



Berne, 13 juin 2025

Modification de la loi sur les cartels (réforme des autorités en matière de concurrence)

Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation



1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

À l'heure actuelle, les autorités suisses en matière de concurrence se composent de la Commission de la concurrence (COMCO, ci-après également dénommée « commission ») et de son secrétariat. Autorité de milice, la COMCO compte 11 à 15 membres nommés par le Conseil fédéral, dont la majorité sont des experts indépendants. Des organisations telles qu'économiesuisse, l'Union suisse des arts et métiers, l'Union suisse des paysans, les syndicats et les associations de protection des consommateurs y sont en outre représentées. Cette représentation n'est pas prévue par la loi, mais résulte de la genèse de la commission. La COMCO est épaulée par un secrétariat permanent, au sein duquel travaillent quelque 70 collaborateurs. Le secrétariat mène les procédures, prépare les décisions de la COMCO et agit en tant qu'interlocuteur des entreprises, des particuliers et des autorités pour toute question relevant du droit de la concurrence. Les décisions importantes sont du ressort de la commission. Cette dernière est chargée de veiller au respect non seulement de la loi sur les cartels (LCart)¹, mais aussi de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)², et d'assurer en outre la surveillance des aides d'État dans le domaine du transport aérien³. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (TAF) ; aucun recours n'est toutefois possible dans le cas des aides d'État, pour lesquelles la COMCO émet uniquement un avis.

L'actuelle structure des autorités en matière de concurrence remonte à la loi sur les cartels de 1962. La Commission des cartels instituée à cette époque était composée de 11 à 15 membres ; la majorité d'entre eux étaient des représentants de l'économie ou des consommateurs, tandis que les autres étaient des experts indépendants. Ses compétences étaient limitées, puisqu'elle ne jouissait notamment d'aucun pouvoir décisionnel propre. L'adoption de la LCart de 1985 n'a amené aucune modification majeure s'agissant des compétences et de l'organisation de la Commission des cartels. La révision de la LCart de 1995, qui a entraîné une réorientation fondamentale du droit matériel, a conféré aux autorités en matière de concurrence une compétence décisionnelle, tout en laissant leur organisation largement inchangée. La Commission des cartels a été rebaptisée Commission de la concurrence et doit, depuis lors, être composée majoritairement d'experts indépendants. Quant au secrétariat, il s'est vu confier par l'art. 23 LCart la tâche principale de mener les enquêtes, une séparation fondamentale étant ainsi instaurée entre la procédure d'enquête, conduite par le secrétariat, et la décision, rendue par la commission. L'introduction de sanctions directes dans le cadre de la révision de la LCart de 2003 n'a rien modifié à cette structure institutionnelle. Jusqu'en 2006, la Commission de recours pour les questions de concurrence, composée à la fois de juristes et d'experts issus d'autres domaines, était l'autorité de première instance pour les litiges en lien avec des décisions de la COMCO. Les tâches de cette commission ont ensuite été reprises par le TAF, nouvellement créé dans le cadre d'une réforme de la justice.

Depuis l'introduction des sanctions directes, des voix se sont régulièrement élevées pour demander une réforme institutionnelle des autorités en matière de concurrence. Lors de la consultation relative à la révision de la LCart en 2003, le Conseil fédéral avait déjà proposé de réduire l'effectif de la COMCO à sept membres indépendants. Il avait justifié cette mesure par l'importance croissante d'une application du droit indépendante des intérêts économiques⁴. Après un examen approfondi de la LCart, le groupe d'évaluation de 2008 avait notamment recommandé de regrouper les autorités en matière de concurrence au sein d'une autorité administrative à un niveau (cf. ch. 1.2). Les problèmes identifiés concernaient la structure de la COMCO (sa taille et son statut d'organisation de milice en particulier), la répartition

¹ RS 251

² RS 943.02

³ Cf. art. 103 de la loi fédérale sur l'aviation (LA ; RS 748.0).

⁴ Cf. message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels (FF 2002 1911), p. 1919.

des compétences entre la commission et le secrétariat ainsi que la participation de représentants des milieux intéressés⁵. Sur la base de cette évaluation, le Conseil fédéral a proposé une révision de la LCart en 2012⁶, qui, outre une adaptation de dispositions de droit matériel, prévoyait une réforme institutionnelle complète des autorités en matière de concurrence, avec l'introduction du modèle du tribunal (cf. ch. 1.2.1). Sachant que les sanctions directes peuvent être lourdes et que les décisions de la COMCO revêtent un caractère quasi pénal, le Conseil fédéral estimait que la présence de représentants de groupes d'intérêts au sein de la commission n'était pas satisfaisante sous l'angle de l'état de droit. Le Conseil fédéral avait mené la procédure de consultation et élaboré le message avant que le Tribunal fédéral (TF) ne rende son arrêt historique dans l'affaire Publigroupe : or le 29 juin 2012, ce dernier a statué, à la lumière de la nouvelle jurisprudence Menarini de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), que la structure institutionnelle de l'autorité en matière de concurrence en tant qu'autorité de sanction de première instance était compatible avec les exigences de la CourEDH et de la Constitution et que le modèle du tribunal n'était donc pas à prescrire⁷. Le Conseil des États a par la suite rejeté le passage au modèle du tribunal. En revanche, il s'est prononcé en faveur d'une réduction de la taille de la COMCO et de l'exclusion des représentants des groupes d'intérêts. Le Conseil national n'est pas entré en matière sur le projet.

En novembre 2021, le Conseil fédéral a ouvert une consultation concernant une révision partielle de la LCart⁸. Alors qu'aucune réforme des autorités en matière de concurrence n'était prévue dans cette révision, des avis émis lors de la consultation ont exigé une réforme institutionnelle. L'absence de démarcation claire entre la COMCO (autorité de décision) et son secrétariat (autorité d'instruction) a été jugée par plusieurs participants comme problématique au regard de l'état de droit, tout comme le fait que la procédure de recours devant le TAF ne permette pas de remédier à ces lacunes dans la pratique. La demande d'une réforme des autorités en matière de concurrence a été confirmée le 13 septembre 2022 lors d'une table ronde réunissant des représentants de tous les groupes parlementaires. La motion 23.3224 Wicki (Français) « Réforme institutionnelle de la Commission de la concurrence » a finalement été déposée le 16 mars 2023 et transmise au Conseil fédéral le 4 juin 2025 (voir chap. 1.4).

Le 1^{er} mai 2023, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a institué une commission d'experts indépendante présidée par l'ancien juge fédéral Hansjörg Seiler. Celle-ci devait établir les bases nécessaires à l'élaboration d'une réforme des autorités en matière de concurrence solidement étayée et assurée d'un large soutien. Pour ce faire, elle a évalué des modèles concrets d'organisation des autorités (cf. ch. 1.2) en tenant compte des préoccupations et des avis des différentes parties prenantes. Son rapport final met notamment l'accent sur les trois points suivants⁹ :

- *Séparation entre les fonctions d'instruction et de décision* : une séparation entre les fonctions d'instruction et de décision n'est pas nécessaire au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Constitution, si la décision de l'autorité peut être contestée devant un tribunal compétent pour examiner librement les questions de fait et de droit. Le TAF ayant cette compétence, le système actuel satisfait aux exigences conventionnelles et constitutionnelles. Une démarcation plus claire entre l'instruction et la décision serait néanmoins souhaitable au regard de l'état de droit.
- *Durée des procédures* : les procédures relevant du droit des cartels sont souvent d'une durée excessive. Cela concerne toutefois davantage les procédures portées devant le

⁵ Groupe d'évaluation de la LCart, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Berne, 2008, p. 56 ss.

⁶ Cf. message du 22 février 2012 relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence (FF 2012 3631).

⁷ ATF 139 I 72 consid. 2.2.2 ; arrêt de la CourEDH A. Menarini Diagnostics S.R.L. contre Italie du 27 novembre 2011, 43509/08, p. 58 s.

⁸ Cf. Message du 24 mai 2023 concernant la révision partielle de la loi sur les cartels (FF 2023 1463).

⁹ Commission d'experts « Réforme des autorités de la concurrence », rapport final, 2023 (ci-après « rapport final de la commission d'experts »).

TAF que celles devant la COMCO. Une réforme est donc nécessaire à l'échelon judiciaire.

- *Indépendance* : si la commission d'experts n'a pu constater un manque d'indépendance vis-à-vis du monde politique, le fait que cinq associations soient systématiquement représentées au sein de la COMCO est considéré comme problématique.

Sur la base de ces constatations, la commission d'experts a esquissé plusieurs modèles de réforme et les a évalués selon différents critères (cf. ch. 1.2).

Le Conseil fédéral partageant largement le constat auquel est parvenu la commission d'experts, il a fixé trois objectifs à la présente proposition de réforme des autorités en matière de concurrence. En premier lieu, il entend renforcer la séparation entre l'instruction, conduite par le secrétariat, et la prise de décision, qui relève de la commission. Bien qu'il considère lui aussi que cela n'est pas indispensable au regard de l'état de droit, le souhait d'une séparation plus distincte a été exprimé à plusieurs reprises tant à l'occasion de la consultation sur l'actuelle révision partielle de la LCart que des entretiens menés par la commission d'experts. Compte tenu de la charge importante qu'une enquête au titre du droit des cartels représente pour les entreprises, le Conseil fédéral estime que la volonté de mettre en place une autorité de décision plus indépendante de l'enquête est compréhensible. En second lieu, il souhaite renforcer les droits des parties au cours de l'enquête. Dans la mesure où les sanctions directes peuvent être lourdes, les moyens de défense sont essentiels ; il est donc souhaitable de les développer, pour autant que cela ne prolonge pas inutilement les procédures. Enfin, le Conseil fédéral a pour objectif d'accélérer et de renforcer la procédure de recours, car il considère lui aussi la durée des procédures comme étant excessivement longue, en particulier lorsqu'une affaire est portée devant le TAF. Une étude récente sur les procédures relevant de la législation sur les cartels portées devant le TAF montre que ces dernières durent 5,2 ans en moyenne¹⁰. Si aucune mesure urgente ne s'impose au regard de la procédure de recours, abstraction faite de sa durée, le Conseil fédéral estime néanmoins souhaitable d'y apporter des améliorations ponctuelles. Compte tenu du montant potentiellement élevé des sanctions directes, il est essentiel que la procédure de recours soit également perçue comme efficace et efficiente par les justiciables. Le fait que certains avis formulés dans le cadre de la consultation soulignent qu'une séparation totale entre l'enquête et la décision est nécessaire au regard de l'état de droit tient probablement en partie aux faiblesses reprochées à la procédure de recours.

1.2 Solutions étudiées et solution retenue

Le Conseil fédéral a chargé la commission d'experts d'examiner différents modèles de réforme, à l'échelon aussi bien de la COMCO que du TAF. La commission d'experts a évalué les différentes solutions sur la base des critères suivants : l'efficacité de l'application de la LCart, l'efficacité (durée réduite de la procédure et utilisation raisonnable des ressources), la conformité avec l'état de droit, l'indépendance, les difficultés de mise en œuvre et la cohérence du système.

La réforme proposée aujourd'hui par le Conseil fédéral s'inspire largement du modèle du « statu quo optimisé », recommandé à l'unanimité par la commission d'experts¹¹. Ce modèle prévoit le maintien du système actuel, mais avec une séparation plus claire entre la procédure d'enquête menée par le secrétariat et la décision prise par la commission, grâce à trois mesures : la réduction de la taille et la professionnalisation de la COMCO, la suppression de la participation de la commission ou de certains de ses membres aux enquêtes, et l'inscription, dans la loi, du rôle du secrétariat lors des délibérations de la commission. Les moyens de

¹⁰ M. Funk, S. Rutz, B. Marosvölgyi und E. Zarkovic, Beschwerdeverfahren in Kartellsachen am Bundesverwaltungsgericht: Evaluation der Verfahrensdauer und der gerichtlichen Sachverhaltsermittlung, étude réalisée sur mandat du SECO, Swiss Economics, 2025 (ci-après « étude Swiss Economics »).

¹¹ Rapport final de la commission d'experts, p. 100 ss.

défense des entreprises mises en cause sont quant à eux renforcés par deux mesures. Premièrement, le secrétariat sera tenu de communiquer aux parties le résultat provisoire de l'administration des preuves une fois que l'essentiel des investigations aura été mené à bien, mais au plus tard un an après l'ouverture de l'enquête, avec possibilité pour les parties de prendre position et de déposer de nouvelles réquisitions de preuves. Deuxièmement, une base légale sera créée afin de permettre l'utilisation d'une salle de données dans le cadre de l'enquête. Pour ce qui est du TAF, la procédure de recours sera renforcée et accélérée grâce à la création de postes de juges spécialisés (suppléants) et à un assouplissement du principe de concentration.

1.2.1 Modèles rejetés

Les modèles suivants ont également été examinés, avant d'être rejetés :

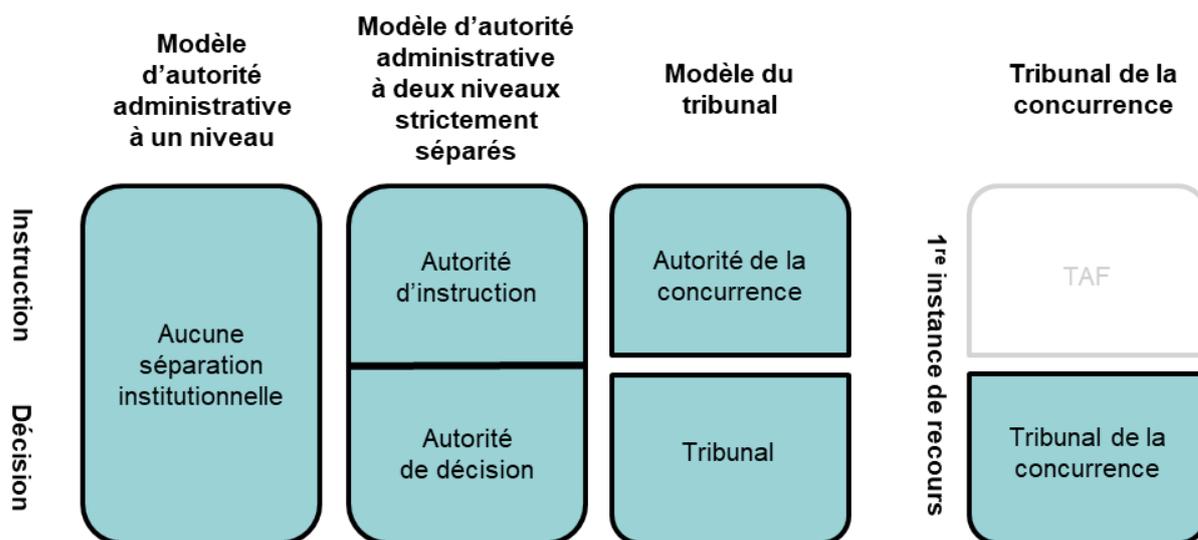


Figure 1 : Modèles de réforme des autorités en matière de concurrence rejetés

Modèle d'autorité administrative à un niveau : la commission est supprimée, tandis que le secrétariat devient une autorité d'instruction et de décision. Le Conseil fédéral n'a pas donné suite à ce modèle, car les avantages de la commission (indépendance, expertise, assurance qualité grâce à un système de « contrôles et contrepoids ») auraient été compromis, sans qu'on puisse attendre d'accélération sensible des procédures de première instance.

Modèle d'autorité administrative à deux niveaux strictement séparés : il existe une séparation rigoureuse entre la commission et le secrétariat, même pour ce qui est des locaux. Le secrétariat mène l'instruction indépendamment de la commission, qui dispose de son propre personnel (greffiers) et rend elle-même ses décisions. Le Conseil fédéral n'a pas donné suite à ce modèle, au motif que les collaborateurs de la commission devraient se familiariser totalement avec le dossier, sans le soutien du secrétariat, ce qui prendrait beaucoup de temps. La procédure auprès de la COMCO s'en trouverait considérablement allongée, sans que le modèle ne présente d'avantages significatifs, comme la suppression d'une instance de recours que permet le modèle du tribunal.

Modèle du tribunal : la commission est supprimée tandis que le secrétariat conduit les enquêtes et saisit un tribunal de la concurrence créé à cet effet. L'autorité de recours de première instance (TAF) est supprimée. Ce modèle permettrait d'assurer la séparation stricte entre les fonctions d'enquête et de décision exigée par certains, et de supprimer une instance de recours, ce qui raccourcirait la durée totale de la procédure (toutes instances confondues). Le Conseil fédéral ne lui a toutefois pas donné suite, car une réforme d'une telle ampleur comporterait des risques importants et impliquerait des coûts d'adaptation considérables. Dans la mesure où la COMCO fonctionne correctement à l'heure actuelle, un changement aussi radical serait

disproportionné. Le modèle du tribunal entraînerait en outre des inconvénients importants, notamment une prolongation de la procédure de première instance. Il est par ailleurs étranger à l'ordre juridique suisse (cf. ch. 2) et considéré comme étant dépassé sur le plan international ; en Europe, seules l'Autriche et Malte suivent ce modèle (cf. ch. 2). Le Conseil fédéral avait proposé d'adopter le modèle du tribunal en 2012 (cf. ch. 1.1).

Tribunal de la concurrence comme instance de recours : création d'un tribunal spécial de la concurrence pour les affaires de droit administratif relevant du droit des cartels (par analogie avec le Tribunal fédéral des brevets), qui remplacerait le TAF en tant que première instance de recours. Il serait envisageable que ce tribunal soit également compétent pour traiter en première instance des affaires civiles relevant du droit des cartels. Cette option permettrait une plus grande spécialisation en centralisant auprès de lui toutes les affaires présentant un lien étroit avec la concurrence. Cette solution pourrait notamment améliorer l'efficacité des procédures tout en créant un environnement attrayant pour les juges spécialisés, et la COMCO pourrait être maintenue sous sa forme actuelle. Néanmoins, il est à noter que la juridiction civile relève en principe de la compétence des cantons (bien que des exceptions, comme le Tribunal fédéral des brevets, restent possibles). La création d'un tribunal spécialisé serait donc contraire à la centralisation des tribunaux prévue au niveau de la loi par la réforme de la justice et n'apparaît pas nécessaire pour renforcer la procédure de recours.

1.2.2 Examen de la désignation de personnes chargées de la procédure

L'opportunité de désigner des personnes chargées de la procédure a été examinée. Il s'agirait d'experts indépendants nommés par le Conseil fédéral et rattachés administrativement au DEFR, qui pourraient notamment assumer les deux tâches suivantes :

1. Statuer de manière contraignante sur certaines questions de procédure, à la demande des parties. En cas de désaccord avec une décision de procédure prise par le secrétariat, les entreprises mises en cause pourraient saisir la personne chargée de la procédure, laquelle devrait alors statuer rapidement et de manière contraignante. Une procédure rapide sans chevauchement significatif ne serait toutefois possible que pour des questions ne nécessitant pas une connaissance approfondie du dossier ; il serait donc nécessaire de définir clairement et de façon exhaustive les points pouvant être traités par cette voie. Il pourrait s'agir notamment de requêtes concernant la prolongation du délai de réponse à des demandes de renseignements, la divulgation ou non de certaines pièces ou la suppression d'informations relevant du secret d'affaires dans les dossiers. Une telle procédure permettrait de répondre à trois attentes : réduire le nombre de recours devant le TAF, décharger la commission des questions de procédure et améliorer l'acceptation des procédures en matière de droit des cartels.
2. Prendre part aux délibérations de la commission et informer les parties du rôle des collaborateurs du secrétariat dans ce cadre, à des fins de transparence.

L'utilité pratique des personnes chargées de la procédure semble toutefois limitée, et l'introduction d'une telle fonction présenterait des inconvénients majeurs, raison pour laquelle le Conseil fédéral n'a pas retenu cette option. Les questions dont ces personnes pourraient être saisies sont, dans la pratique, plutôt secondaires. Il existe donc un risque que celles-ci n'aient aucun effet sur la fréquence des recours devant le TAF et qu'elles n'aient qu'une incidence extrêmement restreinte sur l'acceptation des procédures relevant du droit des cartels. En outre, la COMCO devrait se pencher sur toutes les questions procédurales pertinentes même après une décision rendue par la personne chargée de la procédure, afin d'exercer son plein pouvoir d'examen. Un allègement des tâches de la COMCO ne serait donc possible que dans une mesure très limitée. Par ailleurs, la mise en place de cette nouvelle fonction créerait une instance supplémentaire qui allongerait la durée des procédures et constituerait, en quelque sorte, un « corps étranger » dans l'ordre juridique suisse. Les avantages attendus d'une telle mesure apparaissent donc trop faibles au regard des inconvénients relevés.

1.3 Mise en œuvre de la motion 22.4404 Rechsteiner Thomas

Le projet mis en consultation vise également à mettre en œuvre la motion 22.4404 Rechsteiner Thomas « Accélérer les procédures pour accroître la sécurité juridique ». Cette dernière a été déposée le 14 décembre 2022 et transmise au Conseil fédéral le 17 mars 2025. Elle charge le Conseil fédéral d'adapter la LCart de manière que la phase de décision de la COMCO débute un an au plus tard après l'ouverture de l'enquête. À la demande du secrétariat, la commission pourrait prolonger cette durée d'une année supplémentaire au maximum. Le Conseil fédéral souhaite mettre en œuvre la motion en inscrivant dans la loi l'obligation pour le secrétariat de communiquer aux parties le résultat provisoire de l'administration des preuves dans un délai d'un an à compter de l'ouverture de l'enquête. En d'autres termes, le secrétariat aura une année pour mener à bien l'essentiel des investigations et en notifier les résultats préliminaires aux parties. Si, pour des raisons particulières, l'essentiel de l'enquête ne peut être achevé dans le délai prévu, le secrétariat pourra prendre une année supplémentaire au maximum, en motivant la prolongation du délai à l'attention des parties. Une mise en œuvre de la motion incluant la fixation d'un délai entre l'ouverture de l'enquête et la remise de la proposition à la COMCO est par contre rejetée, et ce pour trois raisons :

1. De nombreuses procédures ne pourraient plus être menées, car il est impensable que le secrétariat puisse accélérer les enquêtes de manière aussi significative. La COMCO ne pourrait probablement examiner que les cas les plus simples, et le droit des cartels serait dès lors appliqué de manière inique. À titre d'exemple, il ne serait plus guère possible à la commission de traiter les cas concernant un abus de position dominante ou présentant un caractère international.
2. Les entreprises seraient incitées à freiner les procédures, par exemple en adoptant une attitude peu coopérative ou en déposant des requêtes inutiles, ce qui nuirait à l'efficacité du dispositif.
3. La conclusion d'accords amiables serait plus difficile, car les parties concernées et le secrétariat ne disposeraient plus du temps nécessaire à ce type de procédure.

En résumé, un tel délai affaiblirait considérablement l'application de la LCart dans son ensemble, mettrait l'accent sur les cas mineurs (et les petites entreprises) et rendrait particulièrement difficile l'évaluation au cas par cas. Or, selon les délibérations parlementaires en cours sur la révision partielle de la LCart, ce dernier aspect devrait justement gagner en importance à l'avenir¹².

La mise en œuvre proposée de la motion Rechsteiner est elle aussi problématique. Dans bien des affaires impliquant de nombreuses parties et nécessitant des perquisitions, plusieurs séries d'auditions de témoins ou encore une coopération avec des autorités de la concurrence étrangères, il est illusoire de penser que les autorités en matière de concurrence seraient à même de présenter des preuves concluantes, même après deux ans.

1.4 Mise en œuvre de la motion Wicki (Français) 23.3224

Les modifications proposées répondent aux exigences de la motion 23.3224 Wicki (Français) « Réforme institutionnelle de la Commission de la concurrence ». La motion a été déposée le 16 mars 2023 et transmise au Conseil fédéral le 4 juin 2025. Elle demande un réexamen de la structure de la COMCO, de ses prérogatives et de ses moyens. En outre, il convient de garantir une séparation fonctionnelle entre ses rôles d'accusateur et de juge. Le rapport final de la commission d'experts fournit un examen indépendant et détaillé de l'organisation institutionnelle de la COMCO. La séparation

¹² Cf. les art. 5, al. 1^{bis}, et 7, al. 3, P-LCart adoptés par la CER-N. Le projet de révision est mené par le Parlement sous le numéro 23.047.

fonctionnelle est directement prise en compte dans les propositions visant à séparer plus efficacement l'enquête et la décision (voir cf. chap. 3.1.1).

2 Comparaison avec le droit étranger

S'agissant de la séparation des fonctions d'instruction et de décision, les autorités européennes utilisent les trois modèles de base (modèle d'autorité à un ou deux niveaux et modèle du tribunal)¹³.

Le Bundeskartellamt allemand, la Konkurrensverket suédoise et, dans une certaine mesure, la Commission européenne, compétente au niveau de l'Union européenne (UE), sont organisés selon le *modèle d'autorité administrative à un niveau*. L'autorité de la concurrence assume simultanément les compétences d'instruction et de décision, et il n'existe aucune séparation des deux fonctions en interne. À titre d'exemple, les divisions décisionnelles du Bundeskartellamt conduisent l'instruction et se prononcent ensuite sur cette base. La décision est rendue directement dans une composition à trois incluant la personne qui a mené l'enquête. À l'échelon de l'UE, la décision est certes prise formellement par la Commission européenne, mais le commissaire chargé de la concurrence et divers acteurs au sein de la Direction générale « Concurrence » jouent un rôle déterminant.

Les autorités de la concurrence du Royaume-Uni, de l'Italie, de l'Espagne, des Pays-Bas et de la France fonctionnent selon le *modèle d'autorité administrative à deux niveaux*. Dans ce modèle, qui est également celui appliqué en Suisse, l'autorité de la concurrence a compétence à la fois pour la conduite de l'instruction et pour la décision, mais ces deux fonctions sont séparées au sein de l'autorité (la COMCO et le secrétariat dans le cas de la Suisse). Le degré de séparation des tâches varie selon le pays, allant de plutôt faible (Royaume-Uni) à strict (France). Au Royaume-Uni, la séparation existant au sein de la Competition and Markets Authority (CMA) résulte pour l'essentiel de la pratique administrative et non de la loi elle-même. Dans le cas de l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) italienne, l'instruction est conduite par des collaborateurs de la direction, tandis que la décision revient au collège de l'autorité. L'accord de ce dernier est néanmoins nécessaire pour certaines étapes de la procédure d'instruction, comme dans le modèle suisse. En France, l'Autorité de la concurrence est composée d'un service d'instruction, chargé de l'enquête, et d'un collège, compétent pour rendre les décisions. Ces deux organes sont strictement séparés : à titre d'exemple, aucun échange ne peut plus avoir lieu entre eux une fois les auditions terminées.

Au sein de l'UE, seules les autorités de la concurrence autrichiennes et maltaises sont encore organisées selon le *modèle du tribunal*. Ce dernier était également appliqué en Suède, avant d'être remplacé par le modèle d'autorité administrative à un niveau en 2022. En dehors des frontières européennes, le modèle du tribunal est notamment utilisé aux États-Unis ; à noter que l'application du droit des cartels passe essentiellement par des procédures civiles ou pénales, et non par des procédures administratives, comme en Europe. Dans le modèle du tribunal, une autorité administrative enquête et porte l'affaire devant une instance judiciaire neutre. En Autriche, par exemple, la Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) est chargée de diriger l'enquête, tandis que l'Oberlandesgericht Wien a la compétence de statuer.

En comparaison européenne, la Suisse se situe dans la moyenne en termes de séparation entre les fonctions d'enquête et de décision. Une particularité du système suisse tient à la participation de représentants d'associations au sein de l'autorité de décision et le caractère de milice de cette dernière.

¹³ Pour une comparaison exhaustive : cf. rapport final de la commission d'experts, chap. 13 ; J. Chervet, Bericht über die Struktur und Verfahrensordnung der Wettbewerbsbehörden in einigen ausgewählten Rechtsordnungen zuhanden der Expertenkommission des Bundesrates zur Reform der Wettbewerbsbehörden (en annexe du rapport final de la commission d'experts).

Si les voies de recours sont similaires dans les différents ordres juridiques, la structure des instances compétentes peut varier. Lorsque les autorités de la concurrence ne sont pas organisées selon le modèle du tribunal, il existe apparemment toujours une première instance de recours disposant d'une compétence juridictionnelle complète (c'est-à-dire d'un plein pouvoir d'examen) et une deuxième instance dont la compétence est généralement limitée. La spécialisation de la première instance de recours varie toutefois selon les pays. Des tribunaux spéciaux ont été créés au Royaume-Uni et en Suède : le Competition Appeal Tribunal (CAT) et le Tribunal des brevets et du marché (PMD) statuent dans des formations composées de juristes et d'économistes. S'il n'existe aucun tribunal spécialisé à proprement parler en Allemagne, en Espagne, en France, en Italie, aux Pays-Bas et à l'échelon de l'UE, les affaires relevant du droit des cartels sont toutefois traitées en partie par des chambres dédiées, ce qui équivaut à une certaine spécialisation.

Une comparaison avec d'autres domaines du droit fédéral montre que l'organisation de la COMCO s'intègre bien dans le système juridique suisse¹⁴. De nombreuses commissions fédérales sont chargées de surveiller l'économie. Certaines d'entre elles sont habilitées à prononcer des sanctions administratives pécuniaires, notamment la Commission fédérale des maisons de jeu (CFMJ), la Commission fédérale de la communication (ComCom), la Commission fédérale de la poste (PostCom) et la Commission des chemins de fer (RailCom). Le montant potentiel des sanctions est toutefois nettement inférieur à celui des affaires traitées par la COMCO. Ces commissions fédérales comptent généralement 5 à 7 membres et disposent d'un secrétariat technique chargé de préparer les affaires. Il n'existe aucune séparation stricte entre le secrétariat et la commission. Outre les commissions fédérales, différents établissements de droit public sont compétents en matière de surveillance de l'économie. Organisés selon le modèle d'autorité administrative à un niveau, ils ne sont pas habilités à prononcer des sanctions pécuniaires. Enfin, de nombreux offices fédéraux assument également des tâches de surveillance économique et peuvent, dans certains cas, infliger des sanctions administratives pécuniaires. Ils ne connaissent aucune séparation des fonctions d'enquête et de décision¹⁵.

Le Tribunal fédéral des brevets est la seule juridiction spécialisée dans le domaine du droit des brevets au sein du système judiciaire fédéral. Ce tribunal emploie principalement des juges spécialisés exerçant à titre accessoire et qui n'ont souvent aucune formation juridique. Dans le cadre de la dernière révision partielle de la loi sur les brevets, l'avant-projet prévoyait de doter le TAF de juges spécialisés en droit des brevets. Cette proposition a toutefois été abandonnée dans le projet accompagnant le message, le contrôle des décisions rendues à l'issue de procédures d'examen et d'opposition dans le domaine du droit des brevets ne relevant plus de la compétence du TAF¹⁶. Des juges suppléants travaillent pour le TF et le Tribunal pénal fédéral, mais ils ne sont pas engagés en qualité de juges spécialisés. Certains juges suppléants du TF ont néanmoins été choisis pour leurs connaissances spécialisées dans un domaine particulier¹⁷.

3 Présentation du projet

3.1 Réglementation proposée

3.1.1 Séparation plus claire entre les fonctions d'enquête et de décision

Réduction de la taille et spécialisation de la commission

La composition de la commission doit être réduite et spécialisée. Le projet propose de réduire la taille de la commission, qui ne compterait plus que 5 à 7 membres, au lieu de 11 à 15 actuellement. Il est en outre prévu de renoncer à la représentation d'associations, ce qui

¹⁴ Cf. rapport final de la commission d'experts, chap. 14.

¹⁵ Cf. Sanctions administratives pécuniaires, rapport du Conseil fédéral du 23 février 2022 donnant suite au postulat 18.4100 de la CIP-N du 1^{er} novembre 2018 (FF 2022 776).

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

¹⁷ Rapport final de la commission d'experts, p. 84.

signifie que ces dernières ne pourront plus proposer de candidats au Conseil fédéral. Le but n'est pas d'interdire aux membres d'une association de siéger à la commission, mais de garantir que la sélection s'effectue strictement sur la base des profils d'exigences, afin de renforcer la spécialisation de l'autorité. Cette mesure est notamment rendue nécessaire par la réduction de la taille de la commission. Enfin, il est proposé d'augmenter autant que possible les taux d'activité des membres de la COMCO. Cette dernière reste néanmoins une autorité de milice, ce qui implique que les taux d'activité doivent être déterminés au cas par cas et non pas fixés dans la loi.

Les adaptations proposées permettent de renforcer la commission, notamment vis-à-vis de son secrétariat. Le but est de parvenir à une prise de décision plus efficace au sein de la commission, et un meilleur contrôle du secrétariat. La taille optimale d'un organe de décision est nettement inférieure à celle de la commission actuelle. Réduire le nombre de membres est propre à favoriser les débats au sein de la commission et à limiter le risque d'une trop grande dispersion des responsabilités : plus la commission est petite, plus la responsabilité de chacun de ses membres dans les décisions prises est importante. L'accent mis sur les profils d'exigences lors de la sélection des membres et une éventuelle augmentation de leur taux d'activité garantissent en outre qu'ils puissent examiner de manière approfondie les propositions du secrétariat et les prises de position des parties. Dans l'ensemble, la commission se verrait ainsi renforcée dans son rôle, qui consiste à évaluer les propositions et prises de position de manière aussi critique et approfondie que nécessaire.

Pas d'implication de la commission avant la phase de décision

L'obligation de solliciter un membre de la présidence durant la phase d'enquête est abrogée. L'enquête est aujourd'hui menée principalement par le secrétariat, mais certains membres de la commission sont impliqués à différentes étapes de la procédure. À titre d'exemple, les décisions de procédure doivent être rendues avec l'accord de l'un des membres de la présidence, et il en va de même pour l'ouverture des enquêtes et les ordonnances de perquisition. Quant aux mesures provisionnelles, elles doivent être prononcées par la commission. Le projet permet au secrétariat d'ouvrir des enquêtes et d'ordonner des perquisitions sans accord préalable d'un membre de la commission. Le secrétariat pourra également rendre des décisions de procédure de manière autonome. Une exception est toutefois prévue pour les mesures provisionnelles, qui créent souvent un fait accompli et ont donc une portée considérable¹⁸. Sont également exclus les cas de récusation litigieux (cf. art. 10 de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA]¹⁹).

Ces mesures permettent une séparation plus nette entre l'enquête et la décision, et raccourcissent les procédures. Il s'agit notamment d'éviter toute implication de membres de la présidence en amont de la décision. Une implication précoce est susceptible de donner lieu à un « biais de confirmation » problématique et compromettre ainsi l'indépendance de jugement dans la phase décisionnelle. Une intégration précoce de membres de la présidence dans l'enquête leur confère en outre une longueur d'avance sur les autres membres de la commission, ce qui peut favoriser une concentration des pouvoirs au sein de la présidence. Les mesures proposées permettent de réduire ce risque. Elles suppriment des éléments de contrôles et contrepoids entre le secrétariat et la commission au profit d'une séparation plus stricte. Si, pris isolément, de tels éléments se justifient – l'ouverture d'une enquête ou une perquisition peuvent en effet avoir des conséquences très lourdes pour les entreprises concernées –, les modifications soumises sont pertinentes pour plusieurs raisons. Premièrement, dans la pratique, le membre de la présidence impliqué ne s'oppose presque jamais à l'ouverture d'une enquête. Les perquisitions et les décisions de procédure susceptibles de causer des préjudices irréparables peuvent en outre être contestées devant les tribunaux, de sorte qu'un contrôle par un membre de la présidence n'apparaît pas nécessaire. Deuxièmement, une séparation des fonctions plus rigoureuse permet de renforcer le système de contrôles et de contrepoids dans son

¹⁸ Rapport final de la commission d'experts, p. 100.

¹⁹ RS 172.021

ensemble, dès lors que la commission peut statuer sans risque de partialité. Enfin, l'obligation pour un membre de la présidence de participer aux décisions de procédure entraîne une charge administrative supplémentaire et allonge la durée des procédures. Les décisions de procédure visent notamment à clarifier les questions de procédure litigieuses, en lien par exemple avec les convocations aux auditions, l'évaluation de demandes de prolongation de délai ou la présence de secrets d'affaires dans des documents. L'obligation légale de solliciter l'un des membres de la présidence, qui exercent une fonction de milice, n'est ni indiquée ni efficace dans de tels cas.

Principe de la participation du secrétariat dans les délibérations

Le projet propose d'introduire le principe selon lequel le secrétariat, lorsqu'il participe aux délibérations de la COMCO, répond uniquement aux questions de la commission et ne prononce pas de plaidoirie en l'absence des parties. Des collaborateurs du secrétariat prennent part aux séances de la commission en qualité de greffiers, contrairement aux représentants des entreprises mises en cause. Or une telle participation affaiblit la séparation entre l'enquête et la décision, même si les collaborateurs en question ne sont pas directement impliqués dans la prise de décision. Dans une certaine mesure, le secrétariat se retrouve à la fois « accusateur public » et « greffier ». La présence de collaborateurs du secrétariat lors des délibérations de la commission est certes pertinente pour la rédaction finale des décisions de la COMCO et ne pose pas problème au regard de l'état de droit, mais elle peut être perçue comme dérangeante par les entreprises ou leurs représentants. C'est pourquoi une séparation complète entre le secrétariat et la commission (modèle d'autorité administrative à deux niveaux avec séparation stricte) a été examinée, avant d'être rejetée en raison notamment des pertes d'efficacité qu'elle entraînerait (cf. ch. 1.2.1). La solution retenue consiste donc à préciser, dans la loi, le rôle joué par le secrétariat dans les délibérations de la COMCO.

Cette mesure renforce encore davantage la séparation entre enquête et décision. Elle garantit que la fonction du secrétariat dans la phase de décision se limite à l'essentiel (réponse aux questions et rédaction de la décision). De son côté, la COMCO est tenue de jouer un rôle actif, car elle doit poser des questions concrètes au secrétariat (généralement mieux informé) si elle souhaite bénéficier de sa connaissance du dossier. La rédaction finale de la décision peut toujours être effectuée par un membre de la présidence, en collaboration avec le secrétariat.

3.1.2 Renforcement des droits des parties au cours de l'enquête

Communication du résultat provisoire de l'administration des preuves

Une fois que l'essentiel des investigations a été mené à bien et au plus tard un an après l'ouverture d'une enquête, le secrétariat sera tenu de communiquer le résultat provisoire de l'administration des preuves aux parties concernées par l'enquête. Ces dernières seront informées des faits provisoirement établis, des griefs reprochés et des conséquences juridiques envisagées. Dans la pratique actuelle, le secrétariat procède déjà de cette manière si un accord amiable est recherché ; si tel n'est pas le cas, il renonce souvent à communiquer de manière aussi explicite. Il préfère généralement confronter oralement les parties aux griefs qui leur sont reprochés lors d'auditions et leur donner la possibilité de prendre position dans ce cadre. Il transmet en outre systématiquement aux parties sa proposition à la COMCO, afin que celles-ci puissent prendre position par écrit, comme le prévoit l'art. 30, al. 2, LCart. Cette pratique est critiquée car, si aucun accord amiable n'est conclu, les parties ne peuvent répondre pleinement aux reproches formulés qu'à un stade tardif de la procédure. Leur position écrite n'a, de ce fait, que peu d'influence sur la proposition adressée à la commission par le secrétariat. Dans la mesure où cette proposition revêt souvent la forme d'un projet de décision, les parties concernées par l'enquête peuvent en outre avoir l'impression de ne pouvoir s'exprimer que sur des faits accomplis. Le projet prévoit qu'une telle communication soit effectuée dans tous les cas à l'avenir : les parties pourront alors s'exprimer sur les faits, demander des

mesures complémentaires d'administration des preuves, et prendre connaissance de l'évaluation provisoire du secrétariat et des conséquences juridiques possibles. En vertu du principe de la présomption d'innocence, cette évaluation devra toutefois être effectuée avec prudence. Sur la base des réponses des parties, le secrétariat examinera ensuite les éléments de preuve, recueillera, le cas échéant, des preuves supplémentaires, et rédigera une proposition qu'il soumettra (comme c'est déjà le cas aujourd'hui) aux parties pour qu'elles puissent prendre position de manière exhaustive (art. 30, al. 2, LCart).

Cette mesure permet de se rapprocher de la maxime d'accusation²⁰. Les entreprises mises en cause obtiendront ainsi plus rapidement une évaluation du secrétariat concernant les éléments de fait pouvant être retenus lors de la décision, ce qui leur permettra de préparer leur défense en conséquence. Elles auront en outre la possibilité de prendre pleinement position sur les faits avant que le secrétariat ne rédige sa proposition. Ce dernier devra donc tenir compte de ces remarques dans sa proposition à la commission. Si cette mesure risque de prolonger légèrement la procédure, elle permet aussi de renforcer le droit de prendre part à la procédure revenant aux entreprises concernées par l'enquête. Le délai réduit accordé pour la communication des griefs obligera en outre le secrétariat à achever l'essentiel de l'enquête dans un délai d'un an. À titre exceptionnel, ce délai pourra être prolongé d'un an au maximum. Il n'est pas prévu que cette prolongation soit accordée par la COMCO, car cela irait à l'encontre d'une séparation plus stricte entre l'enquête et la décision ; le secrétariat devra toutefois motiver la prolongation du délai à l'attention des parties. Si la procédure est prolongée du fait des parties ou de tiers, le délai est étendu en conséquence.

Consultation dans une salle de données

Le secrétariat peut autoriser plus facilement les parties à consulter dans une salle de données les pièces contenant des secrets d'affaires ou liés à des autodénonciations. À l'heure actuelle, une telle consultation n'est possible qu'avec l'accord des parties ; dorénavant, lorsque des intérêts publics ou privés prépondérants le justifient, le secrétariat pourra, en prenant les précautions qui s'imposent (consultation dans une salle de données), donner accès à des données contenant des secrets d'affaires à des tiers mandatés et ce, même sans le consentement des entreprises concernées. Cette mesure peut notamment s'avérer nécessaire lorsqu'il n'est pas possible de caviarder les secrets d'affaires ou lorsque cela retarderait trop la procédure.

- Le caviardage des secrets d'affaires n'est souvent pas possible dans les données brutes. Dans le cadre de ses enquêtes et de l'examen de concentrations d'entreprises, le secrétariat collecte des données (sur les prix, p. ex.) qui contiennent des secrets d'affaires ou qui relèvent, dans leur ensemble, du secret d'affaires. Les entreprises mises en cause peuvent avoir intérêt à consulter ces données brutes afin de procéder à leurs propres analyses et d'exercer ainsi leurs droits de la défense.
- Les entreprises mises en cause peuvent également avoir un intérêt légitime à consulter les documents saisis ou les communications intégrales (messages instantanés, p. ex.) afin de pouvoir exercer leurs droits de la défense. Or, le caviardage des secrets d'affaires empêche souvent ces entreprises de vérifier elles-mêmes si les éléments à décharge contenus dans les moyens de preuve ont été pris en considération. Dans certains cas, le conflit entre la préservation des intérêts au maintien du secret et les droits de la défense peut bloquer la procédure durant des années.

La consultation dans une salle de données constitue une solution législative appropriée au conflit d'intérêts entre les droits de la défense d'une entreprise mise en cause et les intérêts de tiers en matière de confidentialité, tout en contribuant à accélérer la procédure.

²⁰ Rapport final de la commission d'experts, p. 73.

3.1.3 Accélération et renforcement de la procédure de recours

Création de postes de juges spécialisés (exerçant à titre accessoire)

À l'heure actuelle, le recours à des juges suppléants ou à des juges spécialisés n'est pas prévu au sein du TAF. L'absence de juges suppléants, en particulier, distingue le TAF des trois autres tribunaux fédéraux, à savoir le TF, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral des brevets. Les juges du TAF sont tous des généralistes employés à titre principal (à plein temps ou à temps partiel) pouvant en principe être attribués à toutes les cours du tribunal. Le Parlement ne peut pas les élire à une cour spécifique. Par conséquent, rares sont les juges du TAF à avoir été choisis pour leurs connaissances spécifiques en matière de droit des cartels. Contrairement à la COMCO, par exemple, le TAF ne compte aucun juge qui dispose de connaissances approfondies en économie en lieu et place d'une formation juridique ; il en va de même pour les greffiers qui y travaillent. À l'heure actuelle, les connaissances économiques sont principalement apportées en interne par les services scientifiques (1 à 2 postes).

Le manque de connaissances spécifiques (économiques) au sein du TAF est régulièrement critiqué, car les procédures relevant du droit des cartels sont souvent très complexes et requièrent une évaluation de questions économiques. Les juges chargés de ces procédures doivent donc se familiariser avec les questions économiques pertinentes ou faire appel à des experts externes ; dans les deux cas, les démarches nécessaires prennent du temps et peuvent prolonger la procédure. Une certaine dépendance vis-à-vis de la COMCO, qui, grâce à son secrétariat, dispose de ressources techniques bien plus importantes, est en outre presque inévitable. Il peut d'ailleurs arriver que le TAF lui accorde un « pouvoir d'appréciation technique », ce qui est admissible selon le TF, pour autant que le TAF expose et motive les raisons pour lesquelles il se rallie à l'avis de la COMCO²¹. Enfin, il est avancé que la qualité des arrêts rendu par le TAF pourrait être améliorée si la cour appelée à statuer disposait de connaissances techniques supplémentaires. À cet égard, il est fait référence aux expériences positives du Tribunal fédéral des brevets, de l'ancienne Commission de recours en matière de concurrence et des tribunaux spécialisés existant dans d'autres juridictions.

Les procédures relevant du droit des cartels seront désormais confiées à des juges suppléants qui disposent des connaissances spécialisées requises. À cette fin, le projet prévoit la création d'une base légale permettant au TAF de faire appel à des juges suppléants susceptibles d'apporter des connaissances spécifiques en matière de droit des cartels. Les personnes élues par l'Assemblée fédérale et disposant de connaissances économiques et en droit des cartels seront affectées directement à la cour compétente en la matière. Les juges suppléants devront donc obligatoirement exercer une fonction de juge spécialisé en droit des cartels. Il est également prévu que les cours appelées à statuer sur des affaires relevant du droit des cartels devront comprendre au moins un juge disposant de connaissances économiques spécialisées. Lors de la création du TAF, le législateur a certes renoncé au recours à des juges suppléants, car il souhaitait garantir le professionnalisme par le biais d'une activité à titre principal²². Pour les raisons exposées ci-après, le Conseil fédéral estime toutefois que le recours à des juges suppléants dans le domaine du droit des cartels est judicieux.

Les nouvelles dispositions visent à accélérer les procédures devant le TAF, à renforcer l'indépendance de ce dernier vis-à-vis de la COMCO et à améliorer la qualité des arrêts rendus.

- *Accélération de la procédure* : les juges disposant de connaissances spécialisées peuvent se familiariser plus rapidement avec les faits pertinents pour l'affaire. Ils facilitent en outre la compréhension interdisciplinaire, ce qui devrait permettre de réduire la charge de travail des autres juges, qui n'auraient plus à se familiariser avec les aspects

²¹ ATF 139 I 72 consid. 4.6

²² Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale (FF 2001 4000), p. 4177 s.

techniques d'une affaire²³. Par ailleurs, les juges spécialisés seront affectés exclusivement ou, du moins, principalement à leur domaine de compétence, ce qui permettra de mieux les canaliser vers les affaires relevant du droit des cartels. Les juges suppléants permettent notamment de réagir avec souplesse à la variabilité du volume de travail des tribunaux²⁴. Même s'ils ne sont guère en mesure de venir à bout d'une surcharge persistante des tribunaux, ils devraient néanmoins contribuer à accélérer les procédures. Une célérité accrue, y compris de la part du TF, pourrait permettre d'accorder une plus grande attention aux aspects déterminants pour la décision. On reproche parfois au TAF de livrer des explications juridiques détaillées qui, parfois, ne sont pas pertinentes pour l'affaire traitée²⁵. Une approche plus ciblée pourrait être mise en place grâce aux juges spécialisés, ces derniers étant plus à même d'évaluer quels aspects sont pertinents ou non dans une affaire. Il convient toutefois de noter que les juges exerçant à titre accessoire ont également besoin de temps pour se familiariser avec la pratique du tribunal. Or il se peut que leurs disponibilités soient insuffisantes pour leur permettre de travailler régulièrement pour le tribunal.

- *Qualité et acceptation* : le recours à des juges spécialisés permet au tribunal de mieux examiner les considérants techniques de l'instance précédente²⁶. Leur intervention peut renforcer l'indépendance du TAF vis-à-vis de la COMCO, notamment dans l'appréciation économique des faits. Les juges spécialisés peuvent également contribuer à faciliter la compréhension des motifs des décisions. À titre d'exemple, il devrait être plus facile pour un économiste d'expliquer pourquoi un certain comportement est préjudiciable ou non à l'économie, ce qui peut accroître l'acceptation des jugements.

Assouplissement du principe de concentration en cas de recours devant le TAF

Les décisions de la COMCO peuvent faire l'objet d'un recours devant le TAF dans un délai de 30 jours. Conformément à l'art. 53 PA, un délai peut être accordé au recourant afin de lui permettre de compléter les motifs, si l'étendue exceptionnelle ou la difficulté particulière de l'affaire le commande. Il s'agit d'une disposition dérogatoire qui n'est appliquée que de manière restrictive par le TAF, un délai supplémentaire n'étant guère envisageable lorsque le représentant légal connaît parfaitement le dossier et n'a pas besoin de se familiariser avec la procédure²⁷. Néanmoins, les décisions de la COMCO sont souvent très volumineuses (dépassant parfois largement les 200 pages) et les faits complexes. Si, à la suite d'une enquête de plusieurs années, la commission rend une décision proportionnelle à la complexité de l'affaire, un délai de recours de 30 jours semble disproportionné. Les critiques régulièrement formulées selon lesquelles les entreprises recourantes se trouvent d'emblée en position de faiblesse abondent dans ce sens²⁸.

Un délai supplémentaire sera désormais accordé pour compléter les motifs, lorsque la décision de la COMCO est volumineuse. Par analogie avec l'art. 53 PA, la modification proposée prévoit que ce délai devra faire l'objet d'une demande, mais elle ne constituera pas une disposition dérogatoire, contrairement à la disposition de la PA. L'allongement de la procédure devant le TAF qui peut découler de cette mesure est acceptable, d'une part parce que le délai ainsi accordé est négligeable au regard de la durée totale de la procédure et, d'autre part, parce que cette mesure contribue à mieux assurer l'égalité des armes entre les entreprises recourantes et la COMCO, ce qui est un objectif important de la réforme proposée.

²³ A. Rüefli, *Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien*, Berne, 2018 (cit. Rüefli), ch. 269 ss.

²⁴ Cf. message du Conseil fédéral du 7 décembre 2007 sur la loi sur le Tribunal fédéral des brevets (FF 2008 373), p. 382.

²⁵ Cf. rapport final de la commission d'experts, p. 84.

²⁶ Rüefli (op. cit.), ch. 250 ss.

²⁷ Cf. arrêt du TAF A-1604/2006 du 4 mars 2010.

²⁸ Cf. remarques relatives aux auditions de la commission d'experts dans son rapport final, p. 38.

3.2 Mise en œuvre

Aucun problème fondamental ne devrait entraver la mise en œuvre du projet. Pour ce qui est de la COMCO, des dispositions transitoires concernant la taille de la commission et la participation de représentants des groupes d'intérêts seront probablement nécessaires, dans la mesure où les adaptations devraient idéalement être effectuées lors du renouvellement intégral prévu pour 2028. La création de postes de juges suppléants requiert la modification de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale du 15 mars 2024 sur les postes de juge près le Tribunal administratif fédéral²⁹ et l'adoption, par l'Assemblée fédérale, d'une ordonnance relative aux indemnités journalières des juges suppléants du Tribunal administratif fédéral³⁰. Le TAF devra en outre adapter son règlement³¹.

Parallèlement à la réforme des autorités en matière concurrence, la mise en œuvre au niveau national du paquet Suisse-UE négocié est en cours d'élaboration (consultation simultanée). Une chambre des aides au sein de la COMCO assumera le rôle d'autorité de surveillance dans le cadre du nouveau système de surveillance des aides d'État. Sa mission principale consistera à examiner les aides prévues dans les domaines couverts par l'accord sur les transports terrestres, l'accord sur le transport aérien et l'accord sur l'électricité quant à leur compatibilité avec le droit matériel des aides d'État de l'UE. Dans ce cadre, elle sera amenée à rendre des avis non contraignants et à déposer des recours contre des aides illégales. La chambre des aides d'État sera composée de trois experts indépendants nommés par le Conseil fédéral. À l'exception d'un membre appartenant également à la présidence de la COMCO, les deux autres membres de la chambre ne participeront pas aux autres séances de la COMCO.

4 Commentaire des dispositions

4.1 Loi sur les cartels

Art. 18 Commission de la concurrence

Al. 2 : l'art. 18, al. 2, AP-LCart contient deux nouveautés. Premièrement, il est prévu de réduire la taille de la commission : actuellement composée de 11 à 15 membres, la commission ne comptera plus que 5 à 7 membres. Deuxièmement, la commission devra être constituée exclusivement d'experts, et non plus d'une majorité d'experts. Idéalement, la nouvelle réglementation pourrait prendre effet au moment du prochain renouvellement intégral de la COMCO, en 2028.

S'agissant de la réduction de la taille de la commission : l'objectif est de renforcer la commission par rapport à son secrétariat (cf. ch. 3.1.1). Une commission de sept membres est déjà un peu grande à cet égard. Quelle que soit la taille de la commission, il est essentiel que les différentes disciplines (en particulier le droit et l'économie) y soient représentées, de même que des profils aussi bien professionnels qu'académiques. La composition de la commission doit également satisfaire aux exigences fixées à l'art. 8c de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)³², selon lequel les femmes et les hommes doivent être représentés à hauteur de 40 % au moins, et à l'art. 8c^{bis} OLOGA concernant la représentation des différentes régions linguistiques. La fourchette de cinq à sept membres vise à permettre au Conseil fédéral de répondre plus facilement à ces exigences. En outre, la réduction de la taille de la commission ne remet pas en cause l'actuel système des chambres. La commission compte actuellement deux chambres, la chambre pour les décisions partielles et la chambre pour les concentrations d'entreprises, composée chacune de trois membres.

²⁹ RS 173.321

³⁰ Par analogie avec les ordonnances correspondantes pour le Tribunal fédéral (RS 172.121.2), le Tribunal pénal fédéral (RS 173.713.152) et le Tribunal fédéral des brevets (RS 173.411).

³¹ RS 173.320.1

³² RS 172.010.1

S'agissant de la composition de la commission : la règle selon laquelle la commission doit désormais se composer exclusivement d'experts indépendants ne veut pas dire que les membres d'une association économique ou d'une organisation de protection des consommateurs en seront exclus. Cela signifie simplement que ces organisations ne pourront plus, comme aujourd'hui, soumettre des candidatures au Conseil fédéral – et bénéficier ainsi d'une représentation garantie de facto au sein de la COMCO. La loi en vigueur ne prévoit d'ailleurs aucun droit de siéger au sein de la commission, même si, dans les faits, le Conseil fédéral nomme toujours les candidats proposés par les associations. Le changement de la composition de la commission est une conséquence inévitable de la réduction du nombre de membres. Il permet, d'une part, de préserver l'indépendance de la COMCO et, d'autre part, de s'assurer que tous les membres de la commission soient choisis sur la base de profils d'exigences. Il est prévu que ces profils d'exigences soient hétérogènes. Une académisation de la COMCO n'est pas le but recherché. Outre des professeurs experts en droit de la concurrence ou en économie industrielle, les juges cantonaux, les avocats et d'autres personnes issues de l'économie privée disposant de connaissances spécialisées pertinentes entreront également en ligne de compte.

Les taux d'activité des membres de la commission ne sont pas fixés dans la LCart. Ils se situent aujourd'hui entre 50 % (pour la présidente) et 25 % (pour les membres). Afin de renforcer davantage la commission par rapport à son secrétariat, une augmentation des taux d'activité serait toutefois souhaitable. La COMCO reste cependant une autorité de milice. Une augmentation des taux d'activité pourrait donc s'avérer compliquée, d'autant qu'il ne faudrait pas que cela dissuade des candidats qualifiés de postuler. Par conséquent, le Conseil fédéral continuera de fixer individuellement le taux d'activité des membres de la commission.

L'avant-projet de loi fédérale sur la surveillance des aides d'État (cf. ch. 3.2) prévoit la création d'une nouvelle chambre, la chambre des aides d'État. Pour y siéger, deux membres supplémentaires de la COMCO seront nécessaires. Ils ne participeront toutefois qu'aux séances de la chambre des aides d'État et n'assisteront donc pas aux autres séances de la COMCO. Dans le cas où la loi fédérale sur la surveillance des aides d'État ne serait pas adoptée, il faudrait reformuler en conséquence l'art. 18, al. 2, AP-LCart.

Art. 23 Tâches du secrétariat

Al. 1 : actuellement, le secrétariat ne peut prendre de décisions de procédure qu'avec un membre de la présidence de la commission. Désormais, le secrétariat n'aura plus à solliciter un membre de la commission pour ce type de décision. Des adaptations analogues sont prévues aux art. 27 et 42 LCart, concourant à une séparation plus claire entre l'enquête et la décision. L'objectif est d'éviter toute implication précoce des membres de la commission et de renforcer ainsi l'impartialité de celle-ci dans la phase de décision (cf. ch. 3.1.1). En outre, la participation de membres de la commission au stade de l'enquête n'est pas indiquée du fait de leur fonction de milice ainsi que de leur absence de connaissance du dossier ; elle constitue un obstacle bureaucratique inutile.

Les décisions de procédure sont des décisions incidentes, destinées notamment à clarifier les questions de procédure litigieuses concernant par exemple l'audition de représentants des parties et de témoins, l'appréciation du droit de refuser de témoigner, l'étendue du droit de consulter les pièces, la séparation des procédures ou les délais. La possibilité de prendre des décisions de publication sur la base de l'art. 23, al. 1, LCart est controversée³³. Quant aux mesures provisionnelles, elles ne sont pas prises par le secrétariat. En raison de leur portée et du caractère préjudiciable de la décision finale, elles sont adoptées par la COMCO elle-même et continueront de l'être à l'avenir. Il en va de même des cas de récusation contestés (cf. art. 10 PA). Certaines décisions incidentes peuvent faire l'objet d'un recours séparé devant le TAF, conformément aux art. 45 et 46 PA. C'est notamment le cas des décisions incidentes suscep-

³³ Cf. D. Bruch et S. Meier, KG-Kommentar, DIKE, 2018, n° 71 ad art. 23.

tibles de causer un préjudice irréparable (comme la divulgation de secrets d'affaires). Les parties peuvent contester les décisions incidentes qui ne risquent pas de causer un préjudice irréparable en même temps que la décision finale. Les voies de droit ne présentent ainsi aucune lacune. La tâche assignée à la commission de superviser les décisions de procédure du secrétariat est aujourd'hui essentiellement théorique et ne présente guère d'utilité pratique. Elle peut donc être supprimée sans problème.

Al. 1^{bis} (nouveau) : les délibérations de la COMCO ont lieu en règle générale après l'audition des parties. Outre les membres de la commission, le directeur du secrétariat et les collaborateurs du secrétariat désignés par lui prennent part aux séances de la commission. Le Surveillant des prix peut également y assister et dispose d'une voix consultative. Les délibérations sont dirigées par la présidente de la COMCO. La participation du secrétariat aux séances de la commission est importante principalement pour deux raisons. Premièrement, les collaborateurs du secrétariat chargés de l'enquête disposent d'une excellente connaissance de l'affaire. Leur présence est donc utile lorsque des questions concrètes sont soulevées au cours des délibérations (sur des pièces du dossier, p. ex.). Deuxièmement, ce sont les collaborateurs compétents du secrétariat qui rédigent la décision de la COMCO, d'où la nécessité qu'ils assistent aux délibérations. Ces deux tâches demeurent inchangées. Par contre, le secrétariat ne pourra plus fournir des explications qui ne répondent pas à une question concrète des membres de la COMCO ni prononcer de plaidoirie en l'absence des parties. Une invitation générale adressée au secrétariat pour qu'il défende sa proposition ne serait par exemple plus autorisée en l'absence des parties.

Art. 27 Ouverture d'une enquête

Al. 1 : actuellement, le secrétariat ne peut ouvrir une enquête qu'avec un membre de la présidence de la commission. Désormais, il ouvrira seul les enquêtes. La commission pourra cependant toujours le charger d'ouvrir une enquête. Des adaptations analogues sont prévues aux art. 23 et 42 LCart. Toutes ces adaptations se traduisent par une séparation plus claire entre l'enquête et la décision, avec pour objectif de renforcer l'impartialité de la commission dans la phase de décision (cf. ch. 3.1.1). Dans le cadre de la révision partielle en cours de la LCart³⁴, le Conseil fédéral propose de modifier la 2^e phrase de l'al. 1. Cette proposition n'a toutefois aucune incidence sur la modification proposée ici, qui ne concerne que la 1^{re} phrase.

Art. 28a (nouveau) Communication du résultat provisoire de l'administration des preuves

Al. 1 : le nouvel art. 28a AP-LCart donne aux parties la possibilité de prendre position de manière détaillée sur le résultat provisoire de l'administration des preuves et de soumettre des réquisitions de preuves complémentaires avant que le secrétariat achève l'administration des preuves et formule sa proposition à l'intention de la commission. Conformément à cette disposition, le secrétariat est tenu d'informer par écrit les parties concernées par l'enquête du résultat provisoire de l'administration des preuves, et ce, dès qu'il a mené à bien l'essentiel des investigations, mais au plus tard un an après l'ouverture de l'enquête. Une communication aux personnes impliquées dans la procédure sans qualité pour agir n'est pas indiquée à ce stade précoce. Le délai maximal d'un an permet de répondre à la demande de la motion 22.4404 Rechsteiner Thomas « Accélérer les procédures pour accroître la sécurité juridique ». Elle oblige le secrétariat à conduire rapidement l'essentiel des investigations. Le secrétariat informe les parties concernées par l'enquête, sur la base d'une évaluation préliminaire, des faits provisoirement établis, des griefs reprochés et des conséquences juridiques prévues. Les parties ont ensuite le droit de se prononcer et de présenter des réquisitions de preuves dans un délai raisonnable. Le secrétariat peut s'écarter du résultat provisoire de l'administration des preuves dans la proposition qu'il soumet à la commission. De même, il peut procéder à des investigations supplémentaires si les parties ont contesté tout ou partie du résultat provisoire de l'administration des preuves. Si le secrétariat étend la portée d'une enquête sur le plan matériel,

³⁴ FF 2023 1463

temporel ou spatial, notamment parce que les investigations ont fait naître des soupçons plus larges, le délai ne commence à courir qu'à partir de l'extension de l'enquête. Sans report du délai, les questions de fait supplémentaires ne pourraient pas être dûment clarifiées. Les parties à la procédure peuvent faire référence à la communication dans leur prise de position adressée à la commission.

Aucune conséquence juridique spécifique n'est prévue pour le cas où l'essentiel de l'enquête ne pourrait être mené à bien dans le délai imparti et où le résultat provisoire de l'administration des preuves ne pourrait donc pas être communiqué en temps utile. L'absence de conséquence juridique est conforme à la nature juridique de ce délai, qui est un délai d'ordre.

Al. 2 : le délai prévu à l'al. 1 est volontairement court, afin que les parties soient informées le plus rapidement possible des griefs concrets qui leur sont reprochés. Il faut néanmoins que le secrétariat dispose d'assez de temps pour mener les investigations nécessaires dans le respect des droits des parties et pour en apprécier provisoirement le résultat. Un délai de 12 mois devrait suffire dans la plupart des cas. Lorsqu'une affaire est particulièrement complexe, qu'elle implique de nombreuses parties, qu'elle nécessite des mesures d'enquête étendues (perquisitions, analyse de données saisies, plusieurs séries d'auditions, etc.) ou la coordination avec des autorités de la concurrence étrangères, un délai d'une année paraît relativement court pour mener à bien l'essentiel des investigations et formuler un résultat probant de l'administration des preuves. C'est pourquoi le secrétariat peut prolonger ce délai d'une durée maximale de 12 mois. Il doit motiver la prolongation du délai à l'attention des parties et leur communiquer un calendrier.

Al. 3 : le délai court de l'ouverture de l'enquête par le secrétariat jusqu'à la communication du résultat provisoire de l'administration des preuves. Il ne prend pas en compte les prolongations de la procédure qui ne sont pas imputables au secrétariat. L'appréciation des demandes de récusation ou de prolongation de délai, les réquisitions de preuves, les procédures de recours contre des décisions de procédure et les mises sous scellés selon l'art. 50, al. 3, de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA)³⁵ prennent souvent beaucoup de temps et se situent au moins partiellement en dehors de la sphère d'influence du secrétariat.

Art. 42 Mesures d'enquête

Al. 2 : les perquisitions et les saisies sont actuellement ordonnées par un membre de la présidence sur proposition du secrétariat. Elles seront désormais ordonnées directement par le directeur du secrétariat. Il en va de même de la possibilité de fouiller des personnes, proposée dans le cadre de la révision partielle en cours de la LCart³⁶. Des adaptations analogues sont en outre prévues aux art. 23 et 27 LCart. Toutes ces adaptations se traduisent par une séparation plus claire entre l'enquête et la décision. L'objectif est de renforcer ainsi l'impartialité de la commission dans la phase de décision (cf. ch. 3.1.1). Le fait que les perquisitions soient ordonnées par le directeur correspond à la solution usuelle (art. 48, al. 3, DPA).

Art. 42a (nouveau) Consultation dans une salle de données

Al. 1 : une nouvelle base légale est créée pour la consultation dans une salle de données. Elle permet, moyennant des mesures de protection particulières, de mettre à disposition des données contenant des secrets d'affaires ou liées à des autodénonciations. Cette disposition représente une dérogation au principe de la protection absolue des secrets d'affaires découlant de l'art. 25, al. 4, LCart.

Pour ordonner, dans un cas d'espèce, la consultation dans une salle de données, il faut un intérêt public ou privé prépondérant, comme la protection des informations liées aux autodénonciations ou les droits de la défense des parties. Les autorités doivent procéder à une pesée

³⁵ RS 313.0

³⁶ FF 2023 1463

minutieuse des intérêts déterminants, en particulier l'intérêt à la consultation, l'intérêt au maintien du secret et l'intérêt à une conduite efficace et rapide de la procédure. Le recours à une salle de données est expressément limité à deux cas de figure : la consultation des autodénonciations et la consultation de secrets d'affaires. Selon la pratique actuelle, la consultation des autodénonciations a déjà lieu uniquement dans les locaux des autorités en matière de concurrence, sans remise de copies des pièces consultées, afin que l'autodénonciation reste un outil efficace. S'agissant des secrets d'affaires, le texte légal précise que l'accès n'est pas accordé aux parties elles-mêmes, mais uniquement à des tiers mandatés par elles, lesquels sont soumis à des règles spécifiques (cf. al. 2). Une disposition importante pour préserver les secrets d'affaires est ainsi inscrite dans la loi.

L'art. 42a AP-LCart, qui est formulé comme une disposition potestative, ne confère aucun droit à la consultation dans une salle de données. Dans certains cas, une autre option possible est la communication du contenu essentiel des pièces tenues secrètes, comme le prévoit déjà le droit en vigueur (art. 28 PA).

La décision d'ordonner la consultation dans une salle de données constitue une décision incidente. Elle peut être attaquée conformément aux dispositions de la PA. Si le détenteur d'un secret d'affaires s'oppose à la divulgation de celui-ci, la décision d'ordonner la consultation dans une salle de données devrait pouvoir être contestée séparément (art. 46, al. 1, let. a, PA). Les autorités de recours sont le TAF et, en dernière instance, le TF.

Al. 2 : cette disposition charge le Conseil fédéral de préciser les conditions et les modalités de la consultation dans une salle de données, notamment aux fins de la préservation des intérêts au maintien du secret. Il pourrait s'agir, par exemple, d'interdire aux personnes qui consultent les documents, sous peine de sanctions pénales (cf. art. 292 du code pénal³⁷), de créer des copies, de révéler des secrets d'affaires ou d'utiliser le contenu des pièces consultées dans un autre but que celui de faire valoir les droits de la défense dans la procédure relevant du droit des cartels.

Art. 43a (nouveau) Mémoire complémentaire

La nouvelle disposition complète, par la formulation « si la décision attaquée est d'une portée très étendue », celle applicable jusqu'ici à l'octroi d'un délai pour compléter les motifs d'un recours devant le TAF (art. 53 PA). Cette règle de droit spécial modifie les conditions relatives à l'octroi d'un délai pour compléter les motifs du recours en ajoutant aux raisons possibles celle de la portée très étendue de la décision rendue par la COMCO. Ce qu'il faut considérer comme une « portée très étendue » dépend des circonstances de l'affaire. La formulation indique toutefois clairement que la disposition n'est pas dérogatoire. On peut ainsi considérer que les critères énoncés à l'art. 43a AP-LCart sont remplis lorsqu'une décision compte plus de 200 pages, même si un tel volume n'a rien d'exceptionnel pour une décision de la COMCO assortie de sanctions. L'objectif est de mieux assurer l'égalité des armes entre les recourants et la COMCO, et de renforcer la procédure de recours.

4.2 Loi sur le Tribunal administratif fédéral

Art. 1 Principe

Al. 3 : actuellement, le TAF ne connaît qu'une catégorie de juges, lesquels n'ont donc pas besoin d'une désignation spécifique. Avec l'introduction de la catégorie des juges suppléants, les autres juges doivent désormais être qualifiés, d'où l'ajout de l'adjectif « ordinaires ». La fourchette de 50 à 70 postes ne concerne que les juges ordinaires. Elle demeure inchangée malgré la création de postes de juges suppléants. Il incombe à l'Assemblée fédérale de fixer, dans son ordonnance sur les postes de juge près le Tribunal administratif fédéral, le nombre maximal exact de postes de juge, qui est actuellement de 65 postes à plein temps. Le plafond légal

³⁷ RS 311.0

(70 postes) n'a donc pas besoin d'être abaissé. La limite inférieure prévue par la loi (50 postes) n'appelle pas non plus d'ajustement, car elle a de fait une valeur purement indicative. La création de postes de juges suppléants n'y change rien, car les juges suppléants sont appelés à traiter uniquement des affaires relevant du droit des cartels.

Al. 3^{bis} (nouveau) : cet alinéa est la base légale des juges suppléants du TAF. Contrairement aux juges ordinaires, les juges suppléants exercent leurs fonctions judiciaires en plus de leur activité professionnelle principale. Ils sont normalement rémunérés par une indemnité journalière. Les juges suppléants du TAF doivent disposer de connaissances particulières et exercent donc une fonction de juge spécialisé. Ils peuvent aussi être sollicités pour absorber les pics d'activité du tribunal, mais ce n'est pas leur objectif premier. L'art. 1, al. 3^{bis}, AP-LTAF ne précise pas de quelles connaissances particulières les juges suppléants doivent disposer. Il est toutefois prévu que les juges suppléants soient attribués exclusivement au domaine 1 de la Cour II (droit des cartels et surveillance des prix). Cette affectation découle de l'art. 5, al. 3, AP-LTAF en relation avec l'art. 19, al. 2^{bis}, AP-LTAF : le Parlement élit des juges ayant des connaissances particulières en droit des cartels, lesquels seront attribués à la cour compétente en la matière. Tous les autres juges du TAF continueront d'être élus en tant que généralistes. Il n'est toujours pas prévu à ce stade de doter le TAF de juges suppléants exerçant une fonction généraliste.

Le nombre minimal ou maximal de postes de juges suppléants n'est pas fixé au niveau légal. Une telle indication ne serait pas judicieuse, l'idée étant de solliciter les juges suppléants en fonction des besoins, sans leur attribuer un taux d'activité fixe. Un nombre maximal pourrait néanmoins être défini dans l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les postes de juge près le Tribunal administratif fédéral. Ces dix dernières années, une trentaine de décisions finales de la COMCO ont fait l'objet d'un recours devant le TAF. Il convient de veiller à faire régulièrement appel aux juges suppléants, afin d'instaurer une forme de routine³⁸. Si chaque juge suppléant traite en moyenne 1 recours par an contre une décision de la COMCO, il faudrait 3 à 8 juges suppléants pour pouvoir affecter 1 ou 2 juges suppléants à chaque dossier. Cette fourchette devrait correspondre à 1 ou 2 postes à plein temps. Le nombre de postes de juges ordinaires pourrait être réduit en conséquence.

Art. 5 Élection

Al. 3 (nouveau) : les juges suppléants du TAF seront élus en qualité de juges spécialisés. Si l'élection de juges spécialisés à des postes de juges ordinaires n'est pas exclue, les personnes disposant de connaissances économiques qui n'ont pas de formation juridique ne pourront, dans la pratique, être élues qu'à des postes de juges suppléants. Non seulement leur domaine d'intervention sera limité, puisqu'elles seront uniquement habilitées à traiter des affaires relevant du droit des cartels, mais elles ne pourront pas non plus exercer la fonction de juge instructeur. Par ailleurs, le TAF devrait compter plusieurs juges spécialisés disposant de connaissances économiques afin de bénéficier d'une solide expertise dans ce domaine.

Le terme « connaissances économiques » ne vise pas en premier lieu les connaissances d'un secteur donné. Les affaires relevant du droit des cartels nécessitent généralement de déterminer en quoi une pratique donnée est (ou pourrait être) préjudiciable à la concurrence. Pour répondre à cette question, il faut en principe appliquer une théorie du préjudice, car un préjudice (potentiel) n'est pas aisément mesurable. Les théories du préjudice s'appuient sur l'économie industrielle, un domaine en constante évolution. De solides connaissances de ce domaine sont donc nécessaires pour pouvoir apprécier la cohérence d'une théorie du préjudice dans un cas d'espèce. Les profils recherchés sont non seulement des professeurs ayant des connaissances en microéconomie, mais aussi des personnes du secteur privé ayant un bagage comparable.

³⁸ Cf. Rüefli (op. cit.), ch. 445.

Art. 6 Incompatibilité à raison de la fonction

Al. 2 : cette disposition applicable aux juges suppléants du TAF s'inspire des règles d'incompatibilité applicables aux juges suppléants du TF et du Tribunal pénal fédéral. Quant aux juges suppléants du Tribunal fédéral des brevets, ils sont soumis à des règles plus souples, qui les autorisent à représenter des tiers à titre professionnel devant le Tribunal fédéral des brevets. Cette particularité du Tribunal fédéral des brevets répond à des considérations pratiques : une interdiction de représentation réduirait de façon excessive le cercle des juges spécialisés potentiels. De plus, cette solution a déjà fait ses preuves au sein des tribunaux cantonaux³⁹. Même si la fonction de juge suppléant du TAF est comparable à celle de juge suppléant du Tribunal fédéral des brevets, il ne semble pas nécessaire de prévoir des dispositions similaires. D'une part, le nombre prévu de juges suppléants du TAF est nettement inférieur à celui des juges suppléants du Tribunal fédéral des brevets. D'autre part, la restriction relative à la représentation de tiers ne concerne que les juges suppléants ayant une formation juridique. Comme la fonction de juge suppléant est exercée à titre accessoire, l'interdiction de représentation devant le TAF pourrait effectivement réduire le nombre de candidatures potentielles. Une telle restriction est cependant appropriée.

Art. 7 Autres activités

L'obligation d'obtenir une autorisation pour exercer d'autres activités, qui vise uniquement les juges ordinaires, s'inspire des règles applicables aux juges du TF, du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral des brevets.

Art. 16 Cour plénière

Al. 3 : les juges suppléants peuvent avoir un taux d'activité très faible au tribunal. Contrairement aux juges ordinaires qui exercent à temps partiel, il ne semble pas justifié d'accorder une voix à chacun d'eux dans les décisions de la cour plénière. C'est pourquoi une règle spéciale, similaire à celle proposée par le Conseil fédéral lors de la réforme avortée du droit des cartels de 2012⁴⁰, est prévue pour les juges suppléants.

Art. 19 Cours

Al. 2^{bis} (nouveau) : les juges suppléants sont élus par le Parlement en qualité de juges spécialisés en droit des cartels. Ils doivent dès lors être attribués par le tribunal à la cour compétente (en principe la Cour II selon l'organisation actuelle). Celle-ci traite les affaires concernant principalement l'économie, la concurrence et la formation. Le domaine « Droit des cartels et surveillance des prix » lui est rattaché. À noter que certaines affaires étroitement liées au droit des cartels sont traitées par la Cour I. Dans de tels cas, la présence de juges attribués à une autre cour dans la cour appelée à statuer est garanti sur la base de l'art. 21, al. 3, AP-LTAF.

Le fait que l'Assemblée fédérale choisisse de facto les juges attribués à une cour touche à la compétence d'auto-organisation du tribunal⁴¹. Cela se justifie toutefois en l'espèce, car le recours à des juges spécialisés dans des domaines non spécialisés n'a aucun sens et ne peut pas non plus être dans l'esprit du tribunal.

Art. 21 Composition

Al. 3 (nouveau) : la représentation adéquate des juges ayant une formation économique dans les cours appelées à statuer dépend des circonstances de la cause. Toutefois, que les juges soient au nombre de trois ou de cinq, cette nouvelle disposition implique que la cour appelée à statuer devra toujours compter au moins un juge ayant des connaissances économiques ou

³⁹ FF 2008 373, p. 394

⁴⁰ Cf. FF 2012 3631, p. 3687 ss., et rapport final de la commission d'experts, p. 111 s.

⁴¹ Cf. rapport final de la commission d'experts, p. 111.

juridiques. Une cour appelée à statuer dont les juges n'ont pas de connaissances économiques peut éventuellement être adéquate pour traiter des dossiers portant essentiellement sur des questions de procédure, comme les recours contre des décisions incidentes. La formulation ouverte permet d'éviter que la procédure ne soit bloquée si, pour une raison ou une autre (partialité, manque de temps), il n'y a pas ou pas assez de juges suppléants disponibles. La présence d'un juge ordinaire vise à garantir la cohérence des décisions. Le Tribunal fédéral des brevets connaît une règle analogue⁴².

Art. 39 Juge instructeur

Al. 1 : le complément apporté précise que les juges instructeurs doivent avoir une formation juridique, gage du respect des droits des parties à la procédure. Le Tribunal fédéral des brevets connaît une règle similaire. Comme au TF, au Tribunal pénal fédéral et au Tribunal fédéral des brevets, un juge suppléant du TAF peut exercer la fonction de juge instructeur.

Al. 2^{bis} : pour atteindre les objectifs visés en recourant à des juges spécialisés, il est souhaitable d'impliquer ces derniers le plus tôt possible. Par analogie avec la réglementation applicable au Tribunal fédéral des brevets, la possibilité, pour le juge instructeur, de faire appel à un juge spécialisé est donc explicitement prévue dans la loi. Une telle démarche peut être indiquée notamment pour l'établissement des faits ou la rédaction du projet de jugement. Le juge spécialisé sollicité doit faire partie de la cour appelée à statuer.

Art. 48a (nouveau) Évaluation

La création de postes de juges spécialisés exerçant à titre accessoire représente une nouveauté fondamentale pour l'organisation et les procédures du TAF. On attend de cette mesure qu'elle contribue à raccourcir la durée des procédures et à améliorer encore la qualité des décisions. Cette mesure étant limitée aux procédures relevant du droit des cartels, elle tient lieu d'essai pilote. Le recours à des juges spécialisés exerçant à titre accessoire au TAF devra faire l'objet d'une évaluation en temps utile dans la perspective d'une éventuelle extension à d'autres types de procédures. Les résultats de cette évaluation permettront au Conseil fédéral de décider s'il y a lieu de soumettre des propositions de réforme en ce sens.

5 Conséquences

La réforme proposée des autorités en matière de concurrence ne nécessite aucune modification de droit matériel. Abstraction faite des effets recherchés (cf. ch. 1.1), elle ne devrait guère avoir d'autre conséquence. L'un des effets visés est une meilleure application du droit des cartels par une séparation plus nette entre l'instruction et la décision au sein des autorités en matière de concurrence. Le projet a également pour but de renforcer et d'accélérer les voies de droit grâce à la création de postes de juges spécialisés (exerçant à titre accessoire) au sein du TAF.

5.1 Conséquences pour la Confédération

Du fait de la réduction de sa taille (5 à 7 membres, contre 11 à 15 aujourd'hui), la COMCO comptera 4 à 10 membres de moins. Au vu du taux d'activité moyen de ses membres (env. 25 %), cela représente une réduction de 1 à 2,5 équivalents plein temps. Étant donné qu'une augmentation du taux d'activité des membres restants ne sera possible que dans une mesure très limitée, les changements au sein de la COMCO devraient être neutres (voire légèrement positifs) sur le plan budgétaire. S'agissant du TAF, la création de postes de juges suppléants n'augmentera pas les charges du tribunal, car le nombre de postes de juges ordinaires pourra être réduit en conséquence. Globalement, il n'en résultera donc pas de dépenses supplémentaires pour la Confédération.

⁴² FF 2008 373, p. 398

5.2 Conséquences économiques

Tant la séparation plus claire entre les fonctions d'enquête et de décision au sein des autorités en matière de concurrence que le renforcement et l'accélération de la procédure de recours contribueront à une application effective et efficace du droit des cartels. La concurrence s'en trouvera renforcée en Suisse, ce qui sera bénéfique à la fois pour la compétitivité à long terme des entreprises suisses et pour la qualité de la place économique suisse.

5.3 Autres conséquences

La création de postes de juges spécialisés (exerçant à titre accessoire) au TAF dans le domaine du droit des cartels pourrait soulever la question de l'opportunité de faire appel à des juges spécialisés pour juger les recours dans d'autres domaines juridiques. Le Contrôle parlementaire de l'administration (CPA) examine actuellement la pertinence de faire appel à des juges suppléants au sein du TAF. Le recours à des juges suppléants en matière de droit des cartels peut apporter une précieuse expérience dans la perspective de l'affectation de juges spécialisés (exerçant à titre accessoire) à d'autres domaines juridiques.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Les dispositions proposées se fondent sur l'art. 96, al. 1, Cst. (« La Confédération légifère afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence. ») et sur l'art. 191a, al. 2, Cst. (« La Confédération institue des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit public relevant des domaines de compétences de l'administration fédérale. »).

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

La réforme des autorités en matière de concurrence ne contrevient ni aux obligations internationales de la Suisse, ni à ses engagements à l'égard de l'UE.