Art. 4 Définitions

¹ Par accords en matière de concurrence, on entend 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.

² Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché.

³ Par concentration d'entreprises, on entend:

- 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, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci.

Chapitre 2: Dispositions de droit matériel**Section 1: Restrictions illicites de la concurrence****Art. 5 Accords illicites**

¹ Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression de la concurrence efficace, sont illicites.

² Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique:

- a. lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources ou des biens publics; et
- b. lorsque la situation en matière de concurrence garantit qu'une part équitable des profits en résultant pour les entreprises sera réservée aux consommateurs, et que cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer la concurrence efficace.

³ Sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords:

- a. qui fixent directement ou indirectement des prix;
- b. qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c. qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

Art. 6 Catégories d'accords réputés justifiés

¹ La Commission de la concurrence fixe, par voie d'ordonnances ou de communications, les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique. A cet égard, elle prend notamment en considération:

- a. les accords de coopération en matière de recherche et de développement;
- b. les accords de spécialisation et de rationalisation;
- c. les accords en vue de l'octroi d'une exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services;
- d. les accords relatifs à la concession de licences exclusives de droits de propriété intellectuelle.

² Les ordonnances et communications relatives aux accords en matière de concurrence peuvent aussi reconnaître comme étant réputées justifiées des formes particulières de coopération propres à certaines branches de l'économie, notamment des accords concernant la transposition rationnelle de prescriptions de droit public pour la protection des clients ou des investisseurs en matière de services financiers.

³ Les ordonnances de la Commission de la concurrence sont soumises à l'approbation du Conseil fédéral.

⁴ Les communications de la Commission de la concurrence sont publiées dans la Feuille fédérale.

Art. 7 Pratiques illicites d'entreprises dominant le marché

¹ Les pratiques d'entreprises dominant le marché sont réputées illicites lorsque de telles entreprises abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou l'exercice de celle-ci, ou désavantagent les partenaires commerciaux.

² Sont en particulier réputés illicites:

- a. le refus d'entretenir des relations commerciales (p. ex. refus de livrer ou d'acheter des marchandises);
- b. la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales;
- c. le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables;
- d. la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé;
- e. la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique;
- f. le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.

Art. 8 Autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants

Les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises dominant le marché dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite peuvent être autorisés par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées s'ils sont exceptionnellement nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

Section 2: Concentrations d'entreprises

Art. 9 Régime de l'autorisation

¹ Les concentrations d'entreprises sont soumises au régime de l'autorisation délivrée par la Commission de la concurrence lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration:

- 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.

² Pour les sociétés d'assurances, il sera tenu compte, au lieu du chiffre d'affaires, du montant total des primes brutes annuelles et pour les banques soumises à la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB)¹⁾, d'un montant de 10 pour cent de la somme du bilan. La part réalisée en Suisse de la somme du bilan des banques résulte du rapport entre les créances découlant d'opérations avec des personnes domiciliées en Suisse (banques et clients) et le montant total de ces créances.

³ Abstraction faite des 1^{er} et 2^e alinéas, une concentration est soumise au régime de l'autorisation lorsque, au terme d'une procédure engagée en vertu de la présente loi, une décision passée en force établit qu'une entreprise participante occupe en Suisse une position dominante sur un marché et que la concentration concerne soit ce marché, soit un marché voisin ou situé en amont ou en aval.

⁴ Une concentration n'est pas soumise au régime de l'autorisation lorsque toutes les entreprises participantes ont leur siège à l'étranger et ne sont pas affiliées à une entreprise ayant son siège en Suisse ni ne disposent d'un établissement en Suisse, entreprise ou établissement actifs soit sur les mêmes marchés, soit sur des marchés voisins ou situés en amont ou en aval.

⁵ L'Assemblée fédérale peut, par voie d'arrêté de portée générale non soumis au référendum:

- a. adapter aux circonstances les montants fixés aux 1^{er} et 2^e alinéas;
- b. assortir de conditions spéciales le régime de l'autorisation des concentrations d'entreprises dans certaines branches de l'économie.

¹⁾ RS 952.0

Art. 10 Autorisation

¹ La Commission de la concurrence octroie l'autorisation lorsque la concentration d'entreprises:

- a. ne crée pas une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace ou ne renforce pas une telle position;
- b. provoque, malgré la création ou le renforcement d'une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace sur un marché déterminé, une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante.

² Lors de l'évaluation des effets d'une concentration d'entreprises sur l'efficacité de la concurrence, la Commission de la concurrence tient aussi compte de l'évolution du marché ainsi que de la position des entreprises dans la concurrence internationale.

³ La Commission de la concurrence peut assortir l'autorisation de conditions et de charges.

Art. 11 Autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants

Une concentration d'entreprises qui n'a pas été autorisée en vertu de l'article 10 peut l'être par le Conseil fédéral à la demande des entreprises participantes si elle est exceptionnellement nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

Chapitre 3: Dispositions de procédure civile

Art. 12 Actions découlant d'une entrave à la concurrence

¹ La personne qu'une restriction illicite de la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci, peut demander:

- a. la suppression ou la cessation de l'entrave;
- b. la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations¹⁾;
- c. la remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires sans mandat.

² Le refus de relations d'affaires ou des mesures de discrimination constituent notamment une entrave à la concurrence.

³ Les actions prévues au 1^{er} alinéa peuvent aussi être intentées par la personne qui, en raison d'une restriction licite de la concurrence, subit une entrave plus grave que ne l'exige la mise en œuvre de la restriction de la concurrence.

¹⁾ RS 220

Art. 13 Exercice des actions en suppression et en cessation

Pour assurer la suppression ou la cessation de l'entrave à la concurrence, le juge peut, à la requête du demandeur, décider notamment que:

- a. des contrats sont nuls en tout ou en partie;
- b. celui qui est à l'origine de l'entrave à la concurrence doit conclure avec celui qui la subit des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche.

Art. 14 For

¹ Les cantons désignent pour leur territoire un tribunal chargé de connaître en instance cantonale unique des actions intentées pour restriction de la concurrence. Ce tribunal connaît également d'autres actions civiles lorsqu'elles sont intentées en même temps que l'action pour restriction de la concurrence et qu'elles lui sont connexes.

² Est compétent le juge du domicile ou du siège suisses du demandeur ou du défendeur. Lorsque ni le demandeur ni le défendeur n'ont de domicile ou de siège en Suisse, le juge du lieu de l'administration est compétent. En cas de pluralité de défendeurs, le juge compétent est celui du domicile ou du siège ou, à défaut, du lieu de l'administration de l'un d'entre eux.

Art. 15 Appréciation du caractère licite d'une restriction de la concurrence

Lorsqu'un litige portant sur le caractère licite d'une restriction de la concurrence intervient au cours de la procédure, celle-ci est suspendue et l'affaire est transmise à l'autorité en matière de concurrence compétente pour statuer.

Art. 16 Sauvegarde des secrets de fabrication ou d'affaires

¹ Dans les litiges en matière de restrictions de la concurrence, les secrets de fabrication ou d'affaires des parties seront sauvegardés.

² La partie adverse ne pourra avoir accès aux moyens de preuve propres à révéler de tels secrets que dans la mesure compatibles avec la sauvegarde de ces derniers.

Art. 17 Mesures provisionnelles

¹ Afin de sauvegarder les droits découlant d'une restriction de la concurrence, le juge peut, à la requête d'une partie, ordonner des mesures provisionnelles.

² Les articles 28c à 28f du code civil suisse¹⁾ s'appliquent par analogie aux mesures provisionnelles.

Chapitre 4: Dispositions de procédure administrative

Section 1: Autorités en matière de concurrence

Art. 18 Commission de la concurrence

¹ Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence (ci-après «la commission») et en nomme le président et les deux vice-présidents.

² La commission se compose de onze à quinze membres. La majorité des membres sont des experts indépendants.

³ Elle prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité. Elle adresse des recommandations (art. 45, 2^e al.) et des préavis (art. 46, 2^e al.) aux autorités politiques, et élabore des avis (art. 47, 1^{er} al.).

Art. 19 Organisation

¹ La commission est indépendante des autorités administratives. Elle se compose de chambres dotées chacune du pouvoir de décision. Elle peut, dans des cas particuliers, charger un membre de sa présidence de régler des affaires urgentes ou d'importance mineure.

² La commission est rattachée administrativement au Département fédéral de l'économie publique (ci-après «le département»).

Art. 20 Règlement interne

¹ La commission édicte un règlement qui fixe les détails de son organisation et notamment ses propres compétences, celles des membres de sa présidence et de chacune des chambres.

² Le règlement interne est soumis à l'approbation du Conseil fédéral.

Art. 21 Décisions

¹ La commission et les chambres délibèrent valablement lorsque la moitié au moins des membres sont présents, ce nombre ne pouvant en aucun cas être inférieur à trois.

² Elles prennent leurs décisions à la majorité simple des membres présents; en cas d'égalité des voix, celle du président est prépondérante.

Art. 22 Récusation de membres de la commission

¹ Tout membre de la commission doit se récuser lorsqu'il existe un motif de récusation en vertu de l'article 10 de la loi fédérale sur la procédure administrative¹⁾.

¹⁾ RS 172.021

² En règle générale, un membre de la commission n'est pas censé avoir un intérêt personnel dans l'affaire ni donner lieu à un autre motif de récusation du simple fait qu'il représente une association faitière.

³ Si la récusation est contestée, la commission ou la chambre concernée statue en l'absence du membre en cause.

Art. 23 Tâches du secrétariat

¹ Le secrétariat prépare les affaires de la commission, mène les enquêtes et prend, avec un membre de sa présidence, les décisions de procédure. Il fait des propositions à la commission et exécute ses décisions. Il traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités.

² Le secrétariat établit des préavis (art. 46, 1^{er} al.) et conseille les services officiels et les entreprises sur des questions se rapportant à l'application de la loi.

Art. 24 Personnel du secrétariat

¹ Le Conseil fédéral désigne la direction du secrétariat et la commission, le reste de son personnel.

² Les rapports de service sont régis par la législation applicable au personnel de l'administration fédérale.

Art. 25 Secret de fonction et secrets d'affaires

¹ Les autorités en matière de concurrence sont assujetties au secret de fonction.

² Les informations recueillies dans l'exercice de leurs fonctions ne peuvent être utilisées qu'aux fins de renseignement ou de l'enquête.

³ Elles peuvent communiquer au Surveillant des prix toutes les données nécessaires à l'accomplissement de sa tâche.

⁴ Les publications des autorités en matière de concurrence ne doivent révéler aucun secret d'affaires.

Section 2: Enquêtes concernant des restrictions de la concurrence

Art. 26 Enquêtes préalables

¹ Le secrétariat peut mener des enquêtes préalables d'office, à la demande des entreprises concernées ou sur dénonciation de tiers.

² Il peut proposer des mesures pour supprimer ou empêcher des restrictions de la concurrence.

³ La procédure d'enquête préalable n'implique pas le droit de consulter les dossiers.

Art. 27 Ouverture d'une enquête

¹ S'il existe des indices d'une restriction illicite de la concurrence, le secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la commission. Il le fait dans tous les cas s'il y est invité par le juge civil, par la commission ou par le département.

² La commission arrête l'ordre dans lequel les enquêtes qui ont été ouvertes doivent être traitées.

Art. 28 Communication

¹ Le secrétariat communique l'ouverture d'une enquête par publication officielle.

² Cette communication mentionne l'objet et les parties concernées par l'enquête. Elle contient en outre un avis invitant les tiers concernés à s'annoncer dans un délai de 30 jours s'ils désirent participer à l'enquête.

³ L'absence de publication n'empêche pas le déroulement de l'enquête.

Art. 29 Accord amiable

¹ Si le secrétariat considère qu'une restriction de la concurrence est illicite, il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction.

² L'accord doit être fixé par écrit et approuvé par la commission.

Art. 30 Décision

¹ Sur proposition du secrétariat, la commission prend sa décision sur les mesures à prendre ou sur l'approbation de l'accord amiable.

² Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du secrétariat. La commission peut procéder à des auditions et charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête.

³ Si l'état de fait ou la situation juridique se sont modifiés de manière importante, la commission peut, sur proposition du secrétariat ou des intéressés, révoquer ou modifier sa décision.

Art. 31 Autorisation exceptionnelle

¹ Si la commission, la Commission de recours pour les questions de concurrence ou le Tribunal fédéral rendent une décision reconnaissant le caractère illicite d'une restriction de la concurrence, les entreprises concernées peuvent demander une autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral fondée sur des intérêts publics prépondérants. La demande doit être adressée au département dans les 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision.

² L'autorisation exceptionnelle est de durée limitée et peut être assortie de conditions et de charges.

³ Le Conseil fédéral peut, à la demande des intéressés, prolonger l'autorisation exceptionnelle lorsque les conditions de son octroi demeurent remplies.

Section 3: Examen des concentrations d'entreprises

Art. 32 Examen préalable

¹ A la réception de la demande d'autorisation d'une concentration d'entreprises, le secrétariat engage un examen préalable au cours duquel il examine si les conditions d'octroi de l'autorisation au sens de l'article 10, 1^{er} alinéa, sont remplies. La durée de l'examen n'excède pas un mois.

² Les entreprises participantes s'abstiennent de réaliser la concentration avant l'octroi de l'autorisation, à moins que la commission ne les ait, à leur requête, autorisées à le faire pour des motifs importants.

³ Si l'examen préalable fait apparaître que les conditions requises sont remplies, la commission, sur proposition du secrétariat, accorde l'autorisation. Elle motive brièvement sa décision.

Art. 33 Examen

¹ Si l'examen préalable au sens de l'article 32 fait apparaître des indices selon lesquels une concentration menace de supprimer la concurrence efficace, le secrétariat invite la commission à procéder à un examen. Si la commission décide de le faire, le secrétariat publie le contenu essentiel de la demande d'autorisation de la concentration et indique le délai dans lequel des tiers peuvent communiquer leur avis sur la concentration.

² La commission décide, au début de l'examen, si la concentration peut être provisoirement réalisée à titre exceptionnel ou si elle reste suspendue.

³ La commission doit achever l'examen dans les quatre mois, à moins d'en être empêchée pour des causes imputables aux entreprises participantes. Les entreprises participantes peuvent demander une prolongation du délai.

⁴ Après la clôture de l'examen, la commission autorise ou interdit la concentration.

Art. 34 Effets juridiques de la procédure d'autorisation et de l'écoulement du délai

Les effets de droit civil d'une concentration soumise au régime de l'autorisation sont, sous réserve de l'autorisation de réalisation provisoire, suspendus jusqu'à l'octroi de l'autorisation. Faute de décision de la commission dans l'un des délais impartis aux articles 32, 1^{er} alinéa, et 33, 3^e alinéa, la concentration est réputée autorisée.

Art. 35 Violation du régime de l'autorisation

Lorsqu'une concentration d'entreprises a été réalisée sans autorisation, la procédure selon les articles 32 à 38 sera engagée d'office. Le délai selon l'article 32, 1^{er} alinéa, commence dans ce cas à courir lorsque l'autorité de concurrence est en possession des informations que doit contenir une demande d'autorisation.

Art. 36 Procédure d'autorisation exceptionnelle

¹ Si la commission, la Commission de recours pour les questions de concurrence ou le Tribunal fédéral a interdit la concentration, les entreprises participantes peuvent demander une autorisation exceptionnelle au sens de l'article 11. La requête doit être présentée au département dans les 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision.

² Le Conseil fédéral prend sa décision si possible dans les quatre mois suivant la réception de la requête.

Art. 37 Rétablissement de la concurrence efficace

¹ Lorsqu'une concentration est interdite après sa réalisation et qu'une autorisation exceptionnelle n'a pas été demandée ni octroyée, les entreprises participantes sont tenues de prendre les mesures rendues nécessaires par le rétablissement de la concurrence efficace.

² La commission peut exiger des entreprises participantes qu'elles fassent des propositions qui les lient en vue du rétablissement de la concurrence efficace. Elle leur impartit un délai à cette fin.

³ Si la commission accepte les mesures proposées, elle peut décider comment et dans quel délai les entreprises participantes devront les mettre en œuvre.

⁴ Si la commission ne reçoit pas les propositions demandées ou qu'elle les rejette, elle peut décider:

- a. la séparation des entreprises ou des actifs regroupés;
- b. la cessation des effets du contrôle;
- c. d'autres mesures à même de rétablir la concurrence efficace.

Art. 38 Révocation de l'autorisation

¹ La commission peut rapporter l'autorisation lorsque:

- a. elle a été octroyée sur la base d'indications inexactes d'une entreprise participante;
- b. elle a été obtenue frauduleusement;
- c. les entreprises participantes contreviennent gravement à une charge dont a été assortie l'autorisation.

² Le Conseil fédéral peut rapporter une autorisation exceptionnelle pour les mêmes motifs.

Section 4: Procédure et voies de droit

Art. 39 Principe

La loi fédérale sur la procédure administrative¹⁾ est applicable aux procédures, dans la mesure où il n'y est pas dérogé dans les dispositions qui suivent.

Art. 40 Obligation de renseigner

Les parties à des ententes, les entreprises puissantes sur le marché, celles qui participent à des concentrations d'entreprises ainsi que les tiers concernés sont tenus de fournir aux autorités en matière de concurrence tous les renseignements utiles et de produire toutes les pièces nécessaires. Le droit de refuser de fournir des renseignements est régi par l'article 16 de la loi sur la procédure administrative¹⁾.

Art. 41 Entraide administrative

Les services de la Confédération et des cantons sont tenus de coopérer aux recherches des autorités en matière de concurrence et de mettre à leur disposition les pièces nécessaires.

Art. 42 Mesures d'enquête

Les autorités en matière de concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions. L'article 64 de la loi de procédure civile fédérale²⁾ est applicable. Lesdites autorités peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction.

Art. 43 Participation de tiers à l'enquête

¹ Peut être s'annoncer afin de participer à l'enquête concernant une restriction de la concurrence:

- a. les personnes qui ne peuvent accéder à la concurrence ou l'exercer du fait de la restriction de la concurrence;
- b. les associations professionnelles ou économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres, pour autant que des membres de l'association ou de l'une de ses sections puissent participer à l'enquête;
- c. les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs.

² Le secrétariat peut exiger que les groupes de plus de cinq participants à l'enquête, ayant des intérêts identiques, désignent un représentant commun lorsque, à défaut, l'enquête s'en trouverait compliquée à l'excès. Il peut si

¹⁾ RS 172.021

²⁾ RS 273

nécessaire limiter la participation à une audition; les droits des parties en vertu de la loi sur la procédure administrative¹⁾ sont réservés.

³ Les 1^{er} et 2^e alinéas sont applicables par analogie à la procédure d'octroi par le Conseil fédéral de l'autorisation exceptionnelle d'une restriction illicite de la concurrence (art. 8).

⁴ Dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises, seules les entreprises participantes ont qualité de parties.

Art. 44 Recours à la Commission de recours

Les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence.

Section 5: Autres tâches et compétences des autorités de concurrence

Art. 45 Recommandations aux autorités

¹ La commission observe de façon suivie la situation de la concurrence.

² Elle peut adresser aux autorités des recommandations sur la politique de la concurrence.

Art. 46 Préavis

¹ Le secrétariat examine les projets d'actes normatifs de la Confédération, notamment en matière de droit économique, à même d'influencer la concurrence, afin de déterminer s'ils n'ont pas pour effet d'introduire des distorsions ou des restrictions excessives de celle-ci.

² Dans la procédure de consultation, la commission se détermine sur les projets d'actes normatifs de la Confédération qui limitent ou influencent de quelque manière la concurrence. Elle peut émettre des préavis sur les projets d'actes normatifs de droit cantonal.

Art. 47 Avis

¹ La commission élabore des avis à l'intention des tribunaux et des autorités administratives sur des questions de principe touchant la concurrence. Dans des cas d'importance mineure, elle peut charger le secrétariat de cette tâche.

² La commission et le secrétariat peuvent pour cela percevoir un émoulement destiné à couvrir les frais.

Art. 48 Publication de décisions et de jugements

¹ Les autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions.

¹⁾ RS 172.021

² Les tribunaux doivent transmettre au secrétariat, sans en être requis, une version complète des jugements qu'ils ont rendus en vertu de la présente loi. Le secrétariat rassemble ces jugements et peut les publier périodiquement.

Art. 49 Devoir d'informer

¹ Le secrétariat et la commission informent le public de leurs activités.

² La commission établit à l'intention du Conseil fédéral un rapport annuel d'activité.

Section 6: Sanctions administratives

Art. 50 Inobservation d'accords amiables et de décisions administratives

L'entreprise qui aura contrevenu à son profit à un accord amiable, à une décision en force prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours, se verra contrainte de s'acquitter d'un montant pouvant aller jusqu'au triple du gain réalisé du fait de l'inobservation. Lorsque le profit ne peut être calculé ou estimé, le montant pourra aller jusqu'à 10 pour cent du dernier chiffre d'affaires annuel réalisé en Suisse par l'entreprise. L'article 9, 2^e alinéa, est applicable par analogie.

Art. 51 Cas d'inobservation liés à une concentration d'entreprises

¹ L'entreprise qui aura contrevenu à une charge dont a été assortie l'autorisation, réalisé sans autorisation une concentration soumise au régime de l'autorisation, réalisé une concentration qui a été interdite ou n'aura pas mis en œuvre une mesure destinée à rétablir la concurrence efficace, se verra contrainte de s'acquitter d'un montant pouvant aller jusqu'à 1 million de francs.

² En cas de récidive concernant une charge dont a été assortie l'autorisation, l'entreprise se verra contrainte de s'acquitter d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse par l'ensemble des entreprises participantes. L'article 9, 2^e alinéa, est applicable par analogie.

Art. 52 Autres cas d'inobservation

L'entreprise qui n'aura pas exécuté, ou ne l'aura fait qu'en partie, son obligation de renseigner ou de produire des documents se verra contrainte de s'acquitter d'un montant pouvant aller jusqu'à 100 000 francs.

Art. 53 Procédure et voies de droit

¹ Les cas d'inobservation sont instruits par le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence. La commission est compétente pour décider.

² Les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours pour les questions de concurrence.

Chapitre 5: Sanctions pénales

Art. 54 Violation d'accords amiables et de décisions administratives

La personne qui, intentionnellement, aura contrevenu à un accord amiable, à une décision en force prononcée par les autorités en matière de concurrence ou à une décision rendue par une instance de recours, sera punie d'une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 francs.

Art. 55 Autres violations

La personne qui, intentionnellement, n'aura pas exécuté, ou ne l'aura fait qu'en partie, une décision des autorités en matière de concurrence concernant l'obligation de renseigner (art. 40), ou une obligation découlant du régime de l'autorisation lors de concentrations d'entreprises (art. 9), sera punie d'une amende pouvant aller jusqu'à 20 000 francs.

Art. 56 Prescription

¹ L'action pénale se prescrit par cinq ans pour les violations d'accords amiables et de décisions administratives (art. 54). Elle est en tout cas prescrite lorsque, du fait d'une interruption, ce délai est dépassé de moitié.

² Elle se prescrit par deux ans pour les autres infractions (art. 55).

Art. 57 Procédure et voies de droit

¹ La loi fédérale sur le droit pénal administratif¹⁾ est applicable à la poursuite et au jugement des infractions.

² L'autorité de poursuite est le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence. La commission est compétente pour juger.

Chapitre 6: Exécution d'accords internationaux

Art. 58 Etablissement des faits

¹ Lorsqu'une partie à un accord international fait valoir qu'une restriction de la concurrence est incompatible avec l'accord, le département peut charger le secrétariat de procéder à une enquête préalable.

² Sur proposition du secrétariat, le département décide de la suite à donner à l'affaire. Il entend auparavant les intéressés.

Art. 59 Suppression des incompatibilités

¹ Si, dans l'exécution d'un accord international, on constate qu'une restriction de la concurrence est incompatible avec l'accord, le département peut, d'entente

¹⁾ RS 313.0

avec le Département fédéral des affaires étrangères, proposer aux parties concernées un accord amiable en vue de la suppression de l'incompatibilité.

² Si un accord amiable ne peut être réalisé à temps et qu'une partie à l'accord international menace de prendre des mesures à l'encontre de la Suisse, le département peut, d'entente avec le Département fédéral des affaires étrangères, ordonner les mesures nécessaires à la suppression de la restriction de la concurrence.

Chapitre 7: Dispositions finales

Art. 60 Exécution

Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution.

Art. 61 Abrogation du droit en vigueur

La loi du 20 décembre 1985¹⁾ sur les cartels et organisations analogues est abrogée.

Art. 62 Disposition transitoire

¹ Les procédures en cours sont sans objet dès l'entrée en vigueur de la présente loi. Une nouvelle procédure sur le même objet ne pourra être introduite qu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi, à moins que les destinataires potentiels d'une décision n'aient demandé qu'il soit procédé plus tôt à une enquête. L'enquête préalable peut être menée en tout temps.

² Les décisions en force et les recommandations acceptées en vertu de la loi fédérale du 20 décembre 1985¹⁾ sur les cartels et organisations analogues continuent à être régies par l'ancien droit, y compris en ce qui concerne les sanctions.

Art. 63 Référendum et entrée en vigueur

¹ La présente loi est sujette au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

N37302

¹⁾ RO 1986 874, 1992 288

Modification du droit en vigueur

1. Loi fédérale sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale¹⁾

Art. 58, 1^{er} al., let. D

D. Offices et services rattachés administrativement

Les offices et services énumérés ci-après sont rattachés administrativement à la Chancellerie fédérale ou aux départements:

Ajouter

Schweizerische Wettbewerbskommission

Commission suisse de la concurrence

Commissione svizzera della concorrenza

2. Loi fédérale sur la procédure administrative²⁾

Art. 14, 1^{er} al., let. d (nouvelle) et 2^e al.

¹ Si les faits ne peuvent pas être suffisamment élucidés d'une autre façon, les autorités suivantes peuvent ordonner l'audition de témoins:

d. Les autorités en matière de concurrence au sens de la loi sur les cartels.

² Les autorités mentionnées au 1^{er} alinéa, lettres a, b et d, chargent de l'audition des témoins un fonctionnaire qualifié pour cette tâche.

3. Loi fédérale du 20 décembre 1985³⁾ concernant la surveillance des prix

Art. 5, 2^e, 3^e et 4^e al. ainsi que section 7 (titre)

Le terme «Commission des cartels» est remplacé par «Commission de la concurrence».

Art. 2 Champ d'application à raison des personnes

La loi s'applique aux accords en matière de concurrence au sens de la loi du . . .⁴⁾ sur les cartels et aux entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit public ou du droit privé.

¹⁾ RS 172.010

²⁾ RS 172.021

³⁾ RS 942.20

⁴⁾ RS 251; RO . . .

Art. 6, première phrase

Lorsque des parties à des accords en matière de concurrence ou des entreprises puissantes sur le marché envisagent une augmentation de prix, elles peuvent la soumettre au Surveillant des prix. . . .

Art. 14, 1^{er} al., première phrase

¹ Si une autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton ou d'une commune est compétente pour décider ou approuver une augmentation de prix proposée par les parties à un accord en matière de concurrence ou par une entreprise puissante sur le marché, elle prend au préalable l'avis du Surveillant des prix. . . .

Art. 15, 1^{er} al.

¹ Les prix convenus ou ceux d'une entreprise puissante sur le marché, qui sont déjà soumis à une surveillance en vertu d'autres prescriptions de droit fédéral, doivent être appréciés par l'autorité compétente en lieu et place du Surveillant des prix.

Art. 16

¹ La Commission de la concurrence peut procéder à des enquêtes sur des accords en matière de concurrence ou des entreprises puissantes sur le marché même lorsque le Surveillant des prix a réduit le prix abusif ou suspendu la procédure.

² L'examen du caractère abusif des prix convenus ou de ceux d'entreprises puissantes sur le marché est réservé au Surveillant des prix.

Art. 17, première phrase

Les parties à des accords en matière de concurrence ou les entreprises puissantes sur le marché, ainsi que les tiers participant au marché, sont tenus de fournir au Surveillant des prix tous les renseignements voulus et de produire toutes les pièces nécessaires. . . .

Art. 20, première phrase

Les décisions rendues par le Surveillant des prix peuvent être déférées à la Commission de recours pour les questions de concurrence dans les 30 jours. . . .

Projet

**Arrêté fédéral
relatif à l'approbation d'une modification de l'ordonnance
concernant l'attribution des offices aux départements
et des services à la Chancellerie fédérale**

du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu l'article 60, 2^e alinéa, de la loi sur l'organisation de l'administration¹⁾;

vu le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994²⁾,

arrête:

Article premier

La modification du 23 novembre 1994³⁾ apportée à l'ordonnance du 24 février 1982⁴⁾ concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale est approuvée (appendice).

Art. 2

¹ Le présent arrêté, qui est de portée générale, n'est cependant pas soumis au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

N37302

¹⁾ RS 172.010

²⁾ FF 1995 I 472

³⁾ RO ...

⁴⁾ RS 172.010.14

Ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale

Appendice

Modification du 23 novembre 1994

Approuvée par l'Assemblée fédérale le ...¹⁾

Le Conseil fédéral suisse

arrête:

I

L'ordonnance du 24 février 1982²⁾ concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale est modifiée comme il suit:

Art. 1^{er}, let. f, ch. 9

Les subdivisions des départements de l'administration fédérale sont les suivantes:

- f. Département fédéral de l'économie publique
 - 9. Commission suisse de la concurrence; cette commission est rattachée administrativement au Département fédéral de l'économie publique.

II

¹ La présente modification nécessite l'approbation de l'Assemblée fédérale.

² Elle entre en vigueur en même temps que l'arrêté fédéral du ...³⁾ relatif à l'approbation d'une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale.

23 novembre 1994

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Stich

Le chancelier de la Confédération, Couchepin

N37302

¹⁾ RO ...

²⁾ RS 172.010.14

³⁾ FF ...

Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) du 23 novembre 1994

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1995
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	06
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	94.100
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	14.02.1995
Date	
Data	
Seite	472-645
Page	
Pagina	
Ref. No	10 108 100

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.