

Sonderdruck aus:

Leander D. Loacker/Corinne Zellweger-Gutknecht (Hrsg.)

Differenzierung als Legitimationsfrage

(APARIUZ Band 14)



DIKE

Zürich / St. Gallen 2012

ISBN 978-3-03751-478-8

Révision de la Loi sur les cartels: quelle «Autorité de la concurrence» pour la Suisse?

Examen et critique du cadre institutionnel proposé

Damiano Canapa

Table des matières

I.	Introduction	308
II.	Cadre institutionnel et mécanisme de sanction actuels de la LCart (survol)	308
	A. Le cadre institutionnel	308
	B. Le mécanisme de sanction	309
III.	Critiques du cadre institutionnel actuel du groupe d'évaluation de la LCart	310
IV.	Projet de modification du cadre institutionnel	311
	A. L'Autorité de la concurrence	312
	1. Le conseil de l'Autorité de la concurrence	312
	2. La direction	313
	B. Le Tribunal administratif fédéral	314
	C. Le mécanisme de sanction	314
V.	Critique du projet de modification de cadre institutionnel	315
	A. Buts du Conseil fédéral	315
	1. Professionnalisation de l'autorité de décision	315
	2. Renforcement de l'indépendance de l'autorité de décision	316
	3. Amélioration de la répartition des compétences au sein des autorités en matière de concurrence	317
	4. Accélération de la durée des procédures	318
	B. Aspects de droit comparé décrits dans le Message	319
	1. Existence d'un cadre institutionnel européen?	319
	2. Autorités de la concurrence belge et allemande	320
	C. Efficacité du système proposé	321
	1. Vers des décisions plus correctes?	321
	2. Une révision incomplète?	322
	D. Conformité avec les droits fondamentaux du cadre institutionnel actuel	323
VI.	Conclusions	325
VII.	Kurzzusammenfassung in deutscher Sprache	327
	Bibliographie	327
	Messages et travaux préparatoires	329

I. Introduction

Le 22 février 2012, le Conseil fédéral («CF») a publié son Message relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence.¹ Cette révision partielle comporte un volet institutionnel qui prévoit le remplacement de la Commission de la concurrence («Comco») et du Secrétariat de la Commission de la concurrence («Secrétariat») par une «Autorité de la concurrence» unique ainsi que le transfert du pouvoir de décision de première instance, en cas de restriction illicite à la concurrence, au Tribunal administratif fédéral («TAF»).² Cette réforme, si elle était adoptée, constituerait un changement de paradigme dans la manière dont la LCart est mise en œuvre puisque le système décisionnel administratif de première instance actuellement en place serait abandonné au profit d'un système décisionnel judiciaire.³

Après un survol du cadre institutionnel et du mécanisme de sanction actuels, les critiques formulées par le groupe d'évaluation de la LCart au sujet dudit cadre institutionnel seront passées en revue. Ensuite, les propositions de cadre institutionnel et le mécanisme de sanction exposés dans le Message seront analysés et critiqués. Dans ce cadre, les buts de la réforme institutionnelle poursuivis par le CF ainsi que certains aspects de droit comparé mentionnés dans le Message seront examinés. Par ailleurs, les questions de l'efficacité du système institutionnel proposé et de la conformité du cadre institutionnel actuel avec les droits fondamentaux seront également soulevées.

II. Cadre institutionnel et mécanisme de sanction actuels de la LCart (survol)

A. Le cadre institutionnel

Actuellement, les autorités de la concurrence chargées de la mise en œuvre de la LCart sont au nombre de deux: la Comco et le Secrétariat.

La Comco est une autorité administrative indépendante qui est rattachée administrativement au DFE (art. 19 al. 1 et 2 LCart). Elle n'est pas un tribunal au sens de l'art. 6 al. 1 CEDH, mais une «commission extraparlamentaire de suivi du marché dont les travaux

¹ Cf. Message 2012, 3631 ss.

² Cf. Message 2012, 3631 ss, 3646 ss et 3675 ss.

³ D'aucuns prétendent même que, dans une telle hypothèse, «[d]as Gesetz nütze nur den Kartellisten», cf. WEISS, NZZ 2012, 29, citant une source anonyme familière avec le domaine du droit de la concurrence.

influencent l'ensemble de l'économie»⁴. Elle compte entre onze et quinze membres qui sont en majorité des experts indépendants (art. 18 al. 2 LCart). Trois de ces personnes composent la présidence (art. 1 al. 1 lit. c RI). Les membres de la présidence sont nommés par le CF et les autres membres par le Département fédéral de l'économie (art. 18 al. 1 LCart).⁵ Dans le cadre de la mise en œuvre de la LCart, la Comco prend toutes les décisions qui ne sont pas attribuées à une autre autorité (art. 18 al. 3 LCart).

Le Secrétariat a notamment pour tâches de préparer les affaires de la Comco, de mener les enquêtes et de prendre, avec un membre de la présidence de la Comco lorsque la loi le prévoit, les décisions de procédure. Par ailleurs, le Secrétariat fait des propositions de décision à la Comco et exécute les décisions une fois qu'elles ont été rendues (art. 23 LCart). La direction du Secrétariat est désignée par le CF et le reste de son personnel par la Comco (art. 24 al. 1 LCart). Bien qu'aucune référence n'apparaisse dans la loi, mais uniquement dans le Règlement interne de la Comco (art. 8 let. d RI), il est généralement admis que le Secrétariat est soumis à la surveillance du Président de la Comco.⁶

B. Le mécanisme de sanction⁷

Suivant l'énoncé de l'art. 27 al. 1 LCart, le Secrétariat ouvre une enquête, d'entente avec un membre de la présidence de la Comco, «s'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence», c'est-à-dire d'une violation de l'art. 5 ou 7 LCart,⁸ ou s'il y est invité par la Comco ou par le DFE. La décision d'ouvrir ou non une enquête est régie par le principe de l'opportunité.⁹ Cependant, ce principe semble trouver une limite lorsqu'existent des indices de restriction grave à la concurrence.¹⁰ Le principe de l'opportunité se retrouve ensuite s'agissant du choix de l'ordre dans lequel les enquêtes ouvertes doivent être traitées (art. 27 al. 2 LCart).¹¹

⁴ MARTENET, *in*: AMSTUTZ/HOCHREUTENER/STOFFEL, 53, 66; voir également BSK KG-BANGERTER, Vor Art. 18–25 n. 11–13.

⁵ MARTENET/HEINEMANN, 174 s. Actuellement, la Comco compte douze membres: sept experts indépendants et cinq représentants d'associations et de groupes d'intérêts.

⁶ Baker McKenzie-CARCAGNI, Art. 23 n. 2; BORER, art. 23 LCart n. 2; ZÄCH, n. 967.

⁷ Dans la mesure où la structure du contrôle des concentrations ne changerait pas fondamentalement en cas d'acceptation de la révision proposée, l'autorité de décision de première instance demeurant administrative, il est renoncé d'en faire l'analyse. Pour la même raison, il est renoncé de traiter la procédure d'autorisation exceptionnelle devant le TF, prévue à l'art. 31 LCart.

⁸ CR Concurrence-CARRON, Art. 27 LCart n. 5.

⁹ BORER, Art. 27 LCart n. 9 s.; MARTENET/HEINEMANN, 179 s.

¹⁰ MARTENET/HEINEMANN, 180; BORER, Art. 27 LCart n. 10.

¹¹ BORER, Art. 27 LCart n. 2.

Durant l'enquête, le Secrétariat et la Comco disposent de différents droits procéduraux, telles que les possibilités d'entendre des tiers comme témoins et de contraindre les parties à l'enquête de faire des dépositions. Des perquisitions et saisies peuvent aussi être ordonnées par un membre de la présidence sur demande du Secrétariat (art. 42 al. 1 et 2 LCart). Enfin, des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées par la Comco.¹² Les droits des parties, dont le plus important en pratique est le droit d'être entendu, doivent être respectés.¹³

Au terme de l'enquête, sur proposition du Secrétariat, mais sans être liée par celle-ci, la Comco prend une décision sur les mesures à prendre, y compris sur d'éventuelles sanctions administratives basées sur l'art. 49a LCart ou sur une proposition d'accord amiable (art. 30 al. 1 LCart). Auparavant, la Comco peut entendre les participants à l'enquête et ces derniers peuvent lui communiquer par écrit leur avis sur la proposition du Secrétariat. Si nécessaire, la Comco peut renvoyer le dossier au Secrétariat pour complément d'enquête (art. 30 al. 2 LCart). Les décisions de la Comco sont susceptibles de recours auprès du TAF (art. 33 let. f LTAF) qui peut les réformer en tous points.¹⁴ Finalement, un recours en matière de droit public est possible devant le TF contre les arrêts du TAF (Art. 86 al. 1 let. a LTF).

III. Critiques du cadre institutionnel actuel du groupe d'évaluation de la LCart

Conformément au mandat contenu à l'art. 59a LCart, une évaluation de la LCart révisée en 2003 a été effectuée en 2008.¹⁵ Celle-ci a donné lieu au Synthesebericht¹⁶ ainsi qu'au Rapport d'évaluation¹⁷ qui a repris les points principaux du Synthesebericht. Le principal constat de l'évaluation a été que le concept général de la LCart, tel qu'introduit en 1995 et révisé en 2003, devait être conservé et que les instruments ajoutés lors de la révision de 2003 ne devaient pas être retouchés.¹⁸ Par contre, s'agissant du volet institutionnel, trois points ont été relevés qui requéraient des améliorations dans le but de renforcer la Comco en tant qu'institution indépendante.¹⁹

¹² ATF 130 II 149, consid. 2; ZÄCH, n. 1002 ss.

¹³ A ce sujet, MARTENET/HEINEMANN, 182 ss.

¹⁴ MARTENET/HEINEMANN, 192 ss.

¹⁵ Selon Zürcher, cette évaluation est intervenue bien trop tôt, cf. ZÜRCHER, 65.

¹⁶ Cf. Synthesebericht, n. 1 ss.

¹⁷ Cf. Rapport, 1 ss.

¹⁸ A savoir: les sanctions directes, le régime de clémence et les règles sur les perquisitions, cf. Rapport, 6; Synthesebericht, n. 141 s., 186 s.

¹⁹ Ces remarques correspondent à celles formulées par le rapport de l'OCDE sur le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation de 2006, cf. OCDE, 21 ss.

- En premier lieu, il a été estimé que les autorités en matière de concurrence devaient être parfaitement *indépendantes* des milieux politiques et économiques.²⁰ Par conséquent, les représentants d’associations et de groupes d’intérêts devaient être évincés de la Comco.
- Ensuite, il a été considéré que l’organe de décision devait être *professionnalisé*; ledit organe devait se limiter à un nombre d’experts réduit, travaillant à un taux d’occupation plus élevé qu’actuellement, et avec une présidence à temps complet.²¹
- Finalement, il a été jugé que la *répartition des compétences au sein des autorités en matière de concurrence* devait être améliorée.²² A cette fin, deux modèles d’autorité de décision, pratiqués par les autorités en matière de concurrence sur le plan international, ont été suggérés. D’une part, la mise en place d’une autorité à un niveau issue d’une refonte de la Comco et du Secrétariat. D’autre part, la séparation nette entre l’autorité chargée de l’enquête et l’autorité décisionnelle.²³ «La priorité» a toutefois été donnée «à une commission comptant sensiblement moins de membres, qui travaillent toutefois à des taux d’occupation plus élevée qu’aujourd’hui, et une autorité à un seul niveau»²⁴.

IV. Projet de modification du cadre institutionnel

Suivant le Rapport d’évaluation de la LCart, le CF a proposé des modifications institutionnelles qu’il a faites reposer sur trois axes,²⁵ à savoir:

- la création d’une «Autorité de la concurrence» autonome, indépendante du CF, des intérêts économiques et des organes décisionnels;
- la prise de décision en première instance, en cas de restriction illicite à la concurrence, par le TAF;
- l’existence d’un recours direct devant le TF contre les arrêts du TAF.

²⁰ Rapport, 8; Synthesebericht, n. 197. S’agissant de la présence de représentants d’associations et de groupes d’intérêts, Baudenbacher indique qu’ils se trouvent, *par définition*, en situation de conflit d’intérêts permanent. Selon cet auteur, il s’agit d’un «Relikt aus einer Zeit [...] in der die helvetische Kartellbehörde eine Art gesellschafts- und wirtschaftspolitisches Diskussionforum bildete und lediglich über eine Empfehlungskompetenz verfügte», BAUDENBACHER, 44 ss.

²¹ Rapport, 8 s.; Synthesebericht, n. 197. Un organe de décision comptant cinq membres n’ayant pas un taux d’occupation inférieur à 50%, avec une présidence à temps complet, était recommandé par Baudenbacher dans son évaluation de la LCart, cf. BAUDENBACHER, 43 s.

²² Rapport, 6; Synthesebericht, n. 197.

²³ Rapport, 9; Synthesebericht, n. 198 ss.

²⁴ Rapport, 10; Synthesebericht, n. 201.

²⁵ Message 2012, 3631, 3649 s. Le Message parle de quatre axes, le quatrième découlant des trois premiers.

A. L'Autorité de la concurrence

L'«Autorité de la concurrence» serait instituée par une nouvelle Loi sur l'Autorité de la concurrence (P-LAC) et remplacerait la Comco et le Secrétariat. Elle reprendrait les fonctions actuelles du Secrétariat ainsi que les tâches actuellement attribuées à la Comco qui ne seraient pas transférées au Tribunal de la concurrence (cf. art. 24a al. 1 et 3 P-LCart *cum* art. 18 al. 3 LCart). La nouvelle autorité prendrait la forme d'un établissement de droit public,²⁶ serait dotée de la personnalité juridique et serait inscrite au Registre du commerce (art. 1 P-LAC). Elle serait composée de trois organes: le conseil de l'Autorité de la concurrence (conseil de l'AC), la direction et l'organe de révision.²⁷

1. Le conseil de l'Autorité de la concurrence

Le conseil de l'AC serait l'organe de direction suprême de l'Autorité de la concurrence. Il serait composé de cinq membres «qualifiés et indépendants» nommés pour une durée de quatre ans – renouvelable deux fois – par le CF qui en désignerait également le président (art. 4 P-LAC). Sa principale tâche serait de définir les objectifs stratégiques de l'Autorité de la concurrence, de les soumettre à l'approbation du CF et de présenter à celui-ci un rapport annuel sur leur réalisation (art. 5 al. 1 let. i P-LAC). Selon le Message du CF, ces objectifs stratégiques, qui seraient contraignants pour le conseil de l'AC et la direction, constitueraient «le principal instrument de pilotage dynamique de l'autorité» en établissant «le lien entre le droit statique, applicable à long terme, et sa mise en œuvre opérationnelle et stratégique par les organes directeurs»²⁸. Pour le surplus, le conseil de l'AC se verrait attribuer des fonctions administratives et de surveillance d'importance variable (cf. art. 5 al. 1 P-LAC).

Le conseil de l'AC se trouverait ainsi, dans une large mesure, à la place occupée actuellement par la Comco. En effet, il reprendrait nombre de tâches incombant à l'actuelle autorité de décision, auxquelles s'ajouteraient certaines obligations dues à la nouvelle structure juridique de l'Autorité de la concurrence (cf. art. 5 al. 1 let. b, c, d, e P-LAC). Le conseil de l'AC aurait également la tâche de désigner, en accord avec le CF, le directeur de la direction de l'Autorité de la concurrence et, sur proposition de ce dernier, d'en nommer la direction (art. 5 al. 1 let. f, g P-LAC).

²⁶ L'établissement de droit public est une entité autonome et décentralisée de l'Administration fédérale sur le plan financier et organisationnel, chargée d'une tâche de droit public spécifique et pourvue de moyens personnels et financiers propres, cf. Message 2012, 3631, 3648.

²⁷ L'organe de révision, dont il ne sera plus question ultérieurement, serait le Contrôle fédéral des finances (art. 3 P-LAC). Il serait tenu de rendre compte au conseil de l'AC ainsi qu'au CF des résultats de son contrôle (art. 8 P-LAC).

²⁸ Message 2012, 3631, 3695.

Les membres du conseil de l'AC devraient remplir les mêmes exigences d'indépendance et de connaissance que ceux de la Comco actuellement et leur désignation se ferait de manière similaire. S'agissant de ce dernier aspect, il est frappant de constater que tant s'agissant de la taille – nombre de membres réduit – que du type de personnes qui devraient le composer – absence de représentants d'associations et de groupes d'intérêts – cet organe aurait la forme d'autorité de décision que recommandait le groupe d'évaluation.

Cependant, en rupture avec la situation actuelle, le conseil de l'AC serait dépourvu des pouvoirs d'investigation et de décision attribués à la Comco. De même, il n'aurait pas la capacité d'ordonner l'ouverture d'une enquête ou de prononcer des mesures provisionnelles. Ces pouvoirs reviendraient en effet pour partie à la direction de l'Autorité de la concurrence et pour partie au TAF.²⁹

2. La direction

La direction, composée d'un directeur et de deux autres membres, serait l'organe chargé de la direction opérationnelle de l'Autorité de la concurrence (art. 6 P-LAC). Ses fonctions principales seraient d'ouvrir les enquêtes en cas d'indices de restriction illicite à la concurrence selon l'art. 27 P-LCart (art. 7 let. c P-LAC), de présenter au TAF les propositions de décision visées par l'art. 30 P-LCart (art. 7 let. e P-LAC) ainsi que de rendre les décisions s'agissant des opérations de concentration d'entreprises (art. 7 let. d P-LAC). Par ailleurs, reprenant en ce le rôle tenu actuellement par le Comco, mais sans le pouvoir de décision y associé, la direction serait chargée de toutes les tâches attribuées à l'Autorité de la concurrence selon l'art. 2 P-LAC qui ne seraient pas effectuées par un autre de ses organes (art. 7 let. j P-LAC).

En comparaison des pouvoirs actuellement exercés par la direction du Secrétariat, des pouvoirs supplémentaires seraient accordés à la direction. En effet, celle-ci reprendrait les tâches actuellement dévolues au Secrétariat (art. 7 let. a, c, i P-LAC), mais également de nombreuses tâches actuellement assumées par la Comco (art. 7 let. b, d, f, g, h, j P-LAC). Cependant, de la même manière que le Secrétariat est actuellement soumis à la surveillance du Président de la Comco, le nouvel organe serait soumis à la surveillance du conseil de l'AC (art. 5 al. 1 let. h P-LAC).

²⁹ Considérant le fait que le conseil de l'AC serait dépourvu de tout pouvoir d'investigation, de poursuite et de décision, et dans la mesure où la seule tâche importante de l'organe sur le plan matériel serait de définir les objectifs stratégiques de l'Autorité de la concurrence, objectifs qui seraient toutefois élaborés par la direction (Message 2012, 3631, 3695), la question de l'attractivité de l'organe se poserait tôt ou tard; sur cette problématique, cf. BAUDENBACHER, 46 ss.

B. Le Tribunal administratif fédéral

Le TAF, qui n'intervient aujourd'hui que sur recours, verrait son importance dans la mise en œuvre de la LCart considérablement augmenter. En effet, il statuerait en première instance en cas de restriction illicite à la concurrence en tant que «Tribunal fédéral de la concurrence»,³⁰ succédant à cette fonction à la Comco (cf. art. 24 al. 3 et 30 P-LCart et art. 36a P-LTAF). Pour cette raison, le Message prévoit que le TAF devrait être professionnalisé et comprendre des juges au bénéfice d'une formation juridique, employés à plein temps ou à un taux d'activité élevé, ainsi que des juges qui disposeraient de connaissances dans le domaine de l'économie industrielle ou d'une expérience entrepreneuriale.³¹

C. Le mécanisme de sanction

Selon l'art. 27 P-LCart, dont la formulation reprend dans une large mesure celle de l'art. 27 LCart, l'Autorité de la concurrence, par le biais de sa direction, ouvrirait une enquête en cas d'indices de restriction illicite à concurrence et mènerait celle-ci.³² Comme c'est le cas actuellement, la décision d'ouverture, tout comme l'ordre dans lequel les enquêtes ouvertes devraient être traitées, seraient par conséquent dictés par le principe de l'opportunité, avec les mêmes restrictions qu'à présent.

Au terme de l'enquête, l'Autorité de la concurrence remettrait une «proposition» au TAF dans laquelle elle décrirait les faits, développerait son raisonnement juridique et formulerait ses conclusions au sujet d'un comportement dont elle estimerait qu'il restreint la concurrence de manière illicite (cf. art. 24a al. 3 et 30 P-LCart et art. 36a P-LTAF).³³ Cette proposition, qui constituerait un nouveau mécanisme de saisine du TAF,³⁴ énoncerait: les mesures ou les sanctions administratives à prendre, l'approbation d'un accord amiable ou le classement de l'enquête. De manière générale, à partir du moment où une

³⁰ Message 2012, 3631, 3646.

³¹ Message 2012, 3631, 3688 s.

³² L'Autorité de la concurrence serait seule compétente pour décider de l'ouverture d'une enquête, à l'exception des cas où une telle ouverture serait exigée par le DFE (art. 27 al. 1 LCart et 27 al. 1 P-LCart). Le TAF serait en revanche dépourvu de tout droit dans ce domaine, Message 2012, 3631, 3676 s.

³³ Message 2012, 3631, 3650.

³⁴ Le TAF ne peut actuellement être saisi que sur plainte (art. 35 LTAF) ou sur recours (art. 31 LTAF).

enquête serait ouverte conformément à l'art. 27 P-LCart, celle-ci devrait impérativement être clôturée par une décision du TAF.³⁵

Sur la base de la proposition, le TAF statuerait ensuite en première instance au cours d'une procédure qui comprendrait, en général, des débats publics (art. 40 al. 1 P-LTAF); ce qui constitue aujourd'hui l'exception deviendrait ainsi la règle.³⁶ Le TAF pourrait prononcer d'autres mesures ou sanctions que celles proposées puisque, disposant d'un pouvoir d'examen complet, il ne serait pas lié par la proposition de l'Autorité de la concurrence. Par ailleurs, le TAF aurait également la possibilité de renvoyer la proposition à l'Autorité de la concurrence pour complément d'enquête (art. 30 al. 4 P-LCart).

V. Critique du projet de modification de cadre institutionnel

A. Buts du Conseil fédéral

De l'avis du CF, la réforme proposée permettrait, dans un cadre conforme à la CEDH, de remédier aux trois critiques principales formulées en matière institutionnelle par le groupe d'évaluation de la LCart et de diminuer la durée des procédures de recours.³⁷

1. Professionnalisation de l'autorité de décision

Pour justifier la mise en place d'un système prévoyant une autorité administrative d'investigation et de poursuite, et une autorité judiciaire de décision, le Message indique que la Comco, en tant qu'organe de décision, «est demeurée une grande commission de milice qui n'est pas clairement séparée de l'autorité chargée de l'enquête (son secrétariat). Le maintien du modèle actuel mêlant la Commission et son secrétariat n'est plus jugé opportun [...]. Les cas de plus en plus complexes constituent une charge croissante pour un pur système de milice»³⁸.

Si la volonté de professionnalisation de l'organe de décision est à saluer et va dans le sens des critiques émises par le groupe d'évaluation de la LCart, la solution proposée semble toutefois reposer sur une proposition qui n'a jamais été débattue auparavant. En effet, si le groupe d'évaluation a estimé que la Comco devait être réduite et profession-

³⁵ Message 2012, 3631, 3676. Toutefois, l'Autorité de la concurrence conserverait la possibilité, actuellement offerte au Secrétariat, de mener des enquêtes préalables (art. 26 LCart) qui pourraient être clôturées sans forme.

³⁶ Message 2012, 3631, 3690.

³⁷ Message 2012, 3631, 3647 ss; voir également BOCHUD/SCHRANER, 65, 75 s.

³⁸ Message 2012, 3631, 3647.

nalisée, avec des membres ayant un taux d'occupation augmenté,³⁹ à aucun moment il n'a été suggéré d'adopter un système dans lequel une autorité judiciaire se serait vue attribuer le pouvoir de décision en matière de pratiques restreignant de manière illicite la concurrence.⁴⁰

On soulignera ainsi que l'adoption de la solution suggérée par le groupe d'évaluation, à savoir la mise en place d'une autorité administrative de décision qui compterait un nombre de membres réduit en comparaison de la Comco, remplirait de la même manière l'objectif de professionnalisation poursuivi par le CF. Qui plus est, le coût législatif de mise en œuvre d'une telle solution serait bien inférieur puisqu'il serait possible d'adapter les structures institutionnelles existantes. Cette autorité pourrait être intégrée à un seul niveau, avec un organe de décision qui aurait sous ses ordres un secrétariat chargé des enquêtes, ou comporter deux niveaux, à travers un accroissement par rapport à la situation actuelle de la séparation entre l'autorité d'investigation et de poursuite, et l'autorité de décision.⁴¹

2. Renforcement de l'indépendance de l'autorité de décision

S'agissant de la présence, au sein de la Comco, de représentants d'associations et de groupes d'intérêts, le Message note qu'après l'entrée en vigueur de la révision de 2003 de la LCart qui a introduit la possibilité de sanctions directes, «il n'est pas satisfaisant qu'un organe au sein duquel siègent des représentants d'associations économiques prononce des sanctions administratives dont les montants peuvent atteindre plusieurs millions de francs»⁴².

³⁹ BAUDENBACHER, 43; la mise en place d'un tel modèle avait été envisagée au terme des travaux préliminaires de la révision totale de la LCart de 1995, mais il y avait été renoncé en raison de l'opposition de certains groupes d'intérêts, Message 1994, 495 s., 501. Pour les mêmes raisons, une nouvelle tentative allant dans ce sens avait échoué lors de la révision partielle de 2003, Message 2001, 1919, 1920.

⁴⁰ RIZVI/BABEY, PJA 2010, 1585, 1589. Le Synthesebericht et le Rapport d'évaluation décrivent uniquement, à côté du modèle d'autorité administrative à un niveau – qui devait servir de base de travail (Synthesebericht, n. 200; Rapport, 10) –, une autorité administrative à deux niveaux, sur le modèle du Bundeskartellamt allemand. Se référant au cadre institutionnel allemand, Baudenbacher estime « artificielle » l'idée selon laquelle une procédure de type judiciaire devrait exister au niveau de l'autorité de la concurrence déjà, avec une séparation nette entre l'autorité d'investigation et l'autorité de décision quasi judiciaire, dans la mesure où ces deux entités font partie d'une seule et même autorité, BAUDENBACHER, 43 ss, 51 s. Pour ZIMMER, cette séparation présente au contraire des avantages en comparaison d'un système à un niveau, ZIMMER, 8 ss, spéc. 10 ss.

⁴¹ Voir également KELLERHALS, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 63, 68 s.; sur la distinction entre autorité d'investigation, de poursuite et de prise de décision dans l'Union européenne, cf. WILS, 201.

⁴² Message 2012, 3631, 3632.

Comme dans le cas de la professionnalisation de l'organe de décision, le problème de l'indépendance de la Comco pourrait toutefois être réglé à partir du cadre institutionnel existant. Quel que soit le type d'autorité décisionnelle administrative choisi, il suffirait en effet d'en exclure les représentants d'associations et de groupes d'intérêts en prévoyant que ne pourraient être nommés en son sein que des experts indépendants.⁴³

3. Amélioration de la répartition des compétences au sein des autorités en matière de concurrence

Le Message indique également qu'«une meilleure séparation entre l'instance chargée de mener l'enquête et l'instance décisionnelle est nécessaire»⁴⁴ et que, dans ce cadre, il est préférable d'opter pour un système décisionnel judiciaire dans la mesure où «il ne suffit pas, pour supprimer le sentiment que les collaborateurs du secrétariat de la Comco chargés de l'enquête influencent, le cas échéant, ceux de la Comco qui rédigent la décision, de mettre en place des directives internes visant à éviter que les informations sensibles ne transpirent entre secrétariat et Comco».⁴⁵ Par ailleurs, le Message sous-entend que l'acceptation des décisions en matière de concurrence serait plus grande si celles-ci étaient directement rendues par une autorité judiciaire dans la mesure où «[c]omme à l'avenir ce [serait] déjà un tribunal conforme à la Constitution (Cst.) et à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui [déciderait] en première instance, les entreprises qui souhaitent un jugement par un tribunal ne [seraient] plus obligées d'engager la voie de recours, contrairement à ce qui se passe actuellement après une décision de la Comco».⁴⁶

Derrière le fait que les compétences entre autorité d'investigation et de poursuite, et autorité de décision doivent être clairement réparties, se cachent en fait deux questions dont il sera question plus loin, à savoir, d'une part, la correcte mise en œuvre de la politique de concurrence par une autorité décisionnelle administrative et, d'autre part, la concentration des pouvoirs d'investigation, de poursuite et de décision au sein d'une seule autorité.⁴⁷

⁴³ Voir également KELLERHALS, *in*: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 63 s. A noter que la conclusion d'accords de coopération avec des autorités étrangères serait grandement facilitée si l'autorité de la concurrence suisse ne comptait que des membres indépendants: les informations échangées ayant un caractère hautement sensible, certaines autorités voient d'un mauvais œil que des représentants de l'économie, membres de la Comco, puissent y avoir accès, cf. BAUDENBACHER, 45 s.

⁴⁴ Message 2012, 3631, 3646.

⁴⁵ Message 2012, 3631, 3651.

⁴⁶ Message 2012, 3631, 3649.

⁴⁷ Voir *infra* V.C.1; V.D. Voir également KELLERHALS, *in*: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 63, 64 ss.

4. Accélération de la durée des procédures

Finalement, le Message met en avant le fait que le système institutionnel proposé permettrait, par le biais d'un raccourcissement des voies de droit, de diminuer la durée des procédures de recours dans la mesure où un recours direct devant le TF serait ouvert contre les arrêts du TAF.⁴⁸

Si ce but peut sembler louable *a priori*, il n'en demeure pas moins qu'il est questionnable. En effet, dans le cadre de l'évaluation de la LCart, une analyse détaillée de la durée des procédures engagées par la Comco a été effectuée. Cette analyse est parvenue à la conclusion que ladite durée – qui dépend de différents facteurs tels que la complexité du dossier, les ressources du secrétariat, l'efficacité des autorités ou l'attitude des destinataires de la décision – pouvait s'expliquer même dans le cas des longues procédures.⁴⁹ D'ailleurs, l'Office fédéral de la justice estimait que les procédures n'étaient pas exagérément longues et que leur durée était conforme aux droits fondamentaux.⁵⁰ Le Rapport d'évaluation soulignait de plus que les changements dans le domaine institutionnel recommandés par le groupe d'évaluation ou déjà partiellement engagés à ce moment-là permettraient de raccourcir encore les procédures, sans compter les gains de temps qui pourraient être entraînés par les changements matériels de la loi et qui dépassent le cadre de cet article.⁵¹ Le CF semble ainsi avoir donné au but de raccourcissement des procédures une importance que les experts ne lui avaient pas donnée dans le seul but de justifier le modèle institutionnel proposé.

Il n'est d'ailleurs même pas certain que la réforme proposée permettrait d'atteindre le but visé. En effet, les parties ne font pas systématiquement usage de leur droit de recours jusqu'à l'autorité de dernière instance, ce qui a déjà pour effet de raccourcir la durée des procédures.⁵² De plus, le procès de première instance se tenant devant le TAF qui suivrait l'enquête de l'Autorité de la concurrence pourrait théoriquement s'étendre sur plusieurs mois, voire même plusieurs années, dans la mesure où *l'ensemble* de l'instruction effectuée par l'Autorité de la concurrence – souvent extrêmement technique – devrait être analysé une nouvelle fois au cours de la procédure contradictoire. L'autorité décisionnelle de première instance, qui serait matériellement la seconde autorité à examiner

⁴⁸ Message 2012, 3631, 3643, 3646. Voir également DUCREY/MARTENET, *in*: AMSTUTZ/STOFFEL/DUCREY, 69, 94 ss; MARTENET, *in*: AMSTUTZ/HOCHREUTENER/STOFFEL, 53, 78.

⁴⁹ Ces dernières années, une enquête sans examen préalable durait à peine 25 mois (33 mois si précédée d'une enquête préalable), une procédure portée devant la première instance de recours 32 mois (38 mois si précédée d'une enquête préalable) et une affaire portée devant le TF 47 mois (57, 5 mois si précédée d'une enquête préalable) cf. Rapport P6, n. 36; voir également Rapport, 12; Synthesebericht, n. 148 ss, 155.

⁵⁰ Rapport P6, n. 35; Rapport, 12; Synthesebericht, n. 154.

⁵¹ Rapport, 12.

⁵² Rapport, 12; Synthesebericht, n. 148 ss.

l'affaire, pourrait ainsi être dépassée par le nombre et la complexité des affaires à traiter.⁵³ En comparaison, le TAF, statuant sur recours, limite actuellement son analyse aux points de la décision contestés par les parties.⁵⁴

Il sera encore souligné que le Rapport d'évaluation indiquait que les éventuelles «adaptations légales» devant être entreprises en vue d'accélérer les procédures ne devaient pas «créer un droit procédural spécifique à la loi sur les cartels»⁵⁵ et qu'il existe ainsi une discrédance étonnante entre les recommandations formulées dans le Rapport d'évaluation et le Synthesebericht, qui conseillaient d'éviter la création de nouveaux modèles institutionnels, et le Message, qui prévoit l'introduction d'un moyen de saisine du TAF inédit.

B. Aspects de droit comparé décrits dans le Message

1. Existence d'un cadre institutionnel européen?

Pour justifier l'adoption d'un système décisionnel judiciaire, le Message compare le cadre institutionnel proposé avec les cadres institutionnels rencontrés à l'étranger, en particulier dans les pays européens. Il est indiqué que «d'une part, les autorités de la concurrence des différents Etats membres présentent une constellation profondément hétérogène et [que] la solution appliquée par l'UE ne peut et ne doit pas être reprise; d'autre part, aucun mouvement ne peut être observé à l'heure actuelle visant à créer un modèle européen unifié concernant l'organisation institutionnelle des autorités de la concurrence»⁵⁶.

Or, comme il ressort du *Report on the functioning of Regulation 1/2003*, s'il est exact qu'aucun cadre institutionnel particulier n'est prévu par le Règlement 1/2003 pour l'application des règles de concurrence communautaires,⁵⁷ il n'en demeure pas moins qu'au cours des cinq premières années d'application dudit Règlement, un grand nombre d'Etat membres a renforcé ou revu ses organes compétents afin de les optimaliser et que la

⁵³ Dans ce sens: ZÜRCHER, 65; HEINZ AEMISEGGER, in: WEISS, NZZ 2012, 29: «Man überfordert die Justiz, wenn sie den ganzen Sachverhalt selber nochmals erarbeiten soll. Man wird zum Teil externe Experten beiziehen müssen». Cf. également RIZVI/BABEY, PJA 2010, 1585, 1589 s., s'agissant des procédures devant le Kartellgericht autrichien, qui notent que ce système peut également mener à une augmentation du coût des procédures.

⁵⁴ Dans ce sens, WALTER STOFFEL, in: WEISS, NZZ 2012, 29, pour qui «[j]ede Abklärung [...] eine neue Verfahrensschleife auslösen [wird]»; voir également KELLERHALS, in: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 63, 66 ss.

⁵⁵ Rapport, 12 s.; Synthesebericht, n. 324.

⁵⁶ Message 2012, 3631, 3664 s.

⁵⁷ Report on the functioning of Regulation 1/2003, n. 190.

grande majorité de ces Etats dispose à présent d'un cadre institutionnel se basant sur une autorité administrative unique d'investigation, de poursuite et de décision.⁵⁸

S'il est ainsi exact qu'aucune unification des cadres institutionnels n'est prévue par le droit européen, il n'en demeure pas moins qu'il existe un cadre institutionnel de type européen, auquel un nombre toujours plus élevé d'Etats semble adhérer. En effet, en Europe, en cas de restriction illicite à la concurrence, une sanction est généralement prise par une autorité administrative, soit-elle à un ou deux niveaux.⁵⁹

2. Autorités de la concurrence belge et allemande

Le Message énonce par ailleurs que «[l]e fait de faire intervenir un tribunal à un niveau précoce de la procédure n'est pas unique en Europe; la Belgique et l'Autriche ont choisi une solution identique. En Allemagne, l'office fédéral des cartels («Bundeskartellamt») n'est pas habilité à prononcer des sanctions s'il n'y a pas d'accord amiable. Il doit même impliquer le ministère public d'un Land pour pouvoir imposer juridiquement une sanction»⁶⁰.

Cependant, s'il est exact que la Belgique connaît une autorité de décision – le Conseil de la concurrence – qui est qualifiée de juridiction administrative par la loi, son cadre institutionnel s'apparente au modèle désigné comme «administratif à deux niveaux» par le groupe d'évaluation.⁶¹ En effet, il existe, au sein du Conseil de la concurrence, un organe chargé de l'enquête et de l'accusation – l'Auditorat –, et un organe de décision – l'Assemblée générale du Conseil de la concurrence, instances qui sont clairement séparées.⁶² S'agissant de la procédure applicable en cas de présomption de restriction à la concurrence, l'Auditorat, au terme de l'enquête qu'il a menée, remet un rapport à l'Assemblée générale du Conseil. La chambre de l'Assemblée générale du Conseil en charge du dossier, après avoir permis aux parties de déposer des observations écrites, instruit ensuite l'affaire au cours d'une audience contradictoire pendant laquelle elle entend notamment l'Auditeur et les parties en cause, ceci avant de statuer. Finalement, les décisions du Conseil de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles et les arrêts de cette dernière d'un recours devant le Conseil

⁵⁸ Report on the functioning of Regulation 1/2003, n. 191, 192 s.

⁵⁹ Dans le même sens, BAUDENBACHER, Jusletter 2011, n. 3 et la référence citée.

⁶⁰ Message 2012, 3631, 3665.

⁶¹ Ledit cadre institutionnel est d'ailleurs qualifié de «traditional dual administrative system» dans le Report on the functioning of Regulation 1/2003, n. 193.

⁶² La structure est même tripartite, puisqu'un troisième organe, la Direction générale de la concurrence, intervient également dans le traitement des dossiers, cf. GERARD, p.31.

d'Etat.⁶³ Ce cadre institutionnel rappelle ainsi d'avantage la proposition, émise en consultation et rejetée par le CF, qui suggérait une meilleure séparation entre autorité d'investigation et autorité de décision au sein du cadre institutionnel et juridique existant,⁶⁴ que le système décisionnel judiciaire proposé par le Message.⁶⁵

Quant au Bundeskartellamt allemand, qui est une autorité décisionnelle administrative,⁶⁶ il comporte, en son sein, douze unités décisionnelles chargées de prendre toute décision en matière d'entente, de concentration et de comportement abusif, chaque unité étant responsable d'un secteur économique. Or, contrairement aux affirmations du Message, ladite décision peut consister en une sanction pécuniaire. Ce n'est qu'en cas d'appel contre la décision du Bundeskartellamt devant l'Oberlandsgericht de Düsseldorf que l'autorité est représentée par le ministère public et l'instruction reprise *ab initio*, au cours d'une procédure contradictoire. En particulier, il alors est procédé à tous les actes d'instruction nécessaires, y compris les auditions des parties.⁶⁷

C. Efficacité du système proposé

1. Vers des décisions plus correctes?

Comme indiqué *supra*, le Message remet d'une certaine manière en cause la capacité d'une autorité de la concurrence administrative de rendre des décisions matériellement correctes. Or, il n'existe actuellement aucune indication empirique selon laquelle un système reposant sur une autorité administrative rendrait des décisions qui seraient

⁶³ Pour plus d'informations, GRISAY, spéc. 93 ss, 179 ss et le site Internet de l'Autorité de concurrence belge: <<http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/>> (15.05.2012).

⁶⁴ A ce sujet, Message 2012, 3631, 3650 ss.

⁶⁵ Il convient par ailleurs de souligner qu'une révision du cadre institutionnel belge est actuellement en cours. Cette révision devrait aboutir à une fusion des différents organes compétents dans une Autorité de la concurrence unique, de nature administrative, avec pouvoir de décision. Si tel est le cas, l'autorité de décision de première instance ne sera plus qualifiée de «juridiction administrative» par la loi. L'organe de décision (le Collège) demeurera cependant fonctionnellement distinct de l'organe d'instruction (l'Auditorat) et, partant, la nouvelle autorité demeurera dualiste dans son fonctionnement. Sur la réforme institutionnelle en général, mais sans l'intégration des derniers développements liés à la nouvelle forme juridique de l'Autorité de concurrence, cf. Gerard, 32–37.

⁶⁶ BSK KG-BANGERTER, Vor Art. 18–25 n. 36 s.

⁶⁷ Pour plus d'informations, voir le site internet du Bundeskartellamt: <<http://www.bundeskartellamt.de/>> (15.05.2012). On indiquera que le système allemand est souvent critiqué en raison des longueurs procédurales qu'il entraîne. Ainsi, les procès devant l'Oberlandsgericht de Düsseldorf peuvent s'avérer extrêmement longs et coûteux et mettre en péril le bon fonctionnement d'une entreprise. Par exemple, les audiences du procès de l'affaire du cartel du gaz liquide («Flüssig-gas-Kartell») ont débuté le 7 juin 2010, à raison de deux audiences par semaine, et se poursuivant toujours à l'heure actuelle (Novembre 2012).

moins justes que celles rendues par une autorité judiciaire.⁶⁸ D'ailleurs, en Suisse, la grande majorité des décisions rendues par la Comco a été confirmée en recours devant les autorités judiciaires, ce qui semble leur donner un certain crédit qualitatif.⁶⁹ Il est certes exact que certains aspects d'un système dans lequel une autorité administrative possède les pouvoirs d'investigation, de poursuite et de décision sont problématiques, dans la mesure où le jugement de l'autorité peut s'en retrouver biaisé.⁷⁰ Cependant, ces aspects sont corrigés en grande partie par la mise en place de systèmes de contrôle internes et par l'assurance que la décision pourra être revue par un juge.⁷¹

2. Une révision incomplète?

Sans entrer dans les détails, qui dépasseraient largement le cadre de cet article, il convient de mentionner deux aspects de droit matériel qui sont étroitement liés à la révision institutionnelle:

- D'une part, le cadre institutionnel proposé a été conçu pour permettre l'aménagement de sanctions pénales contre des personnes physiques⁷². Pourtant, il a été

⁶⁸ WILS, 201, 213 s.; ZIMMER, 5 ss, 7 s.; voir également RIZVI/BABEY, PJA 2010, 1585, 1589 s. qui indiquent qu'en Autriche si des économistes sont souvent impliqués à titre d'experts durant la procédure devant le Tribunal de la concurrence, les juges semblent avoir peu d'empathie et de compréhension pour le droit de la concurrence économique, préférant souvent procéder à des renvois aux rapports d'expertise pour motiver leurs jugements au fait de se livrer à une analyse approfondie de ceux-là; voir également ZIMMER, 10. De la même manière, Axel Reidlinger, avocat au barreau de Vienne, note le «Mangel and Wirtschaftskompetenz im Kartellgericht. Das Gericht behelfe sich mit externen ökonomischen Gutachten. Diese Analysen seien unterschiedlicher Qualität, nähmen aber faktisch das Gerichtsurteil oft schon vorweg», cf. AXEL REIDLINGER, in: SCHÖCKLI, NZZ 2012, 39. Ces critiques, qui semblent remettre quelque peu en doute l'idée selon laquelle une autorité décisionnelle judiciaire de première instance procéderait dans tous les cas à un examen approfondi de la cause portée devant elle, doivent être mises en parallèle avec le fait que la Comco et son Secrétariat disposent d'un pôle de compétences en matière économique et peuvent, dans ce cadre, procéder à des échanges constructifs.

⁶⁹ Rapport P5, n. 40; Synthesebericht, n. 156 ss, 165 s.

⁷⁰ Sur la problématique, WILS, 201, 212 ss.

⁷¹ WILS, 201, 223 s. L'auteur souligne qu'il n'y a pas de réponse simple à la question de savoir quel système décisionnel permet de rendre les décisions les plus correctes. Par ailleurs, la mise en place de contrôles internes peut entraîner une augmentation importante des coûts du système décisionnel administratif. En tout cas, un système judiciaire de sanction serait plus adapté en matière de lutte contre les restrictions illicites à la concurrence qu'en matière de contrôle des concentrations.

⁷² Message 2012, 3631, 3708; voir également WILS, 201, 224, où l'auteur souligne que la mise en place d'un système judiciaire de sanction présenterait l'avantage de permettre l'introduction de sanctions pénales contre les personnes physiques.

- renoncé à l'introduction desdites sanctions.⁷³ Dans cette mesure, il est questionable que le cadre institutionnel proposé soit encore justifiable sous cet angle.⁷⁴
- D'autre part, la réforme ne prévoit pas d'augmentation spectaculaire de la mise en œuvre du volet civil du droit des cartels, qui est actuellement très limité. Or, un droit privé d'action (*private enforcement*) dynamique et accessible, tel que le connaissent des Etats comme l'Autriche ou les Etats-Unis, peut compenser une mise en œuvre limitée de la politique de concurrence par les autorités administratives.⁷⁵

D. Conformité avec les droits fondamentaux du cadre institutionnel actuel

Il ressort du cadre institutionnel actuel et du mécanisme de sanction y associé que, malgré une séparation entre les deux autorités de la concurrence, la Comco, qui est l'organe de décision, interagit de différentes manières avec le Secrétariat au cours de l'instruction menée par ce dernier, et ce dans une mesure non-négligeable.⁷⁶ La conformité dudit cadre institutionnel au regard des droits fondamentaux n'est toutefois jamais vraiment mise en doute ni par le groupe d'évaluation⁷⁷ ni dans le Message. Toutefois, au vu de l'importance de la problématique ainsi que de certains développements jurisprudentiels récents, il convient de s'arrêter sur la controverse qui dérive de la concentration au sein d'une autorité de la concurrence administrative des pouvoirs d'investigation, de poursuite et de décision.⁷⁸ Cette controverse pourrait en effet avoir connu son terme avec

⁷³ Voir Rapport explicatif 2010, 9; Le groupe d'évaluation de la LCart considérait d'ailleurs que l'introduction de telles sanctions n'était pas nécessaire en l'état, Synthesebericht, n. 345.

⁷⁴ Sur la question des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, cf. WOHLERS, *in*: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 209, *passim*.

⁷⁵ Sur la question de la mise en œuvre du volet civil, cf. HEINEMANN, *in*: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 137, *passim*; voir également ZIMMER, 9 s.

⁷⁶ MARTENET, *in*: AMSTUTZ/HOCHREUTENER/STOFFEL, 53, 67. L'auteur indique que, de manière générale, «le droit suisse ne prévoit pas une séparation fonctionnelle et organique intégrale entre l'enquête relative à une restriction et la décision qui lui fait suite» et mentionne à ce sujet les compétences qu'a un membre de la présidence de prendre des décisions de procédure, d'ouvrir une enquête s'il existe des indices de restriction illicite à la concurrence ainsi que d'ordonner des saisies et des perquisitions.

⁷⁷ Synthesebericht, n. 295 ss.

⁷⁸ Si une grande partie de la doctrine s'accorde depuis un certain temps pour dire qu'un tel système respecte les garanties de l'art. 6 al. 1 CEDH s'agissant du droit d'accès à un tribunal à condition que les décisions puissent être revue par un organe judiciaire de pleine juridiction (cf. HEINEMANN, *in*: BAUDENBACHER, 139, 146 ss; MARTENET, *in*: AMSTUTZ/HOCHREUTENER/STOFFEL, 53, 63 ss; WILS, 5, 28 s.; BSK KG-BANGERTER, art. 23 n. 28), des voix discordantes se faisaient encore entendre jusqu'il y a peu (cf. BRONCKERS/VALLERY, 535, 537 ss; WILDHABER, Jusletter 2011, spéc. 11; HIRSBRUNNER/WERNER, Jusletter 2010, n. 14).

l'arrêt que la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu dans le cadre de l'affaire *A. Menarini Diagnostics c. Italie*,⁷⁹ dans laquelle la Cour a dû juger du recours d'une société – condamnée à une amende de six millions d'euros par l'autorité italienne de la concurrence pour participation à une entente sur le marché des tests diagnostiques pour le diabète – qui se plaignait du manque de «pleine juridiction» des juridictions administratives italienne et invoquait de ce fait une violation de l'art. 6 al. 1 CEDH.

La Cour a tout d'abord estimé que l'amende administrative prononcée suivant une violation du droit de la concurrence avait un caractère pénal au sens de l'art. 6 al. 1 CEDH.⁸⁰ Elle a ensuite rappelé le principe selon lequel les sanctions administratives n'appartiennent pas au «noyau dur» du droit pénal et que, dans ce cadre, l'art. 6 CEDH admet qu'elles soient prononcées par une autorité administrative combinant les pouvoirs d'investigation et de décision, à condition toutefois qu'existe, contre la décision, une possibilité d'appel devant un tribunal de pleine juridiction.⁸¹ Finalement, la Cour a jugé que le système italien de mise en œuvre du droit de la concurrence satisfaisait aux exigences de la CEDH. En effet, le contrôle effectué par les juridictions administratives nationales sur la sanction prononcée par l'autorité italienne de la concurrence était de pleine juridiction, dans la mesure où les différentes allégations de fait et de droit de la requérante avaient été analysées avec une compétence qui n'était pas limitée à un simple contrôle de la légalité. En particulier, les juridictions administratives avaient pu vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et auraient également pu remplacer cette dernière par une autre sanction.⁸²

L'arrêt de la Cour a confirmé le fait qu'un cadre institutionnel prévoyant – en cas de restriction illicite à la concurrence – une autorité administrative de décision et une autorité judiciaire de recours est conforme à la CEDH, à condition toutefois que l'autorité judiciaire dispose d'un pouvoir de pleine juridiction dont elle fait effectivement usage.⁸³

⁷⁹ Arrêt Cour EDH dans la cause *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie* du 27 septembre 2011, n° 43509/08.

⁸⁰ Arrêt *Menarini c. Italie*, n. 38–44, spéc. 44; Voir également WILS, 5, 13.

⁸¹ La Cour a rappelé que «[p]armi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi», Arrêt *Menarini c. Italie*, n. 59; voir également WILS, 5, 17.

⁸² Arrêt *Menarini c. Italie*, n. 63–65.

⁸³ A ce sujet, voir l'opinion concordante du juge Sajò dans l'arrêt *Menarini c. Italie*, qui indique qu'«[a]ux fins de l'article 6 [CEDH], ce qui compte est qu'en l'espèce les droits énoncés par la Convention ont été effectivement protégés, et non la terminologie imposée par la législation». D'ailleurs, peu après le prononcé de cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne (arrêts CJUE du 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c. Commission*, C-272/09 P; *Chalkor c. Commission*, C-386/10 P; *KME Germany e.a. c. Commission*, C-389-10 P, pas encore publiés au recueil) et la Cour de justice de l'AELE (arrêt de la Cour de justice de l'AELE du 18 avril 2012, *Posten*

Appliqué à la Suisse, ce jugement démontre que le cadre institutionnel actuel remplit totalement les exigences posées par la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, l'autorité de recours contre les décisions de la Comco, le TAF, est un tribunal indépendant et impartial disposant d'un pouvoir de pleine juridiction. Or, le TAF a jugé qu'il utilisait effectivement son plein pouvoir d'examen lorsqu'il était saisi d'un tel recours contre une décision de la Comco.⁸⁴ Sans compter le fait qu'il serait étonnant de supprimer une instance de recours ayant un pouvoir de pleine juridiction dans un domaine où des sanctions importantes peuvent être prononcées.⁸⁵

VI. Conclusions

Depuis de nombreuses années, les faiblesses institutionnelles des autorités de la concurrence suisses sont régulièrement pointées du doigt. Si la nécessité d'une réforme semble faire l'unanimité, tel n'est pas le cas de la proposition formulée dans le Message. En effet, le cadre institutionnel proposé – censé accorder à la Suisse «un rôle de précurseur dans la résolution de certains problèmes d'ordre juridique»⁸⁶ – conduirait à un éloignement du cadre institutionnel européen et à un affaiblissement notable de la mise en œuvre de la politique de concurrence.⁸⁷ Il ne suffit en effet pas de doter la LCart d'outils permettant de lutter efficacement contre les restrictions illicites à la concurrence, encore faut-il qu'existent des autorités qui puissent mettre en œuvre les instruments choisis efficacement.

Il est ainsi frappant de constater qu'à aucun moment dans son analyse le CF n'a comparé le système qu'il propose à un modèle différent de celui qui, selon ses dires, aurait

Norge AS c. Autorité de surveillance de l'AELE, E-15/10, pas encore publié au recueil) sont parvenues à des conclusions identiques dans le cadre d'affaires qui avaient été portées devant elles. Sur la question du contrôle de pleine juridiction par les juridictions européennes; voir également VESTERDORF, 2 ss.

⁸⁴ MARTENET, *in*: AMSTUTZ/HOCHREUTENER/STOFFEL, 53, 68 ss; HEINEMANN, Jusletter 2010, n. 10, 27; KELLERHALS, *in*: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 63 s. Même si, pour l'heure, une légère incertitude demeure à ce sujet, dans la mesure où la question de l'effectivité de l'usage de la pleine juridiction par le TAF n'a jamais été examinée par le TF. Tel pourrait cependant être le cas dans le cadre du recours contre l'arrêt du TAF dans l'affaire *Publigroupe*, arrêt du 27 avril 2010 dans l'affaire B-2977/2007.

⁸⁵ A titre de comparaison, les sanctions de l'Autorité belge de concurrence peuvent faire l'objet d'un recours devant deux instances.

⁸⁶ Message 2012, 3631, 3665.

⁸⁷ Du même avis: WALTER STOFFEL, *in*: WEISS, NZZ 2012, 29: «Wettbewerbsrecht durchzusetzen, wird schwieriger werden. Wir fallen auf den Stand des Gesetzes von 1985 zurück».

été le plus onéreux à mettre en place.⁸⁸ Par ailleurs, il apparaît que certains systèmes juridiques ont été décrits de manière quelque peu lacunaire: il est déroutant, dans ce cadre, que le Message se base sur l'Autriche et sur la Belgique pour indiquer qu'il existe d'autres cadres institutionnels prévoyant une autorité décisionnelle judiciaire en Europe, alors même que lesdits cadres institutionnels n'ont pas été examinés par le groupe d'évaluation, et laisse totalement de côté la Suède qui connaît également un système décisionnel judiciaire et dont le cadre institutionnel a été analysé lors de l'évaluation de la LCart.⁸⁹ De plus, en ayant omis d'indiquer que l'Autriche connaissait un droit privé d'action plus développé que la Suisse, ou en ayant renoncé à introduire des sanctions personnelles en même temps qu'un cadre institutionnel qui devait justement permettre le prononcé de ce type de peine, la révision institutionnelle proposée apparaît d'avantage comme un élément indépendant des autres aspects du droit de la concurrence que comme une partie d'un système.⁹⁰ Finalement, une révision aussi radicale du cadre institutionnel actuel apparaît d'autant plus questionnable qu'il est parfaitement conforme à la CEDH, qu'il permet le prononcé de décisions matériellement correctes et qu'il n'a pas été remis en cause par le groupe d'évaluation.⁹¹

En définitive, afin de ne pas mettre en péril une réforme de la LCart ambitieuse en d'autres points, une manière de sortir de l'impasse pourrait être la création d'une nouvelle commission qui serait chargée de se pencher une nouvelle fois sur le projet de révision et de proposer un projet retravaillé s'agissant de ses aspects institutionnels.⁹² Dans ce cadre, il serait parfaitement loisible de partir du projet d'«Autorité de la concurrence» décrit dans le Message, qui prendrait la forme d'un établissement de droit public, pour imaginer une autorité décisionnelle administrative qui comporterait un ou deux niveaux et dans laquelle l'organe qui prendrait la place du conseil de l'AC retrouverait le pouvoir

⁸⁸ Message 2012, 3631, 3650 ss. Il n'est en particulier aucunement question de la «priorité» qui ressortait du Rapport d'évaluation, à savoir «une commission comptant sensiblement moins de membres, qui travaillent toutefois à des taux d'occupation plus élevés qu'aujourd'hui, et une autorité à un seul niveau», Rapport, 10. Ce modèle correspondait dans les grandes lignes à la proposition faite par Baudenbacher dans son étude, BAUDENBACHER, 51 ss; voir également STOFFEL, *in*: FS Tercier, 677, 686 ss.

⁸⁹ Sans compter le fait que, comme indiqué *supra*, le système institutionnel belge est loin de faire l'unanimité parmi ceux qui le pratiquent et que, selon toute vraisemblance, l'autorité décisionnelle judiciaire de première instance actuellement en place dans le système institutionnel belge sera remplacée, au terme de la révision en cours, par une autorité décisionnelle administrative.

⁹⁰ Dans le même sens, KELLERHALS, *in*: ZÄCH/WEBER/HEINEMANN, 63, 64.

⁹¹ Dans ce sens WALTER STOFFEL, *in*: WEISS, NZZ 2012, 29, pour qui «die Sorge um die Rechtsstaatlichkeit obsolet geworden [ist] und [...] einen derart einschneiden der Systemwechsel nicht [rechtfertigt]»; voir également BAUDENBACHER, Jusletter 2011, n. 24 s.

⁹² Dans ce sens, WALTER STOFFEL, *in*: WEISS, NZZ 2012, 29: «Eine breit abgestützte Kommission soll sich nochmals über das Kartellgesetz beugen und eine neue Vorlage ausarbeiten, die sich auf das Verfahren beschränkt». Dans ce même article, sa proposition est soutenue par HEINZ AEMISEGGER et CARL BAUDENBACHER.

de décision dont la Comco est actuellement dotée. Les lacunes institutionnelles actuelles requièrent des adaptations, non des révolutions.

VII. Kurzzusammenfassung in deutscher Sprache

Die laufende Revision des Kartellgesetzes sieht für den heutigen institutionellen Rahmen wesentliche Veränderungen vor. Der als *Verwaltungsbehörde* konstituierten Wettbewerbskommission sollen nur die Untersuchungskompetenzen verbleiben, während die kartellrechtlichen Entscheide neu durch eine Kammer des Bundesverwaltungsgerichts gefällt werden sollen. Diese *Gerichtsbehörde* würde damit künftig als eigentliches «Wettbewerbsgericht» tätig. Der vorliegende Beitrag skizziert zunächst die geltende und die geplante Regulierung. Danach werden die Ziele und Argumente des Bundesrates, rechtsvergleichende Aspekte und ausländische Lösungen, die Effizienz der vorgeschlagenen Änderung sowie die Grundrechtskonformität der gegenwärtigen Rechtslage analysiert. Das Ergebnis spricht gegen eine Zweiteilung. Vielmehr scheint die Wettbewerbskommission als Untersuchungs- und Entscheidungsbehörde besser geeignet, die verschiedenen Wettbewerbsmissbräuche optimal zu bekämpfen.

Bibliographie

- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (éds.), Basler Kommentar: Kartellgesetz, Bâle 2010
- Baker McKenzie, Handkommentar zum Kartellgesetz: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Berne 2007
- BAUDENBACHER CARL, Institutionelles Setting, vertikale Abreden, Sanktionierung von Einzelpersonen, zivilrechtliches Verfahren: Strukturberichterstattung Nr. 44/3, Berne 2009
- BAUDENBACHER CARL, Kritische Bemerkungen zum geplanten Bundeswettbewerbsgericht, Jusletter 11 juillet 2011 (cité: BAUDENBACHER, n.)
- BOCHUD SARAH, SCHRANER FELIX, Substanzielle Reform des Kartellgesetzes, Die Volkswirtschaft 3-2012, 65
- BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3^{ème} éd., Zurich 2011
- BRONCKERS MARCO/VALLERY ANNE, No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law, World Competition 2011, 535
- DUCREY PATRIK/MARTENET VINCENT, Enjeux procéduraux – Verfahrensrechtliche Herausforderungen, in: AMSTUTZ MARC/STOFFEL WALTER/DUCREY PATRIK (éds), Le droit des cartels suisse 13 ans après le changement de paradigme, Zurich 2009, 69
- GERARD DAMIEN, ABENHAÏM MARC, DE MUYTER LAURENT, MARCHANDISE JOACHIM, PETIT NICOLAS, TATON XAVIER, Vers und révision de la loi sur la protection de la concurrence économique?, Revue de la concurrence belge 1/2012, 30
- GRISAY DOMINIQUE (dir.), Introduction au droit belge de la concurrence, Bruxelles 1999

- HIRSBRUNNER SIMON/WERNER JENS, Überholt das schweizerische Kartellgesetz das EU-Vorbild?, *Jusletter* 20 septembre 2010
- KELLERHALS ANDREAS, Soll die Wettbewerbskommission abgeschafft werden: Überlegungen zur institutionellen Reform der Wettbewerbsbehörden in der Schweiz, *in*: ZÄCH ROGER/WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS (éds.), *Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zurich 2012, 63
- HEINEMANN ANDREAS, Direkte Sanktionen im Kartellrecht: Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgericht, *Jusletter* 21 juin 2010
- HEINEMANN, ANDREAS, The Setting of Fines – Efficiency and Due Process, *in*: CARL BAUDENBACHER (éd.), *Current Developments in European and International Competition Law*, Bâle 2011, 139
- HEINEMANN ANDREAS, Kartellzivilrecht, *in*: ZÄCH ROGER/WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS (éds.), *Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zurich 2012, 137
- MARTENET VINCENT, Les garanties procédurales dans les procédures administratives fondées sur la loi sur les cartels, *in*: AMSTUTZ MARC/HOCHREUTENER INGE/STOFFEL WALTER (éds.), *La Loi sur les cartels dans la pratique: entre droit et économie*, Zurich/Bâle/Genève 2011, 53
- MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la concurrence*, Genève 2012
- OCDE, *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation: La réforme de la réglementation en Suisse*, Paris 2006
- RIZVI SALIM/BABEY FABIO, Braucht die Schweiz ein Bundeswettbewerbsgericht? *PJA* 2010, 1585
- SCHÖCHLI HANSUELI, Zweifel an Kartellrechtsreform, *in*: *Neue Zürcher Zeitung* du 30 juin 2012, 39
- STOFFEL, WALTER A., Swiss Competition Law: Where from and where to?, *in*: GAUCH PETER/WERRO FRANZ/PICHONNAZ PASCAL (éds.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève/Zurich/Bâle 2008, 677
- TERCIER PIERRE/BOVET CHRISTIAN (éds.), *Commentaire romand: Droit de la concurrence*, Bâle 2002
- VESTERDORF BO, The Court of Justice and Unlimited Jurisdiction: What Does it Mean in Practice?, *Global Competition Policy* 2009/2
- WEISS GABRIELA, Scharfe Kritik am Kartellgesetz, *in*: *Neue Zürcher Zeitung* du 22 avril 2012, 29
- WILDHABER LUZIUS, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsverfahren: Zu den Swisscom-Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts in Sachen Terminierungspreise Mobilfunk, *Jusletter* 4 juillet 2011
- WILS WOUTER P.J., The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis, *World Competition* 2004, 201
- WILS WOUTER P.J., The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR, *World Competition* 2010, 5
- WOHLERS WOLFGANG, Individualsanktionen gegen Manager, *in*: ZÄCH ROGER/WEBER ROLF H./HEINEMANN ANDREAS (éds.), *Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zurich 2012, 209
- ZÄCH ROGER, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2ème éd., Berne 2005
- ZIMMER DANIEL, Sanktionssysteme im internationalen Vergleich: Administrativentscheidungen versus Gerichtliches Verfahren, *in*: *Sanktionen im Kartellrecht: Referate des 44. FIW-Symposiums*, Cologne 2011
- ZÜRCHER JOHANN, Kurze Anmerkungen zu einer langen Übung, *Die Volkswirtschaft* 3/2012, 65

Messages et travaux préparatoires

- Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council: Report on the functioning of Regulation 1/2003, SEC(2009) 574 final, 29.4.2009 (cite: Report on the functioning of Regulation 1/2003)
- DFE, Rapport fondé sur l'art. 59a de la loi sur les cartels concernant l'évaluation de la loi sur les cartels et propositions concernant la suite à donner au dossier, Berne 2009 <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=fr>> (21.06.2012) (cité: Rapport ou Rapport d'évaluation)
- Groupe d'évaluation Loi sur les cartels, Evaluation gemäss Art. 59a KG: Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Berne, 2008 <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=de> (21.06.2012), (cité: Synthesebericht)
- Groupe d'évaluation Loi sur les cartels, Statistik zum Ausgang der Verfahren der Wettbewerbsbehörden: Projektbericht P5 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008 <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=de>> (21.06.2012), (cité: Rapport P5)
- Groupe d'évaluation LCart, Beurteilung der Verfahrensdauer kartellrechtlicher Verfahren: Projektbericht P6 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Berne 2008 <<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=de>> (21.06.2012), (cité: Rapport P6)
- Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) du 23 novembre 1994, FF 1995, 472 ss (cité: Message 1994)
- Message relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001, FF 2002, 1911 ss (cité: Message 2001)
- Message relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence du 22 février 2012, FF 2012, 3631 ss (cité: Message 2012)
- Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), Berne 2010 <<http://www.seco.admin.ch/themen/02860/04210/index.html?lang=fr>> (21.06.2012), (cité: Rapport explicatif 2010)

