

## CH\_VB 94.100 vom 23. November 1994

Bundesverwaltung, 1994-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_94.100](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_94.100)

FR: CH\_VB 94.100 du 23 novembre 1994

IT: CH\_VB 94.100 del 23 novembre 1994

### Erwägungen

#### E. 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. 549

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 550

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. 551

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 notion<sup>125</sup>). 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 social<sup>126</sup>). La possibilité d'invoquer des motifs d'efficacité économique tient avant tout <sup>125</sup>) Voir Schürmann, in: Schürmann/Schluep, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurich 1988, 66 s. avec renvois <sup>126</sup>) 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). 552

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<sup>^</sup> 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 S, 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 553

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 manoeuvre<sup>127)</sup> 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) II y aurait sinon suppression de la concurrence efficace. 554

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. D 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. D 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 555

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, 2e 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 civil (128) 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, 2e alinéa, lettre b, P, un accord n'est justifié par des motifs d'efficacité économique que si la situation de la concurrence (128) Merz, Berner Kommentar, vol. introductif, No 393 ss, art. 2 CC, avec renvois 556

la concurrence 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 557

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. Elles 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 il 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, rénumération des catégories d'accords réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique, 558

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 559

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 560

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, 3e alinéa, P sont réfutables. D 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 complets<sup>129</sup>). Si la présomption est réfutée, il faut déterminer si l'accord affecte de façon notable la concurrence. C'est en général le cas. D convient ensuite de se demander si, au sens de l'article 5, 2e 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. <sup>129</sup>) Voir ch. 231.2: Illicéité

des atteintes notables à la concurrence 39 Feuille fédérale. 147\* année. Vol. I 561

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'écarter 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, 3e alinéa, énumère les formes de cartels horizontaux visées par les présomptions. Accords fixant directement ou indirectement des prix (art. 5, 3e 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, 3e al., let. b, P) 562

gg 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, 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. D 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 563

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. D 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). D 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 564

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. 565

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 566

<£§ 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. n 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) n 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 inéquitablement 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. 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 567

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 568

•tè 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 569

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 570

«e 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, n 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. 571

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 500 572

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 573

autres groupes ont enregistré en Suisse des primes brutes pour un montant d'au moins 500 millions de francs<sup>130</sup>. 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 conglomérat auxquelles participe une entreprise dominant le marché n'échappent donc pas à la règle (proximité des marchés). 130) Voir SHZ, "Top 2000 - Die grosseri Unternehmen in der Schweiz 1994" 574

Etant donné qu'à la différence de l'avant-projet, le projet de révision ne prévoit aucun critère subsidiaire relatif aux parts de marché<sup>131</sup>), 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 concentration<sup>132</sup>). 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'étranger<sup>133</sup>). 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 575

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 effets<sup>134</sup>), 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 concentration<sup>135</sup>). 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 univoque<sup>136</sup>'. 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 générale<sup>137</sup>). 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) An. 9, 1er al., lei. b, P 136) Art. 9, 1er et 2e al., P 137) An. 9, 5e al., lei. a. P 576

<€? presse et le cinéma<sup>138</sup>) 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.<sup>139</sup>)

### 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 TUE 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 <sup>138</sup>)

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. <sup>139</sup>) Art. 9, 5e al., lei. b, P 40 Feuille fédérale. 147" année. Vol. I 577

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

578  
séparément pour chaque marché concerné. D 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. 579

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 efficace<sup>140</sup>). 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 concurrence<sup>141</sup>).

## **E. 24**

Procédure civile Le projet ne vise pas seulement à concrétiser les dispositions de droit matériel<sup>142</sup>) 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 actuelle<sup>143</sup>). 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 <sup>140</sup>) Art. 10, 1er al., P 141) Voir les commentaires sous en. 233: Autorisation exceptionnelle fondée sur des intérêts publics prépondérants <sup>142</sup>) Art. 5 à 11 P <sup>143</sup>) Voir ce propos ch. 112.1 580

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<sup>144</sup>), 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 point<sup>145</sup>) et que cette question doit être réglée pour décider des prétentions des parties<sup>146</sup>). 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. <sup>241</sup> 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 <sup>147</sup>>. <sup>144</sup>) 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. <sup>146</sup>) 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. <sup>147</sup>) Art. 12, 1er al., let. c, P 581

L'action en constatation de l'illicéité<sup>148</sup>) 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 matériel<sup>149</sup>). Toujours selon cette conception, seules les autorités en matière de concurrence<sup>150</sup>) 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 licite<sup>151</sup>); 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 général<sup>152</sup>) soient donnés et que les conditions de la réparation morale<sup>153</sup>) selon les dispositions du code des obligations soient remplies. 148) An. 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 (Livre cinquième: Droit des obligations), du 30 mars 1911 (Code des obligations [CO], RS Z20) 153) Voir «. 49 CO 582

„g 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 concurrence<sup>154</sup>). La mention expresse qui en est maintenant faite dans le projet s'appuie sur la formulation des mêmes revendications par le droit des personnes<sup>155</sup>' et la LCD<sup>15</sup>(5). 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-même<sup>157</sup>). 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: Schiirmann/Schluép, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungs- gesetz, 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: Schiirmann/Schluép, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz , Zurich, 1988, p. 494 ss 583

prétentions, et ce, en vertu du principe de l'autonomie des parties dans le cadre de la procédure civile. D 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 actuelle<sup>158</sup>), 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 2<sup>e</sup> 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 privé<sup>160</sup>). Du point de vue matériel, le for selon le projet correspond à celui de la LCart<sup>161</sup>), les modifications n'étant que de nature rédactionnelle et résultant surtout des innovations terminologiques du projet<sup>162</sup>). 158) Art. 10 LCart 159) Loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ, RS 173.110) 160) Art. 129 LDIP 161) Voir art. 10, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> 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). 584

cg 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 cartels<sup>163</sup>). 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

## **E. 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 prépondérants<sup>164</sup>), 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 <sup>163</sup>) Voir les critères matériels d'appréciation de droit civil des art. 6 et 7 LCart 164) Voir art. 8 et 11 P 585

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 procédure<sup>165</sup>). 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 provisionnelles (166). Les modifications apportées par le projet sont de nature rédactionnelle. Cette disposition renvoie aux règles du code civil relatives à la protection de la personnalité (167), 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 décision (168) aux autorités en matière de concurrence. D 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) An. 18, 3e al. P 586

ag différentes chambres dotées chacune du pouvoir de décision (169). 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 concurrence (170) 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 interne (171). 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. 19s. P 587

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 procédure<sup>172</sup>). 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 recommandation<sup>173</sup>) 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 publique<sup>174</sup>). 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 concurrence<sup>175</sup>). Contre les décisions de cette dernière, la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral est ouverte<sup>176</sup>). <sup>172) Art. 23, 1er al., P 173) Art. 32 LCart 174) Art. 37, LCart 175) Art. 44 P 176) Art. 98, let. e, OJ 588</sup>

Conformément à l'article 18, 3e alinéa, P, la Commission de la concurrence est en outre chargée d'adresser des recommandations<sup>177</sup>) et des préavis<sup>178</sup>) aux autorités politiques et de donner des avis sur des questions de concurrence<sup>179</sup>). **251.1 Organisation (art 19 P)** La Commission de la concurrence est indépendante de l'administration fédérale, comme l'est la Commission des cartels<sup>180</sup>). 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. <sup>177) Art. 45, 2e al., P 178) Art. 46, 2e al., P 179) Art. 47, 1er al., P 180) Art. 19, 1er al., P 589</sup>

**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 cartels<sup>181</sup>), le projet ne prévoit pas de dispositions spéciales relatives à la récusation de membres de la Commission, mais renvoie aux règles générales de la PA<sup>182</sup>). Une précision est apportée par l'article 21, 2e alinéa, P, selon lequel un représentant d'une association faîtière peut siéger, même si l'affaire que traite la Commission concerne au sens large l'association faîtière (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 faîtière<sup>183</sup>). La présomption d'impartialité

des représentants des organisations faïtières ne doit pas être entendue de manière absolue. D peut arriver, qu'en raison de circonstances particulières, le représentant d'une association faïtière ait un intérêt personnel<sup>184</sup>) ou un autre motif de partialité<sup>18\*</sup>). 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 contestée<sup>186</sup>): 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) Ait. 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 590

252 Secrétariat 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 décision<sup>187</sup>), séparation particulièrement importante dans le contexte du droit suisse de la concurrence. La Commission de la concurrence, essentiellement conçue comme une autorité de milice<sup>188</sup>), 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 procédure <sup>189</sup>) et que la Commission peut inviter le secrétariat à ouvrir une enquête<sup>190</sup>). La Commission fixe encore l'ordre dans lequel les enquêtes doivent être traitées par le secrétariat<sup>191</sup>). 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 concurrence 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 591

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 Confédération<sup>19^</sup>. 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 civile<sup>193</sup>), 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 demandées<sup>194</sup>). Elles peuvent être communiquées au

surveillant des prix si elles sont nécessaires à l'accomplissement de sa tâche<sup>195</sup>). 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) An. 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 592

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'enquête<sup>197</sup>) mais déjà au stade de l'enquête préalable<sup>198</sup>). 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 propositions<sup>199</sup>). 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) 4l Feuille fédérale. UT année. Vol. I 593

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 instances<sup>200</sup>). 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

## E. 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 594

<tg 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 concernées<sup>201</sup>). 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 intervenus<sup>202</sup>). 201) Art. 29, 2e al., P 202) Gygi, Verwaltungsrecht, Berne 1986, p. 315 s., Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwal- tungsrechtsprechung, 5e éd.. Baie 1976, no 43 595

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 administrative<sup>203</sup>). L'appréciation des faits sous l'angle du droit de la concurrence<sup>204</sup>) ne peut plus être remise en question dans la procé- dure 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 concurrence<sup>205</sup>). Les conditions d'octroi de l'autorisation sont examinées sommairement au cours d'un examen préalable<sup>206</sup>); 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'une enquête) 206) Art. 32 P 596

concentration menace de supprimer la concurrence efficace intervient, le cas échéant, lors de la procédure d'examen<sup>207</sup>). Les concentrations d'entreprises soumises à autorisation doivent être annoncées à la Commission de la concurrence avant leur réalisation<sup>208</sup>). 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) An. 33 P 208) Art. 9, 1er al., P 597

concentration d'entreprises soumise à autorisation ne peut être réalisée avant la clôture de l'examen préalable, soit jusqu'à la délivrance de l'autorisation<sup>209</sup>). 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 secrétariat<sup>210</sup>), 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 concentration<sup>211</sup>). 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. 598

participantes (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 décision<sup>212)</sup> 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 <sup>212)</sup> Voir alinéa suivant et ait. 34 P 599

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'autorisation<sup>21^)</sup>. 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 concurrence<sup>214)</sup>, dont la décision peut elle-même faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral<sup>215)</sup>. 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) An. 44 P 215) Voir art. 98, let. e, OJ 600

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. D 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, globalement 216), 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 personnel 217). 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 601 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. 602

~ Le Conseil fédéral peut, pour les mêmes motifs, révoquer une autorisation exceptionnelle<sup>218</sup>). 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 exception- nelle de restrictions de la concurrence et de concentrations d'entreprises. Des exceptions à cette application sont contenues dans quelques disposi- tions du projet, notamment dans celles qui sont examinées ci-après<sup>219</sup>). La PA garantit en particulier le droit d'être entendu<sup>220</sup>) et de consulter les dossiers<sup>221</sup>). 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'affaires<sup>222</sup>). 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 rensei- gnements 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 civil<sup>223</sup>) qu'à celles de droit administratif avec, dans ce dernier cas, l'obligation de respecter le secret de fonc- tion<sup>224</sup>). H 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) 603

peuvent utiliser contre une partie des pièces gardées secrètes sans lui en avoir communiqué le contenu essentiel<sup>225</sup>). 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, 2e 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'affaires<sup>226</sup>). 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 introduite<sup>227</sup>), c'est que la pratique actuelle a montré que nombre de restrictions de la concu- rence, 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) An. 28 PA 226) Art. 25 P 227) Art. 36 LCart 604

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. D 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. 605

questions de concurrence230), qui est une commission fédérale de recours - composée de juges indépendants - au sens des articles lia 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) D 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 - 23') 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 606

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. D va de soi que la publication ne saurait porter atteinte au secret de fonction et aux secrets d'affaires<sup>233</sup>). 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 607

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 pénale<sup>234</sup>). 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. D 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. 608

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, 2e 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 concurrence<sup>235</sup>). La prescription est régie par les principes usuels du droit administratif en la matière<sup>236</sup>; il n'est donc pas nécessaire que le projet prévoie une réglementation spéciale à ce sujet. <sup>235</sup>) Voir art. 44 P. <sup>236</sup>) Voir Imboden/Rhinow, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, 5e éd., Bâle 1976, no 34 610

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. D 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 LCart(237). 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 P(238). 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) A«. 39 LCart 238) Ait. 54 P 611

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. D 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). D 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) 612

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. D 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 actuelle<sup>241</sup>) 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 rencontre 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 concurrence<sup>242</sup>). Les décisions du Département sur la base de cette disposition peuvent faire l'objet d'un recours (ordinaire) de droit administratif au Tribunal fédéral<sup>243</sup>). 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 613

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'entreprises<sup>244</sup>). 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 <sup>244</sup>) Voir commentaires sous ch. 255: Examen des concentrations d'entreprises. 614

rg 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, n 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 prix<sup>245</sup>) 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. D 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. D 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 942JO) 615

Loi fédérale sur la procédure administrative<sup>246)</sup> 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<sup>247)</sup> 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<sup>248)</sup> 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

### **E. 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 <sup>246)</sup> Du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021) <sup>247)</sup> Du 19 septembre 1978 (LOA; RS 172.010) <sup>248)</sup> Du 24 février 1982 (RS 172.010.14) 616

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 assurée<sup>249)</sup>; 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 concurrence<sup>250)</sup> 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 617

de ce fait une augmentation de l'effectif du personnel du secrétariat ainsi qu'une révision de la loi sur les cartels. n 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. n 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 économique<sup>251</sup>). 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 618

«g , . loi. d'autorisation avec toute la rapidité voulue, d'ailleurs imposée par la 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 concurrence<sup>252</sup>). Les juges de cette Commission de recours occuperont une fonction accessoire.

## E. 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 619

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'EEE(253), 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 législature(254). 253) FF 1993 1757 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 m 1360 620

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'UE(255), 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 en. 17: Le projet dans son contexte national et européen. 621

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 suisse<sup>256</sup>). 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 édicter<sup>257</sup>). 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 valeur<sup>258</sup>). 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 Khinow, 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. 3 Ibis, chiffre marginal 113 258) Voir p. ex. à ce propos Schluép, in: Schiirmann/Schluép, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Zurich 1988, 46 s. 622

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 cartels<sup>259</sup>). 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 poursuivi<sup>260</sup>). 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 <sup>259</sup>) Voir p. ex. Schluép, in: Schiirmann/Schluép, Kommentar zum Kartellgesetz und Preisüberwa-

chungsgesetz, Zurich 1988, 47; Ridili, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Berne 1983, 145; Zach, 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. 31 bis, 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"); Zach, Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, in: Aktuelle Juristische Praxis 1992, 861 623

comme nuisibles et en principe<sup>2^</sup>) 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. D 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 624 '

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 prépondérants<sup>262</sup>). Dans ce contexte également, le projet de loi est parfaitement conforme à l'article actuel sur les cartels. 262) Voir art. I I P 43 Feuille fédérale. 147e année. Vol. I 625

Loi fédérale Projet 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 31bis, 64, 64bis et 114bis de la constitution; vu les dispositions du droit de la concurrence des accords internationaux; vu le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994), 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. !> FF 1995 I 472 626

Loi sur les cartels 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. 627

Loi sur les cartels 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. 628

Loi sur les cartels •& 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 1er et 2e 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 1er et 2e alinéas; b. assortir de conditions spéciales le régime de l'autorisation des concentrations d'entreprises dans certaines branches de l'économie. » RS 952.0 629

Loi sur les cartels 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 obligations<sup>1</sup>; 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 1er 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. ') RS 220 630

Loi sur les cartels •& — 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 28/du code civil suisse<sup>1</sup>) s'appliquent par analogie aux mesures provisionnelles. O RS 210 631

Loi sur les cartels 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, 2e al.) et des préavis (art. 46, 2e al.) aux autorités politiques, et élabore des avis (art. 47, 1er 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 administrative<sup>1</sup>). D RS 172.021 632

Loi sur les cartels =E3 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 faîtière. 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, 1er 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. 633

Loi sur les cartels 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. 634

JTS, Loi sur les cartels § 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, 1er 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, 1er alinéa, et 33, 3e alinéa, la concentration est réputée autorisée. 635

Loi sur les cartels 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, 1er 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. 636

Loi sur les cartels Section 4: Procédure et voies de droit Art. 39 Principe La loi fédérale sur la procédure administrative<sup>1</sup>) 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 administrative<sup>1</sup> \ 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 fédérale<sup>2</sup> est applicable. Lesdites autorités peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction. Art. 43 Participation de tiers à l'enquête 1 Peuvent 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 « RS 172.021 2) RS 273 637

Loi sur les cartels nécessaire limiter la participation à une audition; les droits des parties en vertu de la loi sur la procédure administrative<sup>1</sup> sont réservés. 3 Les 1er et 2e 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 émolument destiné à couvrir les frais. Art. 48 Publication de décisions et de jugements 1 Les autorités en matière de concurrence peuvent publier leurs décisions. i) RS 172.021 638

Loi sur les cartels 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, 2e 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, 2e 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. 639

Loi sur les cartels 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 administratif ^ 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 « RS 313.0 640

Loi sur les cartels 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 rencontre 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 1985 <sup>^</sup> 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 1985) 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 O RO 1986 874, 1992 288 44 Feuille fédérale. 147" année. Vol. I 641

Loi sur les cartels Annexe Modification du droit en vigueur 1. Loi fédérale sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale<sup>1\*</sup> Art. 58, 1er 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 administrative<sup>2'</sup> Art. 14, 1er al, let. d (nouvelle) et 2e 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 1er alinéa, lettres a, b et d, chargent de l'audition des témoins un fonctionnaire qualifié pour cette tâche. 3. Loi fédérale du 20 décembre 1985<sup>3'</sup> concernant la surveillance des prix Art. 5, 2e, 3e et 4e 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. ) RS 172.010 2> RS 172.021 3> RS 942.20 4> RS 251; RO . 642

Loi sur les cartels 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, 1er al., première phrase 1 Si un«; 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, 1er 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. ... N37302 643

Arrêté fédéral Projet 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, 2e alinéa, de la loi sur l'organisation de l'administration<sup>1</sup>; vu le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 2\ arrête: Article premier La modification du 23 novembre 1994) 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 ') RS 172.010 2> FF 1995 I 472 3> RO . . . 4> RS 172.010.14 644

Ordonnance Appendice concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale Modification du 23 novembre 1994 Approuvée par l'Assemblée fédérale le ... ') Le Conseil fédéral suisse arrête: 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. 1er, 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 ') RO . . . 2> RS 172.010.14 3> FF .. '. 645

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.