
Commission d'experts « Réforme des autorités de la concurrence »

Projet de rapport de la commission
État au 1^{er} décembre 2023

Table des matières

Aperçu	6
Synthèse	7
I. Contexte.....	11
1 Mandat de la commission d'experts.....	11
2 Composition	11
3 Méthode de travail de la commission d'experts.....	12
4 Remarques terminologiques préliminaires	13
II. Bases	13
5 Droits fondamentaux de procédure.....	13
5.1 Droits fondamentaux généraux de procédure	13
5.2 Garantie de l'accès au juge	14
5.3 Garanties pénales	14
5.4 Résultat intermédiaire	15
6 Environnement international	15
6.1 Accords de coopération en matière de concurrence entre la Suisse et l'UE et entre la Suisse et l'Allemagne.....	15
6.2 Accord sur le transport aérien entre la Suisse et l'UE	16
6.3 OCDE.....	16
6.4 Résultat intermédiaire	17
7 Organisation de l'administration.....	17
7.1 Bases	17
7.2 Gouvernance des entreprises publiques	18
7.3 Indépendance des autorités de surveillance et de régulation	19
7.4 Sanctions administratives pécuniaires.....	21
7.5 Résultat intermédiaire	22
8 Développement historique et configuration actuelle des institutions en charge de la concurrence	22
8.1 Évolution historique.....	22
8.2 Organisation actuelle des autorités de la concurrence.....	24
8.3 Résultat intermédiaire	31
9 Critiques et propositions de réforme	31
9.1 Critiques émises lors de la consultation	31
9.2 Propositions de réforme.....	33
9.3 Interventions parlementaires.....	33
9.4 Révision sur mandat du DEFR	34
9.5 Résultat intermédiaire	34
10 Lien avec la révision matérielle en cours de la LCart	34
11 Tâches ultérieures éventuelles en rapport avec la surveillance des aides d'État	36
III. Analyse des modèles possibles.....	37
12 Principaux résultats des auditions	37
12.1 Généralités	37
12.2 Critique de la structure actuelle	37

12.3	Validation de la structure actuelle	39
12.4	Résultat intermédiaire	40
13	Autorités de la concurrence d'autres pays.....	40
13.1	Introduction	40
13.2	Exemples nationaux, dont l'UE	41
13.3	Tableau synoptique.....	48
13.4	Résultat intermédiaire	55
14	Régulation économique et sanctions directes dans d'autres domaines en Suisse..	55
14.1	Commissions fédérales (art. 57a, al. 2, LOGA)	55
14.2	Établissements de droit public	56
14.3	Unités administratives	56
14.4	Autorités extérieures à l'administration fédérale.....	57
14.5	Résultat intermédiaire	57
15	Paramètres des modèles possibles	57
15.1	Paramètre « instruction et décision ».....	58
15.2	Paramètre « organisation juridique des autorités de la concurrence »	59
15.3	Paramètre « organisation des voies de droit »	59
15.4	Résultat intermédiaire	60
IV.	Évaluation.....	60
16	Critères d'évaluation	60
16.1	Efficacité.....	60
16.2	Efficience.....	60
16.3	Conformité avec l'état de droit	61
16.4	Conflits d'objectifs	61
16.5	Difficultés de mise en œuvre	61
16.6	Cohérence du système	61
16.7	Résultat intermédiaire	62
17	Critique 1 : l'absence de séparation entre les fonctions d'instruction et de décision	62
17.1	Remarque préliminaire sur la portée de la critique	62
17.2	Procédure administrative	62
17.3	La procédure pénale	64
17.4	Différences entre la procédure de l'ordonnance pénale et la procédure administrative	66
17.5	Nécessité de mieux séparer l'instruction et la décision	67
17.6	Conclusion	70
17.7	Possibilités autres que la séparation entre instruction et décision	73
17.8	La présomption d'innocence	74
17.9	Résultat intermédiaire	74
18	Deuxième critique émise : la longueur des procédures et les ressources requises.	74
18.1	Remarque préliminaire.....	74
18.2	Durée actuelle des procédures	75
18.3	Procédures devant les autorités administratives	77
18.4	Organisation du tribunal dans le modèle du tribunal	78
18.5	Organisation du tribunal dans le modèle d'autorité administrative	81

18.6	Résultat intermédiaire	85
19	Troisième critique émise : le manque d'indépendance de l'autorité administrative .	85
19.1	Attentes en matière d'indépendance	85
19.2	Situation juridique actuelle	86
19.3	Compétences indépendantes de la forme institutionnelle	87
19.4	Évaluation des possibilités d'influence restantes.....	87
19.5	Formes juridiques pour l'autorité.....	87
19.6	Composition de la commission	91
19.7	Résultat intermédiaire	95
20	Actions civiles en droit des cartels	95
21	Organisation concrète et évaluation des modèles.....	97
21.1	Démarche.....	97
21.2	Statu quo.....	98
21.3	Statu quo optimisé	100
21.4	Modèle d'autorité administrative à deux niveaux.....	101
21.5	Modèle d'autorité administrative à un niveau	104
21.6	Modèle du tribunal	105
21.7	Tribunal de la concurrence comme instance de recours	110
21.8	Réformes du Tribunal administratif fédéral.....	111
21.9	Variante : Tribunal civil fédéral des cartels	112
V.	Recommandation de la commission d'experts	113
VI.	Annexes :	114
	Annexe 1 : Empfehlungen der OECD	114
	Annexe 2 : Historische Entwicklung der Wettbewerbskommission	115
A.2.1:	KG 1962	115
A.2.2:	KG 1985	116
A.2.3:	KG 1995	117
A.2.4:	Teilrevision 2003	118
A.2.5:	Reformdiskussion 2010-14.....	118
A.2.6.:	Seitherige Änderungen.....	122
	Annexe 3 :	124
A.	Einleitung.....	1
B.	Rechtsordnungen	2
1.	Vereinigte Staaten von Amerika (USA)	2
1.	Europäische Union (EU)	8
2.	Deutschland	13
3.	Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland (UK)	17
4.	Frankreich	21
5.	Italien.....	25
6.	Spanien	28
7.	Niederlande.....	32
8.	Schweden	35
9.	Belgien	40

10.	Österreich	44
11.	Malta	47
12.	Common Law Rechtskreis	51
C.	Übersicht	55
Anhang: Gesetzes-, Literatur- und Materialienverzeichnis		62
1.	Vereinigte Staaten von Amerika (USA)	62
2.	Europäische Union (EU)	64
3.	Deutschland	67
4.	Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland (UK)	70
5.	Frankreich	72
6.	Italien	74
7.	Spanien	76
8.	Niederlande	78
9.	Schweden	80
10.	Belgien	82
11.	Österreich	84
12.	Malta	85
13.	Common Law Rechtskreis	87
Annexe 4 : Regulierungsbehörden		211
Annexe 5 : Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren		218
Annexe 6 : Verfahrensdauern		219
Annexe 7 : Liste des abréviations		220

Aperçu

La première partie du rapport présente le mandat (chap. 1) et la composition de la commission d'experts (chap. 2), en décrit la démarche (chap. 3) et contient des remarques terminologiques préliminaires (chap. 4).

La deuxième partie traite des bases à prendre en compte pour l'organisation des autorités de la concurrence, à savoir les droits fondamentaux de procédure (chap. 5), le cadre international (chap. 6), les principes de l'organisation administrative (chap. 7), l'évolution historique et l'organisation actuelle des autorités de la concurrence (chap. 8) ainsi que les critiques formulées à l'encontre de l'organisation actuelle (chap. 9). Elle aborde également les liens avec la révision partielle en cours de la LCart (chap. 10) ainsi que les tâches ultérieures éventuelles liées à la surveillance des aides d'État (chap. 11).

La troisième partie analyse les modèles possibles d'organisation des autorités de la concurrence. Après une présentation des résultats des auditions menées par la commission d'experts avec les milieux intéressés (chap. 12), elle décrit les autorités de la concurrence d'autres pays (chap. 13) ainsi que d'autres autorités suisses actives dans différents domaines de la réglementation économique (chap. 14). Les résultats de ces analyses servent ensuite à définir les paramètres dont il faut tenir compte pour l'organisation des autorités de la concurrence (chap. 15).

La quatrième partie est consacrée à l'évaluation des modèles envisageables. L'examen débute par une analyse des critères d'évaluation (chap. 16), avec un accent particulier sur la séparation entre l'autorité d'instruction et l'autorité de décision (chap. 17). Il porte ensuite sur la notion d'efficience, qui inclut la durée de la procédure et l'aménagement des voies de recours (chap. 18) ainsi que l'organisation de l'autorité administrative (chap. 19). Un chapitre spécial est consacré à l'évaluation des actions civiles en droit des cartels (chap. 20). Quatre modèles concrets d'organisation des autorités de la concurrence (plus des réformes du Tribunal administratif fédéral) sont ensuite proposés et évalués sur la base des critères d'évaluation (chap. 21).

La cinquième partie contient les recommandations finales de la commission d'experts.

Des informations complémentaires et approfondies figurent dans les annexes.

Synthèse

La Commission de la concurrence (COMCO) est une commission fédérale de milice composée de 12 membres, dont 5 représentent des groupements d'intérêts. La COMCO est dotée d'un secrétariat chargé de mener les enquêtes et de lui soumettre des projets de décision. En ce qui concerne la procédure, il existe une certaine séparation entre le secrétariat et la commission, mais celle-ci n'est pas totale. Les décisions de la COMCO peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, puis auprès du Tribunal fédéral.

Le projet de révision de la loi sur les cartels de 2012 prévoyait, outre des aspects de droit matériel, une réforme institutionnelle : le Conseil fédéral avait proposé une solution consistant à créer une autorité de la concurrence sous la forme d'un établissement de droit public chargé de mener les enquêtes et à désigner le Tribunal administratif fédéral en tant qu'autorité de décision de première instance. Cependant, le Conseil des États, en tant que premier conseil, avait opté pour une réforme ponctuelle visant à réduire la taille de la commission et à la professionnaliser. Le Conseil national n'étant pas entré en matière sur le projet de révision, celui-ci n'a pas abouti.

En novembre 2021, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation relative à la révision partielle de la loi sur les cartels (LCart), qui contenait diverses propositions de modifications matérielles, sans toutefois envisager une réforme des autorités de la concurrence. Or de nombreux avis émis à cette occasion ont exigé une réforme institutionnelle. Le 17 mars 2023, le Conseil fédéral a donc décidé d'envisager une réforme institutionnelle séparément de la révision partielle de la LCart en cours et a chargé le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) de nommer une commission d'experts. Le DEFR a confié à cette commission le mandat d'établir les bases nécessaires à l'élaboration d'une réforme institutionnelle solidement étayée et assurée d'un large soutien.

La structure institutionnelle actuelle fait l'objet de différentes critiques : la procédure devant la COMCO est parfois jugée problématique du point de vue de l'état de droit, principalement parce que la compétence d'instruire (secrétariat) et celle de décider (commission) ne sont pas strictement séparées. Cette critique repose principalement sur le fait que les sanctions directes du droit des cartels sont considérées comme relevant du droit pénal ou ayant un caractère similaire au droit pénal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). De ce point de vue, par analogie avec le droit de procédure pénale, l'instauration d'une séparation stricte entre la compétence d'instruire et celle de décider est considérée comme devant être un élément central de la réforme institutionnelle. La longueur des procédures et le manque d'indépendance de la COMCO vis-à-vis de la politique font également l'objet de critiques, tout comme la composition de la commission et, en particulier, la représentation des groupements d'intérêts.

La commission d'experts a examiné ces critiques, des propositions d'amélioration ainsi que les alternatives envisageables. À cette fin, elle a auditionné différents acteurs (autorités, organisations économiques et professionnelles), elle a analysé les bases procédurales et internationales pertinentes, considéré l'organisation des autorités de la concurrence dans différents pays et comparé la structure de la COMCO avec celle d'autres autorités suisses chargées de surveiller et de réguler l'économie, notamment avec des autorités qui prononcent des sanctions administratives ayant un caractère pénal.

Sur la base de ces informations, la commission d'experts a identifié les modèles d'organisation possibles et les a distingués selon les paramètres suivants :

- Selon la séparation entre l'autorité qui enquête et celle qui décide :
 - statu quo avec une certaine séparation, mais pas totale ;
 - modèle d'autorité administrative à un niveau, sans séparation entre l'instruction et la décision ;

- modèle d'autorité administrative à deux niveaux, avec séparation stricte entre l'instruction et la décision au sein de l'autorité administrative ;
- modèle du tribunal, avec une autorité administrative chargée de l'instruction et un tribunal statuant en première instance sur requête de l'autorité d'instruction.
- Selon la forme juridique des autorités de la concurrence :
 - Pour l'autorité administrative sont envisageables :
 - la structure actuelle de la commission fédérale ;
 - l'établissement de droit public.
 - Ont été exclues d'emblée une unité administrative autonome sans personnalité juridique propre et une structure extérieure à l'administration fédérale comme le Ministère public de la Confédération.
- Pour l'autorité judiciaire sont envisageables :
 - le Tribunal administratif fédéral, avec d'éventuelles modifications ;
 - un tribunal spécial de la concurrence.
- Selon l'organisation des voies de recours :
 - Si une autorité administrative statue en première instance, un recours contre sa décision doit être possible auprès d'un tribunal avec plein pouvoir de cognition en fait et en droit ; une instance supplémentaire peut se limiter à un examen juridique et à un examen des faits limité à l'arbitraire.
 - Si la première instance est un tribunal, l'autorité de recours peut se borner à un examen juridique et à un examen des faits limité à l'arbitraire. Une instance de recours supplémentaire est envisageable.

Sur la base de ces paramètres, la commission d'experts a discuté les critiques émises de manière approfondie.

Séparation entre l'instruction et la décision : Typique de la procédure pénale ordinaire, la séparation entre l'autorité d'instruction et l'autorité de décision est en revanche étrangère à la procédure administrative : une autorité administrative instruit et statue ; sa décision peut faire l'objet d'un recours auprès d'un tribunal. La procédure est analogue dans la procédure de l'ordonnance pénale et en procédure pénale administrative. Une telle procédure est conforme aux exigences de la Constitution et des conventions internationales pour autant que la décision de l'autorité puisse faire l'objet d'un recours devant un tribunal avec plein pouvoir de cognition en fait et en droit, ce qui est le cas du Tribunal administratif fédéral. La critique est parfois faite au Tribunal administratif fédéral de ne pas exercer le pouvoir d'examen imposé par la loi, mais cette critique ne se vérifie pas en matière de droit des cartels. La structure actuelle répond donc aux exigences constitutionnelles et conventionnelles. Une plus grande séparation entre l'instruction et la décision n'est pas nécessaire, mais elle n'est pas non plus exclue et serait souhaitable du point de vue de l'état de droit. La question se poserait alors de savoir si la même solution devrait également être retenue pour toute autre autorité administrative qui prononce des sanctions pénales ou similaires à celles du droit pénal. Enfin, il existe d'autres mesures qui permettent de répondre aux critiques en lien avec les exigences de l'état de droit parfois formulées à l'encontre de la procédure actuelle.

Durée de la procédure : Dans le système actuel, les procédures en matière de droit des cartels durent souvent beaucoup trop longtemps. Le problème tient moins à la durée de la procédure devant la COMCO, qui est raisonnable en comparaison internationale, qu'à celle de la procédure de recours, notamment devant le Tribunal administratif fédéral. Par conséquent, une amélioration de la structure de la COMCO ne permettrait guère de réduire de manière significative la durée de la procédure. Le besoin de réforme se situe au niveau des tribunaux. Il serait envisageable de créer un tribunal spécial de la concurrence, solution qui s'imposerait dans un modèle judiciaire dans lequel le tribunal statuerait en première instance. La procédure de première instance serait alors certes plus longue que la procédure actuelle devant la COMCO, mais resterait plus courte que la durée actuelle jusqu'à la décision du Tribunal administratif fédéral. La décision du tribunal de première instance pourrait

ensuite faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral. Dans les autres modèles examinés par la commission d'experts, la création d'un tribunal spécial de la concurrence serait étrangère au système ; ces modèles nécessitent donc de maintenir le Tribunal administratif fédéral comme instance de recours, tout en adoptant des réformes ponctuelles.

Indépendance : La question de l'indépendance vis-à-vis du monde politique se pose principalement pour l'autorité de la concurrence administrative. À cet égard, il n'y a pas de différences majeures entre une commission fédérale et un établissement de droit public. Le choix de la forme juridique dépend plutôt de la volonté ou non de séparer la compétence d'instruire et celle de décider. Les modèles d'autorité administrative à deux niveaux impliquent un dualisme entre autorité d'enquête et autorité de décision ; il serait donc logique de conserver la structure actuelle avec un secrétariat et une commission et, au besoin, de la modifier sur des points isolés. En revanche, le modèle d'autorité administrative à un niveau et le modèle du tribunal ne requièrent pas un dualisme institutionnel de l'autorité de la concurrence, si bien qu'une autorité unique sous la forme d'un établissement de droit public s'impose. S'agissant de la composition actuelle de la COMCO, la pratique actuelle selon laquelle cinq associations sont régulièrement représentées au sein de la commission est problématique. Indépendamment de cela, la commission d'experts juge nécessaire de réduire la taille de la commission (5 à 7 membres).

Au vu de ces considérations, la commission d'experts a examiné quatre modèles en plus du statu quo, à savoir :

- **Statu quo optimisé** : réduction de la taille et professionnalisation de la commission, modifications ponctuelles dans la répartition des tâches entre la commission et le secrétariat et améliorations de la procédure. Voies de recours : recours auprès du Tribunal administratif fédéral, puis auprès du Tribunal fédéral.
- **Modèle d'autorité administrative à deux niveaux** : séparation stricte entre le secrétariat et la commission, sur le plan institutionnel et du personnel. Le secrétariat instruit et présente ses requêtes à la commission, laquelle décide. Voies de recours : recours auprès du Tribunal administratif fédéral, puis auprès du Tribunal fédéral.
- **Modèle d'autorité administrative à un niveau** : une autorité de la concurrence sous forme d'un établissement de droit public statue ; il n'y a pas de séparation entre l'autorité d'instruction et l'autorité de décision. Voies de recours : recours auprès du Tribunal administratif fédéral, puis auprès du Tribunal fédéral.
- **Modèle du tribunal** : une autorité de la concurrence sous forme d'un établissement de droit public instruit. Un tribunal de la concurrence décide sur requête de l'autorité de la concurrence. Voies de recours : recours auprès du Tribunal fédéral.

Dans tous les modèles où le Tribunal administratif fédéral est maintenu, la commission d'experts propose de réformer celui-ci pour le droit des cartels, mais également pour les autres procédures.

La commission d'experts a ensuite évalué les modèles en fonction de différents critères : l'efficacité dans l'application du droit de la concurrence, l'efficience (durée réduite de la procédure et pas d'utilisation excessive de ressources), la conformité avec l'état de droit, l'indépendance, les difficultés de mise en œuvre et la cohérence du système. Dans l'idéal, les autorités de la concurrence devraient être aménagées de manière à pouvoir également assumer d'éventuelles futures tâches dans le domaine de la surveillance des aides d'État.

La commission d'experts a également examiné la possibilité de centraliser les procédures civiles en droit de la concurrence auprès d'un tribunal civil fédéral de première instance. Cette solution ne s'imposerait cependant que si le modèle du tribunal était choisi et qu'un tribunal spécial de la concurrence était constitué, lequel pourrait alors en toute logique trancher en première instance les actions civiles en droit des cartels (à l'image du Tribunal fédéral des brevets).

En conclusion, la commission d'experts recommande unanimement le modèle du *statu quo optimisé*, accompagné de réformes du Tribunal administratif fédéral (réduction de la taille et professionnalisation de la commission ; élection de juges suppléants spécialisés au Tribunal administratif fédéral ; diverses modifications procédurales pour la commission et le Tribunal administratif fédéral). Ce modèle permet de répondre à l'essentiel des critiques émises à l'encontre du système actuel, dans la mesure où elles sont justifiées. Il satisfait aux exigences de l'état de droit, offre une garantie en termes d'efficacité et d'efficience, est conforme au système et peut facilement être mis en œuvre avec des modifications législatives mineures et un coût réduit.

Le *modèle du tribunal* est certes conforme à la proposition faite par certains d'une séparation stricte entre l'autorité d'instruction et l'autorité de décision et permet d'obtenir plus rapidement une décision judiciaire. Cependant, parmi tous les modèles, c'est celui qui engendre les plus grandes difficultés de mise en œuvre tant au niveau législatif qu'organisationnel. Il est en outre contraire au système applicable à la procédure administrative et soulèverait la question de savoir si un tel modèle devrait également être introduit dans les autres cas où des sanctions administratives sont prononcées. De plus, il ne correspond pas à l'organisation de la quasi-totalité des autorités européennes de la concurrence. Pour ces motifs, une majorité des membres de la commission d'experts est d'avis qu'il serait préférable de conserver le *statu quo* plutôt que d'adopter un tel modèle.

De l'avis de la commission d'experts, il n'est pas souhaitable d'adopter les *modèles d'autorité administrative à un ou à deux niveaux*, car ils n'apportent pas de réelle plus-value. Le modèle à deux niveaux a une incidence négative sur la durée et le coût des procédures, sans toutefois répondre à l'objectif de rapprocher la procédure des principes de la procédure pénale. Le modèle à un niveau serait certes conforme au système de la procédure administrative et pourrait quelque peu accélérer la procédure devant l'autorité de la concurrence, mais il entraînerait la suppression de l'examen par des experts externes ainsi que des mécanismes de contrôle qui y sont associés.

Contexte

Cette partie décrit le mandat confié à la commission d'experts, la composition de la commission et son mode de fonctionnement.

1 Mandat de la commission d'experts

Le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation concernant la révision partielle de la loi sur les cartels (LCart) en novembre 2021. L'élément central du projet mis en consultation était la modernisation du contrôle des concentrations d'entreprises, avec le passage du test de dominance qualifiée au test SIEC (*Significant Impediment to Effective Competition*). Le projet prévoyait également une simplification de l'obligation de notifier les concentrations au niveau européen, un renforcement du volet civil du droit des cartels et l'amélioration de la procédure d'opposition. Les motions Fournier 16.4094 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence » et Français 18.4282 « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » ont également été intégrées au projet.

La réforme des autorités de la concurrence n'en faisait pas partie. Or, de nombreux avis émis à cette occasion ont exigé une réforme institutionnelle.

Le 17 mars 2023, le Conseil fédéral a donc décidé d'engager une réforme institutionnelle distincte de la révision partielle de la LCart en cours et a chargé le DEFR de nommer une commission d'experts à cet effet.

Le DEFR a donc institué une commission d'experts chargée du mandat suivant :

La commission d'experts établit les bases nécessaires à l'élaboration d'une réforme institutionnelle solidement étayée et assurée d'un large soutien. Elle évalue des modèles d'organisation des autorités de la concurrence aussi concrets que possible, en tenant compte des critères suivants :

- Durée réduite de la procédure et utilisation raisonnable des ressources (efficience de l'application de la loi sur les cartels)
- Protection efficace de la concurrence (efficacité de l'application de la loi sur les cartels)
- Compatibilité avec la Cst. et la CEDH (état de droit).

La commission d'experts remet son rapport avant le 3 novembre 2023. Outre la réalisation d'une évaluation tenant compte des critères susmentionnés, ce rapport identifie les conflits d'objectifs et les défis liés à la mise en œuvre du projet.

Indépendante de l'administration et des autres acteurs, la commission doit néanmoins inviter les destinataires et les parties concernées par la législation sur les cartels (notamment les associations économiques, les associations de consommateurs, les ordres d'avocats et les autorités) à participer à des auditions.

Conformément à son mandat, la commission d'experts se penche également sur les questions d'efficacité et d'efficience. Cela concerne des aspects liés à l'organisation et à l'exécution de la loi. La réalisation d'une analyse d'impact de la réglementation dépasserait en revanche le cadre du mandat.

La composante institutionnelle relative à d'autres domaines relevant de la concurrence, notamment la surveillance des prix et la LCD, n'est pas couverte par le mandat et n'a donc pas été incluse dans les travaux de la commission d'experts.

2 Composition

La commission était composée des membres suivants :

- Hansjörg Seiler, ancien juge fédéral et professeur titulaire à l'Université de Lucerne, président
- Blaise Carron, professeur à l'Université de Neuchâtel
- Isabelle Chabloz, professeure à l'Université de Fribourg
- Regina Kiener, professeure à l'Université de Zurich
- Andreas Lienhard, professeur à l'Université de Berne
- Andreas Stöckli, professeur à l'Université de Fribourg

Le secrétariat de la commission était assuré par le SECO.

3 Méthode de travail de la commission d'experts

La commission s'est réunie à huit reprises.

Après s'être penchée sur les bases (voir la deuxième partie), elle a ébauché différents modèles théoriques d'autorités de la concurrence. Au besoin, elle s'est procuré les données nécessaires auprès du secrétariat de la COMCO.

Elle a ensuite effectué des recherches de droit comparé (chap. 13) par l'intermédiaire de l'Institut suisse de droit comparé, qu'elle a chargé d'établir des rapports sur la structure des autorités de la concurrence dans divers pays. Puis elle a chargé M. Johann-Jakob Chervet, docteurant à l'Université de Fribourg, d'effectuer une analyse comparative de la structure organisationnelle des autorités de la concurrence dans différents pays, en s'appuyant notamment sur les rapports de l'Institut de droit comparé.

La commission a également eu recours à la vidéoconférence pour mener des entretiens sélectifs avec des experts d'autres pays :

- Pour l'Allemagne : Andreas Mundt, président de l'Office fédéral allemand des cartels ; Peter Picht, professeur à l'Université de Zurich.
- Pour la France : David Bosco, professeur à la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, directeur du Centre de droit économique.
- Pour l'Autriche : Natalie Harsdorf-Borsch, directrice générale a.i. de l'Autorité fédérale de la concurrence ; Theodor Thanner, ancien directeur général de l'Autorité fédérale de la concurrence.

La commission d'experts a en outre examiné le statut juridique d'autres autorités suisses de surveillance et de régulation économiques (chap. 14). Dans ce contexte, elle a adressé à la FINMA un questionnaire portant sur divers aspects institutionnels, auquel celle-ci a répondu par écrit.

Conformément à son mandat, la commission devait inviter les destinataires et autres parties concernées par la législation sur les cartels à participer à des auditions. Elle a donc convié les acteurs suivants :

- Des représentants des autorités concernées : Commission de la concurrence, secrétariat de la COMCO, trois anciens présidents de la COMCO (les professeurs Heinemann, Martenet et Stoffel) ; Tribunal fédéral et Tribunal administratif fédéral.
- Des représentants d'associations économiques : economiesuisse, Union suisse des arts et métiers, Union suisse des paysans, Union syndicale suisse, SwissHoldings, Stiftung für Konsumentenschutz, Associazione Consumatori e consumatori Svizzera Italiana, Fédération romande des consommateurs, Schweizerisches Konsumentenforum. La commission a pris la décision de ne pas procéder à l'audition de certaines associations sectorielles, considérant que leur point de vue serait pris en compte dans les déclarations des organisations faîtières.
- Des organisations spécialisées : Fédération suisse des avocats, Studienvereinigung Kartellrecht, Arbeitsgruppe Schweiz, Association suisse pour la conformité et le droit de la concurrence (ACCL).

Enfin, la commission d'experts a entendu les juges d'appel Christian Josi (Berne) et Meinrad Vetter (Argovie) en qualité de représentants de la justice civile.

La procédure d'audition comportait deux étapes : envoi d'un questionnaire, suivi d'auditions personnelles. Toutes les organisations consultées ont participé par écrit, puis oralement à l'audition, à deux exceptions près : l'Associazione Consumatrici e consumatori Svizzera Italiana et la Fédération romande des consommateurs. Certaines d'entre elles ont déposé des prises de position complémentaires.

4 Remarques terminologiques préliminaires

Les conventions terminologiques suivantes sont utilisées dans le présent rapport :

- **COMCO** : l'autorité dans son ensemble (commission et secrétariat) ;
- **Commission ou Commission de la concurrence** : la commission en tant que telle ;
- **Secrétariat** : le secrétariat uniquement.

II. Bases

5 Droits fondamentaux de procédure

Le présent chapitre présente les droits fondamentaux de procédure qu'il convient de respecter dans toutes les procédures administratives. Comme les sanctions directes du droit des cartels relèvent du droit pénal, les principales garanties pénales sont également exposées dans ce cadre. Leur portée sur l'organisation des autorités de la concurrence est discutée plus loin (chap. 17).

5.1 Droits fondamentaux généraux de procédure

Les procédures engagées en application du droit de la concurrence doivent respecter les garanties de procédure comme toutes les actions menées devant une autorité étatique. En font partie les garanties générales de procédure énumérées à l'art. 29 Cst. :

- Toute personne a droit à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable.
- Les parties ont le droit d'être entendues.
- Toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit à l'assistance judiciaire et, le cas échéant, à l'assistance gratuite d'un défenseur si sa cause ne paraît dépourvue de toute chance de succès. Selon la jurisprudence, les personnes morales ne peuvent en principe pas prétendre à l'assistance judiciaire¹.

Ces garanties générales de procédure s'appliquent aussi bien aux procédures engagées devant des autorités administratives qu'à celles menées devant des tribunaux.

Toutes les causes devant être jugées dans une procédure judiciaire sont soumises aux dispositions de l'art. 30 Cst. et de l'art. 6 CEDH, selon lesquelles toute personne a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial, dont l'audience et le prononcé du jugement sont publics, sauf exception prévue par la loi. Les tribunaux d'exception sont interdits ; il est toutefois possible de recourir à des tribunaux spéciaux prévus par la loi pour certains types de procédures.

¹ ATF 143 I 328 consid. 3.1 (avec d'autres indications).

5.2 Garantie de l'accès au juge

En vertu de l'art. 29a Cst., toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire, à moins que ce droit ne soit exceptionnellement exclu par la législation (garantie de l'accès au juge). Dans la mesure où une autorité administrative a statué en première instance, il doit donc exister une possibilité de recours auprès d'un tribunal, afin que celui-ci procède à un libre examen des questions de droit et de fait. Un contrôle judiciaire de l'opportunité ou un examen par plusieurs instances judiciaires ne sont pas exigés par la Constitution.

Ce droit découle également, en ce qui concerne les droits de caractère civil et les accusations en matière pénale, de l'art. 6, ch. 1, CEDH, étant entendu que la notion de droits de caractère civil concerne également de nombreux cas qui, en droit national, sont considérés comme relevant du droit administratif et que la notion d'accusation en matière pénale est également interprétée non pas en fonction de la qualification en droit national, mais selon les critères retenus par la CEDH (critères Engel)².

Dans les litiges qui, selon le droit national, sont qualifiés d'administratifs et qui sont tranchés en première instance par des autorités administratives de la Confédération, la garantie de l'accès au juge se concrétise par le fait que les décisions de l'administration peuvent, à quelques exceptions près, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 191a, al. 2, Cst. ; art. 31 à 33 LTAF). Les décisions du Tribunal administratif fédéral peuvent en principe être attaquées devant le Tribunal fédéral (art. 189, al 1, et art. 191, al. 1, Cst. ; art. 86, al. 1, let. a, LTF). Dans certains domaines, la loi peut prévoir une limite de la valeur litigieuse lorsqu'aucune question juridique d'importance fondamentale n'est concernée, ou exclure totalement l'accès au Tribunal fédéral (art. 191, al. 2 et 3, Cst.). Le législateur a prévu de telles exceptions (art. 83 à 85 LTF) pour les recours en matière de droit public.

La loi peut également instituer d'autres autorités judiciaires de la Confédération (art. 191a, al. 3, Cst.). Ainsi, un Tribunal fédéral des brevets spécial a été institué en 2010 en tant que tribunal de première instance de la Confédération pour les actions civiles en matière de brevets (art. 26 LBI).

Jusqu'au 31 décembre 2006, il existait à l'échelon fédéral de nombreuses commissions de recours judiciaires compétentes dans des domaines spécifiques, et notamment la Commission de recours pour les questions de concurrence en ce qui concerne le droit de la concurrence. Toutes ces commissions ont été supprimées le 1^{er} janvier 2007 et transférées au Tribunal administratif fédéral nouvellement créé. La création de tribunaux spéciaux va à l'encontre de la centralisation de la juridiction administrative fédérale envisagée à l'époque, mais elle est autorisée par la Constitution. Ainsi, la révision en cours du droit des brevets³ prévoit que le Tribunal fédéral des brevets statue désormais également sur les recours contre les décisions de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle.

5.3 Garanties pénales

Des garanties supplémentaires s'appliquent aux procédures pénales, à l'instar du droit de ne pas s'auto-incriminer (*nemo tenetur se ipsum accusare*) qui découle de l'art. 6, ch. 1, CEDH, de la présomption d'innocence (art. 32, al. 1, Cst. ; art. 6, ch. 2, CEDH) ainsi que des droits particuliers découlant de la maxime d'accusation en droit pénal (art. 32, al. 2, Cst. ; art. 6, ch. 3, CEDH).

L'art. 32, al. 3, Cst. prévoit en outre que toute personne condamnée a le droit de faire examiner le jugement par une juridiction supérieure, sauf si le Tribunal fédéral (TF) statue en instance unique.

² Ainsi nommés après l'arrêt de la CEDH Engel et autres c. Pays-Bas du 8 juin 1976. Ces critères sont les suivants : 1. Qualification de l'état de fait en droit national. 2. Nature de l'infraction. 3. Nature et gravité de la sanction.

³ Message du 16 novembre 2022 relatif à la révision de la loi sur les brevets (FF 2023 7).

Cette garantie spécifique de recours en matière pénale correspond à celle prévue à l'art. 2 du septième protocole additionnel à la CEDH⁴ et à l'art. 14, ch. 5 du Pacte II de l'ONU^{5, 6}.

Le champ d'application de l'art. 32 Cst. ne doit pas être interprété de manière restrictive ; il s'étend aux procédures qui, selon la jurisprudence Engel de la CEDH, sont considérées comme relevant du droit pénal⁷.

Selon les travaux législatifs sur la Constitution⁸ et la doctrine dominante⁹, il suffit que la deuxième instance judiciaire exerce un libre examen de la conformité au droit ainsi qu'un examen des faits limité uniquement à l'arbitraire. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à un libre examen des faits. Cela ressort également de la jurisprudence du TF, étant donné que l'art. 2, al. 1, prot. add. n° 7 à la CEDH et l'art. 14, ch. 5 du Pacte II de l'ONU confèrent aux États parties un large pouvoir d'appréciation dans l'aménagement des voies de recours¹⁰. En conséquence, la situation légale prévalant avant la création d'une instance d'appel au sein du Tribunal pénal fédéral (TPF), selon laquelle les décisions de la Cour des affaires pénales ne pouvaient être attaquées que par un recours au Tribunal fédéral, était conforme à la Constitution et à la Convention¹¹.

5.4 Résultat intermédiaire

La procédure devant les autorités de la concurrence doit garantir à toute personne le droit à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Dans la mesure où une autorité administrative a statué en première instance, il doit exister une possibilité de recours auprès d'un tribunal qui procède à un libre examen des questions de fait et de droit. Dans les affaires administratives fédérales, il s'agit en principe du Tribunal administratif fédéral. Pour les procédures pénales, le principe est qu'une décision judiciaire doit pouvoir être examinée par un tribunal supérieur, et qu'il suffit que la deuxième instance judiciaire procède à un libre examen juridique et à un examen des faits limité à l'arbitraire.

6 Environnement international

Ce chapitre présente la situation internationale dont il faut tenir compte dans l'organisation des autorités de la concurrence suisses.

6.1 Accords de coopération en matière de concurrence entre la Suisse et l'UE et entre la Suisse et l'Allemagne

La Suisse a conclu le 17 mai 2013 avec l'UE (RS 0.251.268.1) et le 1^{er} novembre 2022 avec l'Allemagne (RS 0.251.136.1) des accords de coopération sur l'application de leur droit de la concurrence. Conformément à leur article premier respectif, ces accords ont pour objet de contribuer à l'application efficace du droit de la concurrence de chaque partie par la coopération et la

⁴ Art. 2 prot. add. n° 7 à la CEDH

1. Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, est régi par la loi.

2. Ce droit peut faire l'objet d'exceptions pour des infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi ou lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son acquittement.

⁵ Art. 14, ch. 5 du Pacte II de l'ONU : toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi.

⁶ ATF 148 IV 362 consid. 1.10.2 ; 131 I 275 consid. 3.2.3.1

⁷ TF, arrêt 6B_961/2019 du 14 février 2020 consid. 4.4.2

⁸ FF 1997 I 1, p. 188.

⁹ Biaggini, BV-Kommentar, art. 32 ch. marg. 13 ; Macaluso/Garbarski, Commentaire Romand Cst., art. 32 ch. marg. 66 s. ; Vest, St. Galler BV-Kommentar, art. 32 ch. marg. 49 ; avis contraire : Göksu, Basler BV-Kommentar, art. 32 ch. marg. 20.

¹⁰ ATF 139 I 72 consid. 5.4 en relation avec le droit des cartels ; 128 I 237 consid. 3 ; 124 I 92 consid. 2 ; TF, 6B_352/2018 du 27 juillet 2018 consid. 3.2.1 ; 2C_476/2014 du 21 novembre 2014 consid. 5.1.

¹¹ ATF 144 IV 52 non publié consid. 2

coordination (ce qui inclut l'échange d'informations) entre les autorités de la concurrence des parties, et d'éviter les conflits entre les parties pour toutes les questions touchant à l'application du droit de la concurrence de chaque partie, ou de réduire la possibilité que de tels conflits surviennent. Ils régissent l'échange d'informations et la coordination entre les autorités de la concurrence des parties. Parmi les définitions figure celle des « autorités de concurrence » des parties, à l'art. 2, ch. 1 de l'accord Suisse-UE et à l'art. 3, al. 1 de l'accord Suisse-Allemagne :

« b) pour la Suisse : la Commission de la concurrence, y compris son secrétariat. »

Ces accords presupposent donc l'existence de la COMCO et de son secrétariat. Toutefois, ces dispositions ne figurent que dans les définitions. Nulle part ailleurs, les accords ne posent des exigences quant à l'organisation de l'autorité de concurrence. Une modification de l'organisation des autorités de la concurrence n'est donc pas interdite par ces accords, mais nécessiterait d'en informer l'autre partie. À la demande de l'une ou l'autre partie, les parties procèdent à des consultations pour apprécier les répercussions spécifiques de ces modifications ou changements sur l'accord, et notamment pour déterminer si celui-ci doit être modifié (art. 11, al. 2 de l'accord avec l'UE ; art. 13, al. 2 de l'accord avec l'Allemagne). Une telle modification pourrait vraisemblablement être abandonnée si la nouvelle organisation se révélait globalement équivalente à la COMCO dans l'appréciation de l'autre partie contractante.

6.2 Accord sur le transport aérien entre la Suisse et l'UE

L'accord du 21 juin 1999 sur le transport aérien entre la Suisse et l'UE (RS 0.748.127.192.68) contient des règles sur les accords et pratiques entravant la concurrence ainsi que sur l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché (art. 8 et 9). Ces dispositions sont appliquées par les organes de l'UE en ce qui concerne les relations entre la Suisse et l'UE et par les autorités suisses pour ce qui est des relations entre la Suisse et les pays tiers (art. 11). L'accord contient également des dispositions relatives aux entreprises publiques, aux monopoles et aux aides d'État (art. 12 et 13). L'article 14 oblige les parties contractantes à assurer un suivi permanent des régimes d'aide existants et projetés dans les États membres de l'UE et en Suisse. En Suisse, cette tâche a été confiée à la COMCO (art. 103 de la loi sur l'aviation, LA ; RS 748 ; art. 2 RI-COMCO). Elle vérifie si les aides prévues par le Conseil fédéral, les cantons, les communes ou d'autres collectivités et établissements de droit public sont compatibles avec l'accord sur le transport aérien¹².

6.3 OCDE

Dans le cadre de son évaluation de la politique suisse de la concurrence, l'OCDE a émis en 2006 onze recommandations, dont trois (n° 1, 3 et 7) portaient sur les aspects institutionnels de la loi sur les cartels. L'OCDE a surtout critiqué la présence de représentants de groupements d'intérêts au sein de la COMCO ainsi que les ressources jugées insuffisantes de celle-ci. Elle a en outre suggéré d'examiner la possibilité d'assurer la participation de la surveillance des prix et de la protection des consommateurs au sein des autorités de la concurrence (le texte des recommandations figure à l'annexe 1).

Les 5 et 6 octobre 2021, le Conseil de l'OCDE a adopté la Recommandation du Conseil sur la transparence et l'équité procédurale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Celle-ci contient plusieurs recommandations : s'agissant du cadre institutionnel, les États membres doivent s'assurer que les autorités de la concurrence sont indépendantes, impartiales et professionnelles, que les procédures peuvent être menées à terme dans un délai raisonnable et que les décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire (le texte de la recommandation figure à l'annexe 1).

¹² Voir Matthias Oesch, Schweiz-Europäische Union, EIZ Publishing 2020, ch. marg. 225.

6.4 Résultat intermédiaire

Il ressort des recommandations de l'OCDE et des accords de coopération avec l'UE et l'Allemagne que la Suisse doit disposer d'autorités de la concurrence efficaces et indépendantes. Le droit international ne précise toutefois pas les détails de leur organisation.

7 Organisation de l'administration

Ce chapitre présente les principes de l'organisation administrative et les formes juridiques envisageables.

7.1 Bases

L'art. 178 Cst. prévoit que le Conseil fédéral dirige l'administration fédérale. Il assure l'organisation rationnelle de celle-ci et veille à la bonne exécution des tâches qui lui sont confiées. L'administration fédérale est divisée en départements, dirigés chacun par un membre du Conseil fédéral.

L'art. 2 LOGA précise que l'administration fédérale se compose des départements et de la Chancellerie fédérale. Les départements s'organisent en offices et disposent chacun d'un secrétariat général. À teneur des dispositions régissant son organisation, l'administration fédérale comprend en outre des unités administratives décentralisées. L'art. 178, al. 3, Cst. dispose en outre que la loi peut confier des tâches de l'administration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale.

L'art. 8 LOGA règle l'organisation et la direction de l'administration fédérale par le Conseil fédéral de manière différenciée en fonction de la structure organisationnelle : le Conseil fédéral établit une organisation rationnelle de l'administration fédérale et la modifie lorsque les circonstances l'exigent. Il peut, pour ce faire, déroger à des dispositions légales en matière d'organisation, à moins que l'Assemblée fédérale ne restreigne expressément sa compétence en matière d'organisation (al. 1). Le Conseil fédéral développe l'efficacité de l'administration fédérale et ses capacités d'innovation (al. 2) et exerce une surveillance constante et systématique de l'administration fédérale (al. 3). Conformément aux dispositions particulières, il contrôle les unités administratives décentralisées ainsi que les organes extérieurs à l'administration qui sont chargés de tâches administratives de la Confédération (al. 4). Par ailleurs, si cela s'avère opportun, il fixe les objectifs stratégiques du domaine des EPF et des personnes de droit public ou privé qui n'appartiennent pas à l'administration fédérale centrale, qui ont été créées par la législation fédérale ou dont le capital et les voix sont détenus à titre majoritaire par la Confédération, ou encore qui sont chargées de tâches administratives (al. 5).

La loi fait donc une distinction entre l'administration fédérale centrale, l'administration décentralisée et l'exécution de tâches par des entités administratives qui ne font pas partie de l'administration fédérale.

En vertu de l'art. 7 OLOGA, *l'administration fédérale centrale* comprend les départements et la Chancellerie fédérale, les secrétariats généraux des départements et les autres subdivisions du département, les groupements ainsi que les offices et leurs subdivisions. Les unités de l'administration fédérale centrale sont soumises à la surveillance directe et à l'autorité du chef ou de la cheffe de département (art. 38 et 45 LOGA ; art. 7, al. 3, OLOGA).

La création d'*unités administratives décentralisées* dans des cas particuliers leur confère une certaine indépendance vis-à-vis des influences politiques (voir chap. 19). Font partie de l'administration fédérale décentralisée (art. 7a en relation avec l'art. 6, al. 2, OLOGA) :

- Les *commissions extraparlementaires* au sens de l'art. 57a LOGA ; de telles commissions peuvent être instituées conformément à l'art. 57b LOGA, lorsque l'accomplissement des tâches requiert

des connaissances particulières dont l'administration fédérale ne dispose pas, exige la participation précoce des cantons ou d'autres milieux intéressés ou doit être confié à une unité de l'administration fédérale décentralisée non liée par des instructions. Le Conseil fédéral institue les commissions extraparlementaires et en nomme les membres (art. 57c, al. 2, LOGA). Les commissions extraparlementaires conseillent en permanence le Conseil fédéral et l'administration fédérale dans l'accomplissement de leurs tâches (art. 57a, al. 1, LOGA). Elles prennent des décisions dans la mesure où une loi fédérale les y autorise (art. 57a, al. 2, LOGA ; il s'agit des *commissions fédérales*). La COMCO en fait partie.

- Les *unités administratives sans personnalité juridique devenues autonomes sur le plan organisationnel* après avoir été détachées de l'administration par la loi ; en font partie le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), le service Surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (SCPT), la Commission nationale de prévention de la torture, l'Autorité de surveillance indépendante des activités de renseignement et le Contrôle fédéral des finances.
- Les *corporations, fondations et établissements de droit public institués par la loi qui sont devenus juridiquement autonomes*, pour autant que leurs prestations ne consistent pas essentiellement en prestations fournies sur le marché ;
- Les *sociétés anonymes* dans lesquelles la Confédération détient la majorité du capital ou des voix, pour autant que leurs prestations ne consistent pas essentiellement en prestations fournies sur le marché.

Les *organisations ou personnes extérieures à l'administration* qui remplissent les tâches administratives visées à l'art. 2, al. 4, LOGA et dont les prestations consistent essentiellement en prestations proposées sur le marché ne font pas partie de l'administration fédérale.

7.2 Gouvernance des entreprises publiques

Dans son rapport du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération (rapport sur le gouvernement d'entreprise)¹³, le Conseil fédéral a établi une typologie des tâches à confier à des entités de la Confédération devenues autonomes. Il distingue les quatre types de tâches suivants :

- Tâches ministérielles : tâches liées à la préparation des dossiers politiques et prestations relevant clairement de la puissance publique ; leur exécution incombe à l'administration fédérale centrale.
- Prestations à caractère monopolistique : tâches constituant clairement des prestations, mais pour lesquelles il n'existe pas de marché à proprement parler. Elles se prêtent à l'externalisation lorsque le besoin de coordination est quasiment inexistant et que le potentiel de synergies avec d'autres tâches de la Confédération se révèle moindre. La forme juridique choisie est en principe celle d'un établissement de droit public.
- Tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité : celles-ci doivent être externalisées, notamment en raison de l'indépendance requise pour leur exécution. La forme juridique préconisée dans ce cas est également l'établissement de droit public. La forme organisationnelle de la commission fédérale doit être envisagée pour les unités qui ont besoin d'une certaine indépendance par rapport au monde politique pour accomplir leurs tâches, sans toutefois qu'il soit nécessaire de leur conférer l'autonomie juridique. La COMCO en est un bon exemple.
- Prestations fournies sur le marché : la société anonyme de droit privé est la forme juridique à privilégier.

Le rapport sur le gouvernement d'entreprise contient 37 principes directeurs relatifs à l'organisation et au pilotage des organes de l'administration devenues autonomes. Le principe n° 1 est le suivant : « En principe, il convient d'assigner aux entités devenues autonomes qui accomplissent des tâches fédérales la forme organisationnelle de droit public de l'établissement autonome. [...] ». Les principes

¹³ FF 2006 7799

directeurs sont régis par le précepte « appliquer ou expliquer » et doivent être mis en œuvre dans les actes régissant l'organisation des entités.

Lors de la session de printemps 2008, le Conseil national a pris connaissance du rapport et a transmis quatre postulats. Le Conseil fédéral a ensuite rédigé le « Rapport du Conseil fédéral complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national » du 25 mars 2009¹⁴. Ce rapport aborde d'une part des questions spécifiques et propose d'autre part de compléter les principes du gouvernement d'entreprise dans le domaine du contrôle de gestion (*controlling*) exercé par le Conseil fédéral. Un nouveau principe établit qu'une base légale permettant au Conseil fédéral d'assurer le contrôle de gestion des objectifs stratégiques doit être inscrite dans la loi d'organisation des sociétés fondées sur une loi spéciale et des établissements de droit public. Les mesures que peut prendre le Conseil fédéral en cas de dérives doivent également former un nouveau principe. Enfin, le rôle joué par la Confédération en tant que garante de l'exécution des tâches ainsi que des critères supplémentaires permettant d'évaluer le degré d'atteinte des objectifs stratégiques fixés par le Conseil fédéral complètent désormais le catalogue des principes directeurs. Ce rapport ne contient pas de déclarations spécifiques concernant la COMCO.

L'Administration fédérale des finances et l'Office fédéral de la justice ont élaboré conjointement une loi type concernant des établissements qui exercent une surveillance dans le domaine de l'économie ou de la sécurité, et qui sert de modèle pour l'organisation des établissements de droit public.

Le fonctionnement de la gouvernance des entreprises publiques a fait l'objet d'un examen externe en 2019¹⁵. Le Conseil fédéral a ensuite procédé à des optimisations du modèle de gouvernance¹⁶. Deux motions ont en outre été adoptées¹⁷.

7.3 Indépendance des autorités de surveillance et de régulation

En janvier 2013, les Commissions de gestion des Chambres fédérales (CdG) ont chargé le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) de procéder à l'évaluation de l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation de l'administration fédérale décentralisée. L'objectif était d'identifier et d'apprécier les bases légales visant à garantir l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation. Il était également question d'évaluer la façon dont les normes juridiques étaient appliquées dans la pratique et d'examiner ce que le Conseil fédéral entreprenait, dans la limite de ses compétences, pour garantir l'indépendance des organes précités. Le mandat confié au CPA a été motivé par divers articles parus dans la presse au sujet d'accusations de conflits d'intérêts concernant les autorités ou leurs collaborateurs. Les médias ont notamment critiqué la proximité de la COMCO avec les acteurs du marché qu'elle surveillait.

En 2015, le CPA a rédigé à l'intention de la Commission de gestion du Conseil des États (CdG-E) un rapport d'évaluation de l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation de l'administration fédérale décentralisée¹⁸. Ce rapport analyse, pour 16 autorités de surveillance et de régulation, les bases normatives et leur application. Cinq d'entre elles, dont la COMCO, ont été examinées en détail sur la base d'études de cas.

¹⁴ FF 2009 2299

¹⁵ Lienhard Andreas/Rieder Stefan/Sonderegger Roger W./Ladner Andreas/Höchner Claudia/Ritz Manuel/Roose Zilla, Évaluation du gouvernement d'entreprise de la Confédération fondée sur l'analyse de quatre entreprises, Rapport à l'intention de l'Administration fédérale des finances, 21 juin 2019.

¹⁶ Conseil fédéral, La stratégie du propriétaire pour les entités de la Confédération devenues autonomes, 26 mai 2021.

¹⁷ 30 septembre 2021 et 8 mars 2022 : motion 20.4328 « Renforcer le service public » et motion 20.3551 « Pour une concurrence plus équitable avec les entreprises publiques ».

¹⁸ FF 2016 1561

En ce qui concerne la COMCO, le rapport conclut que sa position est plus fragile que celle d'autres autorités, tant au niveau de l'indépendance de son personnel (organe de direction compris) que de l'autodétermination institutionnelle, même si ses tâches sont en principe comparables à celles de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), de l'Autorité de surveillance en matière de révision (ASR) ou de l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN).

Le rapport aborde le thème de l'indépendance des autorités examinées vis-à-vis de l'administration, et la juge en partie insuffisante, car les commissions ne disposent pas toujours de leur propre secrétariat technique et sont de ce fait tributaires des travaux de l'administration. En revanche, la dépendance des commissions vis-à-vis de leurs propres secrétariats n'a pas été abordée.

Sur la base du rapport du CPA, la CdG-E a rendu son propre rapport le 6 octobre 2015¹⁹. L'évaluation montre globalement une certaine diversité législative dans les normes régissant l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation, diversité que les fonctions différentes assumées par ces autorités ne peuvent à elles seules expliquer. Elle constate en outre qu'en raison de lacunes législatives, l'indépendance de certaines autorités n'est pas réglementée de manière exhaustive. Bien que ces lacunes ne semblent pas poser de problèmes dans la pratique, la CdG-E estime que le Conseil fédéral doit s'efforcer d'harmoniser et d'optimiser les normes régissant l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation.

Le Conseil fédéral s'est prononcé sur les recommandations de la CdG-E le 18 décembre 2015²⁰. Il s'est déclaré disposé à accepter ces recommandations, tout en considérant qu'elles étaient déjà largement mises en œuvre. S'agissant de la COMCO, le Conseil fédéral fait référence à la révision qu'il avait proposée et qui a cependant été rejetée par le Parlement (voir ch. 8.1).

La CdG-E a pris position sur cette question le 9 mai 2017²¹. Considérant que la personnalité juridique et la comptabilité propre représentaient des composantes importantes de l'indépendance institutionnelle, elle a invité le Conseil fédéral et les commissions parlementaires compétentes à accorder à cette question une attention accrue lors de leurs futures activités législatives. Elle a en outre demandé au Conseil fédéral d'élaborer également pour ces autorités des profils d'exigences adaptés à la mission et à l'organisation spécifiques de chacune des entités concernées.

En 2022, la CdG-E a effectué un contrôle de suivi qui a débouché sur son rapport du 21 octobre 2022²². À cette occasion, elle s'est notamment posé la question de savoir si la distinction de forme entre les établissements de droit public et les commissions fédérales était toujours justifiée, estimant qu'une telle différenciation a une influence fondamentale sur les règles d'indépendance de ces autorités. L'argument justifiant le choix de la forme d'une commission fédérale est compréhensible, en particulier lorsqu'il s'agit d'organes de taille réduite, mais cette distinction conceptuelle atteint ses limites dans le cas des commissions de plus grande taille, à l'image de la COMCO, dont le secrétariat compte près de trois fois plus de collaboratrices et collaborateurs que le plus petit des organes (ASR). La commission reconnaît toutefois qu'il ne serait guère réaliste d'exiger que l'ensemble des autorités de surveillance et de régulation bénéficient d'une forme juridique unifiée à l'avenir, et qu'il est par conséquent inévitable que des tâches de surveillance continuent à être assumées pour partie par des commissions fédérales et pour partie par des établissements autonomes. Il importe malgré tout de savoir s'il ne serait pas adéquat d'envisager la transformation de certaines commissions

¹⁹ FF 2016 1549

²⁰ FF 2016 1603

²¹ FF 2017 4213

²² Garantie de l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation de l'administration fédérale décentralisée : état de la mise en œuvre des recommandations de la CdG-E. Rapport de la Commission de gestion du Conseil des États du 21 octobre 2022 ; FF 2022 2979.

fédérales de grande taille en établissements autonomes. La CdG-E invite donc le Conseil fédéral à examiner pour quelles commissions une telle modification pourrait se justifier.

7.4 Sanctions administratives pécuniaires

Au cours des dernières décennies, le législateur a, dans différents domaines, introduit des sanctions administratives dont le but premier n'est pas de rétablir l'état prévu par la loi, mais de sanctionner les justiciables fautifs, et notamment les entreprises. De telles sanctions ont également été introduites en 2003 dans le droit des cartels (art. 49a et 50 LCart, dans la version du 20 juin 2003, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004).

Le postulat CIP-N 18.4100 du 1^{er} novembre 2018 chargeait le Conseil fédéral d'examiner les solutions envisageables pour introduire en droit suisse un régime général de sanctions administratives pécuniaires avec les garanties juridiques nécessaires.

En réponse à ce postulat, le Conseil fédéral a rédigé le rapport sur les sanctions administratives pécuniaires du 23 février 2022²³. Il y décrit la sanction administrative pécuniaire comme « une réaction des autorités à une violation passée d'une prescription de droit administratif, consistant à faire payer un montant à la partie dans le cadre d'une procédure administrative » (p. 12). Il énumère les sanctions applicables dans le droit en vigueur, en précisant qu'elles n'ont pas toutes la même portée dans la réalité juridique. Les sanctions prévues à l'art. 49a LCart sont l'un des principaux exemples d'application de sanctions administratives pécuniaires. Ces sanctions sont régies par le droit général de la procédure administrative (PA), sous réserve des dispositions de lois spéciales. Mais comme elles sont considérées comme pénales au sens de l'art. 6 CEDH, les règles de procédure pénale administrative doivent être ponctuellement adaptées aux exigences du droit pénal, lesquelles ne doivent toutefois pas forcément être conçues à tous égards de la même manière que dans le droit pénal fondamental, compte tenu de leur nature administrative (p. 21 ss.).

Le rapport consacre un chapitre spécifique aux institutions et à la procédure applicable (ch. 5, p. 49 ss.) : les procédures de sanctions administratives pécuniaires doivent être instruites en première instance par des autorités administratives, qui rendent également les décisions prononçant des sanctions. Les autorités administratives (offices de l'administration centrale ou commissions extraparlementaires) revêtent ainsi une double fonction d'instruction des procédures et de sanction. Cette solution présente des avantages sur le plan pratique, puisque les autorités administratives disposent de l'expertise nécessaire dans le domaine en question. Elle permettrait ainsi de remplir l'objectif d'efficacité des procédures. Cela signifie que le prévenu devrait avoir un accès effectif à un tribunal avec plein pouvoir d'examen en fait et en droit.

Le rapport aborde ensuite la question du conflit entre l'obligation de collaborer en procédure administrative et le droit de ne pas s'auto-incriminer (*principe nemo tenetur*) issu du droit pénal (p. 64 ss.) et présente les solutions proposées dans la jurisprudence et la doctrine (p. 74 ss.). Il décrit enfin diverses options législatives susceptibles de résoudre cette situation conflictuelle (p. 81 ss.).

Le rapport conclut (p. 114) que l'instrument de la sanction administrative pécuniaire peut être appliqué de façon conforme au droit conventionnel et constitutionnel et que dans l'ensemble, le droit fédéral actuel a fait ses preuves. Si aucune modification fondamentale de la réglementation actuelle n'est nécessaire, des adaptations législatives ponctuelles sont recommandées, notamment en ce qui concerne la restructuration des entreprises, leur représentation dans les procédures de sanctions, la coordination des procédures, la réglementation de la prescription de la poursuite et de l'exécution de la sanction, l'information du public et, éventuellement, la résolution du conflit entre l'obligation de collaborer (issue de la procédure administrative) et le droit de ne pas s'auto-incriminer (issu du droit

²³ FF 2022 776

pénal). Il n'est pas proposé de *modifications institutionnelles* fondamentales par rapport au régime en vigueur.

Le Conseil fédéral considère qu'il est certes possible d'instaurer un acte modificateur unique ou de créer une nouvelle loi fédérale sur les sanctions administratives pécuniaires dans le but de synthétiser les modifications des actes concernés, mais qu'une telle démarche n'est pas urgente étant donné que les sanctions administratives pécuniaires peuvent être intégrées dans le système de droit administratif général et que les éventuelles modifications affectant des projets législatifs en cours peuvent être réglées dans les lois spéciales. Il estime que la transformation des sanctions administratives en dispositions pénales doit être exclue, dès lors qu'il n'existe aucune raison valable pour induire un changement de système d'une telle ampleur. Une telle mesure provoquerait en outre une forte extension de la pénalisation des infractions, ce qui, de l'avis du Conseil fédéral, n'apparaît pas souhaitable en termes de politique juridique.

Le postulat a été classé le 12 juin 2023.

Après l'adoption de ce rapport, le Conseil national a adopté le 2 mai 2023 le postulat 21.4628 chargeant le Conseil fédéral d'examiner comment la FINMA pourrait, en complément des instruments de surveillance dont elle dispose déjà, être dotée d'outils lui permettant de prononcer des amendes ou d'autres sanctions à l'encontre des établissements financiers et personnes responsables qui manquent à leurs obligations.

7.5 Résultat intermédiaire

Les types d'unités administratives décentralisées qui entrent en ligne de compte sont la commission extraparlementaire, l'unité administrative autonome sans personnalité juridique et l'établissement de droit public. Les bases de la gouvernance des entreprises publiques de la Confédération privilégient la forme d'organisation de l'établissement de droit public pour les tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité, mais n'excluent pas d'autres modèles pour autant que ceux-ci puissent être justifiés. La CdG-E, qui s'est penchée sur l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation, reconnaît que des arguments peuvent plaider en faveur de l'aménagement de telles autorités sous la forme de commissions fédérales, mais invite tout de même le Conseil fédéral à examiner l'option de la transformation en établissements de droit public. La présente commission d'experts est la réponse du Conseil fédéral à cette recommandation. Les sanctions administratives pécuniaires se sont multipliées au cours des dernières décennies. Ces sanctions sont prononcées soit par des services administratifs, soit par des commissions fédérales qui cumulent les fonctions d'instruction et de décision. Le Conseil fédéral considère que cette solution est juste et appropriée.

8 Développement historique et configuration actuelle des institutions en charge de la concurrence

Ce chapitre présente l'évolution historique et l'organisation actuelle des autorités de la concurrence en Suisse.

8.1 Évolution historique

L'évolution historique de la COMCO est présentée en détail à l'annexe 2. En résumé, la *loi sur les cartels de 1962* a institué une Commission des cartels, laquelle n'avait à l'époque pas de compétences décisionnelles. Sa mission consistait alors à mener des enquêtes sur l'état, le développement et les effets des cartels et des organisations similaires au sein de l'économie, à formuler des recommandations, à procéder à des auditions et à émettre des avis. Au début, la commission était composée de 15 membres, dont 8 représentants de groupements d'intérêts et 7 experts indépendants. L'adoption de la loi sur les cartels de 1985 n'a provoqué aucun bouleversement des tâches et de l'organisation de la Commission des cartels.

La révision totale de la LCart en 1995 a conféré aux autorités de la concurrence une compétence décisionnelle tant pour l'interdiction des restrictions à la concurrence (art. 30 LCart) que pour les concentrations d'entreprises (art. 10 LCart). Si la Commission des cartels a été rebaptisée Commission de la concurrence, l'organisation existante a pour l'essentiel été conservée. La commission se compose de 11 à 15 membres, dont la majorité doit désormais être composée d'experts indépendants.

La révision de la LCart en 2003 a notamment débouché sur l'introduction de sanctions directes (art. 49a LCart). Lors de la procédure de consultation, certains participants avaient demandé qu'une autorité judiciaire – et non la COMCO – soit compétente pour prononcer les sanctions directes. Le Conseil fédéral avait rejeté cette proposition au motif que les procédures pourraient devenir longues et complexes. Si la COMCO n'est pas une instance judiciaire, elle n'en demeure pas moins une autorité indépendante de l'administration disposant de solides compétences techniques. La solution selon laquelle la COMCO tranche en première instance, sur la base de l'instruction menée par le secrétariat, la question de savoir s'il y a comportement illicite et quelle sanction appliquer, avec une voie de recours ouverte auprès d'une autorité judiciaire, correspond à l'esprit de la LCart. L'Assemblée fédérale s'est également ralliée à ce point de vue. Aucune réforme institutionnelle n'a par conséquent été entreprise, à l'exception d'une légère modification de l'art. 18 LCart.

Se fondant sur l'art. 59a LCart, le Département de l'économie avait alors chargé le directeur du secrétariat de procéder à une évaluation de l'efficacité de la loi. Le *rapport de synthèse* du groupe d'évaluation de 2008 s'est notamment penché sur le volet institutionnel. Il a identifié des problèmes au niveau de la composition de la commission et des compétences techniques de ses membres, mais aussi de la collaboration entre la commission de milice et le secrétariat, composé de professionnels. La séparation et la répartition des compétences entre la commission (autorité de décision) et son secrétariat (autorité d'instruction) n'étaient pas appliquées de manière conséquente, ce qui entraînait des problèmes de gestion, de qualité et d'indépendance. Le rapport proposait de clarifier la répartition des compétences entre la commission (autorité de décision) et le secrétariat (autorité d'instruction), que ce soit par une séparation claire (autorité à deux niveaux) ou par le regroupement des deux organes (autorité à un seul niveau). Le rapport recommandait dans l'ensemble de structurer les autorités de la concurrence indépendamment de l'influence des milieux politiques et économiques, de professionnaliser les organes de décision et de fusionner la commission et le secrétariat en une autorité à un seul niveau.

A contrario, le *projet mis en consultation* prévoyait une organisation des autorités à deux niveaux, au motif que la structure existante (un organe de décision agissant comme une grande commission de milice pas clairement séparée de l'autorité d'instruction) posait des problèmes du point de vue de l'état de droit sur le plan des sanctions, qualifiées de pénales. Le rapport préconisait par conséquent les mesures suivantes :

- Revalorisation de l'actuel secrétariat en une autorité de la concurrence autonome sous la forme d'un service fédéral indépendant et non lié par des instructions, chargé de mener les enquêtes dans les cas d'atteinte à la concurrence et de déposer une requête devant le Tribunal fédéral de la concurrence, et de prendre les décisions administratives de première instance en matière de contrôle des concentrations d'entreprises.
- Instauration d'un tribunal de la concurrence indépendant, chargé de trancher en cas d'atteinte à la concurrence et de prononcer des sanctions. La voie de recours devait mener de ce tribunal de la concurrence directement au Tribunal fédéral.

Une nette majorité de participants à la *consultation* a salué la constitution de deux entités distinctes, l'une chargée de l'instruction et l'autre de la décision. Le rattachement des autorités de la concurrence à l'administration fédérale centrale et la création d'un tribunal spécial de la concurrence

ont toutefois été critiqués, certains intervenants craignant en particulier un allongement des procédures. Dans son *message de 2012*²⁴, le Conseil fédéral jugeait insatisfaisant, du point de vue de l'état de droit, qu'un organe au sein duquel siègent des représentants d'associations économiques puisse prononcer des sanctions administratives à hauteur de plusieurs millions de francs, montants rendus possibles par la révision de 2003 et revêtant un caractère quasi pénal. Se fondant sur les résultats de la consultation, il a proposé le modèle suivant :

- Une autorité de la concurrence constituée sous la forme d'un établissement de droit public et ayant pour mission de rendre les décisions administratives de première instance dans le cadre du contrôle des concentrations. En cas de restrictions à la concurrence, elle ne devrait toutefois pas avoir de compétence décisionnelle, mais mener l'enquête (instruction) et soumettre des requêtes au tribunal de la concurrence.
- Un tribunal de la concurrence rattaché au TAF ayant fonction d'instance de recours contre les décisions des autorités de la concurrence dans les affaires de concentration, et chargé de prendre les décisions et de prononcer les sanctions en cas de restrictions à la concurrence. Les décisions du tribunal de la concurrence devaient pouvoir faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral.

Le *Conseil des États*, en tant que premier conseil, a décidé de maintenir le fonctionnement existant de la Commission de la concurrence, tout en réduisant sa taille à 5 membres et en la composant exclusivement d'experts indépendants.

Le *Conseil national* a décidé de ne pas entrer en matière sur cette loi, ce qui a eu pour effet de radier le projet de la liste des objets à traiter. La décision de non-entrée en matière a été prise essentiellement pour des motifs de droit matériel. Sur le plan institutionnel, la proposition du Conseil fédéral n'a pas été approuvée par la commission du Conseil national chargée du dossier, bien qu'une majorité de ses membres ait été d'accord avec la modification institutionnelle proposée par le Conseil des États. Le Conseil national n'a pas pris de décision matérielle sur la réforme institutionnelle.

Aucune modification institutionnelle n'a été apportée par voie législative depuis 2012. En revanche, la COMCO a publié des notes d'information sur le déroulement des procédures, et le mode d'élection des membres de la commission a été adapté : les postes (dédiés aux membres indépendants) sont désormais mis au concours publiquement et les candidats sont soumis à un processus de sélection supervisé par une commission ad hoc.

8.2 Organisation actuelle des autorités de la concurrence

8.2.1 Organisation de la COMCO

La loi en vigueur dispose que la COMCO est une commission fédérale au sens de l'art. 57a, al. 2, LOGA. Le Conseil fédéral institue la Commission de la concurrence (*la commission*) et nomme les membres de la présidence (art. 18, al. 1, LCart). La commission comprend entre 11 et 15 membres. Ceux-ci sont en majorité des experts indépendants (art. 18, al. 2, LCart). Les membres signalent leurs intérêts dans un registre des intérêts (art. 18, al. 2^{bis}, LCart). La commission est indépendante des autres autorités de la Confédération, mais rattachée administrativement au DEFR (art. 19). Sur le plan organisationnel, elle dispose d'une présidence composée de 3 membres nommés par le Conseil fédéral (art. 18, al. 1) et d'un *secrétariat* chargé de préparer les affaires de la commission, de mener les instructions et de prendre, avec un membre de la présidence, les décisions de procédure (art. 23, al. 1). Le Conseil fédéral nomme la direction, tandis que la commission désigne les autres membres du personnel du secrétariat.

²⁴ FF 2012 3631

8.2.2 Tâches de la COMCO

La COMCO est chargée de mener les procédures de droit administratif relevant du droit des cartels (art. 18 ss. LCart).

Sa tâche consiste en premier lieu à évaluer les *restrictions illicites à la concurrence* (accords illicites affectant la concurrence, pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif ; art. 5 à 7 LCart). Afin d'éliminer les restrictions illicites à la concurrence, elle peut conclure des accords à l'amiable avec les parties concernées (art. 29 LCart) ou prendre des mesures ad hoc (art. 30 LCart). Elle peut également imposer aux entreprises qui participent à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4, ou qui, ayant une position dominante, se livrent à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7, le paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a LCart).

Elle évalue par ailleurs les *concentrations d'entreprises* (art. 9 et 10 LCart) et peut interdire une concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges.

La COMCO assume de surcroît *d'autres tâches* (voir 8.2.8).

Dans la pratique, l'essentiel de son activité consiste à évaluer les restrictions illicites à la concurrence. Selon les estimations du secrétariat, cela représente environ 90 % de l'activité de la COMCO.

8.2.3 Répartition générale des tâches entre la commission et le secrétariat

La commission prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité. Elle adresse des recommandations (art. 45, al. 2 LCart) et des préavis (art. 46, al. 2 LCart) aux autorités politiques, et élaborer des avis (art. 47, al. 1 LCart).

Les tâches du secrétariat sont réglées de manière générale dans la loi (art. 25 LCart) : le secrétariat prépare les affaires de la commission, mène les instructions et prend, avec un membre de la présidence, les décisions de procédure. Il adresse des requêtes à la commission et exécute ses décisions. Le secrétariat traite directement avec les intéressés, les tiers et les autorités. Il établit des préavis (art. 46, al. 1 LCart) et conseille les services officiels et les entreprises sur des questions se rapportant à l'application de la loi.

L'ordonnance précise en outre ce qui suit :

- Le directeur et, le cas échéant, d'autres membres du personnel du secrétariat participent aux réunions de la commission et des chambres (art. 5, al. 1, art. 14, al. 1, art. 24 RI-COMCO).
- La présidence prépare les séances de la commission (art. 27, al. 1, RI-COMCO).
- Les décisions, recommandations, avis et prises de position de la commission ou d'une chambre sont signés par le président et le directeur (art. 9 et 18 RI-COMCO).
- Le secrétariat peut aussi, en dehors des séances, discuter avec la commission, la présidence et le président des questions liées à une procédure en cours ou indépendantes de toute procédure (art. 31, al. 1, let. f, RI-COMCO).

Globalement, la COMCO est organisée comme une autorité unique, mais dont la répartition des tâches entre la commission et le secrétariat est déjà prévue au niveau de la loi.

8.2.4 Répartition des tâches liées aux restrictions de concurrence

Si, sur la base d'observations du marché, d'indications ou de dénonciations, le secrétariat arrive à la conclusion qu'il pourrait y avoir une infraction au droit des cartels, il est habilité à ouvrir une *enquête préalable* (art. 26 LCart). La procédure d'enquête préalable n'implique pas le droit de consulter les

dossiers (art. 26, al. 3, LCart), mais les entreprises concernées peuvent faire valoir leur point de vue, prendre position et requérir l'administration de preuves.

Au terme de l'enquête préalable, trois scénarios sont possibles :

- Clôture de l'enquête préalable sans suite, si les soupçons de violation de la loi sur les cartels ne sont pas confirmés.
- Accord avec les entreprises concernées sur la manière d'adapter ou de mettre fin au comportement problématique, de sorte qu'il n'y a plus de problème du point de vue du droit des cartels.
- S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence, le secrétariat ouvre une instruction, d'entente avec un membre de la présidence de la commission. Il le fait dans tous les cas s'il y est invité par la commission ou par le DEFR. La commission arrête l'ordre dans lequel les enquêtes qui ont été ouvertes doivent être traitées (art. 27 LCart).

Lorsqu'une *instruction* est ouverte, elle fait l'objet d'une publication officielle avec indication de l'objet et des parties concernées par l'enquête. Les tiers concernés peuvent s'annoncer dans les 30 jours s'ils désirent participer à l'instruction (« enquête » dans la LCart ; art. 28 LCart).

- Il incombe au secrétariat de mener l'instruction (art. 23, al. 1, LCart) et de prendre, avec un membre de la présidence, les décisions de procédure (art. 23, al. 1, LCart).
- Le secrétariat établit les faits. Les parties sont tenues de fournir tous les renseignements utiles et de produire toutes les pièces nécessaires (art. 40 LCart). Le secrétariat peut entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'instruction à faire des dépositions. Les parties peuvent participer aux auditions et poser des questions complémentaires à la personne interrogée.
- Le secrétariat peut ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction. Les perquisitions et saisies sont ordonnées, sur requête du secrétariat (« demande » dans la LCart), par un membre de la présidence (art. 42, al. 2, LCart).
- Les parties ont le droit de consulter les dossiers et peuvent, pendant toute la durée de l'instruction, exposer leur point de vue oralement ou par écrit, ou requérir l'administration de preuves.
- Pendant la durée de l'instruction, la commission peut également ordonner des mesures provisionnelles. Une telle mesure n'est pas expressément prévue par la loi, mais correspond à une jurisprudence constante²⁵.

Au terme de l'instruction, le secrétariat rédige une *requête* dans laquelle il expose les comportements dont il estime avoir pu prouver l'existence (état de fait) et indique si ces comportements constituent ou non une violation de la loi sur les cartels (qualification juridique). Le résultat de la requête peut être le suivant :

- Clôture de la procédure, si aucune violation de la loi sur les cartels n'a été commise.
- Approbation d'un accord amiable, si un tel accord a été conclu entre le secrétariat et les parties concernées (art. 29 LCart).
- Proposition de mesures à prendre (art. 30 LCart) et/ou de sanctions (art. 49a LCart).

Les participants à l'instruction peuvent communiquer leur avis par écrit sur la requête du secrétariat (art. 30, al. 2, LCart). Le secrétariat adapte éventuellement sa requête en fonction de ces avis et transmet ensuite la requête, les prises de position des parties et le dossier à la commission.

La commission mène un *débat d'entrée en matière* et détermine si l'affaire est propre à faire l'objet d'une décision. Le débat d'entrée en matière a lieu en l'absence des parties. La commission peut

²⁵ ATF 130 II 149 consid. 2.1

requérir de nouveaux moyens de preuve ou charger le secrétariat de les obtenir. Elle peut décider d'*entendre les parties* oralement, ce qu'elle fait en général lorsque le secrétariat recommande d'infliger une sanction. Les auditions de la commission ne sont pas publiques.

La commission procède ensuite aux *délibérations* en l'absence des parties. Elle prend sa décision à la majorité en tenant compte de l'ensemble du dossier, en particulier de la requête du secrétariat, des prises de position des parties et des éventuelles auditions de celles-ci. Elle peut arriver à la conclusion qu'aucune infraction n'est établie et clore la procédure. Elle peut aussi parvenir à la conviction qu'une infraction a été commise et décider de mesures et d'éventuelles sanctions. La décision est notifiée par écrit aux parties. En fonction du verdict de la commission, la décision finale peut correspondre dans une large mesure à la requête du secrétariat, ou être remaniée en grande partie ou dans son intégralité.

Le secrétariat participe à l'ensemble du processus de délibération. Les membres du personnel du secrétariat rédigent ensuite la décision finale, qui est finalement signée par le président de la COMCO et par le directeur du secrétariat (art. 9 RI-COMCO).

8.2.5 Répartition des tâches dans le domaine des concentrations

Les concentrations d'entreprises doivent être notifiées au secrétariat sous certaines conditions (art. 9 LC^a). Le secrétariat procède à un examen préalable et adresse une requête à la commission. Sur la base de cette requête, une chambre de la commission décide dans un délai d'un mois s'il y a lieu de procéder à un examen. Si aucun examen n'est effectué, la concentration peut être réalisée. Si la commission choisit de procéder à un examen, elle décide également si la concentration peut être provisoirement réalisée à titre exceptionnel ou si elle reste suspendue. (Art. 33, al. 2, LC^a). Le secrétariat procède alors à l'examen et adresse à nouveau une requête à la commission. Celle-ci peut interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges (art. 10, al. 2, LC^a). La COMCO doit achever l'examen dans les quatre mois, à moins d'en être empêchée pour des causes imputables aux entreprises participantes (art. 33, al. 3, LC^a).

8.2.6 Sanctions administratives

La loi prévoit différentes sanctions administratives : les accords illicites au sens de l'art. 5, al. 3 et 4, LC^a ainsi que les restrictions illicites au sens de l'art. 7 LC^a sont passibles d'une sanction pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a LC^a). L'inobservation d'un accord amiable ou d'une décision exécutoire prononcée par les autorités en matière de concurrence est passible d'une sanction pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 50 LC^a). Les cas d'inobservation liés à des concentrations d'entreprises sont passibles d'une sanction pouvant atteindre un million de francs, et en cas de récidive, 10 % du chiffre d'affaires total réalisé en Suisse par l'ensemble des entreprises participantes (art. 51 LC^a). L'inobservation de l'obligation de renseigner ou de produire des documents est passible d'une sanction pouvant atteindre 100 000 francs (art. 52 LC^a).

Tous ces cas d'inobservation sont instruits par le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence. La commission statue (art. 53 LC^a).

8.2.7 Sanctions

Outre les sanctions administratives, quiconque aura intentionnellement 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 puni d'une amende de 100 000 francs au plus (art. 54 LC^a). Quiconque, 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 LC^a), aura réalisé une concentration d'entreprises sans procéder à la notification dont elle aurait dû faire

l'objet ou aura violé des décisions liées à des concentrations d'entreprises, sera puni d'une amende de 20 000 francs au plus (art. 55 LCart).

L'action pénale est engagée dans le cadre d'une procédure pénale administrative. L'autorité de poursuite est le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence. La commission statue (art. 57 LCart). Selon les informations fournies par le secrétariat, ces dispositions pénales ne jouent aucun rôle dans la pratique.

8.2.8 Autres tâches de la COMCO

La COMCO assume également les tâches suivantes :

- Dans le cadre de procédures civiles, elle donne son avis au tribunal civil sur la licéité d'une restriction à la concurrence (art. 15 LCart).
- Elle observe de façon suivie la situation de la concurrence et peut adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace (art. 45 LCart).
- Le secrétariat examine les projets d'actes normatifs de la Confédération, notamment en matière de droit économique, qui sont à même d'influencer la concurrence afin de déterminer s'il existe des distorsions de concurrence ou des restrictions excessives de la concurrence. 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. 46, LCart).
- La COMCO élaboré des avis à l'intention d'autres autorités sur des questions de principe touchant la concurrence. Dans les cas de moindre importance, la commission peut charger le secrétariat d'établir des expertises à sa place (art. 47 LCart ; art. 10 LMI).
- Elle procède à des enquêtes préalables en rapport avec l'exécution d'accords internationaux et examine notamment si les mesures de soutien du Conseil fédéral, des cantons et des communes dans le domaine de l'aviation sont compatibles avec l'art. 13 de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien (art. 103 LA). Le DEFR peut charger le secrétariat de procéder à une enquête préalable en lien avec l'exécution d'accords internationaux. Sur proposition du secrétariat, le DEFR (et non la COMCO) décide de la suite à donner à l'affaire après avoir entendu les parties intéressées (art. 58 LCart). Si, dans l'exécution d'un accord international, il est constaté qu'une restriction à la concurrence est incompatible avec l'accord, le DEFR (et non la COMCO) peut, d'entente avec le Département fédéral des affaires étrangères, proposer aux parties concernées un accord amiable en vue de la suppression de l'incompatibilité et, le cas échéant, ordonner les mesures nécessaires à la suppression de la restriction à la concurrence (art. 59 LCart). Selon les indications du secrétariat, les art. 58 et 59 LCart ne jouent aucun rôle dans la pratique.
- La COMCO prend position à l'intention d'autres autorités (art. 11a, al. 2, et art. 23, al. 4, LTC ; art. 74 LRTV ; art. 5, al. 4, LSPr).
- Elle veille au respect de la LMI (art. 8 LMI). Elle peut mettre en œuvre des voies de droit pour faire appliquer la LMI et la LETC (art. 9, al. 2^{bis}, LMI ; art. 20a, al. 3, LETC).

Toutes ces tâches, pour autant qu'elles ne soient pas assignées au secrétariat, incombent à la commission, qui statue dans chaque cas sur requête du secrétariat.

8.2.9 Voies de recours

Les décisions de la COMCO peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 33, let. f, LTAF). Les décisions du Tribunal administratif fédéral peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral (art. 86, al. 1, let. a, LTF). Une exception s'applique aux décisions pénales des autorités administratives : si une décision judiciaire est requise dans ce cas, le jugement se fait par la voie des tribunaux pénaux ordinaires.

Les destinataires de la décision qui souhaitent recourir auprès du Tribunal administratif fédéral doivent verser une avance de frais (art. 63, al. 4, PA), dont le non-paiement entraîne la non-entrée en matière (art. 63, al. 4, PA en relation avec l'art. 37 LTAF). S'ils sont déboutés par le tribunal, ils supportent normalement des frais de justice à hauteur de l'avance de frais. S'ils obtiennent gain de cause, l'avance de frais leur est remboursée ; ils reçoivent en outre des dépens (art. 64 PA ; art. 68 LTF).

Au Tribunal administratif fédéral, l'émolument judiciaire oscille, selon la valeur litigieuse, entre 200 et 5000 francs dans les recours ayant pour objet une prestation pécuniaire et entre 200 et 50 000 francs dans les litiges ne portant pas sur des intérêts pécuniaires (ceci pour une valeur litigieuse supérieure à 5 millions de francs) (art. 63, al. 4^{bis}, PA en relation avec l'art. 44, al. 3, LTAF). Au Tribunal fédéral, l'émolument judiciaire peut atteindre 100 000 francs au maximum dans les litiges patrimoniaux, voire 200 000 francs si des motifs particuliers le justifient (art. 65, al. 3 et 5, LTF).

En principe, les personnes sanctionnées peuvent demander l'assistance judiciaire gratuite devant les tribunaux (art. 65 PA ; art. 64 LTF). À noter que les personnes morales n'ont en règle générale pas droit à l'assistance judiciaire gratuite²⁶.

8.2.10 Mesures de contrainte

Les autorités de la concurrence peuvent entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'instruction à faire des dépositions. L'article 64 PCF est applicable par analogie (art. 42, al. 1, LCart).

Les autorités de la concurrence peuvent ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction. Les art. 45 à 50 DPA sont applicables par analogie à ces mesures de contrainte. Les perquisitions et saisies sont ordonnées, sur requête du secrétariat, par un membre de la présidence. (Art. 42, al. 2, LCart). L'ordonnance de ces mesures peut en principe faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 39 LCart)²⁷. Si l'instruction est déjà terminée, il n'est en principe pas possible d'entrer en matière sur un tel recours, étant donné que la légalité de la perquisition peut être évaluée à titre préjudiciel dans le cadre de la procédure de levée des scellés²⁸.

Si la COMCO saisit des documents, le détenteur des papiers peut s'opposer à la perquisition, ce qui nécessite la mise sous scellé des papiers ; la COMCO peut demander la levée des scellés à la cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (art. 50 al. 3 DPA en relation avec l'art. 42, al. 2, LCart).

8.2.11 Procédure civile

À l'origine, la loi sur les cartels avait été conçue comme un instrument de droit civil. Les instruments de droit administratif n'ont été introduits et développés que progressivement.

Les actions civiles demeurent inscrites dans la LCart (art. 12 à 15 LCart). Les actions civiles relevant du droit des cartels sont menées devant les tribunaux civils cantonaux. Chaque canton désigne à cet

²⁶ ATF 143 I 328 consid. 3.1 (avec d'autres indications).

²⁷ Arrêt TF 2C_295/2021 du 1^{er} décembre 2021 consid. 2.1.3/4.

²⁸ TF, à l'endroit indiqué, consid. 3..

égard un tribunal chargé de connaître en instance cantonale unique des actions intentées pour restriction à la concurrence (art. 5, al. 1, let. b, CPC), en dérogation au principe de la double instance cantonale en matière civile généralement reconnu (voir également art. 75, al. 2, let. a, LTF).

Dans la pratique juridique actuelle, les actions civiles en matière de droit des cartels jouent un rôle secondaire par rapport aux procédures de droit administratif. Dans le cadre de l'évaluation selon l'article 59a LCart, une statistique portant sur les procédures civiles a également été établie²⁹. Au total, 45 actions civiles en droit des cartels ont donc été menées en Suisse entre 1996 et 2007. L'importance relative du droit civil des cartels s'explique principalement par le risque financier élevé encouru par les parties. Dans les procédures civiles en droit des cartels, la partie demanderesse doit fournir une avance de frais et, le cas échéant, des sûretés pour les dépens de la partie défenderesse (art. 98 et 99 CPC ; uniquement la moitié depuis l'entrée en vigueur de la révision du CPC). La partie succombante supporte les frais de justice et les frais de la partie qui a eu gain de cause.

Une autre raison pertinente est l'absence de légitimation active des consommateurs. À noter que le projet actuel de révision partielle de la LCart prévoit un renforcement du droit civil des cartels (chap. 10).

Du point de vue du *droit matériel*, le droit des cartels repose sur une définition uniforme de la restriction illicite à la concurrence (art. 5 à 7 LCart). Le droit civil et le droit administratif contiennent des instruments différents pour l'application du droit des cartels :

- En droit civil, la personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci peut demander la suppression ou la cessation de l'entrave, la réparation du dommage et du tort moral ainsi que la remise du gain réalisé indûment (art. 12 LCart).
- En droit administratif, la COMCO peut ordonner des mesures visant à empêcher une restriction illicite à la concurrence (art. 30 LCart) et prononcer des sanctions contre les entreprises fautives (art. 49a LCart).

Afin d'éviter toute interprétation différente des critères identiques établissant l'illicéité d'une restriction à la concurrence en droit civil et en droit administratif, l'art. 15, al. 1, LCart prévoit que les tribunaux civils transmettent l'affaire pour avis à la Commission de la concurrence lorsque la licéité d'une telle restriction est contestée au cours d'une procédure civile.

L'avis de la COMCO n'est pas contraignant pour le tribunal civil, mais celui-ci doit motiver sa décision s'il s'en écarte³⁰. En règle générale, le tribunal se rallie à l'avis exprimé, mais une telle adhésion n'est pas garantie institutionnellement. En outre, les instances de recours ne sont de toute façon pas soumises à l'obligation de présentation³¹. Cela comporte le risque que la justice civile applique des critères différents de ceux des autorités administratives et de la justice administrative en ce qui concerne l'admissibilité des restrictions à la concurrence.

Dans la mesure où les frais de procédure ne couvrent pas les coûts occasionnés, ceux-ci sont pris en charge par le canton (première instance) ou par la Confédération (Tribunal fédéral).

²⁹ Groupe d'évaluation Loi sur les cartels, rapport de projet 7, Zivilrechtliche Kartellverfahren – Statistik, 23 décembre 2008 (en allemand uniquement).

³⁰ ATF 139 II 316 consid. 5.3.

³¹ TF, arrêt 4C.353/2002 du 3 mars 2003 consid. 3.3.

8.3 Résultat intermédiaire

L'application administrative de la loi sur les cartels est assurée par la COMCO. Celle-ci (à l'origine « Commission des cartels ») était initialement une commission consultative sans compétence décisionnelle propre. La révision de la loi sur les cartels de 1995 a introduit la compétence décisionnelle des autorités de la concurrence, mais son organisation est restée pour l'essentiel inchangée, tout comme lors de la révision partielle de 2003, qui a introduit les sanctions directes. Un projet de réforme a été examiné dans les années 2010 à 2012 : étant donné que les sanctions directes sont considérées comme pénales, le Conseil fédéral avait proposé de créer une autorité de la concurrence sous la forme d'un établissement de droit public chargé de mener les enquêtes et de désigner le Tribunal administratif fédéral comme autorité de décision. Le Conseil des États avait toutefois opté pour une réforme ponctuelle consistant à réduire la taille de la commission et à la professionnaliser. Le Conseil national n'est pas entré en matière sur le projet de révision, qui n'a donc pas abouti.

Dans sa configuration actuelle, la COMCO dispose d'une commission fonctionnant selon le principe de milice, dont 5 de ses membres sont proposés par des groupements d'intérêts. La commission est un organe décisionnel. Elle dispose d'un secrétariat qui mène les instructions et adresse des requêtes à la commission. Il existe une séparation partielle entre les activités de la commission et celles du secrétariat. Cette répartition des tâches existe en principe dans tous les domaines de compétence de la COMCO, à savoir l'examen des restrictions à la concurrence, le contrôle des concentrations et les nombreuses autres tâches et compétences qui lui sont dévolues. Les décisions de la COMCO peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral.

Les actions civiles en droit des cartels sont jugées par les tribunaux civils cantonaux en tant qu'instance cantonale unique, avec possibilité de recours devant le Tribunal fédéral.

9 Critiques et propositions de réforme

9.1 Critiques émises lors de la consultation

Lors de la consultation menée sur la révision en cours de la LCart (chap. 1), de nombreux avis ont critiqué la procédure menée devant la COMCO, la jugeant problématique du point de vue de l'état de droit. Les reproches portaient principalement, voire exclusivement sur le système des sanctions directes. Certains participants estimaient notamment que la trop forte interdépendance entre la commission et son secrétariat était problématique du point de vue de l'état de droit et qu'une séparation stricte entre la compétence d'instruire et celle de décider devait constituer un élément central de la réforme institutionnelle.

Les critiques portent plus précisément sur les points suivants :

- Il est discutable, du point de vue de l'état de droit, que des sanctions administratives de plusieurs millions soient prononcées par un organe de milice sans qu'une séparation claire ne soit établie entre la compétence d'instruire et celle de décider.
- Une séparation entre la fonction d'instruction et d'accusation, d'une part, et la fonction de décision, d'autre part, revêt une importance cruciale, tant pour satisfaire aux exigences fondamentales de l'état de droit que pour garantir l'équité des décisions. Si les deux fonctions coïncident de fait, l'instance décisionnelle ne peut pas se prononcer librement et en toute impartialité sur les résultats de l'instruction qui lui sont soumis.
- Il n'existe pas, aujourd'hui, de démarcation claire entre la commission et le secrétariat.
 - D'une part, le secrétariat a besoin de l'accord d'un membre de la présidence pour ouvrir une instruction. La commission pourrait ainsi charger le secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30, al. 2, LCart). L'indépendance du secrétariat en tant qu'autorité d'instruction n'est donc pas garantie.
 - D'autre part, le secrétariat exerce une influence considérable sur la prise de décision de la commission. Les asymétries de savoir et de pouvoir avec une commission qui fonctionne comme une autorité de milice peuvent engendrer un rapport de dépendance entre la commission et le secrétariat. La commission ne dispose pas de son propre personnel et

dépend en grande partie du travail du secrétariat, notamment pour ce qui concerne la fonction décisionnelle qui lui est dévolue. Le secrétariat cumule actuellement les fonctions de juge d'instruction, de procureur et de juge.

- La commission prend ses décisions à l'abri des regards publics. Les avocats des entreprises accusées ne sont pas présents lors de l'élaboration des décisions, alors que le secrétariat participe aux séances ; il dispose ainsi d'une longueur d'avance grâce à ses connaissances approfondies des dossiers, ce qui lui permet d'influencer les décisions de manière significative.
- Les critiques pointent un combat à armes inégales entre le secrétariat chargé de l'instruction et les entreprises incriminées.
- Cette identité entre l'accusation et l'autorité de décision n'est pas concevable dans le droit pénal traditionnel et ne peut être considérée que comme une solution provisoire dans le droit suisse des cartels, étant donné que les sanctions directes prévues à l'art. 49a, al. 1, LCart sont équivalentes à celles du droit pénal et peuvent atteindre plusieurs millions de francs.
- Le fait que le droit procédural ne tienne pas compte du caractère pénal des sanctions du droit des cartels, notamment en raison de l'absence de règles explicites sur le droit de ne pas s'auto-incriminer (*nemo tenetur*) et sur le principe d'immédiateté, est également jugé problématique du point de vue de l'état de droit. La procédure de la COMCO viole la présomption d'innocence et le principe de transparence n'est pas suffisamment respecté.

D'aucuns critiquent également le fait que la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral ne permette pas de remédier entièrement aux lacunes de l'état de droit :

- Lorsqu'elles se retrouvent devant le Tribunal administratif fédéral, l'autorité accusatrice et l'entreprise incriminée ne s'affrontent pas devant une instance indépendante qui exerce pleinement ses compétences propres en matière d'investigation. Les entreprises concernées doivent au contraire se défendre contre une décision prise précédemment. L'objet du procès est déjà déterminé par la décision de la première instance.
- La procédure coûte cher et mobilise d'importantes ressources. Pour les PME, un recours devant le Tribunal administratif fédéral peut donc s'avérer dissuasif pour des raisons financières, même si les chances de succès sont élevées. Dans la réalité, les entreprises, et en particulier les PME, sont donc souvent contraintes de renoncer à une procédure judiciaire, même si leur comportement était tout à fait légal.
- Cette contrainte de fait résulte également de ce que la COMCO publie les noms des entreprises incriminées dès l'ouverture d'une enquête, ce qui exerce une pression sur les sociétés concernées. Il est donc dans l'intérêt des entreprises que la procédure soit close le plus rapidement possible, même si elles sont dans leur bon droit.
- Sur le fond également, les procédures judiciaires ne sont pas en mesure de combler les lacunes de l'état de droit. Le Tribunal administratif fédéral pourrait certes, en théorie, corriger les erreurs de droit de la COMCO (notamment en ce qui concerne l'établissement des faits), mais ses ressources humaines limitées ne lui permettent pas de mener ses propres investigations sur les faits. La procédure de recours est donc essentiellement une procédure sur dossier. Le Tribunal administratif fédéral accorde en outre à la COMCO une marge d'appréciation technique et n'intervient pas sans nécessité.

Autres griefs formulés :

- La durée des procédures est trop longue, tant devant la COMCO que devant les tribunaux.
- Il y a lieu de rétablir l'équilibre entre les connaissances économiques et juridiques dans l'évaluation des faits constitutifs du droit des cartels.
- L'indépendance de la COMCO vis-à-vis du monde politique (ou de l'administration fédérale et du Conseil fédéral) est insuffisante.

- Le budget est voté par le Parlement et administré par le DEFR. La dotation en ressources humaines et matérielles des autorités de la concurrence dépend donc de la volonté des autorités politiques.
- La COMCO est subordonnée administrativement au DEFR.
- Le Conseil fédéral peut corriger une décision de l'autorité et déclarer exceptionnellement un comportement admissible s'il est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (art. 8 et 11 LCart).
- La COMCO n'est pas habilitée à déposer elle-même un recours contre une décision du Tribunal administratif fédéral. Cette compétence revient exclusivement au DEFR.
- De nombreuses voix critiques dénoncent la présence de représentants de groupements d'intérêts au sein de la COMCO. Par ailleurs, l'indépendance des membres dits indépendants est parfois remise en question.

En ce qui concerne les actions civiles, d'aucuns déplorent le manque d'expérience des tribunaux civils cantonaux en droit des cartels eu égard au nombre limité de procès civils en la matière. À l'inverse, certains cantons craignent que le renforcement prévu du droit civil des cartels entraîne une charge de travail accrue pour les tribunaux civils cantonaux.

9.2 Propositions de réforme

Certains participants à la consultation ont également formulé des propositions concrètes :

Plusieurs intervenants proposent une solution similaire à celle préconisée par le Conseil fédéral dans son message de 2012 (chap. 8.1), à savoir une autorité de la concurrence indépendante chargée de l'instruction (en lieu et place de l'actuel secrétariat) et un tribunal de la concurrence neutre, statuant en première instance (l'actuelle commission, convertie en instance judiciaire), assorti d'une voie de recours efficace (réduction des instances).

D'autres propositions de réforme moins ambitieuses sont également avancées pour compenser en partie le manque d'indépendance entre les fonctions d'instruction/accusation et les fonctions de décision : renforcement de la commission par une augmentation du volume d'activité des membres de la commission ; mise en place d'un greffe autonome (locaux et personnel distincts de ceux du secrétariat), chargé d'assister les membres de la commission dans la conduite de la procédure, la prise de décision et la rédaction de la décision dès le dépôt de la requête ; participation des membres du secrétariat aux délibérations de la commission sur la décision uniquement si les entreprises concernées ou leurs représentants sont également présents.

9.3 Interventions parlementaires

Plusieurs motions relatives au droit des cartels ont été présentées à l'Assemblée fédérale, mais elles concernent principalement le droit matériel. En ce qui concerne les institutions, le Conseiller aux États Olivier Français a déposé le 16 mars 2023 la motion 23.3224, libellée comme suit :

« Le fonctionnement de la Commission de la concurrence fait l'objet de vives critiques de la part de la société civile, notamment en termes de communication, de réserve à l'égard des cas suspectés, du non-respect de la présomption d'innocence à l'égard du suspect, de la durée des procédures, de la disponibilité, etc. Il y a lieu de revoir la structure de la commission, de ses prérogatives voire également de ses moyens. Une séparation fonctionnelle entre son rôle d'accusateur et de juge doit être garantie. »

Le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion en rappelant qu'il avait chargé le DEFR, le 17 mars 2023, de lui soumettre au premier trimestre 2024 un projet de réforme des autorités de la concurrence. Le DEFR procède à un examen approfondi de diverses possibilités et a institué à cet effet une commission d'experts indépendante, laquelle évaluera plusieurs options d'ici à fin 2023 et

consultera de larges cercles à ce sujet. Les exigences de la motion sont donc déjà prises en considération.

Le Conseil des États a transmis la motion le 14 juin 2023 à sa commission compétente pour examen préalable.

9.4 Révision sur mandat du DEFR

Le secteur Révisions et inspections de l'Office fédéral de l'agriculture a procédé en 2022 à une évaluation des processus d'enquête sur les restrictions à la concurrence³² à la demande du DEFR. Dans son rapport de contrôle du 20 mars 2023, le secteur est parvenu aux conclusions suivantes :

La structure et l'organisation du secrétariat concernant les processus internes sont jugées adéquates. Le rapport formule certaines constatations et recommandations ou suggestions relatives aux processus internes, qui seront prises en compte par le secrétariat (information trimestrielle de la commission sur les cas qui n'ont pas été repris ou suivis ; suivi des obligations de comportement et d'abstention définies dans les décisions et jugements ; catégorisation plus précise des risques dans le rapport sur les risques, saisie des risques de délits d'initiés et de conflits d'intérêts au sein de la commission et du secrétariat). Par ailleurs, le rapport constate de manière générale que la commission est tributaire du savoir-faire du secrétariat lorsqu'il s'agit d'obtenir une vue d'ensemble des cas concrets ; il existe donc une asymétrie de connaissances et de ressources entre la commission et le secrétariat, au profit de ce dernier. L'évaluation de 2008 avait également tenu compte de cet état de fait et recommandé une professionnalisation de la commission, un point qui n'a toutefois pas été retenu dans la révision de 2014. Le rapport précise qu'il incombe au Parlement de prendre les décisions qui s'imposent dans le cadre de la révision en cours de la LCart.

9.5 Résultat intermédiaire

La procédure devant la COMCO est souvent jugée problématique du point de vue de l'état de droit, en raison principalement, voire exclusivement des sanctions directes. Une séparation stricte entre la compétence d'instruire et celle de décider doit dès lors constituer un élément central de la réforme institutionnelle. La longueur des procédures (notamment devant le Tribunal administratif fédéral) et le manque d'indépendance politique de la COMCO font également l'objet de critiques.

10 Lien avec la révision matérielle en cours de la LCart

La révision partielle de la LCart en cours porte prioritairement sur des aspects de droit matériel. S'agissant de l'aspect institutionnel, le message précise ce qui suit (ch. 2.6) :

« Dans le cadre de la procédure de consultation, il a été demandé à plusieurs reprises d'inclure une réforme des autorités en matière de concurrence (réforme institutionnelle) dans le projet. Le Conseil fédéral avait proposé une réforme institutionnelle comme l'un des éléments centraux dans le cadre de la révision avortée de la LCart en 2012. Celle-ci avait toutefois été fortement contestée à l'époque et était l'une des principales raisons pour lesquelles le Conseil national avait refusé à deux reprises d'entrer en matière sur le projet. Le Conseil fédéral prend cette demande au sérieux ; il a par conséquent chargé le DEFR de lui soumettre un projet de réforme correspondant au premier trimestre 2024. Le DEFR procédera donc à un examen approfondi de diverses possibilités de réforme et a institué à cet effet une commission d'experts indépendante, laquelle évaluera plusieurs options jusqu'à fin 2023 et consultera de larges cercles à ce sujet. »

³² Rapport de contrôle BLW-020.10-4675/4/3 ; <https://www.wbf.admin.ch/dam/wbf/de/dokumente/Rapports/22 %20GS-WBF%20Revisionsbericht%20Untersuchung%20von%20Wettbewerbsbeschr%C3%A4nkungen%20WEKO.pdf.download.pdf/22 %20GS-WBF%20Revisionsbericht%20Untersuchung%20von%20Wettbewerbsbeschr%C3%A4nkungen%20WEKO.pdf> (en allemand uniquement), consulté le 8 février 2024.

Toutefois, certaines modifications de fond proposées ont un lien avec l'aspect institutionnel ou avec les critiques formulées dans ce contexte :

- Art. 39, al. 2 : légitimation de la COMCO à recourir au Tribunal fédéral contre les décisions du Tribunal administratif fédéral.
- Art. 39a : mention expresse de la maxime de l'instruction dans la procédure devant la COMCO.
- Art. 42, al. 3 : la protection juridique contre des mesures de contrainte (perquisitions, fouilles de personnes et d'objets, saisie et confiscation de pièces à conviction) est régie par les art. 26, al. 1, et 28 DPA ; il est donc possible de recourir contre ces mesures auprès du Tribunal pénal fédéral. Par ailleurs, la commission a qualité pour recourir contre les décisions du Tribunal pénal fédéral. Le système dualiste des recours au Tribunal administratif fédéral et de la procédure de levée des scellés auprès du Tribunal pénal fédéral (chap. 8.2.10) est donc supprimé.
- L'art. 44a prévoit des délais d'ordre destinés à raccourcir les procédures :
 - pour une enquête selon l'art. 27 : 30 mois entre l'ouverture de l'enquête et la décision de la commission ;
 - pour un recours contre une décision de la commission : 18 mois entre le dépôt du recours et la décision du Tribunal administratif fédéral ; le délai est de 4 mois s'il s'agit d'une décision de procédure ;
 - pour un recours contre une décision du Tribunal administratif fédéral : 12 mois entre le dépôt du recours et la décision du Tribunal fédéral ; le délai est de 4 mois s'il s'agit d'une décision de procédure.
- Si l'autorité ne rend pas de décision dans les délais prescrits, elle est tenue d'en communiquer les motifs aux participants à la procédure.
- L'art. 53, al. 3, consacre expressément la présomption d'innocence jusqu'à ce qu'il soit définitivement établi qu'une infraction a été commise. L'al. 4 prévoit que si la loi n'en dispose pas autrement, le fardeau de la preuve incombe aux autorités en ce qui concerne l'existence des éléments factuels relatifs à la pratique reprochée.
- L'art. 53a, al. 1^{er}, mentionne expressément que les entreprises ayant occasionné une enquête préalable ou une instruction sont exemptées du paiement de l'émolument lorsque l'enquête préalable ne fait apparaître aucun indice de restriction illicite à la concurrence ou que l'instruction ne confirme pas les indices préalables de restriction illicite à la concurrence.
- L'art. 53b prévoit une indemnisation des parties dans la procédure devant la COMCO lorsqu'une instruction (« enquête ») au sens de l'art. 27 est classée sans suite et pour autant que les parties concernées n'aient pas provoqué l'instruction par leur faute ni entravé ou prolongé la procédure sans raison.

Certaines critiques formulées précédemment peuvent être résolues par ces réformes. Il convient d'y répondre en abordant les différents aspects de la problématique.

La révision en cours de la LCart prévoit également de renforcer les instruments de droit civil afin de supprimer les obstacles au recours à la procédure de droit civil³³, notamment par une extension de la qualité pour agir aux personnes indirectement concernées, dont les consommateurs finaux³⁴, et par une suspension de la prescription pendant le déroulement des procédures administratives en matière de cartels. Le Conseil fédéral table ainsi sur un accroissement de l'importance de la procédure civile, laquelle devrait également bénéficier de la nouvelle disposition sur le pouvoir de marché relatif entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Il s'attend également à ce que le renforcement du droit civil des cartels entraîne une sollicitation accrue des tribunaux civils cantonaux³⁵. Le message évoque par ailleurs une possible augmentation de la charge de travail de la COMCO due à l'accroissement des demandes d'expertises au sens de l'art. 15 LCart. Il n'aborde en revanche pas la question d'une

³³ Message concernant la révision partielle de la loi sur les cartels, ch. 4.1.2.

³⁴ Message concernant la révision partielle de la loi sur les cartels, ch. 4.1.2.

³⁵ Message concernant la révision partielle de la loi sur les cartels, ch. 6.2.

refonte institutionnelle de la justice civile. La commission d'experts a néanmoins jugé nécessaire de mener une réflexion sur ce point. Enfin, les modifications proposées n'ont aucun lien avec la réforme institutionnelle.

Résultat intermédiaire : la révision partielle actuelle de la LCart contient certaines propositions en lien avec les questions institutionnelles. Celles-ci sont toutefois marginales. Il est donc en principe possible de dissocier les deux réformes (matérielle et institutionnelle) dans le temps ou sur le fond.

11 Tâches ultérieures éventuelles en rapport avec la surveillance des aides d'État

Le projet d'accord institutionnel avec l'UE contenait des principes dont il faut généralement tenir compte lors de l'octroi d'aides d'État, donc également hors du domaine du transport aérien déjà régi par des accords internationaux (chap. 6.2). Aux termes de ces dispositions, la Suisse aurait été tenue de mettre en place une autorité de surveillance indépendante chargée de statuer sur l'admissibilité de toutes les aides d'État (art. 8B, al. 2), ce qui avait pour corollaire une exigence d'indépendance de cette autorité. Le projet d'accord institutionnel ne contenait pas de dispositions plus précises quant à l'organisation de cette autorité.

Il est probable que d'éventuels accords ultérieurs entre la Suisse et l'UE prévoient – possiblement de manière sectorielle – des dispositions analogues sur les aides et la surveillance des dispositions correspondantes, et que la Suisse doive se doter d'une structure institutionnelle apte à assurer l'exécution de ces tâches. Une telle mission devrait être confiée aux autorités de la concurrence, comme c'est le cas pour l'ATA (chap. 6.2). Selon toute vraisemblance, le modèle à élaborer dans le cadre de la réforme institutionnelle devra donc également intégrer un système de surveillance des aides d'État.

Un « Groupe de travail technique Confédération-cantons » a publié le 8 février 2023 des conclusions sur la réglementation et la surveillance des aides d'État en Suisse³⁶. Sur le plan institutionnel, ce groupe de travail estime que, pour pouvoir garantir une surveillance efficace des aides d'État, la Suisse devrait désigner ou créer une autorité de surveillance nationale. Cette tâche pourrait être assumée par la COMCO. Une autre solution consisterait à créer une nouvelle autorité de surveillance à l'échelon fédéral ou un réseau d'autorités de surveillance de la Confédération et des cantons. Une approbation préalable par une autorité de surveillance de la Confédération ne serait pas possible pour les aides cantonales et communales pour des raisons de droit constitutionnel. Une autorité de surveillance suisse examinerait préalablement les aides d'État et émettrait une recommandation. Si les autorités publiques compétentes s'écartent de cette recommandation, la décision finale serait prise par une instance indépendante, à savoir un tribunal suisse, sur recours de l'autorité de surveillance ou de tiers.

Du point de vue de la commission d'experts, le transfert de la compétence de surveillance à la COMCO s'impose comme une évidence, étant donné que cette autorité exerce déjà la surveillance des aides d'État dans le cadre de l'ATA (art. 103 LA). La législation en vigueur attribue déjà des compétences décisionnelles au DEFR (d'entente avec le DFAE) lorsqu'un comportement contraire à l'accord est constaté (art. 58 et 59 LCart). En cas d'infraction aux régimes d'aides, la COMCO n'a qu'une compétence de recommandation. Les autorités chargées de prendre une décision tiennent compte du résultat de l'examen (art. 103 LA). Ce mécanisme institutionnel est en soi peu performant et ne se révèle efficace qu'en relation avec les art. 58 et 59 LCart. L'octroi d'une compétence décisionnelle à une autorité fédérale peut se justifier dès lors que les aides octroyées le sont par la Confédération. Mais dans le cas d'aides cantonales ou communales, la compétence décisionnelle d'une autorité fédérale s'avérerait problématique du point de vue politique et constitutionnel : les différends entre la Confédération et les cantons doivent en effet être réglés par voie de négociation

³⁶ Voir https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/staat-und-wettbewerb/staatliche_beihilfen.html, consulté le 9.1.2024.

ou de médiation (art. 44, al. 3, Cst.) ou par le Tribunal fédéral (art. 189, al. 2, Cst.). Il y aurait donc lieu de prévoir une réglementation permettant à la COMCO de saisir un tribunal lorsqu'une recommandation d'aide n'est pas suivie par les autorités politiques compétentes.

Résultat intermédiaire : dans l'idéal, les autorités de la concurrence devraient être aménagées de manière à pouvoir également assumer d'éventuelles tâches ultérieures dans le domaine de la surveillance des aides d'État.

III. Analyse des modèles possibles

Dans cette partie, il s'agit d'examiner les modèles envisageables pour l'organisation des autorités de la concurrence. Les résultats des auditions menées par la commission d'experts sont exposés en substance ci-après (chap. 12). Le chap. 13 présente ensuite les autorités de la concurrence d'autres pays et compare les différents droits en vigueur, tandis que le chap. 14 passe en revue d'autres autorités suisses assumant des tâches de régulation et de surveillance, notamment celles qui peuvent prononcer des sanctions administratives pécuniaires. Enfin, le chap. 15 analyse, compte tenu de ce qui précède, les paramètres applicables aux modèles envisageables.

12 Principaux résultats des auditions

12.1 Généralités

Comme indiqué au chap. 3, la commission d'experts a entendu différents acteurs (autorités, groupements d'intérêts, organisations professionnelles), que ce soit dans le cadre d'entretiens ou par écrit. Le présent chapitre expose les principaux résultats de ces auditions. D'autres aspects seront abordés plus loin (taille de la commission, présence de représentants de groupements d'intérêts dans la commission, justice civile).

Les critiques formulées à l'encontre de la COMCO lors des auditions visent pour une part le contenu matériel de la LCart ou son interprétation et son application par la COMCO, des éléments qui ne relèvent pas du mandat de la commission d'experts.

D'autres critiques portent plutôt sur le climat relationnel, comme une attitude jugée agressive de la part de membres de la commission ou de son secrétariat à l'égard du public ou des entreprises, des problématiques difficiles à appréhender par des moyens institutionnels.

12.2 Critique de la structure actuelle

Lors des auditions, notamment des milieux de l'avocature et de l'économie, les critiques ont en particulier porté sur la structure actuelle, jugée problématique du point de vue de l'état de droit. Elles rejoignent dans une large mesure celles qui ont été formulées dans le cadre de la procédure de consultation (voir ch. 9.1). Les personnes entendues pointent par exemple l'absence de séparation entre les fonctions d'instruction et de décision, ce reproche concernant en premier lieu ou exclusivement les cas de restrictions illicites à la concurrence, notamment l'instrument des sanctions directes. Pour ce qui est du contrôle des concentrations et des autres tâches de la COMCO, ces milieux considèrent en outre qu'une autorité administrative doit pouvoir décider en première instance.

La critique est parfois justifiée sous l'angle de la doctrine pénale : les sanctions directes étant de nature pénale, elles devraient également être régies par des principes de droit pénal, à savoir la séparation entre l'autorité chargée de l'instruction et celle chargée de l'accusation et un tribunal indépendant qui rendrait son jugement dans le cadre d'une procédure contradictoire. Dans ce contexte, le secrétariat et la commission entretiennent des liens jugés trop étroits : l'accusation et la défense ne luttent pas à armes égales.

Les personnes entendues mettent également en évidence certains défauts pratiques de la procédure. La présidence de la commission prenant part à l'ouverture de l'instruction, puis à la décision de perquisition et de saisie, il en résulte dans de nombreux cas une implication préalable contraire à l'exigence d'impartialité. Il lui est de ce fait difficile de conclure après coup qu'il n'y avait pas lieu d'ouvrir une instruction (ce qu'on appelle un « biais de confirmation »). D'une manière générale, les participants aux auditions constatent une concentration des pouvoirs au niveau de la présidence et du secrétariat. Pour eux, il est rare que ces deux organes soient en désaccord, de sorte qu'il est également difficile pour d'autres membres de la commission de faire valoir une position divergente.

Pour certains, le droit d'être entendu peut certes être exercé formellement devant le secrétariat, mais les arguments des parties ne sont pas vraiment considérés, le secrétariat ne prend pas en compte les requêtes de preuves ou seulement de manière sélective et, de manière générale, il peine à établir les faits sans parti pris. Au terme de la procédure d'instruction conduite par le secrétariat, le résultat est pratiquement connu et les auditions devant la Commission n'apportent plus grand-chose. En outre, la commission ne soumet pas la requête du secrétariat à une analyse critique. Cette absence de remise en question s'expliquerait par le caractère de milice de la commission, par la supériorité informationnelle du secrétariat par rapport à la commission, mais aussi parce que contrairement aux parties, le secrétariat est présent lors des délibérations de la commission et que c'est lui qui rédige ensuite la décision. En fin de compte, dans sa décision, la commission ne s'écarterait jamais beaucoup de la requête du secrétariat. Il est précisé qu'en Allemagne, par exemple, le fonctionnement des divisions décisionnelles du *Bundeskartellamt* (BKartA), l'office fédéral des ententes, se rapproche de celui d'un tribunal.

Le fait qu'il faille d'abord faire appel de la décision pour que les montants élevés des sanctions fassent l'objet d'un réexamen judiciaire est lui aussi jugé insatisfaisant. Les destinataires d'une décision sont d'emblée en position de faiblesse lorsqu'ils ont trente jours pour contester de manière fondée et motivée une décision souvent très volumineuse, qui peut avoir demandé à la COMCO plusieurs années de travail. Recourir contre une décision exige par ailleurs des moyens financiers que les petites entreprises n'ont pas. Pour bien faire, l'autorité qui statue en première instance devrait déjà remplir les exigences de l'art. 6 CEDH, autrement dit constituer un tribunal indépendant. Il est rappelé qu'en Allemagne, il n'est pas nécessaire de former un véritable recours contre une sanction pécuniaire prononcée par le BKartA et qu'une simple opposition suffit, après quoi la décision du BKartA prend la forme d'une accusation ayant un caractère similaire au droit pénal.

Autre reproche exprimé, les sanctions du droit des cartels sont beaucoup plus lourdes que celles prononcées par des autorités administratives dans d'autres domaines. Les cas sont en outre plus complexes et les nombreuses notions juridiques indéterminées renforcent l'insécurité du droit, d'autant que la COMCO les interprète de plus en plus souvent en défaveur des entreprises visées. Par ailleurs, certaines personnes entendues estiment que les entreprises sont sanctionnées sur la base de suppositions et de faits non vérifiés. D'autres relèvent que les procédures en matière de droit des cartels suscitent souvent un vif intérêt et que la pratique de la COMCO en matière de publication a pour effet de voir les entreprises sanctionnées mises au pilori avant même que la décision n'entre en force, avec pour conséquence une présomption de culpabilité. Enfin, il a été mentionné que certaines particularités procédurales du droit des cartels absentes d'autres domaines du droit administratif, notamment la procédure de clémence, induisent également une pression considérable.

La question de savoir à quoi pourrait ressembler une meilleure séparation reste ouverte. Pour certains, seuls les rapports personnels ou de travail entre la commission ou sa présidence et le secrétariat sont jugés trop étroits, ce qui rend plus difficile un examen critique du travail du secrétariat par la commission. Il est également signalé qu'il y a une vingtaine d'années, on avait déjà tenté de séparer le secrétariat et la commission au sein de la COMCO, sur le modèle français, mais que cela n'avait pas fonctionné dans la pratique en raison des liens étroits entre les deux organes.

Pour d'autres, seule une séparation institutionnelle stricte entre l'autorité qui instruit et l'autorité qui statue pourrait résoudre le problème. Certains participants sont clairement favorables au modèle du tribunal proposé par le Conseil fédéral en 2012.

La critique porte aussi souvent sur l'activité du Tribunal administratif fédéral (TAF), et en particulier sur la longueur des procédures. Le fait de devoir attendre très longtemps une décision de justice pousse à accepter un règlement à l'amiable. Certains regrettent également que les voies de droit ne permettent pas un véritable réexamen du travail de la COMCO. Bien que le TAF doive théoriquement reconstruire librement les faits, dans la pratique, il préfère s'en remettre à l'expertise de la COMCO et ne procède pas souvent lui-même à l'administration de preuves. Pour remédier à cette situation, il arrive que soient proposées des mesures procédurales ou des mesures institutionnelles, comme l'élection au TAF de juges suppléants spécialisés. Lors des auditions, certaines personnes ont plaidé pour la création d'un tribunal spécial de la concurrence, qui serait mieux à même de traiter les affaires complexes. Dans ce contexte, elles font référence aux tribunaux de commerce cantonaux, au Tribunal fédéral des brevets ou, en Allemagne, à *l'Oberverwaltungsgericht Düsseldorf*, le Tribunal administratif supérieur de Düsseldorf.

12.3 Validation de la structure actuelle

Bon nombre de participants aux auditions, en particulier les tribunaux et la COMCO (commission et secrétariat), mais aussi certaines organisations économiques, considèrent en revanche que de manière générale, la structure actuelle des autorités de la concurrence convient et qu'une réforme institutionnelle en profondeur n'est pas nécessaire. Ils estiment qu'elle est conforme aux exigences constitutionnelles et conventionnelles et qu'elle a fait la preuve de son efficacité dans la pratique. Ils jugent en particulier que la séparation des fonctions d'investigation et de décision n'est pas indispensable, et que même sans aucune séparation, la procédure resterait irréprochable du point de vue de l'état de droit, ajoutant que d'autres domaines du droit et d'autres pays ne connaissent pas non plus une telle séparation. Certains soutiennent que les détracteurs des institutions actuelles critiquent en réalité plutôt le droit matériel des cartels ou son interprétation par les autorités.

Un argument de poids souvent invoqué en faveur du statu quo consiste à dire que tout changement implique une charge et des difficultés de mise en œuvre non négligeables, ce qui peut également affaiblir l'application effective du droit des cartels. Il ne faudrait donc remanier le système en profondeur qu'à condition qu'il en résulte une nette amélioration. Dans l'hypothèse où cette refonte serait opérée, certains se demandent s'il ne faudrait pas, alors, aussi la faire dans de nombreux autres domaines juridiques ?

D'aucuns affirment que les faiblesses de l'organisation actuelle peuvent aussi être corrigées en conservant la structure existante.

Certains participants pointent le manque de regard critique de la commission à l'égard du secrétariat lors des délibérations ou l'influence excessive du secrétariat, mais considèrent qu'il ne s'agit pas d'un problème institutionnel, mais plutôt d'un problème de personnes ou de conduite qui pourrait être résolu dans le cadre de la structure actuelle, éventuellement par des modifications procédurales. Plusieurs ne voient pas d'un bon œil que le secrétariat tende à s'occuper de cas relativement simples sans grands effets économiques, ou qu'il ne se considère pas comme un enquêteur neutre, mais plutôt comme un accusateur public.

Toutes les personnes entendues, même celles qui sont en principe favorables au système actuel, mettent en cause la longueur des procédures, notamment devant le TAF. Bien que celui-ci ne procède guère lui-même à l'établissement des faits, il tend à rédiger des arrêts très détaillés au lieu de se concentrer sur ce qui est essentiel pour la décision. Mais cela s'explique en particulier par le temps que prennent les requêtes des parties, et par la lenteur des requêtes devant le Tribunal fédéral

(TF) qui en découle ensuite. L'élection de juges suppléants spécialisés est parfois vue comme une solution.

12.4 Résultat intermédiaire

Les avis exprimés lors des auditions peuvent globalement être répartis en deux groupes : Le premier désapprouve le système actuel qui n'établit pas de séparation entre l'instruction et la décision (en particulier dans les procédures de sanctions directes), ce qui constitue à ses yeux un manquement majeur à l'état de droit, et préconise l'instauration d'une telle séparation, avec une préférence pour un modèle dans lequel un tribunal de première instance statue sur des sanctions. Le second juge que le système actuel est à la fois conforme à l'état de droit et approprié et qu'il n'y a pas ou pratiquement pas besoin de le modifier. Il considère la longueur des procédures, en particulier devant le TAF, comme le problème principal.

13 Autorités de la concurrence d'autres pays

13.1 Introduction

Comme indiqué plus haut (chap. 3), la commission d'experts a donné mandat à l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) d'analyser la structure des autorités de la concurrence de différents pays et chargé M. Johann-Jakob Chervet de rédiger un rapport sur cette base. Le rapport Chervet, qui prend également en compte les recherches menées par l'ISDC, figure dans son intégralité dans l'annexe 3. Nous en restituons ci-après les résumés. Des précisions apportées par des experts des droits allemand, français et autrichien dans le cadre des auditions enrichissent ces analyses et viennent compléter la présentation du système retenu par les différents pays.

Le rapport Chervet est axé sur la présence ou l'absence d'une séparation entre la compétence d'instruire et la compétence de décider dans le cadre de l'application publique du droit de la concurrence (au sein de l'autorité ou entre l'autorité et les tribunaux).

Il répartit les systèmes juridiques en trois catégories :

- 1) Dans le *modèle du tribunal*, l'instruction et la décision sont réparties entre l'exécutif et le judiciaire : l'autorité de la concurrence (parfois directement intégrée au gouvernement, parfois indépendante) enquête sur de possibles restrictions illicites à la concurrence et agit ensuite en tant que plaignante ou accusatrice publique devant une instance judiciaire neutre, à laquelle revient la seule compétence décisionnelle. L'autorité de la concurrence ne prononce pas directement des sanctions. On trouve le modèle du tribunal aux États-Unis (à certaines exceptions), en Autriche, à Malte, au Canada, en Australie, en Nouvelle-Zélande et à Hong Kong.
- 2) Le *modèle d'autorité à un niveau* concentre les compétences d'instruction et de décision au sein de l'autorité de la concurrence. Si certaines tâches concrètes peuvent être réparties en interne, l'objectif n'est pas de séparer les fonctions d'instruction et de décision, mais plutôt au premier chef d'assurer la qualité du travail ou l'équité de la procédure (p. ex. par l'implication d'un conseiller-auditeur). On trouve des exemples de ce modèle dans l'UE, en Allemagne (en particulier en matière administrative) et en Suède.
- 3) Dans le *modèle d'autorité à deux niveaux*, l'autorité de la concurrence a compétence à la fois pour la conduite de l'instruction et pour la décision, mais les deux fonctions sont exercées séparément *au sein de l'autorité*. L'instruction est généralement conduite par le personnel ordinaire de l'autorité, tandis que la décision finale (y compris les éventuelles sanctions) est prise soit par un groupe de collaborateurs distinct, soit par un collège qui assure généralement la conduite de l'autorité. Le degré de séparation des tâches au sein de l'autorité peut varier considérablement d'un système juridique à l'autre. Les autorités de la concurrence du Royaume-Uni, de la France, de l'Italie, de l'Espagne, des Pays-Bas et de la Belgique fonctionnent selon le modèle d'autorité à deux niveaux.

En Allemagne, la procédure en matière d'amendes constitue un *modèle hybride* : dans ce domaine, l'autorité de la concurrence a la double compétence d'instruire et de statuer. Toutefois, en cas d'appel, les tribunaux ne se contentent pas de contrôler simplement l'activité de cette dernière. Ils procèdent à un réexamen complet de l'affaire, avec à la clé un acte d'accusation en lieu et place de la décision de sanction pécuniaire de première instance.

13.2 Exemples nationaux, dont l'UE

13.2.1 Allemagne

À l'échelon fédéral, l'application publique du droit de la concurrence est assurée en priorité par le *Bundeskartellamt* (BKartA), structuré pour l'essentiel selon le *modèle d'autorité à un niveau* : les divisions décisionnelles du BKartA ont à la fois la compétence d'instruire et celle de décider et ne connaissent pas de séparation de ces fonctions en interne. Indépendantes du pouvoir politique, elles fonctionnent comme des organes collégiaux et leurs membres doivent remplir les conditions requises pour occuper une fonction judiciaire. Les *Landeskartellbehörde* sont également conçues comme des autorités à un niveau, mais leur importance est limitée. Les recours sont déposés devant l'*Oberlandesgericht* (OLG) au siège de l'autorité de la concurrence concernée et finalement devant le *Bundesgerichtshof* (BGH). Dans le domaine des amendes, l'OLG ne se contente pas d'un contrôle formel de la décision de l'instance précédente ; il procède à un *réexamen complet* de l'affaire, au cours duquel la décision de sanction pécuniaire prend la forme d'un acte d'accusation. À cet égard, la procédure constitue une forme hybride entre le modèle administratif et le modèle du tribunal. Dans les affaires administratives, le rôle de l'OLG se limite à réexaminer après coup les questions de droit et de fait (et, dans une certaine mesure, celle de l'opportunité) soulevées par l'intervention de l'autorité de la concurrence. Lorsqu'une affaire arrive devant le BGH, l'action de ce dernier se limite à contrôler l'application du droit.

Précisions apportées lors des auditions : les divisions décisionnelles conduisent l'instruction et statuent ; la décision est prise dans une composition à trois incluant la personne qui a mené l'enquête. Ce système ne suscite apparemment pas de débat ou de polémique d'ordre constitutionnel ou politique. Le fait que la personne qui a mené l'instruction siège également au sein de l'instance décisionnelle est même considéré comme un avantage, car les prévenus peuvent ainsi faire valoir leurs arguments directement auprès de qui statue, tout au long de la procédure. Le tribunal chargé de la répression des cartels (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) est perçu comme une cour spécialisée, d'une grande compétence technique, ce qui contribue également à l'acceptation de la procédure. Enfin, il est essentiel de distinguer la procédure administrative de la procédure en matière d'amendes, la seconde étant soumise aux principes de la procédure pénale. Le tribunal mène une procédure similaire à une procédure pénale avec des audiences d'instruction au cours desquelles il s'acquitte lui-même de l'administration des preuves.

Dans les cas qui ont abouti à une décision formelle, la durée de la procédure était en moyenne de presque deux ans et neuf mois devant le *Bundeskartellamt* en 2020 et de près de deux ans devant le tribunal de première instance chargé de la répression des cartels (*Kartellgericht*), plutôt de trois ans selon d'autres sources.

13.2.2 France

L'application du droit de la concurrence relève en priorité de l'Autorité de la concurrence, qui fonctionne selon le modèle d'autorité à deux niveaux. Concrètement, la procédure d'instruction est menée par le service d'instruction sous la conduite du rapporteur général. La décision relève en revanche du collège de l'Autorité. En comparaison avec d'autres systèmes juridiques, cette séparation des fonctions est plutôt stricte. Par exemple, au terme de l'audition, plus aucune communication n'est possible entre le collège et le service d'instruction. L'Autorité est indépendante et constituée de profils variés, notamment de juristes (anciens juges), d'économistes et de spécialistes de divers secteurs économiques. Outre l'Autorité, la Direction générale de la

concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (rattachée au ministère de l'Économie) a également des compétences en matière d'application du droit (en particulier pour ce qui est des cas mineurs ou de nature essentiellement locale). La plupart du temps, les recours sont déposés devant la Cour d'appel de Paris qui dispose d'un pouvoir d'examen complet. Un pourvoi peut ensuite être déposé devant la Cour de cassation. L'application du droit civil est concentrée sur huit tribunaux de commerce et autant de tribunaux civils.

Précisions apportées lors des auditions : en France, la séparation des fonctions d'instruction et de décision des autorités de régulation est une exigence constitutionnelle. Cela n'implique pas nécessairement des autorités différentes, mais une séparation organique à l'intérieur d'une même autorité. Au sein de l'Autorité de la concurrence, il existe une séparation entre le service d'instruction, sous la direction du rapporteur général, et le collège, qui prend la décision sur proposition du rapporteur général. Le collège de l'Autorité se compose de 17 membres : le président et les 4 vice-présidents exercent leurs fonctions à titre permanent, tandis que les 12 autres membres sont non permanents. Le collège a également à sa disposition du personnel, en particulier chargé de rédiger les décisions. Le service d'instruction établit les faits, mais il doit obtenir l'autorisation d'un juge pour les mesures de contrainte (visites et saisies). Une séance contradictoire comprenant un double échange d'observations écrites et des séances orales se tient devant le collège entre le rapporteur général et l'entreprise mise en cause. Si le collège estime que l'instruction est insuffisante, il peut la renvoyer au service d'instruction. Cette procédure à deux niveaux s'applique également au contrôle des concentrations. Ce fonctionnement du service d'instruction et du collège est considéré comme un élément essentiel de la qualité de la procédure.

13.2.3 Italie

Le droit des cartels est mis en œuvre en priorité par l'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* (AGCM). Celle-ci fonctionne comme une *autorité à deux niveaux* : l'instruction est conduite par des collaborateurs des différentes directions, tandis que la décision revient au collège de l'AGCM. Cette séparation est atténuée par le fait que l'accord du collège est nécessaire pour plusieurs étapes de la procédure d'instruction (comme l'ouverture de l'instruction formelle). L'AGCM jouit d'une grande indépendance vis-à-vis du politique et dispose même de sa propre source de financement. Les décisions de l'AGCM sont susceptibles d'appel en première instance devant le Tribunal administratif régional (TAR) Lazio, qui examine librement le montant d'une sanction prononcée. Le contrôle des autres décisions de l'autorité se limite à un examen en fait et en droit. Le *Consiglio di Stato* intervient en deuxième (et dernier) ressort. L'application du droit civil relève des juridictions de première instance de Milan, Rome et Naples.

13.2.4 Espagne

La mise en œuvre du droit des cartels par la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) repose sur le modèle d'autorité à deux niveaux : la Direction de la concurrence (*Dirección de Competencia*) mène les investigations avant de transmettre l'affaire au Conseil (*Consejo*) de la CNMC. C'est à lui que revient la compétence exclusive de statuer et de prononcer des sanctions. Bien que prévue par la loi, dans les faits, cette séparation des fonctions n'est pas toujours aussi stricte. Le Conseil peut par exemple confier l'instruction à la Direction de la concurrence. De plus, les responsables des quatre directions d'instruction (*direcciones de instrucción*) de la CNMC sont nommés par le Conseil. Outre cette organisation à l'échelle nationale, de nombreuses régions autonomes espagnoles disposent d'autorités de la concurrence indépendantes, qui jouent toutefois un rôle secondaire par rapport à leur pendant national. Il est possible de faire appel des décisions de la CNMC devant la Cour nationale (*Audiencia nacional*), qui peut corriger les erreurs de droit et de fait. Il est ensuite possible de déposer un pourvoi auprès du *Tribunal supremo*. L'application du droit civil relève des tribunaux de commerce ordinaires.

13.2.5 Pays-Bas

Aux Pays-Bas, l'application publique du droit cartellaire incombe à l'*Autoriteit Consument & Markt* (ACM), organisée selon un *modèle d'autorité à deux niveaux* : l'instruction est menée par le Département de la concurrence, tandis que le Service juridique est chargé de rédiger le projet de décision. La décision finale formelle est prise par le comité directeur tricéphale de l'ACM, qui intervient déjà au cours des travaux préparatoires du Service juridique. Cette séparation au sein de l'autorité (la « muraille de Chine ») est prévue par la loi et garantie par une documentation complète permettant d'exclure la possibilité qu'un collaborateur se soit déjà occupé une première fois de l'affaire. Les voies de droit s'articulent en trois étapes : l'ACM doit d'abord réexaminer elle-même sa décision sur la base des arguments avancés par les parties (voie de droit interne). La décision est ensuite susceptible d'appel devant le Tribunal de district de Rotterdam, puis en dernier ressort devant la Cour d'appel pour le commerce et l'industrie. Les deux tribunaux procèdent à un examen complet en fait et en droit (incluant, en ce qui concerne le montant des amendes, le contrôle de l'opportunité). L'application du droit civil relève des tribunaux civils ordinaires, et non de tribunaux spéciaux.

13.2.6 Suède

En Suède, l'application publique du droit cartellaire repose depuis mars 2021 sur le modèle d'autorité à un niveau : l'instruction et la décision sont réunies au sein de la *Konkurrensverket*, l'autorité de la concurrence. Les tâches sont réparties dans une certaine mesure en interne, mais cette répartition vise davantage à améliorer la qualité du travail de l'autorité qu'à opérer une véritable séparation des fonctions au sens du modèle d'autorité à deux niveaux. Les décisions sont susceptibles d'appel en première instance devant le Tribunal des brevets et du marché et en deuxième (et dernière) instance devant la Cour d'appel des brevets et du marché. Les deux tribunaux se composent à la fois de juges ordinaires et de juges non professionnels, spécialistes des questions économiques. L'application du droit civil incombe également à ces deux tribunaux spécialisés dans le droit économique et le droit administratif économique. Avant 2021, l'application du droit par une autorité publique était organisée selon le modèle du tribunal et l'autorité de la concurrence ne disposait d'aucun pouvoir de sanction. Le gouvernement suédois espérait de ce changement de système avant tout une amélioration de l'efficacité des procédures. De son côté, le Conseil législatif suédois craignait au contraire que la réforme induise un allongement des procédures. Le nombre limité d'affaires traitées dans le cadre du nouveau régime ne permet pas encore d'en juger.

13.2.7 Belgique

L'application du droit des cartels repose sur le *modèle d'autorité à deux niveaux*. Le service d'instruction de l'Autorité belge de la Concurrence (ABC), l'Auditorat, établit les faits et dépose une proposition de décision auprès du Collège de la Concurrence. C'est à ce dernier qu'il revient de statuer et de prononcer les sanctions. Le Collège de la Concurrence est constitué pour chaque affaire et se compose du président de l'ABC (qui y participe toujours) et de deux assesseurs désignés, choisis par ordre alphabétique sur une liste. Le Comité de direction de l'ABC et les assesseurs sont nommés par le gouvernement pour des mandats de six ans. Les décisions peuvent être contestées devant une section de la Cour d'appel de Bruxelles spécialisée dans le droit administratif économique, la Cour des marchés. Celle-ci procède à un examen complet en fait et en droit. Un pourvoi en cassation peut ensuite être introduit devant la Cour de cassation. L'application du droit civil incombe aux tribunaux civils et de commerce ordinaires.

13.2.8 Autriche

En Autriche, l'application publique du droit de la concurrence repose sur le *modèle du tribunal*, et ce dans tous les domaines (ententes, abus de position dominante, contrôle des concentrations). Il y a une séparation stricte entre l'instruction et la décision. Le rôle de la *Bundeskartellamt* (BWB), l'autorité fédérale de la concurrence, se limite à investiguer sur les comportements potentiellement illicites. Pour toutes les mesures administratives (p. ex. l'interdiction d'une

concentration) ou les sanctions (amende ou astreinte), elle doit ensuite soumettre une requête au *Kartellgericht* (tribunal de première instance chargé de la répression des cartels, rattaché à l'*Oberlandesgericht Wien*), qui a la compétence exclusive de statuer. Il est possible de porter la décision du *Kartellgericht* devant le *Karteltobergericht* (OGH), dont l'intervention consiste pour l'essentiel à examiner les questions juridiques. Le *Kartellgericht* et le *Karteltobergericht* agissent par le truchement de sénats (*Senate*) comprenant aussi bien des juges professionnels que des juges non professionnels. Les juges non professionnels sont envoyés par les partenaires sociaux (en général les organisations syndicales et patronales) auprès des deux tribunaux. Les actions privées en dommages et intérêts pour infraction au droit des cartels ne sont toutefois pas menées devant ces cours spécialisées, mais devant des tribunaux civils ordinaires.

Précisions apportées lors des auditions : jusqu'à sa modification en 2013, la constitution autrichienne prévoyait que seuls les tribunaux pouvaient prononcer des amendes élevées. Le système autrichien est le produit de cette histoire. Le rôle de la BWB devant le *Kartellgericht* est comparable à celui d'un ministère public. Le *Kartellgericht* est une cour spécialisée d'une grande compétence technique, qui procède elle-même à l'administration des preuves, mais qui recourt parfois aussi à l'expertise technique de la BWB. Malgré cela, les procédures devant le *Kartellgericht* ne durent en général pas plus d'une année. Il est rare que le tribunal ne suive pas une requête de la BWB. L'avantage de ce système est qu'il n'y a pas de débat sur l'équité des procédures ; la séparation entre les fonctions d'instruction de la BWB et de décision du *Kartellgericht* est vue comme la garantie du respect de l'état de droit. On ne voit pas de volonté politique de modifier le système, bien que dans d'autres domaines, les autorités administratives puissent désormais aussi prononcer des amendes.

13.2.9 Malte

Depuis 2019, l'application du droit des cartels repose sur le *modèle du tribunal* : l'*Office for Competition* de la MCCAA (*Malta Competition and Consumer Affairs Authority*) mène l'instruction et sur cette base, soumet une requête à la Cour civile (*Civil Court*). Cette dernière conduit ensuite la procédure contradictoire entre l'autorité et les parties et décide s'il y a eu violation du droit de la concurrence. Elle est seule habilitée à prononcer des sanctions. Ses décisions peuvent être contestées devant la Cour d'appel (*Court of Appeal*), qui peut corriger les erreurs de droit et de fait. La mise en œuvre du contrôle des concentrations fait exception au modèle du tribunal : dans ce domaine, le directeur général de l'*Office for Competition* peut décider lui-même si une concentration est licite. La Cour civile agit alors en qualité de première instance d'appel, qui peut examiner les affaires en droit et en fait et substituer ses propres décisions aux décisions discrétionnaires de l'autorité. Les décisions de la Cour civile peuvent ensuite être contestées devant la Cour d'appel. Entre 2011 et 2019, l'application du droit suivait encore le modèle d'autorité à un niveau. Mais depuis 2016, l'*Office for Competition* n'a plus pu prononcer d'amende ou d'astreinte, la Cour constitutionnelle maltaise ayant déclaré inconstitutionnelles de telles sanctions émanant d'institutions non judiciaires. Le système d'application du droit des cartels a ensuite été réorganisé sur la base du modèle du tribunal. La compétence de la Cour civile et de la Cour d'appel s'étend également au domaine des actions privées contre les ententes.

13.2.10 Royaume-Uni

L'application publique du droit des cartels incombe en priorité à la *Competition and Markets Authority* (CMA). Celle-ci opère selon le *modèle d'autorité à deux niveaux* : l'instruction est menée par un *Case Team*, sous la conduite d'un *Senior Responsible Officer*, tandis que la décision est prise par un *Case Decision Group* de trois personnes, indépendant du *Case Team*. Cette séparation des fonctions est moins stricte que dans d'autres systèmes juridiques, notamment parce qu'elle résulte pour l'essentiel de la pratique administrative interne (à laquelle il est également possible de déroger) et non de la loi elle-même. Le *Competition Appeal Tribunal* (CAT) joue un rôle important au plan judiciaire : il soumet les décisions de la CMA à un examen complet (*full merits appeal*), ce qui donne généralement lieu à des auditions approfondies de témoins et d'experts (*cross-examination* incluse). Le CAT comprend

trois membres, parmi lesquels seul le président doit disposer de qualifications juridiques ; les autres juges peuvent également être choisis pour leurs connaissances dans les domaines de l'économie, de la régulation ou de la gestion. Les décisions du CAT peuvent être contestées devant la cour d'appel régionale compétente et, de là, devant la *Supreme Court*, dans les deux cas après en avoir fait la demande (*permission to appeal*). Les actions privées en droit des cartels peuvent être engagées aussi bien devant le CAT que devant la *High Court*.

13.2.11 Union européenne

À l'échelon de l'Union, l'application publique du droit de la concurrence relève de la Commission européenne en tant que collège, laquelle jouit à la fois de pouvoirs d'instruction et de décision (*modèle d'autorité à un niveau*). Au sein de la Commission, diverses tâches sont réparties entre le commissaire chargé de la concurrence et divers acteurs au sein de la Direction générale « Concurrence », sans qu'il y ait pour autant de véritable séparation des activités d'instruction et de décision. Dans la plupart des cas, les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) sont mis en œuvre par les autorités et tribunaux nationaux concernés. Le droit de l'UE exige que ces derniers disposent d'une certaine indépendance et de ressources suffisantes, sans priver les États membres de la liberté de définir librement leur modèle de procédure (modèle d'autorité à un ou à deux niveaux ; modèle du tribunal). Au sein de cette structure fédérale complexe, la Commission assume une fonction de coordination et de direction relativement forte. Les décisions de la Commission peuvent être contestées d'abord devant le Tribunal de l'UE (TUE), puis devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Alors que le TUE dispose d'un pouvoir d'examen complet (contrôle de l'opportunité inclus) s'agissant de la détermination d'astreintes et d'amendes, l'étendue de son examen est en particulier réduite lorsque la Commission a dû procéder à des évaluations économiques ou techniques complexes. La CJUE limite son examen aux questions de droit.

13.2.12 États-Unis

Les institutions centrales de l'application du droit des cartels sont les cours fédérales (en particulier les *District Courts* et les *Courts of Appeal*). Il y a deux raisons majeures à cela : premièrement, l'application publique de ce droit repose dans la plupart des cas sur le *modèle du tribunal*, les cas relevant d'une procédure administrative interne étant moins fréquents. Le rôle des autorités cartellaires se limite donc le plus souvent à l'accusation, le soin d'examiner les faits et au besoin de prononcer des sanctions étant laissé aux juges (et dans certains cas aux jurés) des *District Courts*. Deuxièmement, aux États-Unis, 90 % des actions en droit des cartels sont le fait de particuliers, ce qui explique que, la plupart du temps, les autorités ne sont pas impliquées. Du côté des autorités, l'*Antitrust Division du Department of Justice* (DOJ), la *Federal Trade Commission* (FTC) et les *State Attorneys General* jouent un rôle particulièrement important. La FTC est une autorité administrative indépendante, tandis que la division antitrust du DOJ est rattachée au gouvernement fédéral. Dans certains cas, la FTC applique une procédure interne complexe, incluant des éléments des modèles d'autorité à un et à deux niveaux. Les décisions des tribunaux de première instance (dans le cas du modèle du tribunal) et la décision de la FTC (dans le cas du modèle d'autorité) peuvent être contestées devant les *Courts of Appeals* et finalement (avec son autorisation) devant la *Supreme Court*. L'application du droit civil intervient devant les mêmes tribunaux (*District Courts*, *Courts of Appeal*, *Supreme Court*), qui ne sont pas spécialisés dans le droit de la concurrence.

13.2.13 Autres pays de *common law*

Si le modèle du tribunal est courant dans les régimes juridiques de *common law*, certains procèdent selon le modèle d'autorité administrative (p. ex. le Royaume-Uni). On peut néanmoins établir une certaine corrélation entre l'importance de la procédure contradictoire en *common law* (dans laquelle deux parties égales comparaissent devant une instance neutre) et la préférence de ces régimes juridiques pour le modèle du tribunal. Dans ce modèle, la procédure contradictoire est garante de l'intégrité de la décision.

Dans le droit de la concurrence *canadien*, ce principe est respecté de manière relativement rigoureuse. Le Bureau de la concurrence (BC) mène l'instruction et agit en qualité de plaignant devant le Tribunal de la concurrence (TC). Si le BC met au jour des indices d'infractions pénales au droit de la concurrence, il renvoie l'affaire aux autorités de poursuite pénale (qui soutiennent l'accusation devant les tribunaux pénaux ordinaires du Canada). La décision relève exclusivement du TC. Le BC est dirigé par le commissaire de la concurrence, qui est nommé par le gouverneur général en conseil sur recommandation du gouvernement. Le TC est composé de juges ordinaires (pas plus de 6) et de membres non juges (pas plus de 8) qui apportent au tribunal des compétences spécifiques. Le gouverneur général en conseil nomme les juges ordinaires sur recommandation du ministre de la Justice et les membres non juges sur recommandation du ministre de l'Industrie. Le TC examine chaque affaire dans une composition de 3 à 5 juges, dont au moins un juge ordinaire et un membre non juge. La répartition des tâches entre les différentes catégories de juges du TC constitue une particularité du droit canadien de la concurrence : les questions de droit ne peuvent être tranchées que par les juges ordinaires, tandis que tous les juges examinent ensemble les faits (et les questions qui concernent à la fois des éléments de droit et de fait). Les décisions du TC peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour fédérale d'appel et (avec son accord) devant la Cour suprême. Le droit des cartels canadien fonctionne donc selon le *modèle du tribunal*.

En Australie, l'application du droit des cartels repose elle aussi sur le *modèle du tribunal* : l'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) exerce prioritairement le rôle d'autorité d'instruction et d'accusation, tandis que la *Federal Court* examine les faits et prononce les sanctions. Cette procédure contradictoire est vue comme un gage de qualité et d'efficacité. Pour ce qui est des infractions pénales au droit de la concurrence, l'ACCC renvoie l'affaire au *Commonwealth Director of Public Prosecutions*, qui engage une action devant la Cour fédérale. La décision de première instance de la Cour fédérale (généralement prise par un juge unique) peut être contestée devant la *Full Court* (qui se réunit le plus souvent dans une composition à trois). La tâche de cette instance rattachée à la Cour fédérale se limite en règle générale à examiner les erreurs de droit, les erreurs graves portant sur les faits et les cas importants d'abus de pouvoir. Ses décisions peuvent ensuite être contestées devant la *High Court*, mais il faut pour cela obtenir l'autorisation de cette dernière (*special leave to appeal*). L'une des particularités du droit australien de la concurrence est qu'il n'exige pas que les concentrations soient annoncées à l'ACCC. Mais comme cette dernière peut tout de même engager une procédure pour lutter contre les concentrations nuisant à la concurrence, il est possible d'annoncer de son propre gré une telle opération, ce qui constitue un gage de sécurité juridique. L'ACCC doit alors examiner, dans le cadre d'une procédure d'autorisation (*clearance*), le risque que la concentration projetée réduise significativement la concurrence. Si ce n'est pas le cas, elle peut donner son feu vert. En revanche, si elle conclut à la probabilité de l'atteinte à la concurrence, les parties ont la possibilité de demander une autorisation (*authorization*) auprès d'un tribunal spécial ad hoc (*Australian Competition Tribunal*, ACT). Celui-ci mène alors une nouvelle audition sur le fond (*examen de novo*) et examine si en dépit de la limitation de la concurrence qu'elle implique, la concentration doit être autorisée en raison d'un intérêt public prépondérant. Les membres de la direction de l'ACCC sont nommés par le *Governor General* sur proposition du ministre des Finances (*Treasurer*). Cette nomination doit être approuvée par la majorité des États et des territoires. L'ACT se compose de *presidential members* (qui doivent être juges à la Cour fédérale) et de *regular members*, nommés pour leur expertise dans le domaine du droit, de l'économie, du commerce ou de l'administration. Le tribunal siège dans une composition à trois (1 membre présidentiel et 2 membres ordinaires), mais c'est le membre présidentiel seul qui tranche les questions juridiques. Les décisions concernant les autres aspects sont prises par tous les membres à la majorité.

En Nouvelle-Zélande, les institutions du droit des cartels fonctionnent de manière très similaire à celles de l'Australie. Différence principale, la Nouvelle-Zélande ne dispose pas d'un tribunal spécial ad hoc comparable à l'ACT australien. L'organisation de la procédure en Nouvelle-Zélande repose aussi sur le *modèle du tribunal* : la *New Zealand Commerce Commission* (NZCC) enquête sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles et le cas échéant, elle engage une action devant la *High*

Court. Celle-ci évalue si le droit de la concurrence a été enfreint et si une sanction doit être prononcée. La *High Court* n'a pas de chambre spécialisée dans le droit des cartels, mais ses juges peuvent faire appel à des juges non professionnels nommés pour leur expertise en droit, en économie, en comptabilité ou dans les questions industrielles. Les décisions de première instance de la *High Court* peuvent être contestées devant la *Court of Appeals* d'abord, puis devant la *Supreme Court*. Par ailleurs, la NZCC peut régler certaines questions dans le cadre d'une procédure administrative interne. Comme en Australie, le droit néo-zélandais de la concurrence prévoit que la déclaration des concentrations est facultative. En cas de déclaration volontaire, la NZCC délivre une autorisation (*clearance* ou *authorization*), les deux types de procédure relevant de sa compétence. Les critères d'octroi de ces deux types d'autorisation sont les mêmes qu'en Australie. Ces décisions administratives internes peuvent faire l'objet d'un recours devant la *High Court*, puis devant la *Court of Appeals* et, enfin, devant la *Supreme Court*. Dans ce cas, la *High Court* procède en règle générale à un réexamen complet de la décision de la NZCC. La NZCC est constituée de 4 à 8 commissaires, nommés par le *Governor General* sur proposition du ministère de l'Économie. Les commissaires sont choisis pour leur expertise juridique, économique, comptable ou réglementaire, parmi lesquels 3 au moins (mais pas plus de 7) doivent être juristes.

Au moment d'adopter sa première loi sur la concurrence en 2012, *Hong Kong* a opté pour une structure institutionnelle d'application du droit reposant sur le *modèle du tribunal* : la *Hong Kong Competition Commission* (HKCC) mène l'instruction et saisit ensuite le *Competition Tribunal*, qui détient le pouvoir exclusif de décision et de sanction. Ce n'est toutefois pas ce qui était prévu initialement. En effet, le modèle de procédure prévu dans le premier projet de loi s'inspirait de celui de l'UE. Alors que les travaux préparatoires étaient en cours, la plus haute juridiction de Hong Kong a décidé (dans une affaire ne relevant pas du droit des cartels) que dans une procédure (administrative) visant à prononcer une sanction pénale, l'accusé devait bénéficier de droits de la défense équivalents à ceux de la procédure pénale. L'arrêt en question, qui a également examiné de près la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les observations générales du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, constatait notamment ce qui suit : « [La non-application des garanties de la procédure pénale] would disturb the fine balance between the interests of the community and the personal rights of the individual, which has been carefully achieved by the courts, and tilt the balance significantly against the rights of the individual. ». Compte tenu de cet arrêt, le gouvernement s'est prononcé contre le modèle d'autorité. Le *Competition Tribunal* est composé de juges ordinaires (rattachés à la *Court of First Instance*) et ne dispose pas de juges non professionnels au bénéfice de compétences spécifiques dans certains domaines, mais il peut faire appel à des experts (*specially qualified assessors*) qui apportent leur expertise au tribunal. Les décisions du *Competition Tribunal* peuvent être contestées devant la *Court of Appeal*.

13.3 Tableau synoptique

	Acteurs et institutions centraux	Structure fédérale	Modèle de procédure	Organisation des autorités de la concurrence	Voies de droit et organisation des autorités judiciaires	Application du droit civil
États-Unis	Les cours fédérales (<i>Districts Courts, Courts of Appeal, Supreme Court</i>), les autorités fédérales (DOJ AD, FTC), les <i>State Attorneys General</i> , ainsi que les auteurs d'actions privées au titre du droit des cartels	Dimension fédérale relativement importante : les <i>State Attorneys General</i> peuvent saisir les <i>Federal District Courts</i> en cas de violation du droit fédéral de la concurrence.	<i>Modèle du tribunal</i> dans la plupart des cas : le rôle de la DOJ AD, de la FTC (pour l'essentiel) et des <i>State Attorneys General</i> devant les tribunaux est celui de l'accusation ; ils ne disposent d'aucune compétence décisionnelle. Exception : il arrive que la FTC suive une procédure administrative interne.	La DOJ AD est directement rattachée au gouvernement fédéral. La FTC est une commission indépendante de 5 membres dans laquelle 3 membres au plus peuvent appartenir à un même parti.	Procédure ordinaire (modèle du tribunal) : action devant les <i>District Courts</i> , puis appel devant les <i>Courts of Appeal</i> et la <i>Supreme Court</i> . Les instances d'appel limitent la plupart du temps leur examen aux questions juridiques. Procédure interne de la FTC : appel devant les <i>Courts of Appeal</i> et devant la <i>Supreme Court</i> . Les cours d'appel sont assez réticentes à réexaminer les décisions administratives de la FTC.	L'application du droit civil se tient devant les mêmes tribunaux que l'application du droit public. Elle est très fréquente du fait de la possibilité pour le plaignant d'obtenir un montant égal à trois fois la valeur du préjudice subi (<i>treble damages</i>).
UE	La Commission européenne, le Comité consultatif, les conseillers-auditeurs, le TUE et la CJUE ainsi que les autorités et juridictions nationales	Forte dimension fédérale : les art. 101 et 102 TFUE sont mis en œuvre dans plus de 90 % des cas par les autorités nationales. Intenses coordination et collaboration entre les différentes	<i>Modèle d'autorité à un niveau</i> : la commission dispose à la fois de pouvoirs d'instruction et de décision ; il n'y a pas de séparation interne des fonctions, mais une répartition des tâches pour assurer la qualité et l'équité de la procédure.	La Commission est indépendante des gouvernements nationaux, mais constitue elle-même une institution de nature (partiellement) politique.	TUE : pouvoir d'examen complet lorsqu'il s'agit d'amendes et d'astreintes ; étendue d'examen réduite lorsque des évaluations économiques complexes ont été réalisées. CJUE : examen limité aux questions juridiques.	L'application du droit civil incombe exclusivement aux tribunaux des États membres ; le droit de l'Union définit certaines normes minimales.

	Acteurs et institutions centraux	Structure fédérale	Modèle de procédure	Organisation des autorités de la concurrence	Voies de droit et organisation des autorités judiciaires	Application du droit civil
	autorités de la concurrence					
Allemagne	Le <i>Bundeskartellamt</i> (BKartA), les <i>Landeskartellbehörden</i> (LKartB), les <i>Oberlandesgerichte</i> (OLG), en particulier celui de Düsseldorf, et le <i>Bundesgerichtshof</i> (BGH)	Faible dimension fédérale : le BKartA dispose la plupart du temps d'une compétence étendue.	Affaires administratives : <i>modèle d'autorité à un niveau</i> . L'instruction et la décision relèvent de la compétence des divisions décisionnelles du BKartA. Procédure en matière d'amendes : <i>modèle hybride</i> . Là aussi, les divisions décisionnelles sont compétentes en matière d'instruction et de décision. En appel, l'OLG procède à un réexamen complet. La décision de sanction pécuniaire de l'autorité prend la forme d'un simple acte d'accusation.	Le BKartA est constitué de 13 divisions décisionnelles indépendantes du pouvoir politique. Celles-ci comptent 3 membres et fonctionnent comme des organes collégiaux. Les LKartB sont intégrées au sein des administrations des Länder.	La procédure d'appel se déroule devant l'OLG du Land concerné et en dernier ressort (à certaines conditions) devant le BGH. Des chambres spécialisées dans les affaires cartellaires ont été créées à ces deux échelons. Dans les affaires administratives, le rôle de l'OLG consiste avant tout à examiner le droit et les faits. En matière d'amendes, en revanche, il procède à un examen <i>de novo</i> . Le rôle du BGH est limité à l'examen des questions juridiques.	L'application du droit civil relève des <i>Landgerichte</i> , leurs décisions étant susceptibles d'appel devant les OLG et (à certaines conditions) devant le BGH.
Royaume-Uni	La <i>Competition and Markets Authority</i> (CMA), le <i>Competition Appeal Tribunal</i> (CAT), les cours d'appel des	Pas de structure fédérale, mais une régionalisation partielle de la	La CMA opère selon un <i>modèle d'autorité à deux niveaux</i> : l'instruction est menée par un <i>case team</i> , tandis que la	La CMA est une unité administrative indépendante dont les responsables sont nommés par le	La procédure d'appel se déroule devant le CAT puis, en cas d'autorisation, devant les cours d'appel régionales compétentes et la <i>Supreme Court</i> . Le CAT est un	Les actions civiles peuvent être portées devant le CAT ou devant la <i>High Court</i> , après quoi, les voies de

	Acteurs et institutions centraux	Structure fédérale	Modèle de procédure	Organisation des autorités de la concurrence	Voies de droit et organisation des autorités judiciaires	Application du droit civil
	différentes parties du Royaume-Uni et la <i>Supreme Court</i>	procédure d'appel.	décision est prise par un <i>case decision group</i> indépendant.	ministre de l'Économie.	tribunal spécial, composé à la fois de juristes et de spécialistes des questions économiques et réglementaires. Le CAT effectue un examen complet (<i>full merits appeal</i>). Le rôle des autres cours d'appel est la plupart du temps limité à l'examen en droit.	droit sont les mêmes que pour l'application du droit public.
France	L'Autorité de la concurrence, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (rattachée au Ministère de l'économie) ainsi que la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation	Pas de structure fédérale ; règles spéciales pour certains territoires d'outre-mer.	<i>Modèle d'autorité à deux niveaux</i> au sein de l'Autorité : le service d'instruction établit les faits, tandis que le collège statue. Cette séparation des fonctions est relativement stricte.	L'Autorité de la concurrence est une unité administrative indépendante. Le collège est constitué de juristes, d'économistes et de membres issus de divers secteurs économiques.	Les recours sont déposés devant la Cour d'appel de Paris et, pour ce qui est du contrôle des concentrations, devant le Conseil d'État. Le Conseil d'État statue en dernier ressort, tandis qu'au terme de la procédure devant la Cour d'appel de Paris, un pourvoi est possible devant la Cour de cassation.	Des actions civiles peuvent être engagées devant 8 tribunaux civils et autant de tribunaux de commerce. Leurs décisions peuvent être contestées devant la Cour d'appel de Paris et, en dernier ressort, devant la Cour de cassation.
Italie	L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), le TAR Lazio et le Consiglio di Stato	Pas de structure fédérale.	<i>Modèle d'autorité à deux niveaux</i> : l'instruction incombe à des collaborateurs des directions compétentes de l'AGCM, tandis que la décision finale revient au collège de l'Autorité. La séparation	L'AGCM est une autorité administrative indépendante. À sa tête, le collège est composé de 3 personnes dont l'expérience provient de l'exercice de hautes fonctions dans l'administration,	Les décisions de l'AGCM peuvent être contestées devant le TAR Lazio. Celui-ci procède à un examen complet en fait et en droit, tandis que la question de l'opportunité fait l'objet d'un examen limité. Le <i>Consiglio di Stato</i> est compétent en dernier ressort.	L'application du droit civil relève des juridictions de première instance de Milan, Rome et Naples. Leurs décisions sont ensuite susceptibles d'appel devant la <i>Corte d'appello</i> et,

	Acteurs et institutions centraux	Structure fédérale	Modèle de procédure	Organisation des autorités de la concurrence	Voies de droit et organisation des autorités judiciaires	Application du droit civil
			fonctionnelle n'est pas très prononcée.	dans des tribunaux, dans des universités ou dans le secteur privé. L'AGCM s'autofinance grâce à une contribution des grandes entreprises.		en dernier ressort, devant la <i>Corte Suprema di Cassazione</i> .
Espagne	<i>La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia</i> (CNMC), l' <i>Audiencia Nacional</i> et le <i>Tribunal Supremo</i>	Faible dimension régionale : une partie des régions autonomes sont dotées d'autorités de la concurrence indépendantes pour leur territoire.	<i>Modèle d'autorité à deux niveaux</i> : au sein de la CNMC, l'instruction incombe à la <i>Dirección de Competencia</i> , tandis que le pouvoir de statuer et de sanctionner revient au <i>Consejo</i> . La séparation des fonctions est bien établie, mais pas aussi stricte qu'en France, par exemple.	La CNMC est une autorité administrative indépendante. Elle est dirigée par un conseil de 10 membres. Ces derniers sont nommés sur proposition du ministre de l'Économie, une décision à laquelle la commission compétente de la Chambre basse du Parlement peut opposer son veto.	Les recours sont traités en première instance par l' <i>Audiencia Nacional</i> et en deuxième instance par le <i>Tribunal Supremo</i> . La première procède à un examen complet du droit et des faits (ainsi que du montant d'une éventuelle amende). Le second limite son intervention à l'examen du droit.	Les actions privées en droit des cartels doivent être portées devant les tribunaux de commerce ordinaires. Les décisions de ces derniers peuvent être contestées devant les cours d'appel locales et, à certaines conditions, devant le <i>Tribunal Supremo</i> .
Pays-Bas	L' <i>Autoriteit Consument & Markt</i> (ACM), la Cour d'appel de Rotterdam et la Cour d'appel pour le commerce et l'industrie (CBb)	Pas de structure fédérale ; règles spéciales pour certains territoires d'outre-mer.	<i>Modèle d'autorité à deux niveaux</i> : le Département de la concurrence mène l'instruction, tandis que le Service juridique prépare le projet de décision à l'intention du comité	L'ACM est une entité indépendante de l'administration néerlandaise conduite par un comité directeur tricéphale (organe collégial).	Les décisions sont susceptibles de recours devant le Tribunal de district de Rotterdam, puis devant la Cour d'appel pour le commerce et l'industrie (CBb). Ces deux tribunaux administratifs économiques procèdent à un examen	Les actions civiles sont portées devant 11 tribunaux de district. La procédure judiciaire se poursuit ensuite devant le

	Acteurs et institutions centraux	Structure fédérale	Modèle de procédure	Organisation des autorités de la concurrence	Voies de droit et organisation des autorités judiciaires	Application du droit civil
			directeur de l'ACM. La loi impose une séparation stricte (la « muraille de Chine ») entre les collaborateurs de ces deux organes.		complet du droit et des faits, ainsi que du montant de l'amende, le cas échéant.	<i>Gerechtshoven</i> et, enfin, devant le <i>Hoge Raad</i> . Il est également possible, pour de telles actions, de saisir le Tribunal de commerce des Pays-Bas.
Suède	La <i>Konkurrensverket</i> , le Tribunal des brevets et du marché (PMD) et la Cour d'appel des brevets et du marché (PMÖD)	Pas de structure fédérale.	<i>Modèle d'autorité à un niveau</i> : l'instruction est menée par le personnel de la <i>Konkurrensverket</i> . La décision finale est prise par le directeur général, qui intervient déjà dans l'instruction. Diverses consultations sont organisées au sein de l'autorité, mais servent davantage à garantir la qualité du travail qu'à assurer la séparation des fonctions.	La <i>Konkurrensverket</i> est une autorité administrative indépendante conduite unilatéralement par un directeur général.	Les décisions sont susceptibles de recours devant le PMD, puis devant le PMÖD. Les deux cours sont composées de juristes et d'économistes et procèdent à un contrôle complet du droit et des faits ainsi que du montant de l'amende, le cas échéant.	Les actions civiles relèvent également du PMD, puis du PMÖD.
Belgique	L'Autorité belge de la Concurrence (ABC), la Cour des marchés (une section de la Cour d'appel de	Pas de structure fédérale.	<i>Modèle d'autorité à deux niveaux</i> : la tâche d'établir les faits incombe au service d'instruction	L'ABC est une autorité administrative indépendante. Le Comité de direction	Les décisions de l'ABC peuvent être contestées devant une section de la Cour d'appel de Bruxelles spécialisée dans le droit	L'invocation du droit des cartels par des particuliers relève des tribunaux civils et

	Acteurs et institutions centraux	Structure fédérale	Modèle de procédure	Organisation des autorités de la concurrence	Voies de droit et organisation des autorités judiciaires	Application du droit civil
	Bruxelles), et la Cour de cassation		de l'ABC, l'Auditorat. La compétence décisionnelle revient à un collège constitué spécifiquement pour chaque affaire. Il se compose du président de l'ABC et de deux assesseurs désignés, choisis par ordre alphabétique sur une liste.	de l'ABC (président, auditeur général, directeur des affaires économiques et directeur des affaires juridiques) et les assesseurs sont nommés par le gouvernement pour des mandats de six ans.	administratif, la Cour des marchés. Celle-ci procède à un examen juridique et factuel complet et peut, dans certaines limites, substituer sa propre évaluation aux évaluations de l'Autorité. En dernier ressort, un pourvoi en cassation peut être introduit devant la Cour de cassation.	de commerce ordinaires.
Autriche	Le <i>Kartellgericht</i> (OLG Wien), le <i>Kartellobgericht</i> (OGH), la <i>Bundeswettbewerbsbehörde</i> (BWB) et le <i>Bundeskartellanwalt</i>	Pas de structure fédérale.	<i>Modèle du tribunal</i> : les autorités de la concurrence sont responsables de la conduite de l'instruction et soumettent ensuite une requête au <i>Kartellgericht</i> . C'est à ce dernier que revient la compétence exclusive de statuer.	Le <i>Bundeskartellanwalt</i> dépend directement du ministre de la Justice, tandis que la BWB est dotée d'un statut d'indépendance. Tous deux sont nommés par le président fédéral sur proposition du gouvernement fédéral.	Les décisions du <i>Kartellgericht</i> peuvent être contestées devant le <i>Kartellobgericht</i> . Celui-ci vérifie que les erreurs juridiques et les erreurs importantes concernant les faits. Les deux tribunaux sont composés de juges professionnels (ayant des qualifications juridiques) et de juges non professionnels spécialisés (proposés par la <i>Wirtschaftskammer</i> , l' <i>Arbeitnehmerverband</i> et la <i>Landwirtschaftskammer</i>).	Les actions civiles relèvent de la compétence des tribunaux civils ordinaires.
Malte	La <i>Civil Court</i> et la <i>Court of Appeal</i> ainsi	Pas de structure fédérale.	<i>Modèle du tribunal</i> (<i>à une exception</i>)	La MCCAA est une autorité	Les décisions rendues en première instance par la	Les tribunaux appelés à statuer

Acteurs et institutions centraux	Structure fédérale	Modèle de procédure	Organisation des autorités de la concurrence	Voies de droit et organisation des autorités judiciaires	Application du droit civil
que l' <i>Office for Competition</i> (OC) de la <i>Malta Competition and Consumer Affairs Authority</i> (MCCAA)		<i>près</i>) : l'OC mène l'instruction, tandis que le pouvoir de décision et de sanction revient à la <i>Civil Court</i> . Dans le domaine du contrôle des concentrations, toutefois, le pouvoir de décision incombe à l'OC. Mais même là, il ne lui revient pas de prononcer des sanctions.	administrative indépendante. Les directeurs généraux des entités concernées (par exemple celui de l'OC) sont responsables de l'application du droit. Ils sont nommés par le <i>Board</i> pour une période de 3 ans, après consultation du ministre de l'Économie. Le <i>Board</i> lui-même est nommé par le ministre de l'Économie.	<i>Civil Court</i> peuvent être contestées devant la <i>Court of Appeal</i> . Celle-ci peut procéder à un examen en fait et en droit. Dans le domaine où le directeur général de l'OC a lui-même un pouvoir de décision (contrôle des concentrations), il revient à la <i>Civil Court</i> d'examiner l'affaire en première instance et à la <i>Court of Appeal</i> en deuxième instance. Le pouvoir d'examen des deux cours s'étend aux griefs de droit et de fait. La <i>Civil Court</i> peut en outre substituer ses propres évaluations à celles du directeur général.	sur les actions privées en droit des cartels et ceux qui statuent sur les actions publiques sont les mêmes : la <i>Civil Court</i> d'abord, et la <i>Court of Appeal</i> , ensuite.

13.4 Résultat intermédiaire

L'organisation des autorités de la concurrence peut être très variable d'une juridiction à l'autre. La plupart des pays connaissent une certaine séparation entre l'autorité chargée de l'instruction et celle qui statue, mais cette séparation est aménagée très diversement. Le modèle du tribunal prévaut aux États-Unis et dans d'autres pays de *common law* (à l'exception du Royaume-Uni) : une instance enquête sur les infractions au droit de la concurrence et dépose une requête auprès d'un tribunal qui rend une décision. En Europe, l'Autriche et Malte suivent ce modèle.

Dans les autres pays européens, la décision de première instance incombe aussi à une autorité administrative chargée à la fois d'instruire et de décider. Au sein de cette autorité, il existe cependant le plus souvent (mais pas toujours) une séparation plus ou moins marquée, qu'elle soit institutionnelle, personnelle ou procédurale, entre ces deux fonctions. Les décisions de l'autorité peuvent être portées devant les tribunaux.

14 Régulation économique et sanctions directes dans d'autres domaines en Suisse

Le droit de la concurrence n'est pas le seul domaine de régulation économique. Des autorités surveillent ou régulent certains secteurs de l'économie dans beaucoup d'autres domaines juridiques. Comparer l'organisation des autorités de la concurrence avec celle des instances de ces autres domaines peut donc présenter un certain intérêt.

Le présent chapitre répertorie ces autres autorités du système juridique suisse, notamment celles qui sont aussi habilitées à infliger des sanctions administratives pécuniaires. Il s'agit avant tout d'examiner l'existence d'une séparation, au sein de ces autorités, entre l'instance chargée de l'instruction et l'instance de décision, compte tenu des critiques formulées sur ce point à l'encontre de la COMCO (voir chap. 9 et 12).

Les autorités dotées d'un pouvoir de régulation économique ou de sanction peuvent être classées de la manière suivante (voir aussi le tableau synoptique de l'annexe 4) :

14.1 Commissions fédérales (art. 57a, al. 2, LOGA)

La Confédération recense de nombreuses commissions extraparlementaires (voir annexe 2 OLOGA), dont la plupart exercent des tâches purement consultatives. Mais on dénombre aussi plusieurs commissions fédérales, notamment dans le domaine de la régulation et de la surveillance de l'économie. Mentionnons ici la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ), la Commission fédérale de l'électricité (ElCom), la Commission fédérale de la communication (ComCom), la Commission fédérale de la poste (PostCom), la Commission des chemins de fer (RailCom), la Commission des OPA (COPA), la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP) et la Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins (Commission arbitrale fédérale, CAF).

Ces commissions comptent généralement 5 à 7 ou 7 à 9 membres nommés par le Conseil fédéral, et un secrétariat. Elles sont indépendantes, tout en étant rattachées à un département au plan administratif. La COPA, composée de 7 à 11 membres nommés par la FINMA, et la CAF, actuellement dotée de 22 membres (mais dont les décisions sont rendues par des Chambres arbitrales de 5 membres chacune), font figure d'exceptions.

Ces commissions fédérales disposent, dans leurs domaines d'attribution, de certaines compétences en matière de surveillance, d'instruction et de décision. À l'instar de la COMCO, la Cmj, la ComCom, la PostCom et la RailCom sont habilitées à prononcer des sanctions administratives pécuniaires calculées en pour-cent du chiffre d'affaires des entreprises mises en cause. Dans certains cas, elles ont la qualité d'autorités pénales administratives. Dans d'autres, la possibilité de leur permettre d'infliger des sanctions directes est à l'étude.

Toutes les commissions fédérales disposent d'un secrétariat qui a généralement pour tâche de préparer les affaires de la commission, de lui soumettre des propositions et d'exécuter ses décisions (pour plus de détails, voir annexe 4).

La commission peut parfois donner compétence au secrétariat pour rendre certaines décisions de manière indépendante. La direction du secrétariat participe généralement aux réunions de la commission avec une voix consultative.

Une séparation organisationnelle stricte entre le secrétariat et la commission n'est prévue nulle part.

14.2 Établissements de droit public

L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (IFSN), l'Autorité de surveillance en matière de révision (ASR) et l'Institut des produits thérapeutiques (Swissmedic) sont des exemples d'établissements de droit public devenus juridiquement autonomes. Ces établissements disposent, dans leur domaine d'attribution, de certaines compétences en matière de surveillance, d'enquête et de décision. Dans certains cas, ils ont également le statut d'autorités pénales administratives.

Tous sont dotés d'un conseil (qui porte par exemple le nom de conseil d'administration), d'une direction et d'un organe de révision. Le conseil est l'organe de direction stratégique. La direction et son personnel assurent la conduite opérationnelle et sont en particulier habilités à prendre des décisions. Aucun de ces établissements n'est caractérisé par la séparation des fonctions d'enquête et de décision.

La FINMA constitue un cas à part : le conseil d'administration statue sur les affaires de grande portée³⁷. Le but est ici de créer un contrepoids à la direction opérationnelle lors de décisions de surveillance d'importance stratégique et d'accompagner la direction de très près dans ses tâches. La doctrine a toutefois critiqué plus d'une fois cette décision du législateur³⁸.

En règle générale, les établissements de droit public tiennent leur propre comptabilité. Leur financement est assuré par des émoluments et, parfois, par des taxes de surveillance et des indemnités allouées par la Confédération.

Ces établissements ne sont pour l'instant pas habilités à prononcer des sanctions administratives pécuniaires. Il est cependant question de doter la FINMA de cette compétence (postulat 21.4628).

14.3 Unités administratives

De nombreuses unités organisationnelles, intégrées à l'administration fédérale centrale en tant qu'offices fédéraux ou autres unités administratives, endossent également des tâches de surveillance et de régulation dans certains secteurs économiques. C'est notamment le cas du préposé à la surveillance des prix, mais aussi d'offices fédéraux assumant des tâches de surveillance dans certains domaines et de certaines autorités cantonales agissant sur mandat de la Confédération.

Certaines de ces unités administratives ont également la compétence d'infliger des sanctions pécuniaires ou d'autres sanctions administratives. De telles sanctions existent (pour plus de détail, voir annexe 4) dans le droit des marchés publics, le droit des travailleurs détachés, le droit de l'agriculture, le droit de la radio et la télévision, le droit des étrangers, le droit sur le génie génétique, le droit de l'assurance-maladie ainsi que dans la législation sur l'échange international automatique

³⁷ Art. 9, al. 1, let. b, LFINMA ; voir aussi à ce sujet l'ATF du 18 décembre 2018 2C_387/2018, consid. 3.

³⁸ Voir citation de l'arrêt 2C_387/2018, consid. 3.5.1.

des déclarations pays par pays des groupes d'entreprises multinationales. Dans ces domaines, la séparation institutionnelle des fonctions d'enquête et de décision n'est prévue nulle part.

En cas de violation des obligations procédurales ou de soustraction d'impôt, les *autorités fiscales* infligent des amendes fiscales (p. ex. art. 174 ss. LIFD ; art. 61 ss. LIA ; art. 96 ss. LTVA) qui peuvent aller jusqu'au triple de l'impôt soustrait (art. 175, al. 2, LIFD ; art. 61 LIA) – et donc atteindre des montants considérables – et sont aussi assimilées à des accusations en matière pénale. Le droit pénal administratif est parfois applicable à la poursuite pénale (art. 67 LIA ; art. 103 LTVA). Toutefois, en matière d'impôts directs, l'administration fiscale mène l'instruction, au terme de laquelle elle inflige s'il y a lieu une amende qui peut faire l'objet d'un recours devant la justice administrative (art. 182 LIFD). Les dispositions relatives aux principes procéduraux, à la procédure de taxation et à la procédure de recours s'appliquent par analogie (art. 182, al. 2, LIFD), avec quelques particularités dues à la nature pénale des amendes (art. 183 LIFD). Il n'y a pas de séparation institutionnelle entre l'autorité chargée de l'instruction et l'instance de décision, hormis la particularité des mesures spéciales d'enquête de l'AFC dans le domaine de l'impôt fédéral direct, dans le cadre desquelles l'AFC mène une enquête et requiert ensuite l'administration cantonale compétente d'engager la procédure en soustraction (art. 190 ss. LIFD).

14.4 Autorités extérieures à l'administration fédérale

Le *Ministère public de la Confédération* présente une structure particulière (art. 7 ss. LOAP) : il n'a pas de personnalité juridique propre, tout en étant totalement extérieur à l'administration fédérale. Il s'administre lui-même et tient sa propre comptabilité (art. 16 LOAP). À sa tête, le procureur général et les procureurs généraux suppléants sont élus par l'Assemblée fédérale (art. 20 LOAP). Il n'est pas soumis à la surveillance du Conseil fédéral ou d'un département, mais à celle d'une autorité de surveillance spécifique, également élue par l'Assemblée fédérale (art. 17 et 23 ss. LOAP). Il revient toutefois exclusivement au DFF de gérer les bâtiments utilisés par le Ministère public de la Confédération (art. 18 LOAP).

Le Ministère public de la Confédération est une autorité de poursuite pénale de la Confédération. Il mène l'instruction pénale ; tant qu'une procédure n'est pas classée, il peut saisir le Tribunal pénal fédéral et rendre des ordonnances pénales.

14.5 Résultat intermédiaire

Outre la COMCO, on recense plusieurs autres commissions fédérales, dont la plupart peuvent également prononcer des sanctions administratives pécuniaires. Toutes disposent d'un secrétariat. Une séparation organisationnelle stricte entre le secrétariat et la commission n'est prévue nulle part.

Les établissements de droit public devenus juridiquement autonomes sont tous dotés d'un organe de direction stratégique, d'un conseil, et d'un organe de conduite opérationnelle, d'une direction et son personnel. Ces établissements sont habilités à statuer, sans séparation institutionnelle des fonctions d'instruction et de décision. Pour l'instant, ils n'ont toutefois pas la compétence de prononcer des sanctions administratives pécuniaires.

De nombreux services de l'administration centrale ont qualité pour prononcer de telles sanctions. Il n'y a pas de séparation institutionnelle des fonctions d'instruction et de décision dans les domaines concernés, pas plus que, de manière générale, dans le cas des autorités fiscales qui prononcent des peines pour soustraction d'impôt.

15 Paramètres des modèles possibles

Le choix des modèles d'organisation envisageables repose sur les bases exposées plus haut (partie II), les modèles examinés lors de précédentes révisions (ch. 8.1), les critiques formulées à l'encontre de la COMCO dans sa forme actuelle (chap. 9 et 12) et la comparaison avec les modèles adoptés par d'autres pays (chap. 13) ou pour d'autres autorités en Suisse (chap. 14). Dans le présent

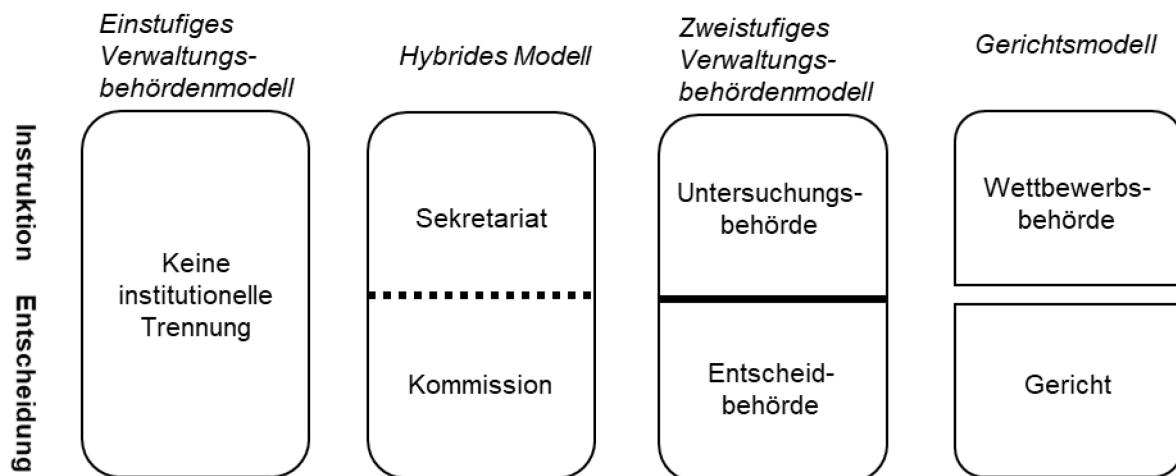
chapitre, il s'agit de passer en revue les différents paramètres à prendre en considération pour les modèles possibles.

15.1 Paramètre « instruction et décision »

Les modèles suivants entrent en ligne de compte :

- *Modèle d'autorité administrative à un niveau* : pas de séparation entre l'instruction et la décision. Une seule autorité administrative instruit le dossier et statue. Sa décision peut être réexaminée par un tribunal. Ce modèle correspond au *Bundeskartellamt* allemand. C'est aussi celui que recommandait le rapport d'évaluation de 2008 (ch. 8.1).
- *Modèle hybride* : séparation relative de l'instruction et de la décision. Les fonctions d'instruction et de décision connaissent un certain degré de séparation, mais celle-ci est rompue de multiples façons. La décision de l'autorité administrative peut être réexaminée par un tribunal. Ce modèle correspond à la structure actuelle de la COMCO (secrétariat et commission).
- *Modèle d'autorité administrative à deux niveaux* : séparation entre l'instruction et la décision au sein d'une autorité administrative. Il y a bien une autorité administrative unique sur le plan juridique, mais en son sein, les fonctions d'instruction et de décision font l'objet d'une séparation stricte. La décision de l'autorité administrative peut être réexaminée par un tribunal. Ce modèle correspond à celui de l'*Autorité de la concurrence* française.
- *Modèle du tribunal* : une autorité administrative mène l'instruction et soumet une requête, mais la décision de première instance est rendue par un tribunal et peut être contestée devant d'autres juridictions. C'est le modèle que prévoyait le message de 2012 (ch. 8.1) et qui prévaut en Autriche.

Ces modèles peuvent être présentés synthétiquement de la manière suivante :



(verticalement :) Instruction / Décision

Modèle d'autorité administrative à un niveau
Pas de séparation institutionnelle

Modèle hybride
Secrétariat / Commission

Modèle d'autorité administrative à deux niveaux
Autorité d'instruction / Autorité de décision

Modèle du tribunal

Autorité de la concurrence / Tribunal

15.2 Paramètre « organisation juridique des autorités de la concurrence »

Il convient ensuite d'examiner la forme juridique à donner à l'autorité de la concurrence. Il convient de distinguer d'une part la forme juridique de l'autorité administrative et, d'autre part, l'organisation des autorités judiciaires dans le modèle du tribunal.

a) Forme juridique de l'autorité administrative

Puisque l'autorité de la concurrence doit être indépendante (voir ch. 6.3 et 7.3), elle ne saurait être organisée comme une unité administrative dépendante de l'administration fédérale centrale. Les formes juridiques suivantes sont envisageables :

- Unité administrative autonome sans personnalité juridique
- Commission fédérale (structure actuelle de la COMCO)
- Établissement de droit public doté de la personnalité juridique
- Organisation extérieure à l'administration fédérale (sur le modèle du Ministère public de la Confédération)

b) Organisation des autorités judiciaires

Le modèle du tribunal fait déjà intervenir un tribunal en première instance, tandis que dans les autres modèles, le tribunal est une instance de recours contre les décisions des autorités administratives. Dans les deux cas, les autorités judiciaires suivantes entrent en ligne de compte :

- Tribunal administratif fédéral sous sa forme actuelle
- Tribunal administratif fédéral avec certaines modifications
- Tribunal spécial de la concurrence

15.3 Paramètre « organisation des voies de droit »

Le nombre et la nature des instances de recours constituent un autre paramètre à examiner.

Dans les modèles où une autorité administrative statue en première instance, les éléments suivants entrent en ligne de compte :

- Recours au TAF, puis au TF
- Recours devant un tribunal spécial de la concurrence, puis devant le TF

Bien que concevable en théorie, la variante d'un recours contre la décision de l'autorité administrative auprès d'un tribunal de la concurrence, puis auprès du TAF et enfin auprès du TF est abandonnée, car elle conduirait à un allongement supplémentaire de la procédure.

Dans le modèle du tribunal, les organisations suivantes sont envisageables :

- Décision prise en première instance par le TAF, puis recours au TF
- Décision prise en première instance par un tribunal de la concurrence (à créer), puis recours au TF ;
- Décision prise en première instance par un tribunal de la concurrence (à créer), puis recours au TAF d'abord, et au TF ensuite

Dans chaque cas, il convient d'examiner si le recours au TF devrait être limité.

15.4 Résultat intermédiaire

Les modèles envisageables peuvent être classés en fonction des paramètres suivants :

- la séparation entre l'autorité qui mène l'instruction et celle qui statue ; on distingue :
 - le modèle d'autorité administrative à un niveau (pas de séparation) ;
 - le modèle hybride (modèle actuel, séparation relative) ;
 - le modèle d'autorité administrative à deux niveaux (séparation stricte des deux fonctions au sein de l'autorité administrative) ;
 - le modèle du tribunal (l'autorité de la concurrence mène l'instruction, le tribunal statue) ;
- l'organisation juridique des autorités de la concurrence ;
- l'organisation des voies de droit.

IV. Évaluation

Dans cette partie, il s'agit d'évaluer les paramètres définis plus haut (chap. 15). Pour cela, nous allons d'abord examiner les critères d'évaluation (chap. 16) à la lumière du mandat de la commission d'experts (voir chap. 1).

Nous analyserons ensuite les trois principaux éléments de la structure actuelle cristallisant les critiques, à savoir la question de l'absence de séparation entre les fonctions d'instruction et de décision (critique 1 : chap. 17), celle de la durée des procédures et des ressources requises (critique 2 : chap. 18) et, enfin, celle de l'indépendance des autorités de la concurrence (critique 3 : chap. 19). Au chap. 20, il sera encore question de l'organisation de la justice civile en droit des cartels. Ces discussions aboutiront à la présentation, au chap. 21, de quatre modèles concrets d'organisation de l'autorité de la concurrence, des modèles qui seront ensuite évalués sur la base des critères définis au chap. 16.

16 Critères d'évaluation

16.1 Efficacité

L'efficacité désigne ici l'efficacité de l'application matérielle du droit des cartels. Aspect important de ce critère, les décisions des autorités de la concurrence doivent reposer sur une application correcte de la loi. La qualité de ces décisions est examinée par les tribunaux. Dans l'idéal, la décision de première instance est déjà d'une qualité telle qu'aucune procédure de recours n'est nécessaire, ce qui est aussi une question d'efficience. L'efficacité est déterminée par les aspects suivants :

- la compétence technique de l'autorité de la concurrence et des tribunaux ;
- l'acceptation de l'autorité de la concurrence ;
- les éléments garantissant la qualité au sein d'une organisation.

À noter également que l'organisation de l'autorité de la concurrence doit lui permettre de s'acquitter de certaines tâches qui pourraient lui incomber ultérieurement dans le domaine de la surveillance des aides d'État (voir chap. 11).

16.2 Efficience

Dans le contexte présent, l'efficience dépend de deux éléments importants :

- la durée de la procédure (pour plus de détails, voir chap. 18) ;
- les ressources requises, autrement dit la charge financière pour l'État. La question des ressources fait l'objet d'un paragraphe à part dans l'évaluation finale de chaque modèle.

16.3 Conformité avec l'état de droit

- Dans le présent contexte, le respect des droits fondamentaux de procédure (chap. 5) constitue un élément essentiel de l'état de droit.
- Dans ce cadre, il convient en particulier d'examiner la question de la séparation des fonctions d'instruction et de décision, qui figure au premier plan des critiques relatives à l'organisation actuelle de l'autorité de la concurrence (voir ch. 9.1 et 12.2 ; pour plus de détails, voir aussi chap. 17).
- L'indépendance vis-à-vis du politique peut également être considérée comme faisant partie du respect de l'état de droit (pour plus de détails, voir chap. 19). En effet, dans la mesure où la LCart s'applique également aux entreprises contrôlées par l'État (art. 2, al. 1, LCart), il convient de veiller à ce que les autorités publiques n'entravent pas l'application de la loi.

16.4 Conflits d'objectifs

Il est presque inévitable que les différents critères donnent lieu à des conflits d'objectifs. Les objectifs de la conformité avec l'état de droit et de l'efficience peuvent entrer en conflit, dans la mesure où l'accélération des procédures peut aller à l'encontre des droits fondamentaux de procédure. Mais la courte durée de la procédure est aussi une exigence de l'état de droit. Il y a donc lieu de viser l'équilibre plutôt que de se fonder sur une opposition de principe.

On observe un autre conflit d'objectifs entre l'indépendance recherchée de l'autorité de la concurrence et l'intégration de cette dernière au sein de la structure de légitimation démocratique de l'État (voir ch. 7.2 et 7.3).

Enfin, toute modification d'un système en vigueur implique un certain effort dont peut résulter une perte d'efficacité et d'efficiency, même si sur le fond, le modèle modifié répond mieux à certains critères.

16.5 Difficultés de mise en œuvre

L'évaluation de l'adhésion politique aux modèles proposés ne fait pas partie du mandat de la commission d'experts, raison pour laquelle elle ne fera pas l'objet de plus amples explications.

Il importe en revanche d'examiner les difficultés de mise en œuvre, parmi lesquelles figurent en particulier :

- la nécessité d'une réglementation au niveau législatif ;
- les difficultés de mise en œuvre d'une modification de la loi.

16.6 Cohérence du système

Le critère de la cohérence du système n'est pas expressément mentionné en tant que critère d'évaluation dans le mandat de la commission d'experts. Cependant, aux fins d'une bonne légitimité, il est important que la structure à choisir s'intègre dans le système juridique suisse.

16.7 Résultat intermédiaire

Les modèles et les critiques qu'ils soulèvent sont évalués sur la base des critères de l'efficacité de l'application du droit des cartels, de l'efficience (durée des procédures et ressources requises), de la conformité avec l'état de droit, des conflits d'objectifs, des difficultés de mise en œuvre et de la cohérence du système.

17 Critique 1 : l'absence de séparation entre les fonctions d'instruction et de décision

Dans ce chapitre, nous abordons la critique de l'absence de séparation des fonctions d'instruction et de décision formulée à plusieurs reprises lors de la consultation et des auditions. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure une telle séparation est nécessaire ou souhaitable du point de vue de l'état de droit.

17.1 Remarque préliminaire sur la portée de la critique

L'exigence de séparation de l'autorité chargée de l'instruction et de l'instance de décision se fonde pour une part sur la doctrine pénaliste : étant donné que les sanctions directes relèvent du droit pénal, les principes de la procédure pénale doivent également s'appliquer, notamment la maxime d'accusation. Mais la séparation des fonctions d'instruction et de décision permet aussi de remédier à des faiblesses concrètes du point de vue de l'état de droit pointées dans les critiques. À cet égard, la séparation proposée n'est pas une fin en soi, mais plutôt un moyen de remédier aux faiblesses en question. L'accent ne doit par conséquent pas être mis exclusivement sur une séparation institutionnelle, car il est aussi possible de remédier aux points faibles mis en évidence par les critiques, si celles-ci se justifient, sans pour autant modifier fondamentalement la structure actuelle.

C'est pourquoi nous commencerons par examiner l'exigence de séparation (ch. 17.2 à 17.6), avant d'examiner d'autres options également susceptibles de remédier aux aspects critiqués (ch. 17.7).

De manière générale, il est à noter que le grief relatif à l'absence de séparation entre l'instruction et la décision concerne d'abord – voire exclusivement – les sanctions directes pour pratiques illicites (art. 5, 7 et 49a LCART) et non le contrôle des concentrations (ch. 8.2.5) ou les nombreuses autres tâches de la COMCO (ch. 8.2.8). La critique ne concerne donc qu'une partie de l'activité de la COMCO, qui représente toutefois quantitativement l'essentiel de cette activité³⁹.

Si le fonctionnement institutionnel doit être réorganisé pour permettre une séparation accrue des fonctions d'instruction et de décision, il convient de définir en détail les cas où cette séparation s'impose et ceux où elle n'a pas lieu d'être.

17.2 Procédure administrative

Les rapports juridiques de droit administratif sont le plus souvent réglés par des décisions. C'est le cas même lorsque celles-ci représentent une atteinte importante au statut juridique de particuliers, comme l'ordre de démolition d'une construction illégale, le retrait d'une autorisation de pratiquer une activité, l'ordre de faillite d'une banque, la révocation d'une autorisation de séjour ou d'établissement délivrée conformément au droit des étrangers, etc.

³⁹ Selon les indications du secrétariat de la COMCO, celle-ci a rendu entre 2003 et 2022 un total de 170 décisions dans le cadre d'enquêtes portant sur des restrictions illicites à la concurrence (art. 5 et 7 LCART) : 18 mesures provisionnelles, 123 décisions matérielles dont 72 assorties de sanctions (art. 49a LCART) et 29 autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.). Des accords amiables ont été trouvés dans environ la moitié des cas où une sanction était envisagée, mais pas toujours avec toutes les parties concernées. Dans le domaine du contrôle des concentrations, il y a eu 583 prises de position dans le cadre d'examen préalables (art. 32 LCART), 34 prises de position dans le cadre d'examens approfondis (art. 33 LCART) sans réserve et 13 décisions (interdictions ou charges). Dans le domaine de la loi sur le marché intérieur, il y a eu 19 recommandations ou enquêtes (art. 8 LMI), 29 expertises (art. 10 LMI), 810 notes explicatives fournies par le secrétariat et 38 recours (art. 9, al. 2^{bi}, LMI). Les procédures pénales administratives (art. 54 à 57 LCART), pour lesquelles se poserait en principe le même problème que pour les sanctions directes, ne jouent aucun rôle dans la pratique de la COMCO.

La séparation de l'instruction et de la décision est un principe totalement étranger à la procédure administrative. Dans la procédure de décision, l'autorité compétente constate les faits (à l'échelon fédéral : art. 12 à 19 et 33 PA) et entend les parties (art. 29 à 31 PA). Ensuite, elle apprécie les allégués des parties (art. 32 PA) et rend une décision (art. 34 ss. PA). La séparation structurelle de l'instruction et de la décision n'est pas prévue ; l'autorité endosse une double fonction, même lorsqu'elle prononce des sanctions administratives pécuniaires (ch. 7.4 et chap. 14). Bien que la décision relève formellement de la personne qui en a la compétence selon la réglementation des compétences et des signatures de l'autorité concernée (p. ex. la personne à la tête de l'office ou du service en question), il arrive en réalité souvent que l'instruction du dossier et la préparation de la décision soient confiées à d'autres, en général le personnel subordonné à la personne compétente et lié par ses instructions. Dans les faits, même dans ce cas de figure, le personnel qui instruit l'affaire est souvent mieux informé que la personne à qui il revient formellement de décider, tout au moins en ce qui concerne l'affaire à juger dans un cas d'espèce. Quoi qu'il en soit, ces collaborateurs ne constituent pas une autorité d'instruction ou d'accusation distincte de l'autorité de décision ; la procédure de décision est considérée comme un tout et attribuée à l'autorité compétente en tant que telle. La décision de l'autorité peut ensuite être contestée, en général devant un tribunal indépendant (art. 29a Cst. et art. 31 ss. LTAF).

Il en va autrement dans la procédure de l'action de droit administratif : dans ce cas, deux parties (ou plus) saisissent le tribunal et celui-ci statue, sans qu'une autorité ait préalablement rendu une décision. L'action de droit administratif n'intervient toutefois que dans de rares cas particuliers (à l'échelon fédéral : art. 35 LTAF, art. 120 LTF). Il s'agit en général de cas de figure dans lesquels, à l'instar d'un procès civil, deux parties égales sont opposées (art. 35, let. a et c, LTAF). Il en va de même dans les litiges entre différentes autorités en matière d'assistance administrative et d'entraide judiciaire (art. 36a LTAF). L'action de droit administratif concernant les demandes de confiscation de valeurs patrimoniales conformément à la LVP constitue une exception (art. 35, let. d, LTAF ; art. 14 ss. LVP). La possibilité d'intenter une action en justice qui prévalait pour les contestations relatives aux recommandations du préposé à la protection des données en matière de droit privé (art. 35, let. b, LTAF, dans sa version initiale) a été supprimée avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la protection des données et remplacée par une compétence décisionnelle du PFPDT (art. 51 LPD en vigueur).

Autre exemple de situation où le TAF statue en première instance, sans qu'une décision ait été rendue au préalable, la loi fédérale sur le renseignement (LRens ; RS 121) prévoit que certaines mesures de recherche du Service de renseignement de la Confédération (SRC) sont soumises à autorisation (art. 26 ss. LRens). Lorsque le SRC envisage d'ordonner une mesure de recherche soumise à autorisation, il adresse au TAF une demande sur laquelle ce dernier statue dans les 5 jours ouvrables (art. 29 LRens ; art. 36b LTAF). Cette procédure doit tenir compte du fait que le déploiement de mesures de recherche soumises à autorisation peut porter atteinte à des droits fondamentaux sans que la personne surveillée en ait connaissance et sans qu'elle puisse s'y opposer pendant toute la durée de validité de la mesure⁴⁰. Cette réglementation s'inspire matériellement du droit de la procédure pénale, dans lequel certaines mesures de contrainte ne sont admises qu'avec l'autorisation du tribunal des mesures de contrainte, mais le législateur a tenu au respect de la séparation entre le SRC et la poursuite pénale jusque dans la procédure d'autorisation⁴¹.

⁴⁰ Message concernant la loi sur le renseignement, FF 2014 2029, p. 2093.

⁴¹ FF 2014 2029, p. 2092

17.3 La procédure pénale

17.3.1 La procédure pénale ordinaire

À l'inverse de la procédure administrative, la procédure pénale ordinaire sépare l'instruction de la décision.

- La *maxime d'accusation* s'applique : une infraction ne peut faire l'objet d'un jugement que si le ministère public a déposé auprès du tribunal compétent un acte d'accusation dirigé contre une personne déterminée sur la base de faits précisément décrits (art. 9, al. 1, CPP).
- Le ministère public mène l'instruction ; il établit l'état de fait et l'appréciation juridique du cas de telle sorte qu'il puisse mettre un terme à la procédure préliminaire (art. 308 ss. CPP). Puis il ordonne le classement de la procédure (art. 319 ss. CPP) ou engage l'accusation devant le tribunal compétent lorsqu'il considère que les soupçons établis sur la base de l'instruction sont suffisants (art. 324 ss. CPP).
- Les débats ont ensuite lieu devant le tribunal (art. 328 ss. CPP) : le ministère public et les prévenus sont sur un pied d'égalité en leur qualité de parties à la procédure. Les débats devant le tribunal ainsi que la notification orale des jugements et des décisions sont publics, à l'exception des délibérations (art. 69, al. 1, CPP). Lors des débats, le tribunal effectue lui-même la procédure probatoire (art. 341 ss. CPP) : aux termes de l'art. 343 CPP, il procède à l'administration de nouvelles preuves ou complète les preuves administrées de manière insuffisante ; il réitère l'administration des preuves qui, lors de la procédure préliminaire, n'ont pas été administrées en bonne et due forme ; il réitère l'administration des preuves qui, lors de la procédure préliminaire, ont été administrées en bonne et due forme lorsque la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement. Le tribunal rend son jugement (art. 348 ss. CPP) à l'issue des plaidoiries et une fois les débats clôturés (art. 346 s. CPP).

La maxime d'accusation découle également, dans son principe, de l'art. 6, par. 3, CEDH⁴². Sa signification est double : elle sert à déterminer l'objet du procès (fonction de délimitation) et à transmettre au prévenu les informations nécessaires à la conduite de la procédure et à la défense (fonction d'information)⁴³.

17.3.2 Les limites de la maxime d'accusation dans le droit pénal (ordonnance pénale, procédure pénale administrative)

La maxime d'accusation s'applique dans les procédures pénales ordinaires. Sont réservées la procédure de l'ordonnance pénale et la procédure pénale en matière de contraventions (art. 9, al. 2, CPP).

Dans le cadre de la *procédure de l'ordonnance pénale*, le ministère public rend une ordonnance pénale si le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis. Il peut ordonner une amende, une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus ou une peine privative de liberté de 6 mois au plus (art. 352, al. 1, CPP). Dans le droit pénal fondamental, le montant maximum de l'amende est de 10 000 francs (art. 106 CP) ; il peut atteindre 100 000 francs pour certaines infractions (art. 325^{ter} CP) et même être considérablement plus élevé dans des lois spéciales. Ainsi, le droit pénal applicable aux entreprises prévoit une amende de 5 millions de francs au plus (art. 102, al. 1, CP). La peine peut aussi s'accompagner d'une mesure en vertu des art. 66 et 67^e à 73 CP (art. 352, al. 2, CPP) : cautionnement préventif, interdiction de conduire, publication du jugement ou confiscation de valeurs patrimoniales. Il est possible de former opposition contre l'ordonnance pénale dans les 10 jours ; en l'absence d'opposition, l'ordonnance pénale est assimilée à un jugement entré en force (art. 354 CPP). En cas d'opposition, le ministère public peut maintenir l'ordonnance pénale, classer la

⁴² ATF 141 IV 132 consid. 3.4.1 ; 139 IV 137 consid. 6.1

⁴³ ATF 140 IV 188 consid. 1.3 ; 133 IV 235 consid. 6.2 ; arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme 12211/09 Uche c. Suisse du 17.4.2018, par. 29.

procédure, rendre une nouvelle ordonnance pénale ou porter l'accusation devant le tribunal (art. 355 CPP). S'il maintient l'ordonnance, il transmet le dossier au tribunal pour la conduite de la procédure principale. L'ordonnance pénale est alors assimilée à un acte d'accusation (art. 365, al. 1, CPP). Elle a donc une double fonction : elle tient lieu d'acte d'accusation en cas d'opposition et de jugement entré en force en l'absence d'opposition⁴⁴. Il faut que les faits concrets mis en jugement ressortent de l'ordonnance pénale et cette exigence suffit à elle seule⁴⁵. La possibilité d'avoir recours à une procédure judiciaire est une condition à la conformité de la procédure de l'ordonnance pénale avec l'art. 6 CEDH⁴⁶. La *procédure pénale en matière de contraventions* suit un déroulement analogue devant les autorités administratives (art. 357 CPP).

Nombre de lois administratives de la Confédération donnent aux autorités administratives le pouvoir de poursuivre certains crimes ou délits en plus d'infliger des contraventions. Le droit des cartels, notamment, est concerné : les art. 54 et 55 LCart contiennent des éléments constitutifs d'une infraction administrative que la COMCO poursuit en sa qualité d'autorité pénale administrative. Dans ces cas d'espèce, la procédure suit le droit pénal administratif. L'administration compétente mène alors l'enquête qui est clôturée par un procès-verbal final (art. 20 et 37 ss. DPA). Si la procédure n'est pas classée et si l'administration estime que les conditions requises pour infliger une peine privative de liberté sont remplies, elle transmet le dossier au tribunal, le renvoi pour jugement tenant lieu d'accusation (art. 21, al. 1, et art. 73 DPA). Dans les autres cas, l'administration décerne un mandat de répression (art. 62 DPA) au moyen duquel elle peut prononcer des amendes ou des peines pécuniaires. Il est possible de former une opposition contre un mandat de répression (art. 67 DPA). Après avoir examiné le dossier une nouvelle fois, l'administration suspend l'enquête ou rend un prononcé pénal (art. 70 DPA). La personne concernée peut demander à être jugée par un tribunal (art. 72 DPA) ; dans ce cas, le dossier est transmis lui aussi au tribunal (art. 73 DPA).

Le Parlement ayant adopté la motion 14.4122, le droit pénal administratif est en cours d'adaptation. L'ouverture de la procédure de consultation est prévue pour janvier 2024⁴⁷. Cette adaptation pourrait, le cas échéant, concerner le droit des cartels.

Dans la procédure de l'ordonnance pénale et dans la procédure pénale administrative, une décision de première instance est donc rendue, comme dans la procédure administrative, par une autorité administrative dotée à la fois de la compétence d'instruire et de celle de décider. La décision est examinée par un tribunal uniquement sur requête de la personne condamnée.

La portée pratique de la procédure de l'ordonnance pénale est très élevée : plus de 90 % des condamnations sont prononcées par la voie de l'ordonnance pénale⁴⁸. Autrement dit, la très grande majorité des condamnations pénales ne sont pas prononcées par la voie de la procédure pénale ordinaire. Par conséquent, la critique de l'absence de séparation entre l'autorité qui instruit et celle qui statue devrait aussi porter sur la procédure de l'ordonnance pénale et sur la procédure pénale administrative. Ou inversement : si cette absence de séparation est admise dans une large mesure dans le droit pénal, elle devrait aussi l'être pour la procédure administrative, y compris pour les sanctions directes.

Une situation analogue prévaut pour la fraude fiscale (voir ch. 14.3) qui, en Suisse, est jugée dans le cadre d'une procédure administrative tout en étant assimilée au droit pénal au sens de l'art. 6 CEDH. La maxime d'accusation vaut sous une forme modifiée puisque la séparation entre l'autorité qui

⁴⁴ ATF 140 IV 188 consid. 1.4

⁴⁵ ATF 140 IV 188 consid. 1.6

⁴⁶ ATF 149 IV 9 consid. 7.1

⁴⁷ <https://www.fedlex.admin.ch/fr/consultation-procedures/foreseen#EJPD>, consulté le 4 septembre 2023.

⁴⁸ Marc Thommen, *Penal Orders and Abbreviated Proceedings*, Elgar online, 27 juillet 2023. Il est difficile de savoir si ce chiffre ne s'appuie que sur les crimes et les délits ou s'il inclut aussi les contraventions.

accuse et celle qui statue, caractéristique de la procédure pénale, fait défaut : l'autorité de taxation examine les faits, déclare éventuellement la personne imposable coupable de fraude fiscale et la sanctionne pour ce motif. L'autorité judiciaire (administrative) ne peut examiner, mais tout de même, le reproche de fait et de culpabilité qu'en cas de recours et, donc, dans le cadre de la jurisprudence a posteriori. Pour que la fonction de délimitation et d'information de la maxime d'accusation soit remplie, il faut par conséquent que l'autorité de taxation montre avec suffisamment de clarté quel fait est reproché à la personne imposable. Cette dernière pourra alors contester le reproche de fait et de culpabilité devant l'autorité judiciaire administrative. La situation juridique est comparable à celle de la procédure de l'ordonnance pénale⁴⁹.

17.4 Différences entre la procédure de l'ordonnance pénale et la procédure administrative

La procédure de l'ordonnance pénale présente donc de nombreux points communs avec la procédure administrative. Dans l'une comme dans l'autre, la sanction est prononcée par une autorité unique (ministère public ou administration) ; par conséquent, il n'y a pas de séparation entre l'instruction et la décision. La cause n'est jugée par un tribunal qu'en cas de formation d'une opposition ou à la demande de la personne concernée. La situation est donc similaire à celle de la procédure administrative classique, dans laquelle un tribunal n'intervient qu'en cas de recours.

Il existe cependant certaines différences entre la procédure de l'ordonnance pénale et la procédure administrative. On serait donc en droit de se demander si, du point de vue de l'état de droit, il faudrait appliquer des principes de procédure pénale en cas de sanctions directes ou aligner la procédure administrative sur la procédure de l'ordonnance pénale.

Montant de la sanction : en droit des cartels, des sanctions à hauteur de plusieurs centaines de millions de francs peuvent être prononcées. Le droit pénal ne connaît pas d'amendes d'un tel montant. Inversement, des peines privatives de liberté de six mois au plus peuvent être encourues par la voie de l'ordonnance pénale.

Obligation de motiver : le mémoire de recours au Tribunal administratif fédéral doit être motivé (art. 52 PA). Si la décision est très volumineuse, comme cela est souvent le cas dans les dossiers relevant du droit des cartels, la motivation doit y revenir de manière détaillée, ce qui représente souvent une charge de travail certaine. Cette démarche doit être effectuée dans le cadre du délai de recours légal de trente jours, lequel ne peut être prolongé (art. 50 et 52 PA). L'autorité de recours accorde certes au recourant qui l'a demandé un délai convenable pour compléter les motifs, si l'étendue exceptionnelle ou la difficulté particulière de l'affaire le commande (art. 53 PA) ; or, étant donné que cette disposition accorde au tribunal une marge d'appréciation importante, les parties ne peuvent prévoir si leur demande sera satisfaite. En pratique, le délai n'est prolongé pour ces raisons que très rarement⁵⁰, si bien que, par précaution, il faut remettre une motivation complète dans le délai de recours. L'opposition contre une ordonnance pénale ne doit en revanche pas être motivée si elle émane du prévenu (art. 354, al. 2, CPP). L'opposition contre une décision rendue dans le cadre d'une procédure pénale administrative doit être motivée (art. 68, al. 2, DPA), tandis que la demande de jugement par le tribunal (art. 72 DPA) ne doit pas l'être⁵¹. Il pourrait être recommandé d'alléger les exigences relatives aux motifs.

Avance de frais : quiconque envisage en droit administratif de contester devant un tribunal une décision rendue par une autorité administrative doit au préalable payer une avance de frais. Cette disposition vaut aussi en droit de la concurrence (voir ch. 8.2.9). Il faut donc consentir un effort financier pour qu'un tribunal se penche sur le dossier. Dans la procédure pénale ordinaire, le prévenu

⁴⁹ TF, arrêt 2C_257/2018 du 11.11.2019, consid. 2.4.2

⁵⁰ Seethaler/Portmann, in : Bernhard Waldmann/Patrick Krauskopf (éd.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3^e éd., 2023, art. 53 ch. marg. 3, 14 ss.

⁵¹ Roland M. Ryser, Basler Kommentar zum VStrR, 2020, art. 72, ch. marg. 1 et 2.

supporte les frais de procédure s'il est condamné, y compris lorsque l'ordonnance est classée s'il a, de manière illicite et fautive, provoqué l'ouverture de la procédure ou rendu plus difficile la conduite de celle-ci (art. 426 CPP). Le prévenu ne doit en revanche payer aucune avance de frais pour que le tribunal se penche sur l'accusation. Le versement d'une avance de frais peut être exigé de la partie plaignante uniquement si celle-ci demande une expertise ou l'administration de preuves (art. 184, al. 7, et art. 313, al. 2, CPP). En cas d'opposition contre une ordonnance pénale ou si la personne a demandé à être jugée par un tribunal dans une procédure pénale administrative (art. 97 DPA), aucune avance de frais ne doit non plus être versée. À l'inverse de la procédure administrative, la saisine d'un tribunal n'est donc pas subordonnée au dépôt d'une avance de frais dans la procédure pénale. À noter toutefois que, dans la plupart des cas, l'avance de frais ne devrait pas être déterminante par rapport au montant des sanctions prononcées et aux frais d'avocat.

Dépens : dans la procédure pénale, le prévenu a droit à une indemnité pour les dépenses occasionnées par l'exercice raisonnable de ses droits de procédure et pour le dommage économique subi au titre de sa participation obligatoire à la procédure pénale, s'il est acquitté totalement ou en partie ou s'il bénéficie d'une ordonnance de classement (art. 429 CPP). En revanche, la procédure administrative suisse ne prévoit pas l'indemnisation des parties pour une procédure devant les autorités administratives (sauf en cas de représentation obligatoire en vertu de l'art. 11a, al. 3, PA) ; plus précisément, cette indemnisation intervient seulement au niveau de la procédure de recours (art. 64 PA). Cette pratique est justifiée par le fait que les frais de procédure doivent être supportés principalement par l'administration étant donné que la maxime inquisitoire prévaut dans la procédure administrative de première instance.

En droit des cartels, cette pratique prête souvent le flanc à la critique au motif que les instructions menées dans ce cadre représentent un risque financier élevé pour les entreprises concernées, même si la conduite de ces dernières s'avère licite car, en règle générale, l'assistance d'un avocat est requise dans le cadre d'une procédure devant la COMCO. Ces frais ne sont pas indemnisés selon la situation juridique actuelle, même en cas de classement de l'instruction. La révision en cours de la LCart doit modifier cette situation juridique : aux termes du nouvel art. 53b LCart, des dépens peuvent être accordés aux parties concernées lors d'une procédure devant la COMCO si l'instruction est classée sans suite, pour autant que les entreprises n'aient pas provoqué cette dernière par leur faute ni entravé ou prolongé la procédure sans raison (voir chap. 10). Une réponse a donc d'ores et déjà été apportée à cette critique.

Un tableau récapitule les procédures administrative et pénale en annexe 5.

17.5 Nécessité de mieux séparer l'instruction et la décision

17.5.1 Application de procédures administratives à des sanctions pénales

La procédure administrative en matière de cartels est une procédure administrative classique à laquelle est applicable la PA dans la mesure où il n'y est pas dérogé dans les dispositions de la LCart (art. 39 LCart), ce qui vaut aussi pour les sanctions directes prévues à l'art. 49a LCart. C'est pourquoi, en droit national, la procédure administrative, y compris la procédure à l'issue de laquelle des sanctions directes sont prononcées, n'est pas régie par les principes de la procédure pénale.

Dans son ATF 139 I 72 consid. 2.2.2, le Tribunal fédéral a estimé que, en raison de leur caractère dissuasif et répressif ainsi que de la menace de sanction considérable démontrant la gravité du délit, qui peut se traduire par une charge financière se chiffrant en millions de francs, les sanctions directes selon l'art. 49a LCart ont un caractère de droit pénal ou similaire au droit pénal conformément aux critères Engel de la CEDH. Les garanties des art. 6 et 7 CEDH, ainsi que celles des art. 30 et 32 Cst.,

sont donc applicables à de telles sanctions⁵². La portée des garanties doit être déterminée lors de l'examen de chacune d'entre elles. Elle peut être différente selon l'aspect concerné de l'art. 6 CEDH et selon la configuration⁵³.

Font notamment partie de ces garanties le jugement par un tribunal indépendant et impartial, dans le cadre d'une procédure équitable. La COMCO, en qualité de commission fédérale, n'est certes pas assimilée à un tribunal indépendant au sens de l'art. 6 CEDH⁵⁴. Néanmoins, il est admis que les exigences de l'art. 6 CEDH ne sont également remplies qu'au stade de la procédure devant un *tribunal administratif*. La CEDH admet donc que l'administration peut prononcer des sanctions ayant un caractère de droit pénal dans une procédure administrative, à condition que les dispositions de l'art. 6 CEDH soient respectées dans la procédure judiciaire ultérieure⁵⁵. De plus, le sens de la procédure administrative peut admettre des écarts par rapport à une procédure pénale au sens strict dès lors qu'il ne rend pas obsolètes les obligations qu'à l'État de respecter les exigences de l'art. 6 CEDH⁵⁶. Le tribunal doit prendre une décision concernant la sanction relevant du droit des cartels en disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Cela implique notamment qu'il doit pouvoir déterminer lui-même les faits juridiquement pertinents et considérer les faits ainsi constatés sous l'angle des législations concernées. De plus, la compatibilité de la conséquence juridique, c'est-à-dire la sanction même, avec le droit applicable, y compris le droit constitutionnel et les principes de l'activité de l'État régis par le droit, notamment le principe de proportionnalité, doit être pleinement vérifiable. Cela n'exclut toutefois pas le fait que le tribunal qui examine la décision administrative peut ne pas faire usage de son pouvoir d'examen dans des domaines relevant du pouvoir d'appréciation des experts⁵⁷. La procédure devant le Tribunal administratif fédéral remplit ces conditions, même si le tribunal reconnaît à la COMCO un « pouvoir d'appréciation technique » dès lors qu'il ne se limite pas à un examen de plausibilité, mais expose les raisons pour lesquelles il partage l'avis de la COMCO et les motive⁵⁸.

Le Tribunal fédéral se réfère notamment à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme 43509/08 du 27 décembre 2011 Menarini Diagnostics c. Italie : l'autorité italienne de la concurrence, une autorité administrative indépendante, avait prononcé une sanction de six millions d'euros pour des pratiques anticoncurrentielles. Le tribunal administratif rejeta le recours formé par la requérante, en considérant qu'il lui revient d'exercer uniquement un contrôle de légalité. Le Conseil d'État confirma cette restriction du pouvoir d'examen. La Cour déclara qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 6 CEDH, arguant que le respect dudit article n'exclut pas qu'une peine soit prononcée d'abord par une autorité administrative, qui remplit elle-même les exigences posées à un tribunal, dès lors que la décision de cette autorité administrative peut être attaquée devant un tribunal qui statue en ayant le plein pouvoir d'examen (c'est-à-dire ayant compétence pour examiner librement toutes les questions de fait et de droit). De même, la procédure administrative dans laquelle la sanction est prononcée peut différer de la procédure pénale.

Parvenue également à la même conclusion, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que la Commission européenne, qui prononce les sanctions, n'était pas un tribunal, certes, mais que le

⁵² Également ATF 147 II 144 consid. 5.2.1 ; 147 II 72 consid. 8.2 ; 146 II 217 consid. 8.1 ; 144 II 194 consid. 5.1 ; 143 II 297 consid. 9.3 ; également pour les sanctions directes selon l'art. 51 de l'ancienne loi du 18 décembre 1998 sur les maisons de jeu [correspond aujourd'hui à l'art. 100 LJAr], ATF 140 II 384 consid. 3.2.

⁵³ ATF 147 II 144 consid. 5.2.2 ; 140 II 384 consid. 3.3

⁵⁴ ATF 139 I 72 consid. 4.3

⁵⁵ ATF 142 II 268 consid. 8.2

⁵⁶ ATF 139 I 72 consid. 4.4

⁵⁷ ATF 139 I 72 consid. 4.5

⁵⁸ ATF 139 I 72 consid. 4.6

contrôle par le tribunal de première instance satisfaisait aux exigences de l'art. 6 CEDH et de l'art. 47, par. 2, de la charte des droits fondamentaux de l'UE⁵⁹.

Dans l'arrêt Menarini, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas exprimée explicitement sur la maxime d'accusation. Selon sa jurisprudence et celle du Tribunal fédéral, les principes de l'art. 6, par. 3, CEDH s'appliquent également aux procédures conçues comme des procédures administratives en droit national mais réputées pénales au sens de la CEDH⁶⁰, seulement *mutatis mutandis*, néanmoins ; les États jouissent d'une plus grande liberté dans l'organisation des procédures administratives, en vertu du droit national, que dans le droit pénal fondamental⁶¹. L'art. 6, par. 3, let. a, CEDH est réputé respecté si l'accusé est informé dès le début de la procédure administrative de la nature de l'accusation portée contre lui⁶².

La réunion au sein d'une même autorité des compétences d'instruction et de décision est au demeurant considérée comme un facteur d'efficacité et d'efficience, y compris pour les sanctions administratives pécuniaires (voir ch. 7.4), et elle est conforme au système d'autres domaines (voir chap. 14).

17.5.2 Exigences relatives au contrôle judiciaire

Dès lors que le Tribunal administratif fédéral (TAF) peut procéder à un examen complet en fait et en droit, la procédure satisfait aux exigences de l'art. 6 CEDH.

Aux termes de la loi, le TAF satisfait à ces exigences en tout état de cause : en vertu de l'art. 49 PA, il examine librement la violation du droit fédéral, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'inopportunité.

Les contempteurs du système actuel arguent parfois que le TAF n'examine pas les décisions de la COMCO de manière exhaustive, qu'il n'exerce pas entièrement son pouvoir d'examen et qu'il ne procède guère lui-même à l'administration de preuves. Ils lui reprochent par ailleurs son manque de connaissances en droit des cartels et en économie (voir ch. 12.2).

La loi accorde au tribunal une latitude importante dans la conduite de la procédure : l'art. 57, al. 2, PA, qui s'applique aussi pour les procédures de recours devant le TAF, dispose uniquement que l'instance de recours peut, à n'importe quel stade de la procédure, inviter les parties à un échange d'écritures ou procéder à un débat. Dans les affaires prévues à l'art. 40 LTAF, les débats publics sont soumis à certaines conditions. De plus, l'art. 39 de ladite loi presuppose que des éléments de preuve tels que l'audition de témoins, l'inspection locale et l'interrogatoire des parties sont également admis devant le TAF. La question de l'administration des preuves et de son ampleur relève du pouvoir d'appréciation du tribunal. En règle générale, celui-ci part du principe qu'il doit uniquement examiner l'exactitude de l'établissement des faits par l'instance précédente.

Cette situation prévaut également en droit des cartels : le fait pertinent est exposé en détail dans les décisions de la COMCO. Étant donné l'obligation de motiver applicable aux procédures devant le TAF (art. 52, al. 1, PA), il revient avant tout au recourant de formuler dans le mémoire de recours une critique de l'exposé des faits par la COMCO, preuves à l'appui. Selon les renseignements délivrés par le TAF lors des auditions devant la commission d'experts, il est relativement rare que ledit tribunal procède lui-même aux audiences d'instruction ou à l'administration des preuves.

⁵⁹ Arrêts de la Cour de justice du 8 décembre 2011, KME Germany entre autres /Commission européenne, C272/09 P, recueil 2011 I-12789, point 106, et Chalkor / Commission européenne, C386/10 P, recueil 2011 I-13085, point 67.

⁶⁰ ATF 6A.35/2004 du 1.9.2004 consid. 2.3

⁶¹ ATF 2C_66/2013 du 7.5.2013 consid. 3.4.1, avec mention des arrêts CEDH Le Compte [7299/57] et Dombo Beheer [14448/88].

⁶² ATF, op. cit., arrêt 6A.35/2004 consid. 2.3

Il peut arriver que le TAF invoque le « pouvoir d'appréciation technique » de la COMCO, dans lequel il n'a pas à s'immiscer. Le Tribunal fédéral a précisé à ce sujet qu'il ne considère pas comme illicite le fait que le TAF renvoie aux explications techniques d'une décision de la COMCO dès lors qu'il expose et motive les raisons pour lesquelles il se rallie à l'avis de l'autorité et ne se limite pas à de pures réflexions de plausibilité⁶³.

Si l'on étudie la statistique des recours gagnés devant le TAF dans des affaires relevant du droit des cartels, on obtient le résultat présenté ci-dessous pour les années 2009 à 2022.

Selon la statistique de la COMCO, le TAF a rendu 79 arrêts dans le cadre de procédures relevant du droit des cartels. Après renseignements pris auprès du secrétariat de l'autorité, 53 de ces arrêts se sont soldés par un échec (rejet ou non-entrée en matière), 12 par un succès partiel (admission partielle des recours) et 14 par un succès pour les recourants (admission des recours). Selon la statistique du TAF, sur les 187 arrêts rendus durant la même période dans des affaires relevant du droit des cartels, 15 recours ont été admis dans leur intégralité, 46 ont été admis partiellement et 10 ont été rejetés. Les différences entre les chiffres des deux entités tiennent au fait que le TAF compte comme des recours distincts les recours déposés parallèlement pour attaquer une seule et même décision de la COMCO. Quel que soit le comptage, le taux d'admission dans le droit des cartels est supérieur à la moyenne des arrêts rendus par le TAF, qui a admis intégralement 4,5 % des recours et partiellement 3,2 % d'entre eux, 5,8 % faisant l'objet d'un rejet⁶⁴.

Si l'on considère le jugement du TAF par le Tribunal fédéral (TF), on obtient, dans les affaires dans lesquelles ce dernier devait juger des sanctions sur le fond, les résultats suivants.

- Lorsque le TAF a rejeté les recours d'entreprises, le TF les a lui aussi rejetés pour la plupart⁶⁵.
- Lorsque le TAF a admis les recours d'entreprises, le TF a admis la plupart des recours formés par le département contre ces recours d'entreprises et, partant, a confirmé la décision de la COMCO, allant à l'encontre du TAF⁶⁶.
- Lorsque le TF a corrigé les constations des faits établies par le TAF, il l'a fait principalement parce que, en raison de considérations juridiques divergentes, il a considéré comme pertinents des faits que le TAF avait jugés sans pertinence et n'avait donc pas examinés. Mais il n'a pour autant que l'on puisse en juger jamais émis la critique selon laquelle le TAF aurait établi les faits arbitrairement ou en violant le droit d'être entendu.

Par conséquent, la critique émise à l'encontre du TAF ne se confirme pas sous l'angle matériel, tout au moins si l'on suit le jugement du TF (contrairement à la critique de la longueur des procédures ; voir ch. 18.2). Quoi qu'il en soit, on ne peut reprocher au TAF de manquer de sens critique à l'égard de la COMCO.

17.6 Conclusion

Le système en vigueur remplit les exigences constitutionnelles et conventionnelles. Ni la CEDH ni la Constitution fédérale n'imposent un système à deux niveaux avec séparation entre instruction et décision.

Un système de ce type n'est pas exclu néanmoins. Indépendamment de ce qui vient d'être évoqué, il ressort des auditions que les autorités et les tribunaux eux-mêmes considèrent que le système en vigueur est irréprochable sous l'angle de l'état de droit, tandis que les justiciables ont parfois l'impression d'insuffisances sous le même angle. Cette critique émise par des entreprises ou des

⁶³ ATF 139 I 72 consid. 4.5 et 4.6

⁶⁴ Rapport de gestion du Tribunal fédéral 2022, p. 70.

⁶⁵ Exception : ATF 148 II 25, dans le cadre duquel le Tribunal fédéral a réduit le montant de la sanction.

⁶⁶ Exception : ATF 137 II 199.

avocats peut aussi, bien sûr, tenir au fait que ceux-ci n'ont pas obtenu satisfaction devant les tribunaux et les autorités, ce qui est peut-être plus lié à la situation matérielle qu'à la procédure et aux institutions. Quoi qu'il en soit, certains justiciables ont manifestement l'impression que le résultat est déjà déterminé dans une large mesure à l'issue de la procédure d'instruction devant le secrétariat et qu'il ne fait plus l'objet d'un examen critique par la commission (voir ch. 12.2). Plusieurs personnes auditionnées ont fait valoir l'existence d'un « biais de confirmation ». Il ressort en effet des auditions que, à l'exception du montant d'une sanction qui a parfois été adapté, la commission n'a quasiment jamais modifié un projet de décision du secrétariat sur le fond.

On pourrait en conclure qu'il conviendrait de viser une séparation plus nette entre l'autorité qui instruit et celle qui décide. Mais on pourrait tout aussi bien en conclure l'inverse, à savoir que l'on peut renoncer à une séparation si celle-ci n'apporte rien de fondamental. La commission elle-même considère que son activité apporte une valeur ajoutée par rapport au projet de décision du secrétariat, car elle jette un œil critique sur le travail de ce dernier.

Il ressort également d'une comparaison internationale (voir chap. 13) que des pays procèdent à une certaine séparation institutionnelle, au sein des autorités de la concurrence, entre les organes qui instruisent et ceux qui décident. Lors des projets de réforme portant sur la période 2008-2014, le Conseil fédéral était également d'avis qu'il fallait améliorer cette séparation (voir ch. 8.1). Il est donc légitime de débattre d'une séparation renforcée.

Cette discussion devrait tenir compte des points exposés ci-après.

- Il faudrait définir clairement les procédures de décision prévues par le droit des cartels pour lesquelles la procédure à deux niveaux s'appliquerait. Le modèle présenté dans le message de 2012 prévoyait que la procédure à deux niveaux (modèle du tribunal) s'appliquerait uniquement aux restrictions illicites à la concurrence et ne porterait pas sur les décisions relatives aux concentrations, lesquelles continueraient d'être de la compétence de l'autorité. Ce point est conforme au résultat des auditions (voir ch. 12.2) et garde toute sa pertinence.
- Si la séparation est motivée par le souci de respecter les exigences de la procédure pénale, il faut tenir compte du fait que, non seulement des sanctions directes peuvent être prononcées, mais que des mesures qui ne sont pas considérées comme des mesures pénales au sein de l'art. 6 CEDH peuvent aussi être ordonnées dans le domaine des restrictions à la concurrence (art. 30 LCart). Une décision peut contenir aussi bien des mesures aux termes de l'art. 30 LCart que des sanctions directes en vertu de l'art. 49a LCart⁶⁷. Dans les cas de ce type, il serait impossible, en pratique, de séparer la procédure de sorte à instituer une procédure qui suivrait les principes du droit administratif et une autre qui suivrait ceux du droit pénal, car la question essentielle consiste généralement à savoir si le comportement incriminé est contraire ou non au droit des cartels. La conséquence juridique (mesure visant un autre comportement / sanction directe) n'est que la conséquence de cette question primordiale. Il faudrait cependant régler la question de la procédure applicable si aucune sanction directe n'est prononcée et que seules des mesures visant le comportement sont ordonnées.
- Comme exposé plus haut (voir chap. 14), nombreuses sont les lois fédérales qui, parallèlement aux sanctions directes définies par le droit des cartels, prévoient des sanctions directes similaires. Dans tous ces domaines, les sanctions sont prononcées, dans le cadre d'une procédure administrative, par des autorités qui ne séparent pas l'instruction de la décision (voir ch. 7.4). En plus des règles existantes, la discussion porte actuellement sur l'introduction de sanctions administratives pécuniaires qui seraient notamment prononcées par la FINMA (postulat 21.4628). Si, pour des raisons relevant de l'état de droit, une séparation entre instruction et décision était

⁶⁷ Voir ATF 148 II 475 ; 148 II 321 ; 148 II 25.

considérée comme souhaitable dans le droit des cartels, la question se poserait de savoir s'il faudrait également opter pour une solution analogue dans les autres domaines. Si une solution de ce type était prévue uniquement pour le droit des cartels, il faudrait qu'elle soit justifiée par des particularités propres au droit des cartels.

Les *particularités* de ce type pourraient être celles qui sont exposées ci-dessous.

- Le droit des cartels ne s'applique pas uniquement à certaines catégories d'entreprises, mais à *toutes les entreprises qui opèrent sur le marché*. Dans la plupart des autres domaines du droit fédéral, les sanctions visent certaines catégories d'entreprises qui sont dans un rapport de surveillance particulier avec l'autorité qui prononce la sanction. Elles sont infligées pour des violations d'obligations particulières résultant de la législation propre à un domaine. Les faits qui entraînent des sanctions peuvent être en quelque sorte considérés comme des délits spéciaux.
- Souvent, les procédures en droit des cartels sont *très complexes* et nécessitent de vastes clarifications. Dans les autres domaines, les sanctions sont plutôt prononcées dans des situations peu complexes.
- Plus que d'autres domaines juridiques, le droit des cartels intervient dans le cadre de concepts juridiques vagues, ainsi que de présomptions, si bien que l'insécurité juridique a tendance à y être plus importante.
- Les *sanctions* prononcées en droit des cartels sont souvent très élevées. À ce jour, la sanction la plus élevée à être entrée en force en Suisse s'élevait à 186 millions de francs⁶⁸. Généralement, les sanctions sont beaucoup moins élevées dans les autres domaines. Ainsi, la sanction la plus élevée infligée par la CFMJ dans le domaine des maisons de jeu se chiffrait à 4 939 000 francs ; elle a été réduite à 1 497 645 francs par la voie du recours⁶⁹.
- Les *sanctions directes* sont fréquentes en droit des cartels. Dans les autres domaines dans lesquels la loi les prévoit, elles ont été rarement prononcées, voire ne l'ont jamais été, étant précisé que certaines de ces lois sont relativement récentes.
- La plupart des aspects évoqués ne s'appliquent cependant pas aux sanctions directes prononcées en vertu de la *loi sur les travailleurs détachés*. Comme les sanctions en droit des cartels, ces sanctions peuvent cibler, non seulement certaines entreprises qui se trouvent dans un rapport de surveillance particulier, mais aussi toutes les entreprises opérant sur le marché. Sur le plan pécuniaire, elles ne sont pas comparables à celles de la LCart, puisque limitées à un montant de 30 000 francs ; cette sanction pécuniaire peut cependant se doubler d'une interdiction d'offrir ses services pour une durée pouvant atteindre 5 ans, ce qui représente une sanction lourde. Par ailleurs, les sanctions de ce type sont infligées très fréquemment.
- Enfin, il convient de mentionner les *amendes fiscales* pour soustraction d'impôt, qui sont elles aussi considérées comme relevant de la procédure pénale au sens de la CEDH, mais sont prononcées par une autorité administrative unique. Elles peuvent concerner tous les contribuables et représenter elles aussi des montants considérables. Si une distinction claire était opérée entre instruction et décision dans le droit des cartels, on serait logiquement en droit de se poser la question de son application à la procédure pour soustraction d'impôt.

⁶⁸ Swisscom, ATF 146 II 217.

⁶⁹ ATF 140 II 384

17.7 Possibilités autres que la séparation entre instruction et décision

Une séparation stricte nécessiterait un modèle à deux niveaux, qu'il s'agisse de séparer instruction et décision au sein d'une autorité administrative ou d'opter pour le modèle du tribunal.

Une solution aux critiques émises pourrait éventuellement être apportée dans le cadre du système en vigueur ; elle nécessiterait des ajustements mineurs, dont quelques-uns sont exposés ci-après à titre d'exemple.

- Modification de la composition de la commission (voir ch. 19.6)
- Suppression des compétences de la commission, plus précisément celles de sa présidence, dans le cadre de l'instruction, à savoir :
 - approbation d'un membre de la présidence pour l'ouverture d'une instruction (art. 27, al. 1, LCart) et décisions de procédure (art. 23, al. 1, LCart) ;
 - possibilité qu'a la commission d'arrêter l'ordre dans lequel les instructions qui ont été ouvertes doivent être traitées (art. 27, al. 2, LCart) ;
 - nécessité de l'approbation des perquisitions et des saisies par un membre de la présidence (art. 42, al. 2, LCart).

Enfin, certaines critiques émises peuvent être corrigées par des biais autres que des réformes institutionnelles. Ainsi, on argue parfois que le moment où le secrétariat soumet un projet de décision à la commission – les parties peuvent alors s'exprimer sur ce projet – arrive souvent trop tard, car le secrétariat a déjà affermi sa position et que, dans la pratique, les avis des parties n'ont quasiment plus d'influence sur son projet de décision. Il serait envisageable de *déplacer l'audition en amont*, aux étapes de la procédure présentées ci-dessous.

- Dès l'ouverture de la procédure, communication des allégations retenues et possibilité pour les intéressés de s'exprimer sur ces allégations concrètes ; la procédure ne pourrait ensuite être étendue à d'autres questions que si une nouvelle communication était faite, ce qui la rapprocherait en partie de la maxime d'accusation en vigueur dans le droit pénal (voir ch. 17.3).
- Une convergence supplémentaire avec la maxime d'accusation pourrait être obtenue dans le système en vigueur si les parties étaient informées, dans le cadre de l'instruction (avant que le secrétariat soumette son projet de décision pour prise de position), des faits reprochés à l'entreprise (communication des griefs, à laquelle ont recours d'autres pays).
- À l'issue de l'administration de la preuve, communication du résultat (provisoire) aux parties avec possibilité de requérir encore l'administration de preuves devant la commission. Selon le secrétariat, aujourd'hui, le résultat provisoire de l'administration de la preuve est déjà communiqué aux parties.
- Mise en place d'une organisation analogue à celle des conseillers-auditeurs au sein de l'UE (voir annexe 3, ch. B.2).

Tous ces changements pourraient être introduits sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi. Mais ils pourraient aussi être inscrits explicitement dans la loi.

Enfin, certains reprochent à la COMCO de publier les sanctions prononcées en citant nommément les entreprises sanctionnées, avant même que la décision soit entrée en force, ce qui équivaut selon eux à une forme de présomption de culpabilité (voir ch. 12.2). Le Tribunal fédéral a confirmé cette pratique⁷⁰, mais, même sans réforme institutionnelle, le législateur serait libre d'interdire une citation expresse.

⁷⁰ ATF 142 II 268

Les aspects institutionnels ne doivent donc pas être considérés de manière isolée, mais dans le cadre d'une perspective globale de l'ensemble du droit de la concurrence.

17.8 La présomption d'innocence

La motion Wicki, qui exigeait que la présomption d'innocence soit expressément prévue par la LCart, était notamment justifiée par l'absence de séparation institutionnelle entre la COMCO et son secrétariat, qui ne permet pas toujours de mettre en balance les circonstances à la charge et à la décharge du prévenu.

Le Conseil fédéral a proposé de rejeter cette motion, arguant que la LCart et la PA imposent d'ores et déjà d'instruire d'office sur chacun des faits et que les autorités de la concurrence sont tenues de procéder, de leur propre initiative, à une clarification exacte et complète des faits (obligation d'administrer les preuves). Il a cependant proposé, dans le sillage de cette motion, un nouvel art. 39a, qui ancre la maxime de l'instruction, ainsi que les nouveaux al. 3 et 4 de l'art. 53, qui prévoient expressément la présomption d'innocence et précisent que, si la loi n'en dispose pas autrement, le fardeau de la preuve incombe aux autorités en ce qui concerne l'existence des éléments factuels relatifs à la pratique reprochée. Cependant, il confère à ces nouvelles dispositions un caractère purement déclaratif.

Quoi qu'il en soit, cette critique affecte le droit matériel et doit être traitée dans le cadre de la révision de la LCart sur le fond.

Des critiques ont également été émises parfois, à la lumière du principe *nemo tenetur*, à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle d'anciens organes d'entreprises visées par une instruction ne peuvent invoquer le droit de refuser de témoigner devant les autorités de la concurrence⁷¹. Mais, là encore, il ne s'agit pas d'une question institutionnelle. Le TF a précisé que le législateur était libre de créer un droit spécial de refuser de témoigner⁷².

17.9 Résultat intermédiaire

Le modèle du tribunal et le modèle d'autorité administrative à deux niveaux séparent clairement l'instruction de la décision. Cette séparation est partielle dans le système en vigueur ; cependant, sa valeur est parfois remise en question pour des raisons qui tiennent plus à un déséquilibre entre le secrétariat et la commission qu'à l'absence de séparation entre les deux autorités.

Une séparation de ce type n'est pas nécessaire sous l'angle constitutionnel et conventionnel. Un modèle à un niveau est admis lui aussi. La séparation entre instruction et décision est en principe étrangère à la procédure administrative. L'autorité administrative exerce une double fonction, même si des sanctions administratives péquénaires sont prononcées (voir ch. 7.4).

Indépendamment de la question d'une séparation sur le plan de la doctrine pénale, une certaine répartition des tâches (entre le secrétariat et la commission) peut faire partie du contrôle de qualité (« contrôles et contrepoids »). Des modifications ponctuelles apportées au système existant pourraient éventuellement remédier aux critiques émises en relation avec l'état de droit.

18 Deuxième critique émise : la longueur des procédures et les ressources requises

18.1 Remarque préliminaire

La durée des procédures dépend entre autres de la forme institutionnelle des autorités de la concurrence et des voies de recours.

⁷¹ ATF 147 II 144 consid. 5.2 ; pour une approche critique : Riedo/Meile, ZBJV 2023, p. 49 ; Martenet/Tumini, Cimes et Châtiments 2022, p. 392 ; Célian Hirsch, *Nemo tenetur* invoqué par l'ancien organe d'une société anonyme, LawInside 14.5.2021.

⁷² ATF 147 II 144 consid. 5.3

Il faut toutefois souligner que la forme institutionnelle n'est qu'un aspect, parmi d'autres, à avoir une incidence sur la longueur des procédures. Les autres aspects sont :

- le contenu matériel du droit des cartels ; plus le nombre d'aspects devant être contrôlés sur le fond est important pour prendre une décision, plus la charge de travail est importante à tous les niveaux ;
- le droit procédural ;
- les ressources affectées aux autorités de recours ;
- les capacités et compétences des personnes chargées du traitement des affaires au sein des autorités et des tribunaux.

Ce chapitre s'arrête tout d'abord sur la durée actuelle des procédures, avant d'étudier la durée des procédures devant les autorités administratives dans les différents modèles. La durée devant le tribunal est ensuite examinée : tout d'abord la durée devant le tribunal qui a décidé en première instance dans un modèle de tribunal, suivie de l'organisation des voies de recours et de la durée de la procédure devant les instances de recours. Les ressources requises sont toujours évoquées parallèlement à la durée des procédures.

18.2 Durée actuelle des procédures

Après celle de la séparation entre l'instruction et la décision, la deuxième critique importante émise à l'encontre du système actuel porte sur la durée des procédures : pour des questions primordiales d'efficience et pour des questions relevant de l'état de droit, il faut que les procédures puissent être clôturées dans un délai raisonnable (voir ch. 5.1). Une procédure excessivement longue peut enfreindre le droit à une procédure équitable en vertu de l'art. 29, al. 1, Cst. et de l'art. 6, par. 1, CEDH⁷³. Dans une procédure en droit des cartels, le Tribunal fédéral a considéré qu'une durée de procédure devant le Tribunal administratif fédéral de plus de six ans était excessive⁷⁴. Or, pour les parties à la procédure, la longueur de l'ensemble de la procédure est aussi déterminante que la durée devant les différentes autorités. Il faut donc considérer les instances de recours dans leur globalité, et non la procédure devant chaque instance isolément.

Selon le règlement actuel, il est possible de recourir contre les décisions de la COMCO en saisissant le Tribunal administratif fédéral, puis le Tribunal fédéral. Si toutes les voies de recours actuelles sont exploitées, les procédures sont très longues.

Voici la durée moyenne, pour la période de 2009-2020, des procédures de sanction au cœur de la présente réflexion (indications de la COMCO) :

- | | |
|---|-----------|
| • devant la COMCO (de l'ouverture de l'instruction à la décision) : | 3,3 ans ; |
| • devant le Tribunal administratif fédéral : | 4,7 ans ; |
| • devant le Tribunal fédéral : | 2,4 ans. |

Il en résulte en moyenne *une durée totale supérieure à 10 ans* dès lors que les affaires ont été portées devant le Tribunal fédéral. La procédure a cependant duré nettement plus longtemps dans certaines affaires (voir annexe 6).

Voici des exemples de procédures particulièrement longues (cas extrêmes) :

- Accords dans le domaine du fret aérien : la COMCO a ouvert une instruction en 2006 et rendu une décision en 2014, suivie d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral en 2022 ; la procédure est pendante devant le Tribunal fédéral.

⁷³ ATF 148 II 321 consid. 12.5.1 non publ.

⁷⁴ ATF 148 II 321 consid. 12.6 non publ.

- Dynamic Currency Conversion : ouverture de l'instruction en janvier 2007 ; arrêt du TF en novembre 2022.
- Médicaments hors liste : ouverture de l'instruction en juin 2006 ; décision de la COMCO en novembre 2009 ; arrêt du TAF en décembre 2013 (admission) ; arrêt du TF en janvier 2015, avec renvoi devant le TAF ; deuxième arrêt du TAF en décembre 2017 ; deuxième arrêt du TF en février 2021, avec nouveau renvoi devant le TAF pour la fixation du montant de la sanction ; troisième arrêt du TAF en juin ; le nouveau recours formé devant le TF est pendant.

La durée globale de ces procédures est également élevée en comparaison internationale, sachant que ce constat vise au premier chef moins les procédures devant la COMCO.

Le tableau de bord de la justice dans l'UE⁷⁵ indique dans l'ill. 17 la durée moyenne des procédures devant les autorités nationales de la concurrence en 2020 et en 2021. Pour la plupart des pays, cette durée se situe entre 800 et 1400 jours ; elle est de près de 600 jours pour l'Italie, de quelque 1000 jours pour la France et l'Autriche (sachant que, dans ce dernier pays, seules les procédures devant l'autorité fédérale de la concurrence sont prises en compte, les procédures devant le tribunal de première instance chargé de la répression des cartels n'étant pas incluses) et d'environ 1100 jours pour l'Allemagne. Par conséquent, la durée des procédures devant la COMCO s'inscrit dans le cadre international normal.

La durée des procédures devant le Tribunal administratif fédéral est en revanche très élevée par rapport aux autres pays. Selon l'ill. 16 du tableau de bord de la justice dans l'UE, la durée moyenne des procédures en matière de concurrence devant les tribunaux nationaux de première instance se situe entre 500 et 1000 jours dans la plupart des pays. Elle est par exemple de 500 jours environ en Italie, en France et en Autriche et de près de 1000 jours en Allemagne.

Les durées moyennes en Suisse, conformément aux indications mentionnées plus haut, concernent les années 2009 à 2022. Récemment, la longueur des procédures, notamment devant le Tribunal administratif fédéral, a été légèrement réduite. Il ressort d'une statistique de ce même tribunal remise à la commission d'experts que les procédures en droit des cartels engagées devant le TAF depuis 2017 et clôturées duraient entre une et deux années, ce qui, selon le TAF, tient au fait qu'autrefois, des affaires avaient été suspendues dans l'attente de décisions de principe du TF, que ce dernier a désormais rendues, et par les plus grandes compétences que le tribunal a acquises dans le traitement des affaires de cartel. Il n'en demeure pas moins que plusieurs affaires sont toujours pendantes auprès du TAF depuis quatre ans ou plus.

Ces durées globales des procédures *ne sont pas satisfaisantes*. Une réforme institutionnelle devrait tendre, dans la mesure du possible, à les raccourcir. En revanche, il faut rejeter les réformes qui les rallongeraient.

La révision partielle en cours prévoit des délais d'ordre (art. 44a ; voir chap. 10) dont le non-respect a uniquement pour conséquence que l'autorité concernée doit en communiquer les motifs aux participants à la procédure. À eux seuls, les délais d'ordre ne permettent donc pas de raccourcir la durée des procédures. De plus, ils pourraient inciter la COMCO à se saisir surtout des affaires qui sont simples et faciles à régler.

Sur le plan institutionnel, la durée totale des procédures dépend de la durée devant chaque instance d'une part et de l'organisation de la voie de recours d'autre part.

⁷⁵ Commission européenne, Tableau de bord de la justice dans l'UE, Luxembourg 2023

Le choix des modèles a une incidence sur ces deux domaines. Si l'objectif est une séparation plus nette entre instruction et décision, il doit être réalisé de sorte que la durée globale des procédures ne soit pas rallongée.

18.3 Procédures devant les autorités administratives

La durée d'une procédure devant l'autorité de la concurrence varie selon le modèle.

18.3.1 Système actuel

Étant donné qu'il repose sur une séparation partielle du secrétariat et de la commission, le système actuel rallonge quelque peu la procédure : la commission n'est saisie que lorsque le secrétariat a, de son point de vue, clôturé l'instruction et rédigé une requête complète, sachant que, en règle générale, les parties sont déjà entendues au stade de l'instruction. C'est uniquement sur la base de cette requête que la commission, dans le cadre d'une procédure à plusieurs niveaux, étudie l'entrée en matière, puis un éventuel complément de preuves – le cas échéant avec renvoi devant le secrétariat – et, enfin, la requête elle-même, après nouvelle audition des parties. Selon les indications de la COMCO, la procédure devant la commission, de la clôture de l'instruction à la décision fondée, dure généralement trois mois environ, mais peut atteindre un an dans des cas extrêmes.

Cette durée entraîne des charges financières supplémentaires résultant de l'indemnisation des membres de la commission (total de quelque 900 000 francs par an), mais aussi, pour le secrétariat, de charges supplémentaires qui sont difficiles à estimer.

Le temps consacré à la procédure devant la commission pourrait éventuellement être diminué si le nombre des membres de la commission était réduit. Si cette mesure entraînait un relèvement du taux d'occupation des membres de la commission, elle n'aurait pas de répercussions financières.

18.3.2 Modèle d'autorité administrative à un niveau

La procédure serait moins longue dans un modèle à un niveau, puisqu'il n'y aurait plus de procédure devant la commission. Une fois que l'instruction serait clôturée et que les parties auraient pris position, la décision pourrait être rendue immédiatement. Les personnes formellement compétentes pour trancher ne sont pas nécessairement celles qui procèdent aux différentes mesures d'investigation, mais elles sont leurs supérieurs généralement. Pendant l'instruction, elles peuvent déjà se familiariser avec les faits et avec les personnes qui effectuent les investigations, mener des discussions intermédiaires avec elles ou leur donner des consignes. Lorsqu'un projet de décision est esquisonné, elles connaissent déjà bien le dossier, généralement, et peuvent rendre une décision rapidement.

Dans ce modèle, les ressources requises sont moindres, elles aussi.

18.3.3 Modèle d'autorité administrative à deux niveaux

Par rapport au fonctionnement actuel, ce modèle entraîne une *augmentation des ressources* en termes de temps et de finances : l'autorité qui décide doit se pencher en profondeur sur les faits. Puisqu'elle ne peut utiliser les ressources de l'autorité chargée de l'instruction, il lui faut son propre personnel, indépendant du secrétariat, qui transforme la requête de ce dernier pour la reformuler en une décision. À l'instar des membres de la commission, ce personnel devrait se familiariser avec les dossiers, ce qui se traduirait par un surcroît de travail. La procédure devant la commission suivrait le principe du contradictoire, comme un tribunal pénal. La durée de la procédure s'en trouverait rallongée. Il est difficile de quantifier cette charge supplémentaire, car il faudrait également savoir si la commission procéderait davantage à sa propre administration des preuves et à la constatation des faits. Si elle le faisait dans une certaine ampleur, le travail du secrétariat s'en trouverait plus ou moins

recopié. Il faudrait recruter du personnel pour la commission, ce qui entraînerait des charges financières supplémentaires.

Il est cependant tout à fait possible qu'avec un modèle de ce type, les destinataires seraient plus enclins à accepter la décision, ce qui réduirait le nombre des recours.

18.3.4 Modèle du tribunal

Dans le modèle du tribunal, le temps consacré par l'autorité de la concurrence à la procédure concerne uniquement l'instruction, c'est-à-dire, dans le système actuel, le temps qui précède la transmission de la requête à la commission. Par rapport à la situation actuelle, la durée de la procédure devant l'autorité de la concurrence devrait *avoir tendance à diminuer*, puisque la phase devant la commission disparaîtrait. Elle devrait se situer dans le même ordre de grandeur que celle du modèle à un niveau. Mais il faudrait y ajouter le temps compris jusqu'à la décision du tribunal de première instance (voir ch. 18.4).

Si des règlements amiables devaient également être approuvés devant un tribunal, la procédure globale serait rallongée. Il serait néanmoins possible, dans ce cas de figure, d'introduire devant le tribunal une procédure simplifiée de l'autorisation judiciaire, analogue par exemple à la procédure simplifiée prévue dans la procédure pénale (art. 358 ss. CPP), ce qui devrait permettre de limiter le rallongement de la procédure.

18.4 Organisation du tribunal dans le modèle du tribunal

18.4.1 Institution

La durée de la procédure est critiquée principalement pour le Tribunal administratif fédéral qui, selon le modèle actuel, décide en qualité de première instance de recours.

Si l'on opte pour un *modèle de tribunal* dans lequel ce n'est plus la commission, mais un tribunal qui tranche en première instance, il convient de privilégier la piste d'un tribunal spécial de la concurrence.

En principe, le Tribunal administratif fédéral pourrait assumer cette tâche, ce qui, du reste, était prévu dans le message de 2012, certains changements devant être apportés à cette fin audit tribunal. Il était notamment prévu que, lors de l'élection des juges au TAF, l'Assemblée fédérale veillerait à ce que ceux-ci soient dotés de connaissances économiques (art. 40a, al. 3^{bis}, P-LParl) et que, pour les procédures en droit des cartels, des juges disposant de connaissances économiques soient présents dans une proportion appropriée (art. 21, al. 3, P-LTAF). Sans le prévoir expressément dans la loi, le projet partait du principe que des juges avec un taux d'occupation très faible siégeraient également au tribunal⁷⁶ et prévoyait de ce fait une règle particulière pour leur droit de vote (art. 16, al. 3 P-LTAF ; voir FF 2012 3688 ss.).

Une telle règle particulière appliquée à un domaine juridique particulier semble toutefois être *étrangère au système*. Globalement, le Tribunal administratif fédéral est conçu pour rendre des décisions en tant qu'instance de recours. Il ne se prononce en première instance que dans des cas exceptionnels particulièrement similaires qui, globalement, ne représentent qu'une petite part des affaires traitées (voir ch. 17.2). Il en irait autrement pour un tribunal de première instance chargé de la répression des cartels : la cour du TAF compétente en matière de droit des cartels estime que la moitié environ de sa charge de travail est imputable au droit des cartels. Ce changement de paradigme concernerait donc une part considérable de l'activité de cette cour et du tribunal dans son ensemble. Le TAF lui-même rejette un modèle dans lequel il devrait décider en qualité de tribunal de la concurrence de première instance.

⁷⁶ L'autorisation du travail à temps partiel des juges du Tribunal administratif fédéral ressort de l'art. 13, al. 1, LTAF.

Il faudrait donc, dans le cadre de ce modèle, créer un tribunal spécial chargé de la concurrence qui déciderait en qualité de première instance dans les cas dans lesquels la compétence décisionnelle de première instance est confiée au tribunal. Il serait judicieux qu'il intervienne également en qualité de première instance de recours dans les cas dans lesquels les autorités de la concurrence disposeraient toujours de la compétence de décision.

Ce tribunal spécial était prévu dans le projet de consultation de 2012. À l'instar du Tribunal fédéral des brevets (art. 5 et 6 LTFB), un tribunal de la concurrence pourrait s'appuyer sur l'infrastructure du Tribunal administratif fédéral.

Un tribunal spécial de la concurrence qui serait une autorité décisionnelle de première instance permettrait d'améliorer les connaissances spécialisées du tribunal et de réduire la durée des procédures, car les membres du tribunal et le personnel seraient sélectionnés principalement pour leurs compétences en droit des cartels. Ces arguments peuvent également s'appuyer sur les expériences réalisées en Allemagne et en Autriche : ce sont certes des tribunaux ordinaires sur le plan formel (Tribunal de grande instance de Düsseldorf et Tribunal de grande instance de Vienne) qui y statuent en qualité de premières instances judiciaires, mais ils comprennent en leur sein des cours spécialisées dans le droit des cartels qui disposent d'une vaste expérience et d'importantes connaissances en droit de la concurrence. Dans les tribunaux compétents en matière de droit des cartels, des spécialistes interviennent aussi comme juges dans de nombreux autres pays. Un règlement de ce type a du reste été proposé à différentes reprises lors des auditions (voir ch. 12.2). En Suisse, le Tribunal fédéral des brevets s'est forgé une réputation de tribunal compétent et efficace, qui pourrait tenir lieu de modèle pour un tribunal de la concurrence.

Le *volume d'activité* du tribunal pourrait s'avérer problématique : selon ses rapports de gestion, le Tribunal administratif fédéral a traité entre 2013 et 2022 un nombre très fluctuant d'affaires relevant du droit des cartels : entre 4 (en 2015) et 23 (en 2017 et 2022). Au niveau des juges, cette activité fluctuante pourrait, comme pour le Tribunal fédéral des brevets, être gérée par le recours à des juges suppléants pouvant être affectés avec souplesse, en fonction du nombre de cas à traiter. Au niveau des greffiers, cela serait plus compliqué. Le cas échéant, les greffiers qui ne seraient pas suffisamment occupés pourraient intervenir auprès du TAF à titre de soutien temporaire.

18.4.2 Procédures et durée des procédures

Dans le modèle du tribunal, c'est déjà un tribunal qui statue en qualité de première instance. Par rapport au modèle actuel, cela devrait conduire à un allongement de la durée des procédures jusqu'à la décision en première instance : la procédure devant le tribunal de première instance qui statue se rattache à la procédure d'instruction devant l'autorité de la concurrence. Comme pour un tribunal pénal, le tribunal ne se saisirait du dossier qu'avec la requête (« accusation ») et devrait se pencher sur le cas seulement à partir de ce moment-là. Cette tâche est plus ou moins volumineuse selon que le tribunal doit prendre l'ensemble des mesures probatoires ou que, comme dans la procédure de recours actuelle, il se contente d'examiner l'établissement des faits par l'autorité chargée de l'instruction.

Dans le message de 2012, qui prévoyait un tribunal de la concurrence de première instance, ce dernier aurait dû mener la procédure conformément aux dispositions de la PA. Or, la procédure de décision selon la PA est régie suivant le modèle d'une *autorité administrative* à un niveau ; certes, celui-ci prévoit que l'autorité procède à l'administration de preuves et détermine par quels moyens elle le fait (art. 12 ss. PA), mais la manière dont un *tribunal* de première instance décide n'est pas définie. Il faudrait donc réglementer la procédure.

Une solution minimale consisterait à transformer l'actuelle commission de la concurrence en un tribunal (élection des membres par l'Assemblée fédérale, surveillance par le Tribunal fédéral). La procédure ne se distinguerait quasiment pas de la procédure actuelle devant la commission : le

tribunal se référerait pour l'essentiel aux preuves recueillies par le secrétariat et se fonderait sur la requête de ce dernier pour rendre sa décision. Globalement, la procédure ne durerait pas beaucoup plus longtemps que la procédure actuelle jusqu'à la décision de la COMCO.

Cette approche ne permettrait cependant pas de remédier aux critiques émises : les partisans du modèle du tribunal pensent que le tribunal devrait lui-même constater les faits dans une large mesure.

À supposer que les principes de la plainte de droit administratif (art. 35 LTAF) s'appliquent à la procédure devant le tribunal, l'administration des preuves suivrait la PCF, mais le tribunal devrait examiner les faits d'office (art. 44, al. 1 et 2, LTAF). La preuve devrait être admise devant le tribunal via l'ensemble des faits pertinents (art. 36, al. 1, PCF). Même si les règles de la procédure pénale étaient utilisées par analogie via l'administration des preuves (art. 343 CPP), les preuves déjà administrées par le secrétariat devraient être réitérées au moins en partie. Globalement, la charge supplémentaire en termes de temps et de coûts serait sensiblement plus élevée que celle du modèle actuel jusqu'à la décision de la COMCO.

Il est impossible de dire si le temps requis devant le tribunal serait moins long que les procédures actuelles devant le Tribunal administratif fédéral, car ce temps dépend du fonctionnement du tribunal, sur lequel une loi a peu de prise. On peut cependant constater que, lorsque le Ministère public de la Confédération a procédé à une mise en accusation, la durée des procédures devant la Cour des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral est de 235 jours en moyenne et de 1152 jours au plus⁷⁷ ; elle est donc nettement plus courte que la durée des procédures devant le TAF pour des affaires portant sur des ententes.

En Autriche, les procédures devant le Tribunal des cartels durent 500 jours en moyenne, mais leur durée fluctue fortement, en fonction du nombre de points contestés.

Si l'on s'appuie sur ces comparaisons, la durée d'une procédure jusqu'à la décision du tribunal de première instance serait plus longue que la durée de la procédure jusqu'à la décision de la COMCO dans le système actuel, mais plus courte que la phase allant jusqu'à la décision de recours du Tribunal administratif fédéral dans le système actuel.

Il serait donc nécessaire de ne prévoir une procédure devant un tribunal que dans certains cas, notamment ceux des restrictions illicites à la concurrence, et de conserver dans les autres cas la compétence de décision de l'autorité de la concurrence, par exemple pour le contrôle des concentrations et l'autorisation d'un règlement amiable. Dans ce dernier cas, une autorisation judiciaire simplifiée, analogue par exemple à la procédure simplifiée dans la procédure pénale (art. 358 ss. CPP), pourrait être envisagée.

18.4.3 Voies de recours

Étant donné que la décision de première instance du tribunal de la concurrence constitue déjà un plein jugement par une autorité judiciaire au sens de l'art. 6 CEDH et de l'art. 29a Cst., il n'est pas nécessaire, sur le plan du droit conventionnel et constitutionnel, de mettre sur pied une nouvelle instance de recours disposant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit. Il suffit également, à la lumière de l'art. 32, al. 3, Cst., que la juridiction d'appel exerce un libre examen de la conformité avec le droit ainsi qu'un examen des faits limité à l'arbitraire (voir ch. 5.3).

Il serait donc permis d'admettre directement devant le Tribunal fédéral le recours contre la décision de première instance. Telle était du reste la règle en vigueur avant la création de la Cour d'appel au Tribunal pénal fédéral à Bellinzone pour les affaires pénales fédérales : la Cour des affaires pénales

⁷⁷ Rapport de gestion du Tribunal fédéral 2022, p. 50.

de ce tribunal était la seule instance dotée du plein pouvoir d'examen à rendre des jugements ; ces derniers pouvaient uniquement faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral.

En principe, il pourrait être envisagé de prévoir contre la décision de première instance du tribunal de la concurrence un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, puis auprès du Tribunal fédéral. Cette réglementation serait analogue à celle en vigueur pour les affaires pénales, y compris pour les affaires pénales fédérales. Par ailleurs, le droit administratif fédéral prévoit une réglementation analogue pour les affaires d'expropriation : considérée comme une autorité judiciaire, la commission d'estimation en matière d'expropriation rend, en sa qualité de première instance, des décisions qui peuvent être attaquées devant le TAF puis devant le TF. Cette réglementation impliquerait trois instances judiciaires, ce qui, certainement, rallongerait considérablement la durée totale des procédures par rapport à la durée actuelle. Cette option doit donc être rejetée (voir conflits d'objectifs plus haut). Par conséquent, la commission d'experts renonce à toute proposition de ce type.

18.5 Organisation du tribunal dans le modèle d'autorité administrative

18.5.1 Voies de recours

Dans les modèles d'autorité administrative, c'est une autorité administrative qui rend les décisions de première instance. Il doit donc y avoir *au moins une autorité judiciaire de recours* dotée du *plein pouvoir d'examen en fait et en droit*, ce qui correspond actuellement au recours devant le Tribunal administratif fédéral.

Il serait théoriquement envisageable d'admettre directement devant le Tribunal fédéral le recours contre la décision de l'autorité de la concurrence, ce qui raccourcirait considérablement la durée totale de la procédure. Cela supposerait toutefois que le droit des cartels dote le Tribunal fédéral d'un plein pouvoir en fait, ce qui irait à l'encontre de la règle générale (art. 97, al. 1, et art. 105, al. 1 et 2, LTF). Cette disposition s'applique encore aux cas de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire (art. 97, al. 2, et art. 105, al. 3, LTF), mais il s'agit d'un reliquat qui provient de l'ancien Tribunal fédéral des assurances et n'est pas conforme au système juridique. Au demeurant, les efforts actuels visent à supprimer cette exception. Réintroduire dans le droit des cartels une exception de ce type ne serait pas conforme au système et irait à l'encontre des efforts déployés pour désengorger le Tribunal fédéral. Par conséquent, cette variante est abandonnée.

Il serait en revanche admis d'*exclure* les recours devant le Tribunal fédéral comme cela est possible dans quelques autres domaines (voir art. 83 LTF), de sorte qu'il n'y aurait plus qu'*une* instance judiciaire. Cette solution pourrait accélérer la procédure ; néanmoins, il ne serait pas conforme au système d'exclure le jugement de l'instance judiciaire suprême justement dans un domaine juridique de grande importance juridique et économique. Les exceptions prévues à l'art. 83 LTF tiennent à différents aspects (caractère principalement politique des décisions ; prise en compte de la dimension fédéraliste ; nombre très important d'affaires qui entraîneraient une surcharge du Tribunal fédéral ; très grande urgence spécifique ; domaines particulièrement techniques). Aucune de ces dimensions ne concernant le droit des cartels, la commission d'experts renonce à une variante qui exclut la possibilité de déposer un recours devant le Tribunal fédéral.

Une solution consisterait à n'admettre les recours devant le Tribunal fédéral que pour les cas soulevant une question juridique de principe. La loi en vigueur prévoit cette possibilité dans les quelques cas présentés ci-dessous.

- Cas portant sur des valeurs litigieuses relativement faibles, dans des affaires de droit civil dont la valeur litigieuse est inférieure à un certain seuil (art. 74 LTB) et dans des affaires analogues de droit public (responsabilité étatique et rapports de travail de droit public ; art. 85 LTF).

- Cas pour lesquels le législateur accorde une importance particulière au règlement rapide du litige, par exemple en matière de droit des marchés publics (art. 83, let. f, LTF) ou dans l'entraide pénale internationale et l'assistance administrative internationale en matière fiscale (art. 84 et 84a LTF).

Ces deux configurations ne sont pas mentionnées dans le droit des cartels, qui porte régulièrement sur des affaires financièrement importantes et dont le degré d'urgence est moins élevé que dans les domaines cités. On peut en outre partir de l'hypothèse qu'au vu de la grande importance de nombreuses affaires de cartel pour les personnes concernées, un recours serait régulièrement déposé au motif d'une question juridique de fond. Par conséquent, le gain de temps devrait être plutôt modeste.

Cela conduit au système actuel, qui propose une possibilité de recours auprès de la première instance de recours (Tribunal administratif fédéral ou tribunal de la concurrence) puis auprès du Tribunal fédéral, ce qui correspond aux règles générales (art. 86, al. 1, let. a, LTF).

18.5.2 Le tribunal de la concurrence, une instance de recours

Formant l'instance de recours ordinaire contre les décisions des autorités administratives fédérales, le Tribunal administratif fédéral est critiqué en particulier pour la durée de ses procédures en droit des cartels. Comme dans le modèle du tribunal, il pourrait donc aussi être envisagé dans les modèles de l'autorité administrative de créer un tribunal spécialement dédié à la concurrence qui serait compétent, *en lieu et place* du TAF, pour traiter les recours contre les décisions des autorités de la concurrence.

Les motifs exposés ci-dessous pourraient justifier cette mesure.

- Le droit des cartels est un domaine très spécifique, qui requiert aussi des compétences économiques et revêt par ailleurs de nombreuses dimensions internationales. Les juges ne sont pas élus au Tribunal administratif fédéral pour leurs connaissances spécifiques en droit des cartels, mais en qualité de généralistes susceptibles de siéger dans toutes les cours du tribunal. Un tribunal spécial permettrait d'élier uniquement des spécialistes dotés de compétences en droit des cartels et experts en économie ou de regrouper juges de commerce et spécialistes du droit des cartels chevronnés (comme pour le Tribunal fédéral des brevets ; voir art. 9, al. 3, LTFB). Il est ressorti des auditions que l'ancienne Commission de recours pour les questions de concurrence recueille des appréciations plus favorables que l'actuel TAF s'agissant de la durée des procédures et de la qualité des décisions.
- Le TAF actuel semble avoir développé dans son fonctionnement une culture qui induit des durées de procédure particulièrement longues pour les affaires de cartel, même si des améliorations ont été constatées récemment. Un nouveau départ incluant un nouveau personnel offrirait l'opportunité de mettre un terme à cette culture.
- Aux termes de la révision de la loi sur les brevets, les recours contre les décisions ne seront plus jugés par le TAF, mais par le Tribunal fédéral des brevets, car c'est le seul moyen de garantir un niveau de connaissances techniques très poussé et de satisfaire aux exigences constitutionnelles relatives à l'examen complet⁷⁸. La solution proposée dans l'avant-projet mis en consultation, qui prévoyait de confier cet examen au TAF et d'instituer au sein de ce dernier, à cet effet, des juges spécialisés exerçant à titre accessoire, a été jugée irréalisable, car l'engagement de juges suppléants ne se justifie que pour des tribunaux administratifs spéciaux qui n'interviennent que dans des domaines étroitement limités⁷⁹.

⁷⁸ Message relatif à la révision de la loi sur les brevets, FF 2023 7, p. 18 s.

⁷⁹ Ibid., p. 26.

Cependant, les arguments exposés ci-après vont à l'encontre de la création d'un tribunal spécial de la concurrence chargé de traiter les recours.

- Le Tribunal administratif fédéral a été sciemment instauré dans le but de centraliser la juridiction administrative fédérale et de faire disparaître les nombreuses commissions de recours qui existaient auparavant. La création de tribunaux spéciaux serait contraire à cette tendance et ne correspondrait pas aux critères d'évaluation de la conformité avec le système.
- Les mêmes arguments que ceux employés pour un tribunal spécial des cartels pourraient être mis en avant pour la création d'un tribunal spécial dans d'autres domaines requérant eux aussi des connaissances spécialisées, par exemple le domaine de l'électricité, des marchés financiers ou du droit fiscal. Les raisons pour lesquelles les conditions diffèrent sensiblement dans le droit des cartels par rapport à d'autres domaines devraient être particulièrement motivées.
- Le TAF est d'avis qu'aujourd'hui, ses membres comme les greffiers ont acquis suffisamment de compétences spécialisées en droit des cartels. Ces connaissances seraient perdues si un nouveau tribunal était créé.
- Une partie des membres et du personnel du nouveau tribunal de la concurrence pourrait être recrutée au sein de l'actuelle Cour II du TAF, si bien que les changements seraient globalement minimes.
- Les coûts financiers seraient probablement plus élevés, car la création d'un tribunal spécial ferait disparaître certaines synergies avec le TAF, par exemple dans le domaine de l'informatique et de l'administration.
- Puisqu'un nouveau tribunal met toujours un certain temps avant d'être entièrement fonctionnel, l'efficience du tribunal de la concurrence pourrait être réduite durant une période transitoire. C'est là que le droit des cartels diffère de la législation des brevets, car ce domaine disposait déjà d'un tribunal spécial – le Tribunal fédéral des brevets – et que la solution désormais prévue (confier à ce dernier le jugement des recours contre les décisions rendues par l'IPI) ne nécessite pas la création d'un nouveau tribunal.

Se basant sur ces motifs, la commission d'experts estime qu'il n'est pas nécessaire de créer un tribunal spécial de la concurrence qui interviendrait en qualité d'instance de recours. Elle pense cependant qu'il faudrait envisager des mesures visant à raccourcir les procédures. En tout état de cause, la situation serait différente si une juridiction fédérale de première instance était instaurée aussi pour les actions civiles (voir chap. 20).

18.5.3 Réformes du Tribunal administratif fédéral

Les critiques visant la durée des procédures devant le Tribunal administratif fédéral ne concernent pas uniquement le droit des cartels, les procédures pouvant également être très longues dans d'autres domaines : la durée moyenne des procédures de recours était de 293 jours en 2022⁸⁰. Étant donné qu'environ 57 % des procédures sont menées devant un juge unique, ce qui est admis uniquement dans des cas clairs ou manifestes (art. 23 LTAF) et, par conséquent, n'implique que de courtes durées de procédure normalement, les procédures restantes durent d'autant plus longtemps.

Il serait certes envisageable de donner la priorité, dans la loi, à certaines procédures, mais cela aurait pour conséquence de subordonner les autres procédures à cette priorisation. Si l'on suit ce raisonnement, les réglementations visant l'accélération des procédures devant le Tribunal administratif fédéral devraient avoir un effet plutôt général, ce qui dépasserait le cadre d'une réforme

⁸⁰ Rapport de gestion 2022, p. 73.

des autorités de la concurrence. La solution consistant à élire les juges du TAF à une cour particulière, et non au tribunal en général, permettrait à l'Assemblée fédérale d'élire des personnes disposant de connaissances spécialisées dans le domaine de la cour concernée.

Il serait aussi possible – peut-être dans le cas de certaines matières particulières, le droit des cartels par exemple – d'ajourner au TAF des juges suppléants disposant de connaissances spécialisées. Des juges dotés de connaissances en droit des cartels siégeaient au sein de l'ancienne Commission de recours pour les questions de concurrence et siègent au sein des tribunaux compétents en matière de droit des cartels dans de nombreux autres États (voir ch. 13.2). Une solution de ce type avait déjà été proposée dans le message de 2012, mais elle n'avait pas été concrétisée (voir ch. 8.1 et 18.4.1). Par ailleurs, une solution analogue avait aussi été examinée dans le cadre de la révision de la loi sur les brevets et proposée dans l'avant-projet mis en consultation. Le Conseil fédéral ne l'avait toutefois pas retenue dans son message, car l'engagement de juges suppléants ne se justifie que pour des tribunaux administratifs spéciaux qui n'interviennent que dans des domaines étroitement limités⁸¹. Le Conseil fédéral s'appuyait à cet effet sur le message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, dans lequel on peut effectivement lire que la solution des juges occupant une fonction accessoire n'est pas satisfaisante pour un tribunal administratif général dont la compétence matérielle s'étend sur de vastes domaines⁸². Cette argumentation ne semble cependant pas impérative aux yeux de la commission d'experts. En effet, le Tribunal fédéral compte également des juges exerçant à titre accessoire qui, pour certains, ont été élus en raison de leurs compétences spécialisées dans un domaine particulier, et sont précisément engagés dans ce domaine⁸³.

Il existe également des possibilités autres qu'institutionnelles pour raccourcir la durée des procédures devant le Tribunal fédéral administratif.

- Le Tribunal fédéral estime que le TAF a tendance en général, et en droit des cartels en particulier, à livrer des explications juridiques détaillées qui, parfois, ne sont pas pertinentes pour l'affaire traitée. Cela occasionne pour le TAF lui-même une charge de travail considérable, tout en incitant les parties à une procédure de recours devant le Tribunal fédéral à s'exprimer sur tous ces aspects, ce qui fait encore enfler la procédure devant ce dernier.
- Selon la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, il existe un droit à un échange d'écritures inconditionnel : les parties ont le droit de s'exprimer sur chaque acte de la partie adverse. Un échange d'écritures ne peut donc jamais être clôturé. Dans les affaires de cartels, qui portent sur d'importants actifs, les avocats sont souvent amenés à faire abondamment usage de ce droit, ce qui entraîne un surcroît de travail au tribunal. Ce surcroît de travail peut toutefois être limité lui aussi, si les tribunaux s'en tiennent systématiquement au principe selon lequel le droit à la réplique a pour unique but de s'exprimer sur de nouveaux actes dans la prise de position de la partie adverse et non à apporter de nouveaux aspects dans la procédure même sans motif de ce type⁸⁴.

Une critique en matière d'état de droit porte donc sur l'obligation de devoir attaquer devant un tribunal une décision de la COMCO souvent très détaillée dans le court délai de trente jours pour obtenir un jugement par le tribunal. Il pourrait être envisagé de formuler l'art. 53 PA de manière plus

⁸¹ Message relatif à la révision de la loi sur les brevets, FF 2023 7, p. 26.

⁸² Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, p. 4177 s.

⁸³ À titre d'exemple, de grands spécialistes du droit fiscal ont été élus à plusieurs reprises au Tribunal fédéral en qualité de juges suppléants pour être ensuite affectés à la cour compétente en matière de droit fiscal.

⁸⁴ ATF, arrêt 8C_478/2016 du 7.10.2016 consid. 2.1.

contraignante pour instaurer le droit à un délai supplémentaire lorsque la décision est très volumineuse.

18.6 Résultat intermédiaire

La durée des procédures devant la COMCO n'est pas excessivement longue. Elle pourrait être quelque peu réduite dans le cadre du système actuel en aménagent quelque peu les procédures. Il serait ainsi possible de la raccourcir jusqu'à la décision de première instance dans un modèle d'autorité administrative à un niveau. De son côté, le modèle d'autorité administrative à deux niveaux tend à rallonger la durée de la procédure : cette dernière, jusqu'à la décision de première instance, dure un peu plus longtemps que dans le système actuel. Il n'en demeure pas moins qu'une instance judiciaire disposant d'un pouvoir d'examen complet est requise à l'issue de cette décision.

Des améliorations peuvent être apportées en particulier au niveau de la procédure judiciaire. Dans le cadre d'un *modèle de tribunal* dans lequel un tribunal décide en première instance, il faudrait plutôt créer un tribunal spécial de la concurrence, qui pourrait, à l'instar du Tribunal fédéral des brevets, s'appuyer sur l'infrastructure du Tribunal administratif fédéral. Il faudrait encore régler dans le détail la procédure devant cette instance. La durée de la procédure jusqu'à la décision du tribunal de première instance serait plus longue que la durée de la procédure jusqu'à la décision de la COMCO dans le système actuel, mais plus courte que la procédure jusqu'à la décision de recours du TAF dans le système actuel. Il serait donc recommandé de maintenir la compétence décisionnelle des autorités de la concurrence dans certains domaines. Un modèle de tribunal permettant encore deux instances de recours à l'issue du tribunal de première instance n'est pas envisageable au vu de la durée de la procédure.

Il serait possible d'instituer également un tribunal spécial de la concurrence en qualité de première instance de recours, en lieu et place du TAF, dans un *modèle d'autorité administrative*. La procédure pourrait s'en trouver raccourcie, mais ce n'est pas une certitude, sans compter qu'elle serait étrangère au système. La commission d'experts ne recommande donc pas cette solution. En revanche, le TAF pourrait être soumis à certaines réformes.

19 Troisième critique émise : le manque d'indépendance de l'autorité administrative

Le présent chapitre cherche à savoir si la COMCO est suffisamment indépendante de la sphère politique ou de groupements d'intérêts ou s'il faudrait modifier le statut juridique des autorités de la concurrence en vue de mieux préserver leur indépendance ou pour toute autre raison.

19.1 Attentes en matière d'indépendance

Dans la plupart des États, les autorités de la concurrence sont indépendantes sur le plan organisationnel et protégées dans une large mesure de l'influence des autorités politiques.

L'UE constitue une exception de taille en la matière : l'autorité formelle de la concurrence est la Commission européenne qui, si l'on observe la structure des organes de l'UE et les catégories de la théorie classique de séparation des pouvoirs, est celle qui se rapproche le plus d'un pouvoir exécutif et, donc, représente l'autorité politique centrale de l'UE. La direction générale de la concurrence est une instance de la Commission européenne et une autorité politique au même titre que celle-ci.

Le manque d'indépendance politique de la COMCO a été évoqué par la CdG-E dans ses travaux sur l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation (voir ch. 7.3). Le CPA relevait dans son rapport que l'indépendance financière de certaines autorités, dont la COMCO, était plus fragile que d'autres, car la compétence budgétaire incombe entièrement ou partiellement à leur département de tutelle. Si, en pratique, les mesures d'économie voulues par l'État n'ont quasiment pas d'effets sur ces autorités, il existe cependant un risque de dépendance théorique en ce sens que le département pourrait alors piloter l'autorité, ce qui serait diamétralement opposé à la conception d'une autorité de surveillance et de régulation, qui n'a de directives à recevoir de personne.

Aucune des personnes auditionnées n'a émis l'opinion selon laquelle la COMCO ne bénéficierait pas d'une indépendance *politique* suffisante, et rares étaient celles qui ont défendu cet avis lors de la consultation sur la révision de la LCart. Toutes sont en revanche unanimes : la COMCO doit être indépendante de toute influence politique sur les cas particuliers. Cette exigence résulte notamment du fait que, les entreprises publiques relevant elles aussi du champ d'application de la loi sur les cartels, il faut s'assurer que les autorités de la concurrence appliquent la loi aussi dans ces cas de figure, hors de toute influence de l'État.

Le manque d'indépendance de la COMCO à l'égard des *groupements d'intérêts* est un sujet dont s'est emparée l'OCDE (voir ch. 6.3), et il a aussi été parfois évoqué dans la consultation, lors des auditions et dans d'anciennes propositions de réforme.

Il s'agirait donc de savoir si sa structure actuelle apporte une garantie suffisante à l'indépendance de la COMCO ou si un changement est souhaitable voire nécessaire.

On observe ce faisant un *conflict d'objectifs* fondamental entre, d'une part, l'objectif d'indépendance politique des autorités de régulation et de surveillance et, d'autre part, l'objectif d'intégration des autorités indépendantes dans la structure étatique démocratique ainsi que l'objectif de leur légitimation démocratique et politique⁸⁵. Ces autorités doivent elles aussi être soumises à un certain pilotage par le Conseil fédéral, au moins sur le plan stratégique⁸⁶. Il faut cependant que leur indépendance soit garantie dans chaque cas concret.

19.2 Situation juridique actuelle

La Commission de la concurrence est indépendante des autorités administratives (art. 19, al. 1, LCart), ce qui n'exclut toutefois pas toute influence des autorités politiques sur ses activités. Sur le plan juridique, une influence existe dans les domaines présentés ci-après.

- Adoption du budget par l'Assemblée fédérale, sur proposition du Conseil fédéral (art. 167 et 183 Cst. ; art. 2, let. f, et art. 29, al. 1, LFC)
- Approbation du compte d'État par l'Assemblée fédérale, sur proposition du Conseil fédéral (art. 167 et 183 Cst. ; art. 55 LFC)
- Autorisation exceptionnelle, par le Conseil fédéral, de restrictions à la concurrence et de concentrations d'entreprises fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 8, 11, 31 et 36 LCart)
- Nomination des membres de la commission et de la direction du secrétariat par le Conseil fédéral (art. 18 et art. 24, al. 1, LCart)
- Rattachement de la commission au DEFR sur le plan administratif (art. 19, al. 2, LCart)
- Approbation du règlement interne de la commission par le Conseil fédéral (art. 20, al. 2, LCart)
- Possibilité pour le DEFR d'exiger l'ouverture d'une instruction (art. 27, al. 1, LCart)
- Établissement d'un rapport annuel d'activité à l'intention du Conseil fédéral (art. 49, al. 2, LCart)
- Fixation du taux des émoluments et règlement des modalités de perception par le Conseil fédéral (art. 53a, al. 3, LCart)
- Exécution d'accords internationaux :
 - le DEFR peut charger le secrétariat de procéder à une enquête préalable et décide de la suite à donner à l'affaire (art. 58 LCart) ;
 - accords à l'amiable et décisions par le DEFR, d'entente avec le DFAE (art. 59 LCart).
- Évaluation de la loi par le Conseil fédéral (art. 59a LCart)

⁸⁵ Stöckli, p. 134 ss.

⁸⁶ Rapport sur le gouvernement d'entreprise, ch. 4.2.6.

- Seul le DEFR a qualité pour recourir devant le TF, la COMCO ne l'a pas (art. 89, al. 2, let. a, LTF) ; ce point a déjà été pris en considération dans la révision partielle en cours, puisqu'un droit de recours est prévu pour la COMCO (art. 39, al. 2, P-LCart).

En théorie, le département compétent ou le Conseil fédéral pourraient exercer une influence informelle sur les travaux des autorités en dehors des possibilités ci-dessus, prévues par la loi. Les membres de la commission soulignent tous que cela ne s'est jamais produit à ce jour.

19.3 Compétences indépendantes de la forme institutionnelle

Certaines compétences du Conseil fédéral et du département relèvent du droit matériel et ne dépendent pas de la forme institutionnelle de la COMCO. Par conséquent, elles peuvent être conservées ou supprimées quelle que soit la structure retenue. Cela concerne :

- l'autorisation exceptionnelle, par le Conseil fédéral, de restrictions à la concurrence et de concentrations d'entreprises fondée sur des intérêts publics prépondérants (art. 8, 11, 31 et 36 LCart) ;
- la compétence qu'a le DEFR d'exiger l'ouverture d'une instruction (art. 27, al. 1, LCart) ;
- l'exécution d'accords internationaux : le DEFR peut charger le secrétariat de procéder à une enquête préalable et décide de la suite à donner à l'affaire (art. 58 LCart) ; il peut également, d'entente avec le DFAE, proposer un accord amiable et ordonner des mesures (art. 59 LCart). Selon le secrétariat, les art. 58 et 59 LCart n'ont quasiment aucune portée dans la pratique et pourraient être supprimés.

19.4 Évaluation des possibilités d'influence restantes

Certaines des possibilités d'influence restantes sont prévues par le droit constitutionnel, notamment la compétence de l'Assemblée fédérale en matière de budget et de compte (art. 167 Cst.) ou la nomination des membres de la commission par le Conseil fédéral (art. 187, al. 1, let. c, Cst.). La fixation des émoluments par le Conseil fédéral (et non par la COMCO) semble elle aussi appropriée pour des raisons relevant de l'état de droit. Le rattachement à un département sur le plan administratif, l'approbation du règlement interne par le Conseil fédéral et la présentation d'un rapport d'activité au Conseil fédéral sont eux aussi usuels et ne posent pas de problèmes.

19.5 Formes juridiques pour l'autorité

19.5.1 Formes juridiques possibles

Une autorité de la concurrence qui serait organisée en unité administrative de l'administration fédérale centrale n'est pas retenue, car cette forme ne garantirait pas l'indispensable indépendance.

On trouve, à l'autre extrémité de l'échelle, une institution totalement indépendante, selon le modèle du Ministère public de la Confédération. Cependant, pour les raisons exposées ci-dessous, la commission d'experts ne recommande pas une structure de ce type.

- En sa qualité d'autorité de poursuite pénale, le ministère public occupe une place particulière dans la séparation des pouvoirs. Il peut être considéré aussi bien comme faisant partie de l'exécutif que de la justice, ce qui justifie de le concevoir comme une institution à part. De plus, la structure organisationnelle actuelle du ministère public, du fait de son histoire, tient à une constellation spécifique qu'on ne retrouve pas pour les autorités de la concurrence.
- Une structure de ce type impliquerait que l'autorité de la concurrence soit soumise à une surveillance particulière, en dehors du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, analogue à l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération (AS-MPC). La création d'une autorité chargée de la surveillance de l'autorité de la concurrence semble toutefois

particulièrement compliquée ; de plus, confier la surveillance des autorités de la concurrence à l'AS-MPC modifierait fondamentalement cette dernière. Du reste, l'AS-MPC rejette une telle réglementation.

Selon le rapport sur le gouvernement d'entreprise (voir ch. 7.2), l'établissement de droit public est en principe la forme d'organisation qui convient aux entités effectuant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. La forme organisationnelle de la commission fédérale doit quant à elle être réservée aux entités nécessitant une certaine indépendance politique pour l'exécution de leurs tâches, mais pour lesquelles l'octroi de l'autonomie juridique n'est pas conseillé. Le projet mis en consultation pour la révision de la LCart 2010 renonçait à la forme de l'établissement (qui est celle de la FINMA) en invoquant les coûts et la taille beaucoup moins grande de l'Autorité de la concurrence. Mais la forme de la commission fédérale peut également être privilégiée en raison du recours à des experts externes lors de la prise de décision concrète.

La forme de l'unité administrative indépendante sans personnalité juridique propre peut aussi être envisagée.

Les différences entre la commission fédérale et l'établissement de droit public sont présentées ci-dessous. La forme de l'unité administrative indépendante est ensuite approfondie.

19.5.2 Différences entre la commission fédérale et l'établissement de droit public

L'établissement de droit public a tendance à paraître plus indépendant que la commission fédérale en raison de sa personnalité juridique. Mais, dans le détail, les différences entre le premier et la seconde ne sont pas importantes.

Nomination des organes de direction : la nomination des membres de la commission incombe au Conseil fédéral, ce qui est conforme aux règles générales de nomination des membres des commissions extraparlementaires (art. 57c, al. 2, LOGA). Les membres du conseil d'administration d'un établissement de droit public sont eux aussi nommés par le Conseil fédéral ; c'est également ce dernier qui, généralement, nomme la direction, à l'instar de celle de la COMCO, ou qui l'approuve si elle est nommée par le conseil d'administration⁸⁷. La même règle était également prévue dans le projet de loi sur l'Autorité de la concurrence de 2012 (art. 21, al. 2, let. a et b).

La méthode de nomination des membres d'une commission ou des organes de direction stratégique d'un établissement de droit public et son potentiel d'amélioration sont des questions beaucoup plus importantes que celle de la forme de l'organisation. Dans son rapport sur l'indépendance des autorités de surveillance et de régulation (voir ch. 7.3), la CdG-E considérait que le rôle parfois passif du Conseil fédéral et des départements compétents n'était pas satisfaisant lors de la nomination des organes dirigeants. Elle ajoutait que des profils d'exigences précis et transparents sont d'importants instruments d'évaluation permettant de garantir la qualité et la transparence de la nomination des organes dirigeants. Selon elle, il est important, également dans le cas des unités devenues autonomes qui assurent des tâches de surveillance de l'économie et de la sécurité, que le Conseil fédéral préserve les intérêts de la Confédération en utilisant systématiquement ses instruments de pilotage et de surveillance. Mais cette problématique concerne autant les commissions fédérales que les établissements de droit public, de manière équivalente.

Composition des organes de direction : parmi les avantages de la commission fédérale, on cite souvent le fait que des experts externes siègent dans les organes décisionnels. Les membres d'une commission de milice peuvent également présenter des avantages en termes d'indépendance politique, étant donné qu'ils exercent également une activité professionnelle à l'extérieur de

⁸⁷ Swissmedic : art. 81a, al. 3, let. a et b, LPTh ; FINMA : art. 9, al. 1, let. g et al. 3, LFINMA ; ASR : art. 38, al. 2, let. a et b, LSR ; exception de l'IFSN : le conseil de l'IIFSN est nommé par le Conseil fédéral et il est compétent pour nommer les membres de sa direction ; art. 6, al. 3 et al. 6, let. g, LIFSN.

l'administration fédérale. Concernant les établissements de droit public, l'expertise externe et l'esprit de milice sont généralement représentés au niveau du conseil d'administration, lequel, cependant, ne possède pas de compétences décisionnelles dans chaque cas individuel (exception : FINMA ; voir ch. 14.2).

Approbation, par le Conseil fédéral, des règlements sur l'organisation et les émoluments : la Commission de la concurrence édicte un règlement interne qui est soumis à l'approbation du Conseil fédéral (art. 20 LCart). Cette règle est également d'usage pour d'autres commissions fédérales⁸⁸. S'agissant des établissements de droit public, en revanche, les règlements d'organisation sont généralement édictés par l'établissement lui-même (ou par son conseil)⁸⁹. Le Conseil fédéral fixe aussi le taux des émoluments prélevés par la COMCO (art. 53a, al. 3, LCart). Les règlements relatifs aux émoluments sont également définis par le Conseil fédéral⁹⁰ pour les établissements de droit public ou par l'établissement lui-même, sous réserve d'approbation par le Conseil fédéral⁹¹.

Surveillance exercée par le Conseil fédéral : le Conseil fédéral exerce une surveillance sur la COMCO au travers du rapport d'activité que celle-ci lui remet chaque année (art. 49, al. 2, LCart). La loi ne prévoit pas d'autres compétences de surveillance du Conseil fédéral. Les établissements de droit public doivent remettre au Conseil fédéral un rapport d'activité ou de gestion pour approbation⁹². Le Conseil fédéral fixe en outre les objectifs stratégiques de la plupart des établissements⁹³ ou les approuve⁹⁴. La FINMA examine au moins une fois par an, avec le Conseil fédéral, sa stratégie en matière de surveillance et les questions d'actualité relevant de la politique applicable à la place financière⁹⁵. Le Conseil fédéral peut par ailleurs révoquer les membres des organes de direction des établissements de droit public⁹⁶. Globalement, son activité de surveillance sur ces établissements n'est pas moindre que celle de la surveillance exercée sur la COMCO.

Finances : conformément à la Constitution, c'est l'Assemblée fédérale qui établit le budget (art. 167 Cst.). Étant donné que la COMCO est rattachée au DEFR sur le plan administratif, ses demandes de crédits doivent être approuvées par le département puis par le Conseil fédéral avant d'être soumises à l'Assemblée fédérale. En théorie, le département ou le Conseil fédéral peuvent donc réduire le budget de la COMCO, ce qui, selon le secrétariat de cette dernière, ne s'est produit à ce jour que lorsque des coupes budgétaires linéaires avaient été fixées pour l'ensemble de l'administration fédérale, donc aussi pour la COMCO.

Les établissements de droit public qui ont leur propre comptabilité (art. 2, let. f, LFC a contrario) n'entrent pas dans le champ d'application de la LFC. Lorsque la LFINMA a été édictée, la question de l'indépendance financière de l'Autorité de surveillance des marchés financiers a motivé pour une grande part le rejet de la structure de commission des banques qui valait jusqu'alors et le choix du statut d'établissement de droit public⁹⁷. La FINMA tient principalement son autonomie financière des taxes et émoluments qu'elle prélève exclusivement auprès des assujettis⁹⁸. À l'instar de la FINMA, d'autres établissements chargés de la surveillance de l'économie (IFSN, ASR) ont un nombre limité

⁸⁸ CFMJ : art. 95, al. 1 et 2, LJAr ; ElCom : art. 21, al. 4, LApEl ; PostCom : art. 20, al. 3, LPO ; RailCom : art. 40a, al. 4, LCdF ; Commission de haute surveillance PP : art. 64a, al. 1, let. g, LPP.

⁸⁹ FINMA : art. 9, al. 1, let. i, LFINMA ; IFSN : art. 6, al. 6, let. c, LIFSN ; Swissmedic : art. 72a, al. 1, let. d, LPTh ; ASR : art. 30a, let. a, LSR.

⁹⁰ FINMA : art. 15, al. 3 et 4, LFINMA.

⁹¹ IFSN : art. 6, al. 6, let. e, LIFSN ; Swissmedic : art. 65, al. 4-6, LPTh.

⁹² Swissmedic : art. 81a, al. 3, let. e, LPTh ; IFSN : art. 6, al. 6, let. I, LIFSN ; FINMA : art. 9, al. 1, let. f, LFINMA ; ASR : art. 30a, let. m, LSR.

⁹³ Swissmedic : art. 70 LPTh.

⁹⁴ ASR : art. 30a, let. b, LSR.

⁹⁵ Art. 21, al. 2, LFINMA.

⁹⁶ Swissmedic : art. 81a, al. 3, let. A, LPTh ; IFSN : art. 6, al. 5, LIFSN ; FINMA : art. 9, al. 5, LFINMA ; ASR : art. 30, al. 5, LSR.

⁹⁷ Message concernant la loi fédérale sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) ; FF 2006 2741, p. 2750 s.

⁹⁸ Message concernant la loi fédérale sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) ; FF 2006 2741, pp. 2756, 2825.

de personnes ou d'entreprises assujetties à leur surveillance. Eux aussi prélèvent auprès d'elles une taxe générale de surveillance, en plus de frais administratifs pour des prestations concrètes ou des décisions de surveillance. Certains d'entre eux perçoivent des indemnisations de la Confédération⁹⁹. Par conséquent, ce n'est pas le budget de l'établissement, mais l'indemnisation de la Confédération qui fait partie du budget approuvé par l'Assemblée fédérale sur proposition du Conseil fédéral.

Une taxe de surveillance de ce type est difficilement envisageable dans le cas de la COMCO qui, potentiellement, couvre toutes les entreprises qui opèrent en Suisse. Les frais administratifs ne représentant qu'une petite partie des coûts, la Confédération devrait là aussi financer une grande partie du budget en versant des indemnités à l'autorité de la concurrence, même si cette dernière avait le statut d'établissement de droit public.

Il faudrait par ailleurs régler la question des sanctions prononcées : celles-ci devraient-elles alimenter les caisses de l'établissement ou celles de la Confédération ? Si elles alimentaient les caisses de l'établissement, cela pourrait avoir pour effet indésirable d'inciter celui-ci à prononcer des sanctions les plus élevées possible. Pour éviter cette incitation, il conviendrait de prévoir, également pour le statut d'établissement, que les revenus provenant des sanctions aillent dans les caisses fédérales. C'est du reste la règle qui avait été retenue dans le projet de loi sur l'autorité de la concurrence de 2012 (art. 11) : l'Autorité de la concurrence tient sa propre comptabilité et finance ses activités à l'aide des émoluments qu'elle collecte et des indemnités que lui verse la Confédération ; en contrepartie, les revenus provenant des amendes et sanctions reviennent à la Confédération.

Personnel : la question de l'engagement du personnel – selon le droit privé ou selon le droit public avec application de la loi sur le personnel de la Confédération – peut également être importante pour l'autonomie de l'organisation. Lors de la création de la FINMA, le choix du statut d'établissement de droit public a été justifié en grande partie par le fait que l'ancienne Commission des banques ne disposait pas d'une indépendance suffisante vis-à-vis de l'administration fédérale, notamment en matière de droit du personnel, ce qui empêchait tout alignement sur les salaires conformes au marché. C'est dans cet esprit que l'art. 13 LFINMA accorde une large autonomie à la FINMA dans le règlement des conditions d'engagement, sachant que l'art. 6a LPers (rémunération et autres conditions contractuelles convenues avec les cadres du plus haut niveau hiérarchique et les membres des organes dirigeants des entreprises et établissements de la Confédération) n'est applicable que par analogie. Cette règle vaut aussi pour d'autres établissements¹⁰⁰. L'ASR en revanche engage son personnel sur la base de rapports de droit privé, l'art. 6a LPers étant toutefois ici aussi applicable par analogie¹⁰¹. Il ne s'agit cependant pas d'une contrainte : le législateur est libre de régler les questions de droit du personnel comme il l'entend. Il serait envisageable d'accorder aux commissions fédérales une autonomie analogue dans le domaine du personnel. La question du personnel n'est donc pas impérativement liée au choix de la forme juridique.

Influence informelle : une commission fédérale composée de membres de milice garantit une certaine indépendance sur le plan institutionnel étant donné qu'en plus de leur activité en son sein, ses membres exercent une autre activité professionnelle. Par conséquent, ceux-ci sont possiblement moins sensibles aux influences informelles exercées par le département ou le Conseil fédéral que les personnes qui sont engagées auprès d'une autorité fédérale sur la base d'un contrat à durée indéterminée et envisagent d'effectuer leur carrière au sein de l'administration fédérale. Il en va de même pour les membres des organes dirigeants des établissements de droit public qui exercent leur fonction à titre accessoire.

⁹⁹ IFSN (art. 12 LIFSN) ; Swissmedic (art. 77, al. 2, let. a, et al. 2^{bis}, LPTh).

¹⁰⁰ Art. 9 LIFSN ; art. 75 LPTh.

¹⁰¹ Art. 33 LSR.

Conclusion intermédiaire : globalement, les différences entre les commissions fédérales et les établissements de droit public sont insignifiantes pour ce qui est de l'indépendance politique. Quelle que soit la forme juridique, le législateur est libre de fixer les règles qui lui semblent appropriées. L'un et l'autre modèles sont envisageables pour l'organisation des autorités de la concurrence (voir ch. 7.3).

19.5.3 Unité administrative indépendante sans personnalité juridique propre

La loi peut organiser les unités administratives indépendantes de sorte que leur indépendance soit garantie pour avoir une portée comparable à celle des commissions fédérales et des établissements de droit public. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, le Contrôle fédéral des finances et l'Autorité de surveillance indépendante des activités de renseignement pourraient servir d'exemple : une indépendance explicite en matière de directives est garantie à toutes ces autorités¹⁰². Ainsi, le Contrôle fédéral des finances est certes rattaché au DFF sur le plan administratif, mais il exerce une activité autonome et indépendante dans les limites des prescriptions légales. Il fixe chaque année son programme de révision qu'il communique à la Délégation des finances des Chambres fédérales et au Conseil fédéral¹⁰³. L'autorité de surveillance indépendante des activités de renseignement est quant à elle rattachée au DDPS sur le plan administratif ; cependant, elle exerce ses fonctions de manière indépendante et sans être liée par des instructions¹⁰⁴.

Les organes dirigeants de ces unités sont nommés par le Conseil fédéral¹⁰⁵, parfois avec l'approbation de l'Assemblée fédérale¹⁰⁶. Les unités disposent de leur propre budget¹⁰⁷. Elles engagent leur personnel et régissent dans un règlement intérieur leur organisation ainsi que leurs méthodes de travail.

On ne constate pas de différence fondamentale entre, d'une part, les unités administratives indépendantes sans personnalité juridique propre et, d'autre part, les commissions fédérales ou les établissements de droit public s'agissant de leur indépendance. Néanmoins, le modèle de l'unité administrative indépendante n'est pas retenu, en particulier en raison de la difficulté que représenterait sa mise en œuvre et de ses effets externes (sur le public et sur l'étranger).

19.6 Composition de la commission

Dans les modèles qui conservent essentiellement la structure actuelle d'une commission fédérale se pose la question de savoir s'il conviendrait d'en modifier l'organisation.

19.6.1 Situation actuelle et critiques

L'art. 18, al. 2, LCart dispose que la commission comprend entre 11 et 15 membres dont la majorité doivent être des experts indépendants. Les autres membres représentent des organisations d'intérêts : même si la loi ne le précise pas explicitement, ces représentations résultent de la genèse de la commission. La commission se compose actuellement de 12 membres, dont 5 représentent des groupements d'intérêts, à savoir economiesuisse, l'Union suisse des arts et métiers, l'Union suisse des paysans, des syndicats et des organisations de protection des consommateurs. Ses membres sont nommés par le Conseil fédéral.

¹⁰² Art. 26, al. 3 LPD ; art. 1, al. 2, LCF ; art. 77, al. 1, LRens.

¹⁰³ Art. 1, al. 2 et 3, LCF.

¹⁰⁴ Art. 77 LRens.

¹⁰⁵ Art. 76, al. 2, LRens.

¹⁰⁶ Art. 26, al. 1, LPD ; art. 2, al. 2, LCF.

¹⁰⁷ Art. 26, al. 4, LPD ; art. 2, al. 3, LCF ; art. 77, al. 2, LRens. Il est expressément prévu, concernant le Contrôle fédéral des finances, que le Conseil fédéral transmet son projet de budget annuel à l'Assemblée fédérale sans le modifier (art. 2, al. 3, LCF).

Les membres sont nommés par le Conseil fédéral. Les cinq organisations traditionnellement représentées soumettent une candidate ou un candidat que le Conseil fédéral nomme membre de la commission plutôt pour la forme.

Le poste est mis au concours pour les autres membres. Une commission de nomination sous la direction du secrétariat général du DEFR dans laquelle siège aussi la présidente de la COMCO mène la procédure de sélection à l'intention du chef du département, qui soumet une proposition au Conseil fédéral.

La commission est critiquée sur trois points : premièrement, parce que des représentants de groupements d'intérêts en font partie, deuxièmement parce qu'elle serait trop grande pour travailler efficacement et troisièmement parce que ses membres auraient un taux d'occupation trop faible pour être en mesure d'examiner les affaires avec la minutie requise.

19.6.2 Représentation d'intérêts

Le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) a constaté dans son évaluation concernant l'indépendance (voir ch. 7.3) (FF 2016 1586) :

« La présence de représentants d'associations au sein de l'organe dirigeant crée une situation particulière – en termes d'indépendance des membres de cet organe – que l'on retrouve, parmi les autorités étudiées, uniquement à la COMCO. Cette présence, voulue pour des raisons politiques, a pour but d'asseoir les connaissances matérielles de l'autorité. Les opinions des personnes interrogées – branche, COMCO, Confédération – divergent d'ailleurs quant à l'influence effective des représentants des associations sur l'indépendance de l'organe dirigeant. Si les règles de récusation sont appliquées correctement, les connaissances acquises dans le cadre des activités de la COMCO ne constituent pas un problème d'indépendance. »

Même l'OCDE a critiqué le fait que des représentants d'intérêts soient membres de la commission (voir ch. 6.3).

Lors des *auditions*, la représentation d'intérêts a été diversement appréciée. Un grand nombre de participants trouvent positif que des personnes ayant une expérience pratique de l'économie siègent à la commission. Par contre, la majorité d'entre eux critiquent la nomination de représentants de groupements d'intérêts, et ce pour deux raisons : ces derniers ne disposent pas impérativement d'une expérience pratique et de la compétence technique requise, d'une part, et il est aussi possible de garantir autrement que les exigences d'expérience et d'expertise soient remplies, d'autre part. La majeure partie des participants aux auditions ont jugé problématique que certains groupements d'intérêts aient en pratique le droit d'être représentés à la commission. Certains estiment cependant que la représentation de groupements d'intérêts est pertinente pour un examen équilibré ou une meilleure acceptation des décisions et ont signifié s'opposer à une suppression de la représentation d'intérêts. Selon eux, les membres « indépendants » réagissent parfois plus fortement à la pression politique de l'opinion publique que les représentants de groupements d'intérêts.

L'art. 30, al. 1, Cst. définit des exigences constitutionnelles strictes en matière d'impartialité et d'indépendance des tribunaux. Les autorités administratives sont soumises à des exigences moins élevées : en effet, l'art. 30, al. 1, Cst. et l'art. 6, ch. 1, CEDH ne s'appliquent pas aux autorités non judiciaires. En revanche, l'art. 29, al. 1, Cst. garantit à toute personne le droit à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable ; ce droit fondamental comprend le principe d'impartialité. Les exigences d'impartialité applicables aux tribunaux ne peuvent toutefois pas être transposées telles quelles aux procédures administratives. Ce sont justement les impondérables liés au système de la procédure interne à l'administration qui ont conduit à la création d'instances

judiciaires indépendantes¹⁰⁸. L'art. 22, al. 2, LCart précise aussi qu'en règle générale, un membre de la commission de la concurrence n'est pas réputé 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. La représentation d'associations à la commission ne peut pas en soi être considérée comme contraire à la Constitution.

Des représentants d'intérêts siègent souvent dans des *commissions consultatives* de la Confédération¹⁰⁹.

Des représentants d'intérêts ne siègent en général pas dans les *autres commissions fédérales*. La loi exige des experts indépendants et interdit le plus souvent une activité dans les domaines concernés. Il y a néanmoins des exceptions¹¹⁰.

En général, des représentants d'intérêts ne siègent pas non plus dans les *autres autorités étatiques*. La participation de représentants d'intérêts dans les autorités n'est toutefois pas totalement inconnue. Il y a ainsi des représentations d'intérêts dans les autorités suivantes : autorités de conciliation en procédure civile (art. 200 CPC), commissions tripartites (art. 360b CO), Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur et de droits voisins (art. 56 LDA), Commission administrative du Fonds de désaffectation et du Fonds de gestion pour les installations nucléaires (art. 81 LENu), Tribunal arbitral des assurances sociales (art. 89 LAMal, art. 57 LAA ; art. 27^{quinquies} LAI ; art. 27 LAM), Tribunal arbitral de la Commission fédérale de l'AVS/AI (art. 54, al. 3, LAVS), Commission des professions médicales (art. 49, al. 2, LPMéd), Conseil de la SUVA (art. 63, al. 1, LAA).

Or, dans ces domaines, la représentation paritaire garantit que les *deux positions d'intérêts opposés typiques de ces instances* sont représentées sur un pied d'égalité. En ce qui concerne le Fonds de désaffectation et le Fonds de gestion, il s'agit de définir les contributions que chaque propriétaire est tenu de verser et de décider de l'administration et de l'utilisation du capital cumulé. Ces deux aspects ne se retrouvent pas à la COMCO : il n'y a pas d'intérêts antagonistes spécifiques défendus par les représentants d'intérêts ; par conséquent, il n'y a pas non plus de représentation paritaire.

On peut citer comme arguments en faveur de la représentation d'associations :

- Les représentants d'associations disposent de connaissances et d'informations liées à la pratique, ce qui n'est pas forcément le cas des autres membres.
- La représentation d'associations peut améliorer l'acceptation des décisions de la COMCO, d'autant plus que les autorités représentées à la COMCO reflètent aussi peu ou prou les grands courants politiques et les tendances des politiques économiques en la matière.
- Même les membres « indépendants » de la COMCO peuvent avoir des conflits d'intérêts résultant par exemple de leur activité d'expert ou d'avocat.

La commission d'experts est néanmoins d'avis que des arguments de poids s'opposent à la représentation d'associations :

¹⁰⁸ ATF 140 I 326 consid. 5.2.

¹⁰⁹ Exemples : la Commission fédérale de la formation professionnelle se compose de membres représentant la Confédération, les cantons, les organisations du monde du travail et les milieux scientifiques (art. 69, al. 2, LFPP). La Commission fédérale du travail se compose de représentants des cantons, d'hommes de science et de représentants, en nombre égal, des associations d'employeurs et de travailleurs, ainsi que de représentants d'autres organisations (art. 43, al. 2, LTr). Les assurés, les associations économiques suisses, les institutions d'assurance, la Confédération et les cantons sont représentés, dans une proportion équitable, à la Commission fédérale de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (art. 73, al. 1, LAVS).

¹¹⁰ La commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle se compose de spécialistes indépendants et chacun des partenaires sociaux est représenté par un membre (art. 64, al. 1, LPP). La commission de coordination de la prévention des accidents et des maladies professionnelles comprend 3 représentants des assureurs, 8 représentants des organes d'exécution, 2 représentants des employeurs et 2 représentants des travailleurs (art. 85 LAA).

- La représentation d'associations ne peut s'expliquer que dans une perspective historique quand la commission des cartels ne prenait pas de décision contraignante. Une participation de représentants d'intérêts n'est cependant pas indiquée pour une autorité chargée d'appliquer le droit.
- Cette singularité en comparaison internationale peut entacher la réputation internationale de la COMCO.
- La participation de représentants d'intérêts peut donner l'impression que ces membres sont partiaux, même s'ils ne le sont pas dans les faits. Il serait également problématique que les membres concernés soient tentés de rendre une décision contraire aux intérêts des associations qu'ils représentent pour éviter de donner cette impression.
- Les membres de la commission ont accès à des secrets d'affaires en lien avec les cas particuliers sur lesquels ils doivent statuer. Cet accès peut susciter les craintes des intéressés que des secrets d'affaires dévoilés dans ce cadre soient divulgués à des concurrents.
- Il y a une inégalité de traitement entre les associations représentées à la COMCO et celles qui ne le sont pas.
- En tout cas, la pratique actuelle selon laquelle cinq associations déléguent pour ainsi dire une personne à la commission de la concurrence, cette personne étant ensuite nommée plutôt pour la forme par le Conseil fédéral, paraît très problématique. Si le système actuel de la représentation d'associations était conservé, il faudrait au moins changer la procédure de nomination pour que leurs représentants soient soumis aux mêmes exigences matérielles que les autres membres.

19.6.3 Taille de la commission

Lors des auditions, les participants ont souvent émis la critique que la commission serait trop grande, même ceux qui préfèrent en principe le système actuel.

Voici les critiques émises à l'encontre de la commission :

- Plus la commission compte de membres, plus le processus de décision en son sein se complexifie et s'allonge.
- Un nombre plus élevé de membres augmente le risque de dilution des responsabilités : il est possible que chacun des membres s'investisse moins s'il considère qu'il n'est qu'un membre parmi quatorze.

Les autres commissions fédérales se composent en général de 5 à 7 membres, sauf la commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle qui comprend de 7 à 9 membres et la Commission des OPA qui, bien qu'elle comporte 9 membres, statue toujours en collège de trois. La Commission arbitrale fédérale pour la gestion de droits d'auteur de droits voisins compte actuellement 22 membres en tout, à savoir une présidente, 4 membres assesseurs, 6 représentants des sociétés de gestion et 11 représentants des organisations d'utilisateurs. Elle rend ses décisions dans la composition de 5 personnes (Chambre arbitrale).

19.6.4 Taux d'occupation

Aujourd'hui, la présidente de la commission de la concurrence a un taux d'occupation de 50 %, la vice-présidente de l'ordre de 40 % et les autres membres d'environ 25 %¹¹¹.

Les anciens membres et les membres actuels de la commission entendus par la commission d'experts sont d'avis que ces taux d'occupation suffisent. D'autres participants à l'audition estiment en

¹¹¹ Acte d'institution du 16 novembre 2022, ch. 3 de l'annexe.

revanche qu'il conviendrait de relever le taux d'occupation des membres de la commission pour leur permettre d'étudier les dossiers plus en détail.

Il est évident que les membres de la commission ne peuvent pas avoir une connaissance aussi approfondie des dossiers que le personnel du secrétariat, qui instruit les affaires à examiner et rédige le projet de décision. On retrouve cependant cette différence de connaissance des dossiers dans toutes les commissions de milice. Celle-ci pourrait, le cas échéant, être progressivement comblée avec une augmentation du taux d'occupation, mais ne pourrait pas être totalement évitée de par le principe même de milice. Par contre, un taux d'occupation plus élevé pourrait avoir pour conséquence que des personnes appropriées ne se mettent pas à disposition parce qu'un taux trop élevé empiéterait sur leurs autres activités professionnelles.

19.7 Résultat intermédiaire

Concernant l'indépendance, il n'y a guère de différences majeures entre une commission fédérale et un établissement de droit public. Le degré d'indépendance souhaité peut en tout cas être défini dans une loi spéciale pour les deux modèles.

Le choix de la forme juridique dépend plutôt du choix du modèle de base :

- Les modèles d'autorité administrative réellement ou partiellement à deux niveaux impliquent un dualisme entre autorité d'instruction et autorité de décision. Il serait donc logique de conserver la structure actuelle qui, avec un secrétariat et une commission, comporte déjà un dualisme de ce genre.
- Le modèle d'autorité administrative à un niveau et le modèle du tribunal ne connaissent pas de dualisme institutionnel entre autorité d'instruction et autorité de décision au sein de l'autorité de la concurrence. Le sens d'une commission spéciale n'est ici pas évident, si bien qu'une autorité unique s'impose plutôt. Les autorités de régulation organisées en la forme d'un établissement de droit public ne connaissent en principe pas une telle séparation. Dans certains modèles étrangers, l'autorité présente un dualisme entre organe d'instruction et organe de décision malgré la forme juridique de l'autorité unique (voir chap. 13). Ce dualisme interne serait en principe aussi possible dans le cadre d'un établissement ou d'une unité administrative.

Les experts de la commission sont d'avis que des motifs prépondérants, notamment des raisons relevant de l'état de droit, plaident en faveur d'une commission composée exclusivement d'experts indépendants. La réduction de la taille de la commission s'impose en outre pour des raisons d'efficience et à cause du risque de déresponsabilisation. Dans une commission plus petite, la représentation de groupements d'intérêts au sens actuel ne serait de toute façon plus possible : dans une commission de 5 ou 7 membres, au maximum 2 ou 3 pourraient représenter des intérêts, ce qui signifierait que toutes les organisations représentées aujourd'hui ne pourraient plus l'être. Il ne serait plus non plus possible d'assurer une représentation politique équilibrée.

Il est néanmoins important que, même dans une commission plus petite, tant l'expertise juridique et l'expertise économique que l'expérience pratique et la perspective scientifique soient représentées en son sein. Il est donc prévu d'assurer cette expertise par voie de nomination ordinaire (mise au concours, choix des candidats par la commission de sélection, nomination par le Conseil fédéral).

20 Actions civiles en droit des cartels

Les procédures civiles en droit des cartels jouent un rôle mineur dans la pratique actuelle. Le nombre relativement restreint d'affaires portées devant le tribunal concerne des demandes de mesures provisionnelles et des demandes en dommages-intérêts.

Les personnes entendues par la commission d'experts attribuent la moindre importance de la juridiction civile en droit des cartels au risque financier de la procédure civile, d'une part, et à la difficulté d'établir une restriction illicite de la concurrence dans le cadre d'une procédure civile, d'autre part. L'appréciation par les experts de la COMCO (art. 15, al. 1, LCart) porte sur le caractère licite ou non d'une restriction à la concurrence, la difficulté dans les procédures civiles résidant toutefois le plus souvent dans l'établissement des faits, notamment dans la détermination du dommage.

Les avocats et les milieux économiques entendus jugent néanmoins que la qualité du travail effectué par les tribunaux civils cantonaux des cartels est bonne. Ils n'ont pas formulé de critiques envers la procédure civile, même si certains considèrent qu'il peut être judicieux d'instaurer un unique tribunal civil fédéral des cartels sur le modèle du Tribunal fédéral des brevets.

Les personnes entendues estiment que le renforcement du droit civil des cartels envisagé dans la réforme de la LCart ne réglera guère les problèmes fondamentaux de la procédure civile en droit des cartels, sous réserve de la réglementation de la prescription. Cette révision pourrait cependant être l'occasion de centraliser les affaires civiles relevant du droit des cartels en première instance auprès d'un tribunal fédéral de première instance.

Une solution de ce genre supposerait *de facto* l'instauration d'un tribunal spécial de la concurrence, étant donné que le Tribunal administratif fédéral n'est pas conçu pour mener des procédures civiles et que la Confédération n'est pas dotée d'un autre tribunal civil de première instance, à l'exception du Tribunal fédéral des brevets. Il serait dès lors approprié que ce tribunal de la concurrence soit non seulement compétent pour les actions civiles, mais aussi pour les affaires de cartels relevant du droit administratif, peu importe qu'il statue en première instance (modèle du tribunal) ou en tant qu'instance de recours (modèle d'autorité administrative). Ce tribunal de la concurrence ressemblerait alors au Tribunal fédéral des brevets si ce dernier devient aussi compétent pour les litiges administratifs en matière de droit des brevets comme prévu actuellement¹¹². Il serait judicieux qu'il se compose alors de deux cours, une de droit civil et une de droit administratif.

L'examen en première instance d'actions civiles par un tribunal fédéral est certes contraire au système. L'art. 122, al. 2, Cst. précise que l'administration de la justice en matière de droit civil est du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi. Le droit en vigueur prévoit seulement l'examen en première instance d'actions civiles par un tribunal fédéral (à l'exception des contestations de droit civil entre Confédération et cantons ou entre cantons que le Tribunal fédéral connaît par voie d'action, art. 120, al. 1, let. b, LTF) dans le droit des brevets pour lequel un Tribunal fédéral des brevets a été instauré à cette fin. Le faible nombre de procès relevant du droit des brevets et par conséquent le manque d'expérience et de connaissances matérielles des tribunaux cantonaux dans ce domaine du droit ont joué un rôle décisif dans la création du Tribunal fédéral des brevets¹¹³.

La même réflexion peut aussi s'appliquer au droit des cartels : là aussi, les affaires sont relativement rares et c'est un domaine très spécialisé qui requiert des connaissances approfondies.

De plus, dans le droit des cartels, les critères de droit matériel servant à l'appréciation du caractère licite ou non d'une restriction à la concurrence (art. 5 à 7 LCart) sont identiques en droit civil et en droit administratif. La voie civile et la voie administrative sont tout simplement deux instruments différents pour appliquer le droit matériel en la matière (voir ch. 8.2.11). Un tribunal à la fois de droit administratif des cartels et de droit civil des cartels pourrait instaurer une pratique uniforme quant au caractère licite ou non d'une restriction à la concurrence et ainsi assurer la sécurité juridique.

Cette solution nécessiterait de délimiter les compétences de ce tribunal par rapport aux autres juridictions civiles. En effet, des infractions à la loi sur les cartels pourraient aussi être invoquées dans d'autres actions civiles que celles portant exclusivement sur le droit des cartels. Il convient cependant de légiférer pour inscrire cette délimitation dans la loi et ainsi distinguer si la juridiction est compétente pour statuer en instance cantonale unique (art. 5, al. 1, let. b, CPC). La délimitation par rapport à la compétence du tribunal civil fédéral des cartels devrait s'effectuer sur cette base. Comme pour la compétence du Tribunal fédéral des brevets (art. 26 LTFB), il serait possible de légiférer pour que le tribunal de la concurrence ait la compétence exclusive pour les litiges relevant du droit des cartels au

¹¹² Message du 16 novembre 2022 relatif à la révision de la loi sur les brevets (FF 2023 7), Objet 22.078, actuellement à la commission du Conseil des États.

¹¹³ Message concernant la loi sur le Tribunal fédéral des brevets, FF 2008 373, 380.

sens de l'art. 5, al. 1, let. b, CPC et la compétence optionnelle pour d'autres actions civiles ayant un lien matériel avec le droit des cartels.

La pratique montre cependant que la plupart des actions civiles sont intentées pour faire valoir des prétentions en dommages-intérêts dans les cas où l'illicéité d'une entrave à la concurrence a déjà été établie par la voie administrative. L'examen par le tribunal porte alors moins sur l'illicéité de l'entrave à la concurrence que sur le lien de causalité avec le dommage et le montant de ce dernier. On pourrait aussi simplifier la procédure civile en liant légalement le tribunal civil aux faits définitivement établis par les autorités administratives ou en demandant à la COMCO d'établir aussi les faits dans son avis au sens de l'art. 15, ce qui constituerait toutefois une dérogation aux maximes de la procédure civile.

En pratique, les tribunaux civils examinent le plus souvent la question de l'illicéité de restrictions à la concurrence en cas de demande de mesures provisionnelles. La pratique veut que l'on ne fasse ici pas appel à la COMCO en vertu de l'art. 15 LCart, mais que le secrétariat puisse conseiller les tribunaux (art. 23, al. 2, LCart).

Résultat intermédiaire : la commission d'experts estime qu'il n'est pas nécessaire pour de seules raisons de procédure civile de créer un tribunal fédéral spécial de la concurrence qui serait compétent pour trancher en première instance les actions civiles en droit des cartels. Légiférer en ce sens pourrait cependant s'imposer si un tribunal spécial de la concurrence était de toute façon créé, ce qui serait préférable si le modèle du tribunal est retenu (voir ch. 18.4).

21 Organisation concrète et évaluation des modèles

21.1 Démarche

Pour terminer, la commission d'experts propose des modèles concrets sur la base des différents paramètres (voir chap. 15 et chap. 17 à 19). Elle présentera d'abord l'organisation possible de chaque modèle. Elle les évaluera ensuite à la lumière des critères d'évaluation (chap. 16), à savoir l'efficacité, l'efficience, la conformité avec l'état de droit, les conflits d'objectifs, les difficultés de mise en œuvre et la cohérence du système.

Le point de départ est le statu quo. La commission examinera en outre les modèles suivants :

- statu quo optimisé ;
- modèle d'autorité administrative à deux niveaux : séparation stricte entre le secrétariat et la commission ;
- modèle d'autorité administrative à un niveau sous la forme d'un établissement de droit public ;
- modèle du tribunal avec une autorité de la concurrence en la forme d'un établissement de droit public et un tribunal spécial de la concurrence.

La commission propose en outre des réformes du Tribunal administratif fédéral dans tous les modèles. La centralisation de la justice civile en droit des cartels est une variante du modèle du tribunal.

La commission d'experts ne poursuit pas l'examen des modèles suivants :

- modèle du tribunal avec le Tribunal administratif fédéral en tant qu'autorité qui décide en première instance (voir ch. 18.4.1) ;
- modèle avec un tribunal spécial de la concurrence en tant qu'instance de recours au lieu du Tribunal administratif fédéral (voir ch. 18.5.2) ou seulement dans le but de centraliser les actions civiles en droit des cartels (voir chap. 20) ;
- modèle dans lequel l'autorité de la concurrence serait organisée en tant qu'organisation extérieure à l'administration (à l'image du Ministère public de la Confédération) (voir ch. 19.5.1) ;

- modèle avec une autorité de la concurrence en la forme d'une unité administrative autonome sans personnalité juridique propre (voir ch. 19.5.3).

21.2 Statu quo

21.2.1 Cadre légal

La loi actuelle n'est pas modifiée.

21.2.2 Évaluation

Efficacité : dans l'ensemble, la commission d'experts estime que la qualité du travail de l'autorité de la concurrence peut être considérée comme bonne. Le taux de réussite de la COMCO devant les tribunaux est élevé (voir ch. 17.5.2). Tant le secrétariat que la commission considèrent le dualisme entre eux comme un instrument permettant d'augmenter la qualité. Il va de soi que les membres de la commission exerçant cette activité à titre accessoire ne peuvent certes pas connaître l'affaire de manière aussi détaillée que les collaborateurs du secrétariat qui l'ont instruite ; mais le soutien de ces derniers leur permet néanmoins d'acquérir les connaissances nécessaires. Avec leur regard extérieur critique, ils peuvent en outre apporter une plus-value à la décision. Ce regard extérieur est aussi considéré comme un élément de « contrôles et contrepoids » (le « checks and balances » anglo-saxon). La commission de la concurrence est d'avis que cette plus-value justifie les charges supplémentaires. Il est certes rare que la commission change complètement le résultat du projet de décision proposé par le secrétariat, mais elle conduit parfois à un réexamen approfondi de certains aspects. D'autres participants à l'audition se montrent plus critiques : ils ne pensent pas que la commission apporte une réelle plus-value. En effet, selon eux, elle ne fait qu'accepter la majorité des projets du secrétariat et se montre trop peu critique envers ce dernier. La commission d'experts est convaincue qu'il existe un risque de « biais de confirmation » (en français dans le texte).

La COMCO serait en principe aussi apte à assumer les tâches dans le domaine de la surveillance des aides d'État et à édicter des recommandations en la matière. La loi en vigueur ne prévoit cependant pas de voie permettant à la COMCO d'aller devant un tribunal quand sa recommandation n'est pas suivie. Une telle voie devrait être créée, le cas échéant.

Efficience : un grand inconvénient du modèle en vigueur à prendre en considération est la durée de la procédure, qui est en particulier trop longue devant le Tribunal administratif fédéral (voir ch. 18.2).

Déjà même à la COMCO, la procédure actuelle avec la division entre secrétariat et commission rallonge certainement la procédure : la commission (à l'exception de la présidence) est seulement saisie quand le secrétariat estime que l'instruction est terminée et qu'il a rédigé un projet de décision complet, les parties ayant en général déjà été entendues au stade de l'instruction. Ce n'est que sur la base de ce projet que la commission délibère, dans une procédure en plusieurs étapes, d'abord sur l'entrée en matière, ensuite sur l'administration d'éventuelles nouvelles preuves, le cas échéant avec renvoi au secrétariat et, enfin, sur le projet lui-même après une nouvelle audition des parties. Selon les données fournies par la COMCO, la procédure devant la commission dure normalement environ trois mois de la transmission du projet de décision à la commission à la décision motivée. Toutefois, dans des cas extrêmes, ce délai peut s'étendre jusqu'à un an. La durée de la procédure devant la COMCO est acceptable en comparaison internationale.

Finances : la COMCO, y compris le secrétariat, est financée dans le cadre du budget ordinaire de la Confédération. Les charges se composent notamment des charges de personnel ainsi que des charges de biens et services, auxquelles s'ajoutent les dépens alloués aux parties qui obtiennent gain de cause dans les procédures judiciaires. Selon le compte d'État de la Confédération pour l'année 2022, les charges des autorités de la concurrence s'élèvent à 15,8 millions de francs, dont presque 80 % (12,6 millions) pour les charges de personnel, y compris les indemnités versées aux

membres de la commission (environ 0,9 million). Le dualisme engendre aussi une charge supplémentaire difficile à estimer pour le secrétariat.

En plus des charges de la COMCO, il faut aussi compter les charges des tribunaux. La Cour II du Tribunal administratif fédéral estime qu'environ la moitié de ses charges sont imputables aux procédures en droit des cartels. Les charges totales du Tribunal administratif fédéral se montent à quelque 87 millions de francs par an, desquels il faut déduire les revenus provenant des émoluments judiciaires de près de 6 millions¹¹⁴. Si l'on part de l'hypothèse que les charges se répartissent plus ou moins à parts égales entre les six Cours, on obtient une estimation des charges de l'ordre de 6 millions pour l'examen du droit des cartels par le Tribunal administratif fédéral.

Conformité avec l'état de droit : comme exposé au chap. 17, le modèle actuel remplit les exigences constitutionnelles et conventionnelles et le Tribunal administratif fédéral exerce son devoir d'examen. Un malaise subsiste néanmoins chez un certain nombre de personnes entendues. Elles pointent qu'il est certes formellement possible d'exercer le droit d'être entendu devant les autorités de la concurrence, mais que les arguments avancés ne sont guère examinés dans les faits. En outre, elles considèrent que la commission est trop fortement liée au secrétariat. Le fait qu'un membre de la présidence de la commission approuve l'ouverture d'une enquête et les décisions de procédure (art. 23, al. 1 et art. 27 LCart) et qu'il ordonne les perquisitions et les saisies (art. 42, al. 2, LCart) peut donner l'impression aux intéressés que la présidence se prononce déjà à ce stade. D'aucuns estiment que l'audition devant la commission est une farce qui n'influence plus le résultat. Le modèle actuel donne en outre l'impression que malgré la durée souvent très longue de la procédure, le Tribunal administratif fédéral ne procède pas lui-même à l'établissement des faits, mais qu'il se fonde dans une large mesure sur les faits établis par la COMCO. La commission d'experts est d'avis qu'il faut prendre ces réserves au sérieux.

Indépendance : la commission d'experts trouve que la COMCO est suffisamment indépendante du politique. Les possibilités d'influence des milieux politiques prévues par la loi sont soit constitutionnelles, soit non problématiques (voir ch. 19.4). En revanche, on peut remettre en question l'indépendance de la commission de la concurrence envers les groupements d'intérêts (voir ch. 19.6.2).

Conflits d'objectifs : la taille et la composition de la commission (avec notamment les représentants des groupements d'intérêts) visent à garantir un point de vue aussi équilibré que possible et mieux accueilli, mais peuvent aussi nuire à la capacité de trancher de la commission et donner une impression de partialité.

On peut considérer la participation de la présidence à l'ouverture de la procédure, aux décisions de procédure ainsi qu'aux perquisitions et aux saisies comme un élément interne de contrôles et de contrepoids du secrétariat, mais cela peut aussi donner l'impression que la présidence s'est déjà fait son idée sur le fond (« biais de confirmation »).

Difficultés de mise en œuvre : aucune

Cohérence du système : le modèle actuel correspond fondamentalement à celui des autres commissions fédérales. En comparaison, le secrétariat de la COMCO occupe néanmoins une position privilégiée. Il a même parfois été dit que le secrétariat et la commission sont deux autorités différentes, ce qui n'a apparemment jamais été avancé pour les autres commissions fédérales.

Dans l'ensemble, le système actuel répond aux exigences de l'état de droit et aboutit en général à des décisions de qualité. Il devrait néanmoins être amélioré sur certains points, notamment en ce

¹¹⁴ Rapport de gestion 2022, p. 66.

qui concerne la composition de la commission, la durée de la procédure et le contrôle effectif du secrétariat par la commission et par le Tribunal administratif fédéral.

21.3 Statu quo optimisé

21.3.1 Cadre légal

L'organisation existante avec la commission et le secrétariat est reprise avec de légères modifications :

- La commission voit sa taille réduite et est professionnalisée :
 - Elle compte 5 ou 7 membres (éventuellement 9).
 - Le cas échéant, les membres de la commission ont un taux d'occupation plus élevé.
 - Des organisations d'intérêts ne sont plus représentées.
 - Les membres de la commission sont sélectionnés sur la base de profils d'exigences pour qu'elle dispose de compétences économiques et juridiques ainsi que de perspectives scientifiques et pratiques.
- La commission a la compétence de définir de manière générale les priorités stratégiques de l'activité.
- Les possibilités de participation d'un membre de la présidence à l'instruction sont supprimées (modification en ce sens des art. 23, 27 et 42 LCart).
- La révision en cours de la LCart prévoit déjà la possibilité de recourir au Tribunal pénal fédéral contre les perquisitions et les saisies, ce qui fait que l'approbation actuelle par la commission paraît inutile.
- Une séparation stricte entre l'instruction et la décision signifierait que le secrétariat aurait aussi la compétence d'ordonner des mesures provisionnelles, étant donné que celles-ci sont prises dans le cadre de la procédure et que leurs effets cessent au terme de celle-ci. Dans les faits, les mesures provisionnelles ont cependant une grande portée puisqu'elles créent souvent des faits accomplis. Ce constat plaide pour laisser à la commission la compétence d'ordonner des mesures provisionnelles, même si le problème du « biais de confirmation » se pose ici également.
- Une communication des griefs (*statement of objection*) est introduite afin que les parties puissent s'exprimer sur les griefs reprochés à un stade plus précoce de la procédure (avant la finalisation d'un projet complet de décision par le secrétariat) et que leur position puisse être prise en considération.
- Une personne chargée de la procédure rattachée à la commission est nommée par le Conseil fédéral et examine pour la commission si les garanties prévues par l'état de droit ont été respectées pendant la procédure, à l'instar du conseiller-auditeur (*hearing officer*) de l'Union européenne.
- Éventuellement, la commission est renforcée par certains de ses propres collaborateurs.
- Des dispositions transitoires sont édictées pour la modification de la composition de la commission au terme du mandat actuel.
- Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral est réformé (voir ch. 21.8).

21.3.2 Évaluation

Efficacité : avec la réduction de la taille et la professionnalisation de la commission, on s'attend à ce qu'elle soit en mesure d'examiner les projets de décision proposés par le secrétariat d'un œil plus critique. La majorité des membres de la commission entendus par la commission d'experts estiment toutefois que les taux d'occupation actuels suffisent. Il est évident que les membres de la commission ne peuvent pas avoir dans chaque cas, même avec un taux d'occupation plus élevé, une connaissance aussi approfondie des dossiers que les spécialistes du secrétariat qui instruisent les affaires et qui rédigent les projets de décision. On retrouve cependant cette différence de connaissance des dossiers dans toutes les commissions de milice. Le cas échéant, elle pourrait être progressivement comblée par une augmentation du taux d'occupation, mais ne pourrait pas être totalement évitée de par le principe même de milice. Par contre, un taux d'occupation plus élevé

pourrait avoir amener des personnes appropriées à renoncer de faire acte de candidature parce qu'un taux trop élevé empiéterait sur leurs autres activités professionnelles.

Efficience : la réduction de la taille de la commission permettrait peut-être de réduire quelque peu la durée de la procédure devant la commission. Il faut cependant plutôt ne pas s'attendre à un raccourcissement important de la procédure.

Finances : la réduction de la taille de la commission entraîne une diminution des indemnités versées à ses membres qui serait compensée, voire surcompensée selon l'augmentation du taux d'occupation.

Conformité avec l'état de droit/indépendance : la représentation de groupements d'intérêts au sein d'une autorité chargée d'appliquer le droit, qui est perçue comme problématique, est supprimée. Pour le reste, comme pour le statu quo (voir ch. 21.2.2).

Conflits d'objectifs : les conflits d'objectifs mentionnés en cas de statu quo sont largement résolus.

Difficultés de mise en œuvre : les membres de la commission actuelle sont nommés pour un mandat allant de 2020 à 2023. Le nouveau mandat durerait de 2024 à 2027. La réduction de la taille de la commission supposerait que cette modification entre seulement en vigueur début 2028 ou qu'une réserve soit émise lors de la décision de nomination pour la période 2024-2027 selon laquelle le mandat prendra fin avec l'entrée en vigueur de la modification de la loi. Autrement, pas de difficultés particulières de mise en œuvre.

Cohérence du système : avec la réduction de la taille et la professionnalisation de la commission, la COMCO ressemblerait aux autres commissions fédérales.

Dans l'ensemble, les modifications proposées, associées aux réformes du Tribunal administratif fédéral (voir ch. 21.8), permettent de supprimer les principaux problèmes résultant du système actuel. Elles n'engendrent pas ou peu de coûts supplémentaires et sont faciles à mettre en œuvre.

21.4 Modèle d'autorité administrative à deux niveaux

21.4.1 Cadre légal

Il y a une séparation claire entre l'autorité qui instruit et l'autorité qui statue. Il est en principe possible de conserver la structure actuelle comprenant un secrétariat (autorité d'instruction) et une commission (autorité de décision). Dans ce cas, il serait pertinent de renommer le secrétariat pour ne pas donner l'impression qu'il s'agit seulement d'un organe auxiliaire de la commission.

Dans le détail :

- La commission voit sa taille réduite et est professionnalisée comme dans le modèle du statu quo optimisé.
- Les deux autorités ont une organisation et un fonctionnement distincts.
- Ce n'est plus la commission qui désigne le personnel du secrétariat (art. 24, al. 1, LCart), mais la direction du secrétariat.
- En cas de sanctions, le secrétariat mène l'instruction indépendamment de la commission. Les droits actuels de participation de la présidence sont abrogés. La révision en cours de la LCart prévoit déjà la possibilité de recourir au Tribunal pénal fédéral contre les perquisitions et les saisies, ce qui fait que l'approbation actuelle par la commission paraît inutile.
- Au terme de l'instruction, le secrétariat soumet un projet de décision (une requête) à la commission.
- Dans la procédure décisionnelle devant la commission, le secrétariat et les parties sont des parties à la procédure disposant des mêmes droits. En soumettant une requête à la commission,

le secrétariat deviendrait ainsi *de facto* partie, à l'image du ministère public dans la procédure pénale.

- Les échanges d'écritures devant la commission sont réglementés.
- La commission dispose de son propre personnel qui rédige la décision définitive à la place des collaborateurs du secrétariat en se fondant sur les résultats des délibérations.
- La commission décide elle-même (en suivant ou non le projet de décision proposé) ou renvoie l'affaire au secrétariat pour de nouvelles investigations. Il semble peu judicieux que la commission prenne elle-même des mesures d'instruction, étant donné que les investigations requièrent des ressources humaines en conséquence.
- Il est possible de recourir contre les décisions de l'autorité de la concurrence auprès du Tribunal administratif fédéral, puis auprès du Tribunal fédéral.
- Des dispositions transitoires sont édictées pour les procédures pendantes.

Cette procédure s'appliquerait à tout le moins aux procédures de sanction, mais aussi à juste titre à toute autre procédure relative à la restriction illicite de la concurrence (art. 5 à 7 LCart), quand bien même la commission ne prononce aucune sanction et n'ordonne que des mesures à prendre (art. 30 LCart), comme l'approbation des accords à l'amiable et logiquement aussi les mesures provisionnelles.

En ce qui concerne le contrôle des concentrations, cette procédure devrait aussi s'appliquer aux cas dans lesquels la commission interdit la concentration ou l'autorise moyennant des charges (art. 10, al. 2, LCart). Il resterait cependant à déterminer si la décision de procéder à un examen de l'opération de concentration (art. 32, al. 1, LCart) reste de la compétence de la commission ou si elle peut être déléguée au secrétariat.

Il conviendrait également de déterminer si d'autres décisions (p. ex. relatives à la consultation des dossiers, aux publications) pourraient être déléguées au secrétariat : il serait alors possible de recourir directement contre la décision du secrétariat auprès du Tribunal administratif fédéral.

De même, il y aurait lieu de définir si les autres tâches de la COMCO (prises de position, avis, consultations, etc., voir ch. 8.2.8) doivent relever de la compétence du secrétariat.

21.4.2 Évaluation

Efficacité : le modèle entraîne une certaine duplication du travail du secrétariat. La commission devrait disposer de son propre personnel (« greffiers de la commission ») qui rédigerait la décision en examinant les projets proposés par le secrétariat. Si la séparation entre l'instance d'instruction et l'instance de décision est prise au sérieux, ces greffiers de la commission n'ont de loin pas la même connaissance du dossier que les collaborateurs du secrétariat, en tout cas au début de la rédaction de la décision. Soit ils devraient se familiariser avec le dossier en y consacrant les mêmes efforts, ce qui engendrerait des charges supplémentaires correspondantes, soit ils prendraient quand même contact de manière informelle avec les collaborateurs du secrétariat, ce qui contournerait à nouveau la séparation visée.

Le modèle prônant une séparation plus rigoureuse entre le secrétariat et la commission avait également été examiné et rejeté dans le message de 2012¹¹⁵. La commission d'experts estime que cette évaluation reste plausible. Il convient cependant de relever qu'une séparation de ce genre existe dans plusieurs pays (en France, en Espagne et en Italie) et qu'elle y donne manifestement satisfaction.

Efficience : en comparaison de la situation actuelle, le modèle engendre, s'il est mis en œuvre de manière rigoureuse, une augmentation considérable des charges financières (infrastructures,

¹¹⁵ FF 2012 3650

informatique, etc.) et de la durée de la procédure : après la requête émanant de l'autorité d'instruction, l'autorité de décision doit reprendre les faits depuis le début et, le cas échéant, procéder à des échanges d'écritures, administrer les preuves et entendre les parties. Comme elle ne peut pas faire appel aux ressources de l'autorité d'instruction, elle a besoin de son propre personnel indépendant du secrétariat pour rédiger la décision. Tout comme les membres de la commission, ce personnel devrait se familiariser avec les affaires, ce qui représente une charge supplémentaire. La commission mènerait une procédure contradictoire comme le ferait un tribunal pénal, ce qui augmenterait les coûts et la durée de la procédure. Il est difficile d'estimer les travaux et le temps supplémentaires. Le surcroît de travail et le surcoût dépendent aussi de la question de savoir dans quelle mesure, le cas échéant, la commission procède elle-même à l'administration des preuves et à l'établissement des faits. Si c'est largement le cas, le travail du secrétariat est plus ou moins dupliqué.

La possibilité de recourir contre la décision de la COMCO auprès de deux instances (Tribunal administratif fédéral, puis Tribunal fédéral) prolonge la durée totale de la procédure, à moins que les réformes du Tribunal administratif fédéral n'accélèrent ses procédures.

Finances : le modèle requiert que la commission dispose de son propre personnel qui accompagne les débats et qui rédige la décision. La commission doit en outre être dotée de ses propres infrastructures. Toutes ces exigences engendrent des coûts supplémentaires.

Conformité avec l'état de droit : la séparation entre l'instruction et la décision est mieux respectée que dans le modèle actuel, critiqué à maints égards pour son absence de séparation. La question se pose toutefois de savoir si cette séparation fonctionne dans la pratique. Il avait été admis dans le message de 2012 qu'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 (« muraille de Chine »)¹¹⁶. Pour cette raison, le Conseil fédéral avait alors proposé la solution du tribunal.

Conflits d'objectifs : plus la séparation est rigoureuse, plus l'autorité aura besoin de temps pour accomplir ses tâches.

Difficultés de mise en œuvre : des modifications législatives sont nécessaires. Le mandat des membres de la commission est de même durée que dans le modèle du statu quo optimisé (voir ch. 21.3.2). Par ailleurs, des procédures distinctes s'appliqueraient pendant la période transitoire. La commission devrait se constituer une pratique, ce qui, d'expérience, générera pendant un certain temps de l'insécurité juridique à la fois pour les autorités et pour les parties.

Cohérence du système : comme les autres commissions fédérales, notamment les autres autorités administratives, ne connaissent pas de séparation institutionnelle entre l'instruction et la décision, une séparation de ces deux fonctions soulèverait la question de savoir si une séparation de ce genre devrait aussi être introduite dans d'autres domaines.

Dans l'ensemble, ce modèle améliorerait vraisemblablement la qualité des décisions, les contrôles et les contrepoids au sein de l'autorité et la position des parties dans la procédure, mais rallongerait celle-ci. Il engendrerait en outre des coûts supplémentaires et des difficultés de mise en œuvre. La plus-value est faible.

¹¹⁶ FF 2012 3651

21.5 Modèle d'autorité administrative à un niveau

21.5.1 Cadre légal

L'autorité de la concurrence est constituée en la forme d'un établissement de droit public. Elle se compose d'un conseil d'administration dont les membres sont nommés par le Conseil fédéral (conseil de l'autorité de la concurrence), d'une direction nommée par le conseil d'administration (le cas échéant, par le Conseil fédéral), de collaborateurs nommés par la direction et d'un organe de révision. L'établissement tient sa propre comptabilité et peut édicter son propre règlement du personnel. Le conseil d'administration est compétent pour les questions stratégiques. La direction rend les décisions, qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral, puis devant le Tribunal fédéral.

Détails des modifications législatives :

- Les dispositions sur la commission de la concurrence sont abrogées dans la LCart.
- Une loi sur l'autorité de la concurrence est édictée (comme proposé dans le message de 2012 et dans le projet de loi).
- Des règles sont établies pour la transformation du secrétariat en un établissement.
- Des dispositions transitoires sont édictées pour les procédures en cours.

21.5.2 Évaluation

Efficacité : le dualisme entre secrétariat et commission parfois ressenti comme un élément d'assurance qualité dans la prise de décision est supprimé. Il serait toutefois aussi envisageable d'intégrer des éléments d'assurance qualité au sein d'un établissement unique. Il serait par exemple aussi possible d'instaurer une commission de milice consultative comme organe de l'établissement afin de continuer à bénéficier d'une expertise externe et de prendre le recul critique nécessaire.

Efficience : les procédures devant l'autorité de la concurrence devraient tendre à se raccourcir en raison de la suppression de la procédure devant la commission. Les personnes officiellement compétentes pour rendre la décision ne sont certes pas forcément les mêmes que celles qui procèdent aux différents actes d'instruction, mais elles sont en général leurs supérieurs hiérarchiques. Déjà lors de la procédure d'instruction, elles peuvent se familiariser avec les faits, mener des entretiens intermédiaires avec les personnes qui instruisent ou leur donner des instructions. Lorsqu'un projet de décision leur est soumis, elles connaissent en général déjà bien le dossier et peuvent se prononcer rapidement.

Finances : le personnel de l'actuel secrétariat pourrait être transféré dans le nouvel établissement sans incidence sur les coûts. Les indemnités versées aux membres de la commission sont supprimées. En revanche, les membres du conseil d'administration doivent être rémunérés. Un organe de révision particulier est en outre nécessaire. Dans l'ensemble, l'organisation serait probablement plus ou moins neutre en ce qui concerne les coûts par rapport à l'état actuel. Le Conseil fédéral était aussi parti de cette hypothèse dans le message de 2012¹¹⁷.

L'autorité de la concurrence tiendrait sa propre comptabilité. En revanche, contrairement à la FINMA par exemple, l'autorité de la concurrence ne pourrait pas se financer. En effet, les émoluments ne couvrent qu'une infime partie des dépenses, des taxes de surveillance n'entrent pas en considération et les revenus provenant des sanctions devraient alimenter la caisse fédérale générale pour ne pas créer d'incitation problématique à prononcer des sanctions les plus élevées possibles (voir ch. 19.5.2). La différence entre les revenus provenant des émoluments et les charges devrait être comblée par des indemnités de la Confédération financées par la voie budgétaire ordinaire.

¹¹⁷ FF 2012 3704

Conformité avec l'état de droit : il n'y a pas de séparation structurelle entre l'instruction et la décision, ce qui irait à l'encontre du postulat exprimé à maintes reprises. Cependant, on peut aussi considérer à juste titre qu'il est bénéfique à l'état de droit que le droit d'être entendu puisse être exercé devant des personnes qui suivent l'ensemble de la procédure jusqu'à la décision (voir ch. 13.2.1). Dans le cadre des efforts de révision déployés en 2008-2014 (voir ch. 8.1), le groupe d'évaluation était notamment arrivé à la conclusion qu'une séparation perçue comme floue entre le secrétariat et la commission est problématique et qu'une séparation plus nette ou une fusion des deux autorités était préférable. Il privilégiait la dernière option¹¹⁸. Les discussions sur la répartition des tâches entre le secrétariat et la commission n'ont dès lors plus lieu d'être. Un inconvénient serait que les accords à l'amiable ne soient plus contrôlés, ce qui pourrait inciter l'autorité à faire pression sur les parties pour qu'elles parviennent à un accord.

Quant à l'*indépendance* vis-à-vis du monde politique, ce modèle ne présente pas d'avantages substantiels par rapport à la structure actuelle. Il en va de même en ce qui concerne l'*indépendance budgétaire*, étant donné que l'autorité de la concurrence serait, malgré sa propre comptabilité, tributaire des indemnités octroyées par la Confédération dans le cadre du processus budgétaire ordinaire.

Difficultés de mise en œuvre : la transformation du secrétariat existant en un établissement de droit public est pour l'essentiel uniquement une modification de la forme juridique. L'établissement peut reprendre l'organisation et le personnel du secrétariat. Certains travaux d'adaptation sont cependant nécessaires (édiction d'une loi sur l'autorité de la concurrence, désignation du conseil d'administration, édition d'un règlement interne et d'un règlement du personnel, contrat d'affiliation à PUBLICA, règlement d'utilisation des immeubles et des infrastructures, etc.). Ces travaux ayant aussi été réalisés lors de la création d'autres établissements de droit public (FINMA, IFSN, ASR, Swissmedic), nous ne sommes pas en terres inconnues. Une disposition légale devrait régler la reprise des rapports de travail du personnel du secrétariat actuel par le nouvel établissement (comme dans le projet de loi sur l'autorité de la concurrence de 2012) afin de prévenir autant que possible les problèmes d'adaptation au niveau des ressources humaines.

Cohérence du système : la structure dans laquelle une autorité unique instruit et statue correspond aux procédures généralement usuelles en droit administratif (voir chap. 14). La forme juridique d'établissement de droit public pour une autorité de régulation et de surveillance correspond aux principes de gouvernance des entreprises publiques (voir ch. 7.2).

Dans l'ensemble, le modèle ne lève pas les critiques émises contre le système actuel et n'apporte guère de plus-value par rapport au statu quo. Il requiert en outre un certain travail de mise en œuvre.

21.6 Modèle du tribunal

21.6.1 Cadre légal

Le cadre légal se présente en principe comme suit :

- Une autorité de la concurrence est créée en amont sous la forme d'un établissement de droit public (comme dans le modèle d'autorité administrative à un niveau).
- Un tribunal autonome de la concurrence de première instance est instauré.
- L'autorité de la concurrence instruit et fait une requête au tribunal de la concurrence.
- Le tribunal de la concurrence se prononce sur la requête.
- Il est possible de recourir contre les décisions du tribunal de la concurrence auprès du Tribunal fédéral.

¹¹⁸ Evaluationsbericht (disponible seulement en allemand), p. 58 ss, résumé en français, p. 5.

- L'autorité de la concurrence peut statuer elle-même dans certaines matières. Ses décisions sont sujettes à recours auprès du tribunal de la concurrence, puis du Tribunal fédéral.

Dans le détail, les *modifications législatives* suivantes sont nécessaires :

- Les dispositions relatives à la commission de la concurrence sont abrogées dans la LCart.
- Des règles définissant dans quels cas l'autorité de la concurrence peut statuer elle-même et dans quels cas elle soumet une requête au tribunal sont édictées. Le projet de 2012 prévoyait que l'autorité de la concurrence conserve le droit de statuer en matière de concentrations d'entreprises, avec possibilité de recours auprès du tribunal. Cette disposition semble aussi toujours pertinente aujourd'hui.
- Il conviendrait notamment de préciser si l'autorité de la concurrence a la compétence d'ordonner de son propre chef le classement d'une instruction (avec possibilité de recours devant le tribunal) ou si même un classement doit dans tous les cas être approuvé par le tribunal. Le projet de 2012 prévoyait de confier la décision à un juge unique (art. 30, al. 1, let. c et al. 5, P-LCart, art. 36a, let. d et art. 23, al. 2, P-LTAF). Dans la procédure pénale, c'est au contraire le ministère public qui ordonne le classement de la procédure (art. 319 ss. CPP) avec possibilité de recours devant le tribunal (art. 393 ss. CPP). Une règle de ce genre semble aussi plus appropriée que l'intervention obligatoire du tribunal pour le classement dans le droit des cartels.
- Il faudrait prévoir une procédure simplifiée pour l'approbation des accords à l'amiable (à l'image de la procédure simplifiée dans la procédure pénale, art. 358 ss. CPP).
- Il y aurait aussi lieu de déterminer si l'autorité de la concurrence est habilitée à ordonner de son propre chef des mesures provisionnelles. Si une action de droit administratif est ouverte devant le Tribunal administratif fédéral, cette compétence revient au juge d'instruction du tribunal avec possibilité de recourir devant le tribunal (art. 80 PCF en rel. avec l'art. 44, al. 1, LTAF). Le projet de 2012 prévoyait en effet aussi que le tribunal demande des mesures provisionnelles (art. 39, al. 2, P-LCart de 2012) en se fondant sur une application par analogie de l'art. 56 PA. Il est conforme au système que l'autorité de la concurrence occupe devant le tribunal la position d'une partie à la procédure et il serait contraire au système qu'une partie puisse ordonner des mesures à l'autre partie.
- Une loi sur l'autorité de la concurrence est édictée (comme dans le modèle à un niveau, donc comme dans le message de 2012 et dans le projet de loi).
- Une loi sur le tribunal de la concurrence est édictée : pour l'organisation, il est possible de s'inspirer du Tribunal fédéral des brevets. Le tribunal pourrait être incorporé au Tribunal administratif fédéral. Comme dans ce dernier, on pourrait envisager une composition comprenant un certain nombre de juges ordinaires et un certain nombre de juges suppléants. Une partie des juges suppléants devraient avoir une formation scientifique, à l'image du Tribunal fédéral des brevets où la majorité des juges suppléants doivent avoir une formation technique.
- Un règlement de procédure devrait être élaboré pour le tribunal de la concurrence. Le projet de 2012 ne prévoyait pas de procédure par voie d'action, mais une procédure particulière sur requête qui commence avec une requête de l'autorité de la concurrence au tribunal qui revêt la fonction d'un acte d'accusation¹¹⁹. La procédure devant le tribunal n'avait pas été définie en détail, néanmoins le message partait de l'hypothèse que la PA s'appliquerait en principe aussi ici¹²⁰. Le projet prévoyait expressément la publicité des débats, à moins que les parties y renoncent (art. 40, al. 1, let. c, P-LTAF). Le message supposait néanmoins que l'instruction proprement dite incomberait toujours à l'autorité de la concurrence, c'est pourquoi le tribunal peut aussi lui renvoyer le projet de décision proposé s'il estime que des mesures d'investigation approfondies supplémentaires sont nécessaires¹²¹. Il n'est pas certain que les règles définies pour la procédure de décision et de recours de première instance dans la PA soient adéquates pour une décision

¹¹⁹ Message, FF 2012 3677 s.

¹²⁰ FF 2012 3679 s.

¹²¹ FF 2012 3677 s.

judiciaire de première instance. Elles ne dissiperaient notamment pas le sentiment de malaise répandu que le tribunal mène la procédure d'après les pièces du dossier et que les débats publics n'en changent guère l'issue. De ce point de vue, l'application de la procédure d'action de droit administratif pour laquelle l'art. 44 LTAF renvoie aux règles de la PCF semble plus adéquate, à la différence que le tribunal établit les faits d'office. Une procédure préparatoire (art. 34 s. PCF), une procédure d'administration des preuves (art. 36 à 65 PCF) puis des débats principaux (art. 66 ss. PCF) auraient lieu devant le tribunal.

- Enfin, une application par analogie des règles de procédure pénale serait aussi envisageable, en tout cas pour les affaires dans lesquelles des sanctions sont requises. C'est le cas en Allemagne pour la procédure devant le tribunal des cartels (voir ch. 13.2.1). Les règles de procédure pénale semblent toutefois quelque peu formelles. Il serait aussi possible de n'appliquer qu'une partie des règles de procédure pénale, en adoptant par exemple une règle comme celle prévue à l'art. 343 CPP, qui dispose dans quels cas le tribunal doit procéder lui-même à l'administration des preuves.
- L'art. 86, al. 1, LTF est complété comme suit : « e. du tribunal de la concurrence ».
- Des dispositions transitoires sont édictées pour l'instauration de l'autorité de la concurrence et du tribunal de la concurrence ainsi que pour la procédure.
- Le cas échéant, les accords passés avec l'UE et l'Allemagne sont adaptés (voir ch. 6.1).

21.6.2 Évaluation

En ce qui concerne la forme juridique de l'établissement, voir ch. 21.5.2.

Par ailleurs :

Efficacité : le travail de l'autorité de la concurrence ne devrait pas connaître de changement notable par rapport à l'activité d'instruction du secrétariat actuel. La qualité est dans l'idéal assurée en ce sens que le projet de décision proposé par l'autorité est examiné devant un tribunal. La réponse à la question de savoir si ce sera effectivement le cas dépendra de la composition du tribunal. La création d'un tribunal spécial de la concurrence permet d'y faire siéger des personnes disposant de connaissances particulières en droit des cartels et aussi des personnes ayant une formation économique. Les expériences réalisées dans les pays dotés de tribunaux des cartels spécialisés suggèrent que la spécialisation augmente la qualité des décisions judiciaires. Un règlement de procédure devrait être élaboré pour le tribunal.

Le modèle permet sans autre modification d'assumer toute éventuelle tâche future dans le domaine de la surveillance des aides d'État (voir chap. 11). L'autorité de la concurrence pourrait contrôler les aides versées par l'État, émettre des recommandations et, dans le cas où celles-ci ne seraient pas suivies, demander un examen judiciaire par le tribunal de la concurrence.

Efficience : l'autorité de la concurrence consacre uniquement du temps à l'instruction, ce qui correspond dans le système actuel à la période allant jusqu'à la transmission du projet de décision à la commission. L'autorité de la concurrence risque toutefois de dévier plus de temps à l'instruction afin de diminuer le risque d'une défaite devant le tribunal. L'instruction est suivie par la procédure devant le tribunal de première instance, qui rend une décision. Comme un tribunal pénal, ce tribunal ne s'occupera de l'affaire que sur requête (« accusation ») et ne doit se pencher sur l'affaire qu'à partir de ce moment-là. La procédure jusqu'à la décision de première instance durerait plus longtemps que dans le modèle actuel, étant donné que le tribunal ne peut pas se prononcer aussi rapidement que la commission. En revanche, une instance de recours serait supprimée. Dans l'ensemble, la procédure jusqu'à la décision du tribunal pourrait être plus courte que la procédure jusqu'à une décision du Tribunal administratif fédéral dans l'état actuel.

Dans le message de 2012, le Conseil fédéral avait estimé qu'environ 12 mois devraient s'écouler entre la transmission de la proposition de l'autorité de la concurrence au tribunal et la décision de ce

dernier¹²². Cette hypothèse paraît optimiste. En principe, rien ne permet de supposer qu'un tribunal qui statue en première instance requiert moins de temps qu'un tribunal qui fait office d'instance de recours.

Avec un tribunal spécial de la concurrence, on s'attend bien sûr à ce que les connaissances matérielles du tribunal s'améliorent et à ce que la durée de la procédure se raccourisse, parce que les membres du tribunal tout comme le personnel ont été sélectionnés principalement sur la base de leurs compétences spécialisées en droit des cartels. Cependant, deux raisons font que ce n'est pas forcément le cas : premièrement, le Tribunal administratif fédéral est d'avis qu'avec le temps, aussi bien les membres du tribunal que les greffiers ont acquis des compétences spécialisées suffisantes en droit des cartels. Deuxièmement, il est possible qu'à la fois les membres du tribunal et le personnel du nouveau tribunal de la concurrence soient recrutés pour certains d'entre eux parmi les collaborateurs de la Cour II actuelle du Tribunal administratif fédéral de sorte que, dans l'ensemble, il n'y aurait guère de grand changement.

La durée du traitement par le tribunal dépend aussi essentiellement de la question de savoir si le tribunal doit reprendre à zéro l'administration de toutes les preuves ou s'il se limite à examiner les faits établis par l'autorité d'instruction, comme dans la procédure de recours actuelle.

Les partisans du modèle du tribunal supposent que le tribunal doit établir lui-même les faits dans une large mesure. Dans les faits, cette mesure dépend du règlement de procédure applicable. Si le tribunal suit les principes de l'action de droit administratif, la procédure d'administration des preuves devrait s'effectuer conformément à la PCF, à ceci près que le tribunal devrait examiner les faits d'office (art. 44, al. 1 et 2, LTAF). Il faudrait apporter la preuve de l'ensemble des faits pertinents devant le tribunal (art. 36, al. 1, PCF). Même si les règles de la procédure pénale sur l'administration des preuves étaient appliquées (art. 343 CPP), il faudrait réitérer, tout au moins en partie, l'administration des preuves à laquelle a déjà procédé l'autorité d'instruction.

On ne peut pas prédire si la durée de la procédure devant le tribunal serait plus courte qu'elle ne l'est actuellement devant le Tribunal administratif fédéral, parce qu'elle dépend du fonctionnement du tribunal, sur lequel la loi a peu d'influence (voir ch. 18.4.2). La plus grande immédiateté de la procédure judiciaire pourrait conduire, le cas échéant, à ce que le tribunal se concentre davantage sur les éléments de fait pertinents que sur des considérants juridiques pas forcément nécessaires. Cette focalisation associée à la compétence matérielle spécialisée du tribunal pourrait peut-être déboucher sur une procédure plus courte devant le tribunal qu'actuellement devant le Tribunal administratif fédéral. Cependant, ce raccourcissement de la procédure est quelque peu spéculatif.

Finances : les conséquences pour les finances de l'autorité de la concurrence sont les mêmes que dans le modèle à un niveau. S'y ajoutent les coûts supplémentaires pour le tribunal de première instance. Dans le message de 2012, qui prévoyait que le Tribunal administratif fédéral reprenne les tâches du tribunal de la concurrence grâce au renfort de juges supplémentaires à temps partiel ayant des connaissances en économie, les auteurs avaient estimé que le total de leurs taux d'occupation correspondrait à environ deux postes à plein temps. La procédure d'instruction entraîne une charge supplémentaire¹²³. Le Tribunal administratif fédéral serait toutefois déchargé à l'avenant des procédures relevant du droit des cartels. Dans l'ensemble, ce modèle devrait néanmoins entraîner un certain surcoût par rapport à l'état actuel.

Conformité avec l'état de droit : avec cette solution, la séparation entre l'instruction et la décision, réclamée par de larges cercles, serait réalisée de manière optimale, à tout le moins du point de vue formel. Une grande distance entre l'autorité qui instruit et celle qui statue serait garantie

¹²² FF 2012 3651 s.

¹²³ FF 2012 3704

institutionnellement. La procédure se rapprocherait d'une procédure pénale. Les exigences énoncées à l'art. 6 CEDH seraient déjà remplies en première instance sans que l'on doive saisir les voies de recours, et la durée de la procédure jusqu'à une décision judiciaire serait probablement plus courte. La question de savoir si le tribunal établit effectivement lui-même les faits ou s'il se fonde dans une large mesure sur les résultats de l'instruction menée par l'autorité de la concurrence dépend du droit procédural applicable, mais aussi de la conception que le tribunal et ses membres ont de leur mission.

Conflits d'objectifs : le modèle leverait en grande partie les réserves relatives à l'état de droit émises par maints acteurs. Mais il présenterait de nets inconvénients en ce qui concerne les difficultés de mise en œuvre et la cohérence du système.

Difficultés de mise en œuvre : outre les défis de mise en œuvre posés par la création d'un établissement de droit public (voir ch. 21.5.2), il faudrait aussi instituer un tribunal de la concurrence, ce qui implique la nomination de nouveaux juges. Il conviendrait par conséquent de réduire le nombre de juges du Tribunal administratif fédéral. Les juges actuels du Tribunal administratif fédéral pourraient être nommés au nouveau tribunal de la concurrence ou, autre solution, il serait possible de ne pas reconduire leur mandat à son terme. Il serait en outre nécessaire de mettre en place les infrastructures du nouveau tribunal, qui pourrait bien sûr s'appuyer sur celles du Tribunal administratif fédéral, à l'image de ce qui s'est fait en son temps pour le Tribunal fédéral des brevets. Pour celui-ci, environ deux ans et neuf mois se sont écoulés entre l'adoption de la loi (20 mars 2009) et le début des activités opérationnelles du tribunal (1^{er} janvier 2012). Si l'on suppose qu'à la fois les membres du tribunal et le personnel du nouveau tribunal de la concurrence seront recrutés pour certains d'entre eux parmi les collaborateurs de la Cour II actuelle du Tribunal administratif fédéral, il serait peut-être possible d'accélérer la mise en œuvre. Il faudrait en outre élaborer un règlement de procédure.

Indépendamment de l'aspect formel, l'expérience montre qu'un certain temps de rodage est nécessaire après la création d'un nouveau tribunal jusqu'à ce que la nouvelle structure fonctionne et que le tribunal et les parties se soient habitués aux règles de procédure applicables. Pendant une période de transition (à préciser dans la loi), il y aurait deux procédures parallèles pour l'examen des cas relevant du droit des cartels : les cas pendents continueraient d'être appréciés par la COMCO qui rendrait une décision sujette à recours devant le Tribunal administratif fédéral, alors que les nouveaux cas seraient traités en première instance par le nouveau tribunal de la concurrence.

Cohérence du système : le modèle est conforme aux principes du droit pénal, mais en contradiction avec la conception traditionnelle du droit administratif selon laquelle une autorité administrative instruit et statue, sur quoi un tribunal peut être saisi d'un recours. Ce modèle poserait la question de savoir si une procédure analogue devrait aussi être introduite dans d'autres cas où des autorités administratives rendent des décisions de nature pénale (autres sanctions administratives péquénaires, amendes pour soustraction d'impôts). Il ne correspond pas non plus à la procédure pénale dans la mesure où il prévoit une seule, et non deux autorités de recours après la décision rendue par le tribunal de première instance. Enfin, il ne correspond pas à l'organisation de la quasi-totalité des autorités européennes de la concurrence.

Dans l'ensemble, le modèle présente de grands avantages en ce qui concerne le respect de l'équilibre entre les parties. Il remplit déjà en première instance les exigences énoncées à l'art. 6 CEDH. Par contre, il représente un changement de paradigme fondamental et rallongerait la durée de la procédure jusqu'à la décision rendue en première instance. Ce rallongement devrait en partie être compensé par le fait qu'il n'y a plus qu'une seule instance de recours, de sorte que la durée totale de la procédure jusqu'à la décision en dernière instance pourrait être raccourcie. Le modèle permet en outre la mise en œuvre d'une surveillance des aides d'État sans autre modification. C'est néanmoins le modèle qui engendre les plus grandes difficultés de mise en œuvre, ce qui pourrait entraver l'application efficace du droit des cartels, à tout le moins durant la période de

transition. En l'occurrence, le modèle du tribunal serait étranger à la conception du droit administratif.

21.7 Tribunal de la concurrence comme instance de recours

Comme mentionné à plusieurs reprises, maintes voix demandent des réformes non seulement pour la COMCO, mais aussi pour le Tribunal administratif fédéral. La création d'un tribunal spécial de la concurrence comme alternative au Tribunal administratif fédéral est envisageable. Comme exposé, la commission d'experts ne propose cette option que si le modèle du tribunal est retenu et/ou si la justice civile doit être centralisée en matière de droit des cartels. Dans les autres modèles, elle suggère de conserver le Tribunal administratif fédéral comme instance de recours (voir ch. 18.5.2), mais de le réformer à cette fin (voir ch. 21.8). Par souci d'exhaustivité, il y a cependant lieu de présenter ici aussi la création d'un tribunal de la concurrence comme instance de recours.

21.7.1 Cadre légal

- Une loi sur le tribunal de la concurrence est édictée (voir ch. 21.6) sans qu'il soit nécessaire d'élaborer un règlement de procédure particulier si le tribunal est uniquement une instance de recours.
- La LCart (art. 39) et la LTAF (art. 33, let. f) sont modifiées pour que les décisions de la COMCO puissent être attaquées devant le tribunal de la concurrence.

21.7.2 Évaluation

Efficacité : pour la COMCO, il n'y a pas de modification par rapport à l'état actuel. Des personnes disposant de connaissances particulières en droit des cartels et aussi des personnes ayant une formation économique siégeraient au tribunal. Les expériences réalisées par les pays dotés de tribunaux des cartels spécialisés suggèrent que la spécialisation augmente la qualité des décisions judiciaires.

Efficience : la qualification particulière des juges et des greffiers du tribunal de la concurrence devrait raccourcir la durée de la procédure par rapport à celle devant le Tribunal administratif fédéral. C'est ce qui ressort aussi des expériences faites à l'étranger. Si la qualité des décisions judiciaires s'améliore, cela permettrait peut-être aussi de réduire le nombre de recours au Tribunal fédéral avec un gain d'efficience à la clé.

Finances : le tribunal de la concurrence engendrerait des coûts supplémentaires. En revanche, le Tribunal administratif fédéral verrait ses coûts réduits. Dans l'ensemble, il devrait en résulter des coûts supplémentaires, d'autant plus que le problème du volume d'activité et de sa répartition se pose aussi (voir ch. 18.4.1).

Conformité avec l'état de droit : si la qualité des décisions judiciaires s'améliore, ce serait bénéfique à l'état de droit.

Conflits d'objectifs : amélioration de la qualité d'un tribunal spécialisé versus cohérence du système.

Difficultés de mise en œuvre : comme au ch. 21.6.2

Cohérence du système : la création d'un tribunal spécial de la concurrence serait en contradiction avec la centralisation de la juridiction administrative fédérale qui avait été visée avec la création du Tribunal administratif fédéral. Pour les mêmes motifs que dans le droit des cartels, il est possible de demander la création d'un tribunal spécial aussi dans de nombreux autres domaines du droit dans lesquels se posent des questions spécifiques, aussi économiques (p. ex. marché financier, marché de l'électricité, droit fiscal). Il n'est pas possible de justifier une particularité du droit des cartels, à

moins de centraliser en même temps la justice civile en droit des cartels. C'est principalement cet aspect qui plaide en défaveur de la création d'un tribunal spécial de la concurrence.

Dans l'ensemble, la commission d'experts ne recommande pas la création d'un tribunal spécial de la concurrence en tant qu'instance de recours.

21.8 Réformes du Tribunal administratif fédéral

21.8.1 Portée des réformes

La critique émise contre le Tribunal administratif fédéral (TAF) peut être levée non seulement par la création d'un tribunal spécial de la concurrence (voir ch. 18.5.2), mais aussi par certaines réformes du Tribunal administratif fédéral (voir ch. 18.5.3).

Les réformes à faire (voir ch. 18.5.3) vont toutefois au-delà du seul droit des cartels. De manière générale, le mandat confié à la commission d'experts n'inclut certes pas les réformes du TAF qui dépassent le cadre du droit des cartels. Il semble néanmoins problématique d'introduire des règles spéciales pour le Tribunal administratif fédéral applicables uniquement au droit des cartels. Des règles particulières de ce genre s'appliquent certes déjà dans des cas particuliers, notamment dans le droit de l'asile (art. 102 m et art. 106 ss LAsi). Il s'agit toutefois d'un domaine particulier du droit où un très grand nombre d'affaires doivent être traitées par des cours ad hoc du TAF. Des règles particulières de ce genre ne sont guère justifiables en droit des cartels qui compte relativement moins d'affaires et qui n'est qu'un parmi tant d'autres domaines du droit examinés par la cour compétente. Par conséquent, les propositions faites ici sont générales et ne se limitent pas au droit des cartels. Elles pourraient cependant aussi, si cela est souhaité, ne porter que sur le droit des cartels.

21.8.2 Cadre légal

Il faut notamment penser à la nomination au TAF de juges suppléants disposant de connaissances spécialisées ou ayant une formation économique (voir ch. 18.5.3). C'est en principe possible sans modifier la loi, étant donné que la loi prévoit déjà la nomination de juges suppléants (art. 13 LTAF) et n'exige pas que les juges aient une formation juridique (art. 5, al. 2, LTAF). La loi dispose cependant que l'Assemblée fédérale nomme les juges non pas à une cour définie, mais au TAF en tant que tel et qu'il constitue lui-même les cours (art. 16, let. e, LTAF). Une modification de la loi serait envisageable pour assurer que les juges nommés par l'Assemblée fédérale comptent tenu de leurs connaissances spécialisées soient aussi affectés à la cour compétente en la matière.

Dans le détail :

- Un nouvel al. 3 complète l'art. 5 LTAF : pour certains domaines du droit, l'Assemblée fédérale nomme des personnes disposant de compétences techniques particulières en la matière.
- L'art. 16, al. 1, let. e, LTAF est complété : les juges nommés pour certains domaines du droit (art. 5, al. 3) sont affectés aux cours compétentes en la matière.
- L'art. 16, al. 3, LTAF concernant le droit de vote des juges à faible temps partiel est modifié (à l'instar de la disposition prévue dans le message de 2012).

Règles de procédure :

- L'art. 53 PA est modifié : « Si la décision attaquée est d'une portée très étendue ou la difficulté particulière de l'affaire le commande... ».
- L'art. 39 LTAF est complété ou un nouvel art. 57a PA est ajouté selon lequel le tribunal administre des preuves complémentaires lorsque les faits pertinents sont contestés.
- L'art. 61 PA est complété le cas échéant par « ... les motifs essentiels... » pour indiquer au tribunal qu'il doit s'épargner les considérants non nécessaires (voir ch. 18.5.3).

- Pour rappel, un délai d'ordre pour le traitement de la procédure est déjà prévu dans la révision partielle en cours de la LCart.

21.8.3 Évaluation

Efficacité : la nomination de juges spécialisés devrait améliorer la qualité des décisions judiciaires.

Efficience : la nomination de juges spécialisés devrait raccourcir la procédure devant le tribunal. La procédure pourrait prendre encore moins de temps si la spécialisation des juges fait diminuer le nombre de recours auprès du Tribunal fédéral.

Finances : il n'y a guère de conséquences financières. Les taux d'occupation des juges suppléants pourraient être compensés ailleurs au sein du Tribunal administratif fédéral.

Conformité avec l'état de droit : l'amélioration attendue de la qualité serait bénéfique à l'état de droit. La possibilité garantie et ne relevant pas de l'appréciation de la cour d'obtenir un délai supplémentaire pour compléter les motifs du recours prolongerait certes légèrement la durée de la procédure, mais pourrait contribuer à une meilleure égalité des armes entre la COMCO et les recourants. Il en va de même pour l'administration de preuves supplémentaires par la cour.

Difficultés de mise en œuvre : elles sont petites. L'Assemblée fédérale aurait la tâche supplémentaire de nommer les juges suppléants.

Cohérence du système : la proposition est un abandon du principe que les juges sont nommés au tribunal en tant que tel et qu'ils peuvent en principe siéger dans toutes les cours. Elle touche en outre à la compétence d'auto-organisation du tribunal.

Dans l'ensemble, la commission d'experts recommande d'introduire ces améliorations dans tous les modèles où le Tribunal administratif fédéral est l'instance de recours.

21.9 Variante : Tribunal civil fédéral des cartels

Dans le droit des cartels, il serait aussi envisageable de faire examiner en première instance les affaires civiles relevant du droit des cartels par un tribunal civil fédéral des cartels en s'inspirant du droit des brevets (voir chap. 20). Dans la pratique, cela supposerait l'instauration d'un tribunal spécial de la concurrence, parce que le Tribunal administratif fédéral n'est pas compétent pour les actions civiles et que la Confédération n'a pas d'autre tribunal civil que le Tribunal des brevets.

21.9.1 Cadre légal

Il faudrait édicter une loi sur le tribunal de la concurrence (comme au ch. 21.6) avec les précisions suivantes :

- Le tribunal est organisé en deux cours, l'une de droit civil et l'autre de droit administratif.
- Le tribunal a la compétence exclusive pour les affaires relevant du droit des cartels au sens de l'art. 5, al. 1, let. b, CPC et la compétence optionnelle pour statuer sur d'autres actions civiles qui ont un lien matériel avec le droit des cartels (à l'instar de l'art. 26 LTFB).

L'art. 5 CPC est modifié en ce sens.

Des dispositions transitoires sont édictées pour les cas pendents.

21.9.2 Évaluation

Efficacité/efficience : un tribunal spécialisé examine les actions civiles en droit des cartels selon des critères uniformes ainsi que la licéité de restrictions à la concurrence en droit administratif, ce qui pourrait améliorer la qualité des décisions judiciaires.

Finances : les coûts des procédures civiles en première instance, pour autant qu'ils ne soient pas couverts par les émoluments judiciaires, seraient transférés des cantons à la Confédération.

Conformité avec l'état de droit : le risque de divergences entre l'appréciation administrative et l'examen civil diminue, étant donné que le même tribunal est compétent pour les deux volets.

Difficultés de mise en œuvre : la création d'un nouveau tribunal occasionne des charges d'introduction et de transition.

Cohérence du système : l'examen en première instance des actions civiles est contraire aux principes de la répartition des compétences en vigueur entre la Confédération et les cantons.

Dans l'ensemble, la commission d'experts estime que la compétence pour connaître des actions civiles en droit des cartels pourrait aussi être déléguée au tribunal de la concurrence pour autant que le modèle du tribunal soit retenu. Si cette option est écartée, on ne pourrait pas justifier l'introduction d'un tribunal civil fédéral des cartels.

V. Recommandation de la commission d'experts

La commission d'experts recommande unanimement le modèle du *statu quo optimisé* (voir ch. 21.3), accompagné de réformes du Tribunal administratif fédéral (voir ch. 21.8). Ce modèle permet de répondre à l'essentiel des critiques justifiées émises à l'encontre du système actuel. Il satisfait aux exigences de l'état de droit, offre une garantie en termes d'efficacité et d'efficience, est conforme au système et peut facilement être mis en œuvre avec des modifications législatives mineures et un coût réduit.

Le *modèle du tribunal* est certes conforme à la proposition faite par certains d'une séparation claire entre l'autorité d'instruction et l'autorité de décision et permet d'obtenir plus rapidement une décision judiciaire. Cependant, parmi tous les modèles, c'est celui qui engendre les plus grandes difficultés de mise en œuvre tant au niveau législatif qu'organisationnel. Il est en outre contraire au système applicable à la procédure administrative et soulèverait la question de savoir si un tel modèle devrait également être introduit dans les autres cas où des sanctions administratives sont prononcées. De plus, il ne correspond pas à l'organisation de la quasi-totalité des autorités européennes de la concurrence. Pour ces motifs, une majorité des membres de la commission d'experts est d'avis qu'il serait préférable de conserver le *statu quo* plutôt que d'adopter un tel modèle.

De l'avis de la commission d'experts, il n'est pas souhaitable d'adopter les *modèles d'autorité administrative à un ou à deux niveaux*, car ils n'apportent pas de réelle plus-value. Le modèle à deux niveaux a une incidence négative sur la durée et le coût des procédures, sans toutefois répondre à l'objectif de rapprocher la procédure des principes de la procédure pénale. Le modèle à un niveau serait certes conforme au système de la procédure administrative et pourrait quelque peu accélérer la procédure devant l'autorité de la concurrence, mais il entraînerait la suppression de l'examen par des experts externes ainsi que des mécanismes de contrôle qui y sont associés.

VI. Annexes :

Annexe 1 : Empfehlungen der OECD

Evaluation No. 1, 3 und 7 der OECD von 2006 zur schweizerischen Wettbewerbspolitik

1. Assurer l'indépendance économique et politique des membres de la Commission de la concurrence. L'indépendance économique et politique de la Comco n'est pas garantie en raison des conflits d'intérêts inhérents au système actuel (présence de représentants des groupements d'intérêt et possibilité de siéger au sein de conseils d'administration d'entreprises). La problématique est encore plus aiguë depuis l'introduction du régime de sanctions et de celle du programme de clémence. Les mécanismes de récusation et la publication de la liste des intérêts des membres de la Comco ne constituent que des solutions partielles et ne sauraient garantir une totale indépendance de l'institution. La présence de représentants de groupements d'intérêt est aussi susceptible d'affecter la cohésion de la Commission, en particulier lorsque ceux-ci s'écartent publiquement des décisions collégiales de la Comco qui ne correspondraient pas aux intérêts du groupe qu'ils représentent. La loi stipule que les représentants de groupements d'intérêt doivent être minoritaires. Le Conseil fédéral a nommé une « forte » minorité de tels membres. Dans le cadre actuel de la LCart, le Conseil fédéral aurait la possibilité de réduire de manière substantielle le nombre de représentants des groupements d'intérêt et pourrait proposer ultérieurement une modification de la législation afin de ne maintenir que des membres indépendants. Une diminution drastique du nombre des membres de la Comco favoriserait aussi les mécanismes de prises de décision. Dans une telle perspective, il conviendrait d'examiner dans quelle mesure le taux d'activité de ses membres devrait être augmenté afin d'assurer un fonctionnement optimal de son action. Par ailleurs, une séparation plus marquée des activités du Secrétariat de la Comco de celles du département fédéral de l'économie (DFE) permettrait aussi d'éviter un manque de clarté dans les compétences et les activités dévolues aux autorités de la concurrence.

3. Renforcer les ressources des autorités de la concurrence. Au regard de l'ampleur de la tâche définie par la loi, les ressources mises à la disposition des autorités de concurrence sont limitées d'autant plus que ces dernières doivent aussi veiller au respect de la LMI. Un renforcement substantiel des ressources du Secrétariat permettrait une intensification et une extension des investigations ainsi qu'une durée des procédures aussi courte que possible. Un tel développement s'avérerait indispensable afin de permettre à la Comco d'assumer les compétences qui lui ont été attribuées par le législateur.

7. Reconsidérer le rôle de la surveillance des prix et de la protection des consommateurs. Dans le contexte de la réforme en cours de la réglementation, caractérisée notamment par une libéralisation et une privatisation de diverses activités, la question du rôle de la surveillance des prix devrait être examinée. Dans la mesure où certaines activités de la surveillance des prix étaient jugées nécessaires, il conviendrait d'examiner si la séparation de cette autorité de la Comco est toujours appropriée et constitue la solution la plus efficace dans un contexte de limitation des ressources. Il s'agirait aussi de renforcer l'organisation de la protection des consommateurs et, dans ce contexte, d'examiner les implications d'une intégration possible au sein de la Comco.

OECD, Recommendation of the Council on Transparency and Procedural Fairness in Competition Law Enforcement, 5./6. Oktober 2021

2. Ensure that competition law enforcement is independent, impartial and professional, by: