

EXAMENS DE L'OCDE DE LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION

LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION EN SUISSE

**LE RÔLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE
DANS LA RÉFORME DE LA RÉGLEMENTATION**



ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

En vertu de l'article 1^{er} de la Convention signée le 14 décembre 1960, à Paris, et entrée en vigueur le 30 septembre 1961, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) a pour objectif de promouvoir des politiques visant :

- à réaliser la plus forte expansion de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays Membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ;
- à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que les pays non membres, en voie de développement économique ;
- à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales.

Les pays Membres originaires de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les pays suivants sont ultérieurement devenus membres par adhésion aux dates indiquées ci-après : le Japon (28 avril 1964), la Finlande (28 janvier 1969), l'Australie (7 juin 1971), la Nouvelle-Zélande (29 mai 1973), le Mexique (18 mai 1994), la République tchèque (21 décembre 1995), la Hongrie (7 mai 1996), la Pologne (22 novembre 1996), la Corée (12 décembre 1996) et la République slovaque (14 décembre 2000). La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE (article 13 de la Convention de l'OCDE).

Also available in English under the title :

THE ROLE OF COMPETITION POLICY IN REGULATORY REFORM

© OCDE 2006. Tous droits réservés.

Les permissions de reproduction partielle à usage non commercial ou destinée à une formation doivent être adressées au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, tél. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, pour tous les pays à l'exception des États-Unis. Aux États-Unis, l'autorisation doit être obtenue du Copyright Clearance Center, Service Client, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, ou CCC Online : www.copyright.com. Toute autre demande d'autorisation de reproduction ou de traduction totale ou partielle de cette publication doit être adressée aux Éditions de l'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

AVANT-PROPOS

La réforme de la réglementation est aujourd'hui un domaine d'action essentiel aussi bien dans les pays de l'OCDE que dans les pays non membres. Pour que cette réforme soit bénéfique, il faut que les régimes réglementaires soient transparents, cohérents et exhaustifs. L'objectif doit être à la fois de mettre en place le cadre institutionnel le plus adéquat, de libéraliser les industries de réseau, de promouvoir et faire respecter le droit et la politique de la concurrence et d'ouvrir le marché intérieur et extérieur aux échanges et à l'investissement.

Ce rapport sur *Le rôle de la politique de la concurrence dans la réforme de la réglementation* analyse le cadre institutionnel et les instruments d'action en Suisse. Il comporte également un ensemble de recommandations formulées par l'OCDE à l'issue de la procédure d'examen.

Ce rapport a été rédigé en vue de l'*Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation de la Suisse*, publié en mars 2006. Cet examen fait partie d'une série de rapports par pays établis par l'OCDE au titre du Programme de réforme de la réglementation conformément au mandat que les Ministres des pays Membres lui ont conféré en 1997.

Depuis lors, l'OCDE a examiné la politique réglementaire de 16 pays Membres dans le cadre de ce programme, qui vise à aider les gouvernements à améliorer la qualité de leur réglementation, c'est-à-dire réformer leur réglementation de manière à favoriser la concurrence, l'innovation, la croissance économique et les objectifs sociaux importants. L'examen consiste à évaluer les progrès accomplis par les pays à la lumière des principes approuvés par les pays Membres dans le *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*.

L'examen a un caractère pluridisciplinaire et est axé sur les aspects suivants : la capacité de gestion de la réforme de la réglementation, la politique de la concurrence et sa mise en œuvre, l'ouverture des marchés, certains secteurs comme les télécommunications et le contexte macroéconomique interne.

Ce rapport a été rédigé par Philippe Gugler, consultant auprès de la Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises de l'OCDE, qui a tiré parti des précieux commentaires de ses collègues de l'OCDE et d'étroites consultations avec un grand nombre de fonctionnaires, de parlementaires, de représentants des milieux d'affaires et des syndicats, d'associations de défense des consommateurs et d'universitaires de la Suisse. Le rapport a été examiné par les 30 pays Membres de l'OCDE. Il est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

TABLE DES MATIÈRES

Fondements de la politique de la concurrence	7
La phase antérieure à 1985	7
La phase postérieure à 1985 et précédant la LCart-1995.....	8
La mise en œuvre de la LCart-1995	8
L'entrée en vigueur de la LCart-2003	9
Questions substantielles : contenu de la loi sur la concurrence.....	10
Les accords en matière de concurrence (cartels)	12
Les abus de position dominante.....	16
Le contrôle des concentrations	18
Concurrence déloyale	19
Protection des consommateurs	20
Questions institutionnelles : structures et pratiques d'application	21
Institutions de la politique de la concurrence	21
Application de la loi sur la concurrence	25
Procédures.....	25
Nouvelles sanctions directes	26
Programme de clémence	28
Recours	29
Politique d'information.....	30
Autres moyens d'application de la législation.....	30
Aspects internationaux de la politique de la concurrence.....	30
Ressources, actions et priorités implicites des organes	32
Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux	34
Exemptions générales ou traitements spéciaux	34
Exemptions prévues par l'art. 3 LCart	34
Justification d'accords en matière de concurrence.....	36
Justification d'abus de position dominante.....	37
Autorisations exceptionnelles du Conseil fédéral fondées sur des intérêts publics prépondérants....	37
Exclusions, règles et exemptions sectorielles.....	38
Secteur de l'électricité.....	38
Secteur du gaz	40
Secteur des télécommunications	41
Secteur des services postaux	41
Secteur des Transports ferroviaires.....	42
Secteur des services financiers.....	43
Secteurs de la santé et des produits pharmaceutiques	46
Secteur de l'agriculture	48
Sensibilisation à la concurrence dans la réforme réglementaire	49
Rôle de la Comco	49
Révision de la loi sur le marché intérieur	51

Marchés publics.....	53
Entraves techniques au commerce.....	55
Conclusions et mesures envisageables.....	56
Mesures envisageables	57
Abréviations.....	60
BIBLIOGRAPHIE.....	63
ANNEXE 1.....	68
ANNEXE 1.....	69
ANNEXE 2 : ACTIVITÉS DE LA COMCO EN 2003 ET 2004.....	70
ANNEXE 2 : ACTIVITÉS DE LA COMCO EN 2003 ET 2004.....	71
ANNEXE 3 ACTIVITÉS DE LA COMCO EN MATIÈRE DE RESTRICTIONS DE LA CONCURRENCE (ACCORDS ET ABUS DE POSITION DOMINANTE).....	72
ANNEXE 4 ACTIVITÉS DE LA COMCO EN MATIÈRE DE CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES.....	72
ANNEXE 4 ACTIVITÉS DE LA COMCO EN MATIÈRE DE CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES.....	73
NOTES	74
Encadrés	
Encadré 1. Résumé du chapitre.....	6
Encadré 2. Rôle de la politique de la concurrence dans la réforme réglementaire	7
Encadré 3. Contenu principal de la Révision 2003 de la LCart.....	9
Encadré 4. Les outils de la politique de la concurrence.....	11
Encadré 5. Interdictions et accords amiables en matière d'accords en matière de concurrence.....	15
Encadré 6. Interdiction et accords amiables en matière d'abus de position dominante.....	18
Encadré 7. Principales recommandations émises par la Comco de juillet 1996- janvier 2005.....	50

LE RÔLE DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE DANS LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE

Encadré 1. Résumé du chapitre

La relative faiblesse de la performance économique de la Suisse au cours des 20 dernières années, en termes relatifs par rapport aux autres pays de l'OCDE, tient essentiellement à des causes structurelles, les facteurs conjoncturels et les chocs négatifs n'ayant joué qu'un rôle secondaire¹. Le cadre général de la concurrence n'offre pas de conditions propices à un plus grand dynamisme. D'où une faiblesse de la productivité qui expliquent pour une large part la performance assez modeste de l'économie suisse. Le manque de concurrence est l'une des principales causes du niveau élevé des prix de nombreux produits et services sur le marché suisse². Cette situation résulte notamment d'une attitude qui manque encore de sévérité à l'égard des comportements anticoncurrentiels, de mesures tarifaires et non tarifaires à la frontière visant certains produits tels que les produits agroalimentaires, et d'autres dispositions légales qui segmentent les marchés à l'intérieur du pays ou les soustraient à la concurrence par des régimes de prix ou de marché ainsi que par des droits exclusifs³.

Depuis le début des années 1990, des réformes ont été mises en œuvre pour améliorer le cadre de la concurrence. Cependant leur étendue et leur rythme sont relativement plus faibles que dans la plupart des pays voisins. Par ailleurs, les tentatives de réformes se sont parfois heurtées au vote populaire qui les a rejetées ou en a limité la portée.

Deux importantes lois ont été adoptées en 1995 afin de remédier à cet état de fait, à savoir la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) et la loi sur le marché intérieur (LMI). Elles n'ont pas encore eu tous les effets escomptés. Dans ces conditions, le Conseil fédéral a entrepris de les amender⁴. La LCart a été révisée en 2003 renforçant ainsi le droit suisse de la concurrence grâce notamment à l'introduction de sanctions directes pour les violations les plus graves de la loi et d'un programme de clémence⁵. La révision de la loi sur le marché intérieur (LMI) est en cours. Dans le cadre notamment du train de mesures du Conseil fédéral pour la politique de croissance, adopté en février 2004, divers chantiers de réformes sont en cours dans de nombreux domaines protégés totalement ou partiellement de la concurrence par diverses réglementations⁶.

La révision de la LCart constitue une nouvelle étape dans le droit suisse de la concurrence qui s'est ainsi rapproché du droit européen de la concurrence et de celui de nombreux autres pays de l'OCDE. Les autorités helvétiques de la concurrence ont été dotées de nouveaux instruments significatifs pour lutter contre les restrictions privées à la concurrence. Dans un contexte général où la culture de la concurrence reste à consolider les autorités de la concurrence devront appliquer ces instruments de manière rigoureuse et résolue afin d'enrayer les pratiques anticoncurrentielles qui entravent le bon fonctionnement de nombreux marchés. Par ailleurs, leur action en faveur de la promotion de la concurrence devra aussi être renforcée afin d'influencer les réformes en cours et à venir de la réglementation.

Pour mener à bien leur mission de manière rigoureuse et résolue, les autorités de la concurrence doivent compter avec des dispositions et mécanismes existant qui entravent leur totale indépendance. Par ailleurs, en l'absence d'accords internationaux en matière de concurrence, les autorités suisses de la concurrence ne bénéficient pas des réseaux d'échanges à la disposition des autorités nationales de la concurrence des pays européens membres de l'Union européenne. Cet isolement rend plus difficile leurs tâches au sein d'une juridiction située au cœur de l'Europe. De plus, leur niveau de ressources relativement faible, complique leur action.

Encadré 2. Rôle de la politique de la concurrence dans la réforme réglementaire

Outre la question générale liminaire de savoir si la politique réglementaire est **compatible** avec la conception et la finalité de la politique de la concurrence, la politique de la concurrence et la réglementation peuvent interagir de quatre manières :

La réglementation peut **entrer en contradiction** avec la politique de la concurrence. Certaines réglementations peuvent avoir encouragé, voire même imposé des pratiques ou conditions qui constitueraient autrement des violations du droit de la concurrence. Par exemple, certaines réglementations peuvent avoir permis une coordination des prix, empêché la publicité ou d'autres modes de concurrence, ou imposé une division territoriale du marché. On peut également citer l'exemple des lois interdisant la vente au-dessous du coût de revient, qui prétendent promouvoir la concurrence, mais sont souvent interprétées de manière anticoncurrentielle, ou encore celui de la très vaste catégorie des réglementations qui restreignent la concurrence plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre les objectifs réglementaires. Lorsque ces réglementations sont modifiées ou abrogées, les entreprises concernées doivent changer leurs habitudes et prévisions.

La réglementation peut **remplacer** la politique de la concurrence. Dans le cas, en particulier, où une situation de monopole est apparue inévitable, la réglementation peut essayer de contrôler directement le pouvoir de marché, en fixant les prix et en contrôlant l'entrée et l'accès. Le changement technologique et d'autres évolutions institutionnelles peuvent conduire à reconsidérer le postulat de base, qui était sous-jacent à la réglementation, à savoir que la politique et les institutions de concurrence seraient inaptes à empêcher des situations de monopole et l'exercice d'un pouvoir de marché.

La réglementation peut **dupliquer** la politique de la concurrence. Les autorités réglementaires peuvent avoir essayé d'empêcher la coordination ou les abus dans une industrie, exactement comme le fait la politique de la concurrence. Par exemple, certaines réglementations peuvent fixer des normes de concurrence loyale ou des règles de passation des marchés pour garantir des procédures d'appel d'offres concurrentielles. Néanmoins, différentes autorités réglementaires peuvent appliquer des normes divergentes et des changements intervenant au sein d'institutions réglementaires peuvent révéler que des politiques apparemment similaires ont en réalité conduit à des résultats différents.

La réglementation peut **utiliser** les méthodes de la politique de la concurrence. Certains instruments visant à atteindre des objectifs réglementaires peuvent être conçus pour tirer avantage des incitations du marché et de la dynamique concurrentielle. Une coordination peut être nécessaire pour garantir que ces instruments fonctionnent comme prévu dans le contexte des exigences du droit de la concurrence.

Fondements de la politique de la concurrence

La législation suisse de la concurrence repose sur la Constitution (art. 96 cst.)⁷ qui prévoit la liberté du commerce et de l'industrie et donne mandat au législateur de remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements similaires et donc de lutter contre les restrictions privées à la concurrence.

La législation de la concurrence comporte quatre phases. Premièrement, la période précédant la première révision de la loi sur les cartels de 1985. Deuxièmement, la phase entre la révision de 1985 de la loi sur les cartels, et la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence de 1995 (ci-après LCart-1995). Troisièmement, la phase de mise en œuvre de la LCart-1995 du 1er juillet 1996 au 31 mars 2004. Enfin, la phase marquée par la révision de la loi en 2003, dont l'entrée en vigueur date du 1er avril 2004 (ci-après LCart-2003).

La phase antérieure à 1985

Conformément à son mandat constitutionnel, le législateur fédéral a promulgué une première loi sur les cartels en 1962⁸. Cette période était marquée par une philosophie qui disait que – compte tenu de la liberté de contracter – les entreprises ne pouvaient être obligées à se faire de la concurrence. Une entreprise devait avoir la possibilité de faire de la concurrence aux autres entreprises, éventuellement réunies dans un

cartel, d'où l'interdiction de boycotts. Le jugement des cas se faisait selon la méthode dite « du solde » selon laquelle les effets positifs et négatifs du comportement en cause étaient pondérés librement par la Commission des cartels. Cette commission n'avait aucune compétence décisionnelle. Son pouvoir se limitait à la possibilité de proposer des mesures au Département fédéral de l'économie pour mettre fin à des comportements contestés.

La phase postérieure à 1985 et précédant la LCart-1995

Une nouvelle loi sur les cartels fut adoptée en 1985⁹. Cette loi, comme la première, ne couvrait principalement que les cartels et, dans une plus faible mesure, les abus des entreprises puissantes sur le marché. Avec cette nouvelle loi, une distinction était introduite entre la suppression d'une concurrence efficace, qui était interdite, et les entraves à la concurrence, dont on jugeait l'admissibilité selon les lignes figurant aujourd'hui à l'art 5 al.2 LCart. Cette révision de 1985 a donné lieu vers la fin des années 1980 à l'interdiction des ententes cartellaires dans le secteur bancaire (convention sur les courtages notamment) par une décision du Ministre de l'économie. Cependant, l'absence de pouvoir de décision, associée au caractère insuffisant des procédures d'enquêtes prévues par la loi, a aggravé les problèmes d'efficacité dans l'application du droit de la concurrence en Suisse¹⁰.

Fort de ce constat, le Département fédéral de l'économie publique chargea, en 1992, un groupe de travail d'élaborer une nouvelle loi sur la concurrence qui aboutit à une proposition de loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart), qui fut adoptée le 6 octobre 1995¹¹.

La mise en œuvre de la LCart-1995

La LCart a été adoptée en même temps que la loi sur le marché intérieur (LMI¹²) et la loi sur les entraves techniques au commerce (LETC¹³) dans le cadre du programme de revitalisation de l'économie suisse. Ce programme avait été lancé en 1992 à la suite du rejet par le peuple et les cantons de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE).

L'adoption de la LCart a été accompagnée de celle de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations du 17 juin 1996 (ci-après OCCE¹⁴). Cette ordonnance complète les dispositions de la loi en matière de concentrations d'entreprises. En outre, une ordonnance sur la perception des émoluments dans la loi sur les cartels (ordonnance sur les émoluments LCart) a été adoptée en février 1998¹⁵.

Lors de la révision de 1995, les dispositions de droit matériel pour l'appréciation des restrictions à la concurrence ont été largement inspirées du droit communautaire de la concurrence¹⁶. Bien que la LCart repose sur le principe de l'abus et le droit de la concurrence de l'Union européenne sur celui de l'interdiction, le rapprochement des deux législations a été important. Le droit suisse de la concurrence s'est ainsi aussi rapproché de celui de nombreux autres pays de l'OCDE qui disposaient déjà de législations de la concurrence beaucoup plus fortes et étendues qu'en Suisse. Cette loi clarifie notamment la distinction entre suppression d'une concurrence efficace et entraves à la concurrence, en stipulant expressément la présomption (implicite dans la loi de 1985) que les ententes sur les prix, les quantités et la répartition géographique des marchés ne peuvent en principe être justifiées par des raisons d'efficacité économique.

Une disposition marquante de la LCart de 1995 a été d'attribuer à la Commission de la concurrence (Comco) la compétence d'interdire des restrictions illicites à la concurrence par le biais de décisions, qui pouvaient ensuite être attaquées devant une commission de recours avant d'arriver au Tribunal fédéral. La LCart-1995 a également introduit un contrôle des concentrations, qui confère aussi une compétence décisionnelle à la Comco.

Cependant, la LCart-1995 a rapidement montré ses limites, la principale étant que la Comco ne pouvait que constater l'illicéité d'un comportement sans aucune possibilité de sanction. Ce n'était qu'en cas de récidive qu'il était possible d'infliger des amendes aux entreprises responsables de l'infraction. A la différence de la plupart des pays de l'OCDE, la première violation du droit de la concurrence était ainsi « gratuite » en Suisse.

Des événements médiatiques telles que la découverte du cartel international des vitamines, qui a été lourdement sanctionné à l'étranger alors que la Comco n'était pas en mesure d'imposer la moindre sanction aux entreprises en cause, ainsi que diverses interventions parlementaires ont plaidé en faveur de l'adoption d'instruments d'application plus efficaces pour les autorités de la concurrence. Au début de l'année 2000, le Conseil fédéral donna son feu vert à une révision partielle de la LCart-1995.

L'entrée en vigueur de la LCart-2003

La révision de la LCart a été adoptée par le Parlement le 20 juin 2003 et est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004 (LCart-2003)¹⁷. Certes, une période de transition, jusqu'en avril 2005, a été prévue afin de laisser le temps aux entreprises de s'adapter au nouveau régime instauré par cette révision, sans encourir de sanctions.

Cette révision de la loi introduit notamment des sanctions directes et un programme de clémence, ce qui a permis de renforcer considérablement la lutte contre les comportements anticoncurrentiels en Suisse (encadré 1). La législation suisse sur la concurrence s'est ainsi rapprochée encore du droit européen de la concurrence et de celui d'autres pays de l'OCDE. Il s'agit d'une étape importante que le gouvernement a franchie grâce à sa détermination à vouloir introduire davantage de concurrence en Suisse.

La révision de la loi a été suivie de l'adoption le 23 mars 2004 d'une ordonnance d'application sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004¹⁸. En outre, deux ordonnances ont été modifiées à la suite de la révision de la loi, à savoir l'OCCE et l'ordonnance sur les émoluments.

Outre la LCart, d'autres législations complètent la politique suisse de la concurrence, à savoir la loi fédérale contre la concurrence déloyale de 1986¹⁹, la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) de 1995²⁰, qui ancre le principe de l'arrêt « Cassis de Dijon » pour les biens et les services au sein du territoire suisse, ainsi que la loi fédérale sur la surveillance des prix de 1985²¹. La loi sur le marché intérieur est actuellement en cours de révision afin de renforcer ses effets en raison des restrictions à la concurrence qui subsistent au sein du marché intérieur helvétique (voir section 5.2).

Encadré 3. Contenu principal de la Révision 2003 de la LCart

- Introduction de sanctions directes en cas de cartels horizontaux et verticaux « durs », ainsi qu'en cas d'abus de position dominante. Le montant de la sanction peut aller jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices ;
- Introduction d'un programme de clémence. Les entreprises qui participent à une infraction peuvent obtenir une réduction de la sanction encourue si elles coopèrent avec la Comco à la mise au jour et à la suppression de la restriction illicite à la concurrence ;
- Nouvelle présomption selon laquelle certaines formes d'accords verticaux sur les prix et sur l'attribution de territoires sont présumées supprimer la concurrence efficace ;
- Précision de la notion de dominance du marché à l'art. 4, al.2 LCart, selon lequel le fait de « pouvoir se comporter de manière indépendante » peut se rapporter aux concurrents, aux fournisseurs ou aux acheteurs ;

Contenu principal de la Révision 2003 de la LCart (suite)

- Abandon de valeurs seuils jusqu'alors réduites pour l'obligation de notification des concentrations dans le domaine des médias;
- Remplacement du critère de somme du bilan par celui de produit brut pour déterminer l'obligation de notifier les concentrations dans le domaine des banques et autres intermédiaires financiers;
- Introduction de nouvelles méthodes d'enquête, en particulier des perquisitions, que le Secrétariat de la Comco pourra entreprendre en présence de soupçon sérieux;
- Complément à la réserve de la législation sur la propriété intellectuelle de l'art. 3, al.2 LCart (selon laquelle la LCart ne s'applique pas aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle), qui permet l'application de la LCart aux restrictions portées aux importations parallèles;
- Introduction d'un « article PME » (art.6, al.1, let. e LCart). Les conditions auxquelles des accords entre PME ayant pour but l'amélioration de leur capacité concurrentielle sont justifiables par des motifs d'efficacité économique peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications;
- Les membres de la Comco donnent connaissance de leurs intérêts (par ex. appartenance à des conseils d'administration d'entreprises) dans un registre des intérêts;
- Introduction de dispositions réglant la mise en œuvre de l'accord UE-Suisse sur le trafic aérien.

Questions substantielles : contenu de la loi sur la concurrence

La LCart « a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral » (art. 1 LCart). Elle s'applique aux entreprises de droit privé et de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). La révision 2003 a précisé la notion d'entreprise afin d'éviter que certaines institutions échappent à la loi. En effet, selon une nouvelle disposition de la loi (art. 2 al. 1 bis), « est soumise à la présente loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique ». Les initiateurs de cette nouvelle disposition visaient les unités centrales et décentralisées de la Confédération, des cantons et des communes sans personnalité juridique propre, qui interviennent en tant que demandeurs ou offreurs sur le marché, en particulier dans le domaine des marchés publics. Toutefois, la pratique montrera dans quelle mesure cette nouvelle disposition entraînera des conflits de compétence avec le droit des marchés publics et jusqu'où la Comco pourra vraiment intervenir au niveau fédéral²².

La LCart est applicable aux états de faits qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart). Ce principe des effets a été ancré par un Arrêt du Tribunal fédéral le 24 avril 2001 en rejetant le recours d'entreprises qui n'avaient pas notifié leur opération de concentration étant donné qu'elles avaient leur siège à l'étranger (cas Rhône-Poulenc S.A. & Merck)²³.

La LCart repose sur trois piliers, à savoir les accords en matière de concurrence (cartels), les abus de position dominante et les concentrations d'entreprises.

Encadré 4. Les outils de la politique de la concurrence

Les lois générales sur la concurrence traitent généralement les problèmes de pouvoir de monopole en les subdivisant en trois catégories : relations et accords entre entreprises par ailleurs indépendantes, actions d'une entreprise isolée et regroupements structurels d'entreprises indépendantes. La première catégorie, celle des **accords**, est souvent subdivisée pour des raisons analytiques en deux groupes : les accords "horizontaux" entre entreprises ayant les mêmes activités, et les accords "verticaux" entre entreprises se trouvant à des stades de production ou de distribution différents. La seconde catégorie est dénommée "**monopolisation**" dans certaines lois, et "**abus de position dominante**" dans d'autres; les systèmes juridiques qui utilisent des qualifications différentes ont élaboré des approches quelque peu différentes du problème du pouvoir économique détenu par une seule entreprise. La troisième catégorie, souvent dénommée "**fusions**" ou "**concentrations**", inclut généralement d'autres types de regroupement structurel, notamment les acquisitions d'actions ou d'actifs, les entreprises communes, les participations croisées et les conseils d'administration interdépendants.

Les **accords** peuvent permettre à un groupe d'entreprises agissant de concert de réunir certains des attributs d'un monopole, d'augmenter les prix, de limiter la production et d'empêcher l'entrée sur le marché ou l'innovation. Les accords **horizontaux** les plus gênants sont ceux qui empêchent la rivalité en termes de dynamique fondamentale de la concurrence sur le marché, de prix et de production. La plupart des lois contemporaines sur la concurrence traitent très sévèrement les accords flagrants visant à fixer les prix, limiter la production, truquer les appels d'offres ou se partager le marché. Pour appliquer ces accords, les concurrents peuvent également s'entendre sur des tactiques visant à empêcher la concurrence ou à sanctionner les entreprises qui ne s'alignent pas : les lois essaient donc d'empêcher et de punir les boycotts. La coopération horizontale sur d'autres aspects, notamment les normes de produits, la recherche et la qualité, peut également affecter la concurrence, mais la question de savoir si l'effet est positif ou négatif peut dépendre des conditions du marché. Ainsi, la plupart des lois traitent de ces autres types d'accords en évaluant une gamme assez large d'effets bénéfiques ou dommageables, ou en essayant de concevoir des règles plus détaillées pour identifier et exempter les pratiques bénéfiques.

Les **accords verticaux** tentent de contrôler certains aspects de l'offre et de la distribution. Les motifs de préoccupation sont les mêmes – la crainte que les accords ne puissent conduire à une hausse des prix, à une baisse de la quantité (ou de la qualité), ou à des entraves empêchant l'entrée sur le marché et l'innovation. Étant donné que les effets concurrentiels des accords verticaux peuvent être plus complexes que ceux des accords horizontaux, le traitement légal des différents types d'accords verticaux varie encore plus que pour les accords horizontaux. Les accords de prix imposés constituent l'exemple type de cette catégorie d'accords : les accords verticaux peuvent contrôler les prix minimums ou maximums. Dans certaines configurations, le résultat peut être de freiner les abus sur le marché commis par les distributeurs. Dans d'autres, il peut être de dupliquer ou de renforcer une entente horizontale. Les accords concédant des droits ou zones de distribution exclusive peuvent encourager l'intensification de l'effort de vente des produits du fournisseur, comme ils peuvent protéger les distributeurs contre la concurrence ou empêcher l'entrée d'autres fournisseurs sur le marché. En fonction des circonstances, les accords de subordination de vente, notamment ceux qui imposent aux distributeurs de vendre une gamme complète ou de lier la vente de plusieurs produits, peuvent soit faciliter soit décourager l'introduction de nouveaux produits. Le franchisage implique souvent un dispositif complexe d'accords verticaux ayant un impact potentiel sur la concurrence : un contrat de franchise peut contenir des dispositions sur la concurrence dans certaines zones géographiques, sur la distribution exclusive de certains produits et sur des droits de propriété intellectuelle comme des marques.

L'**abus de position dominante** ou la **monopolisation** est une catégorie qui s'intéresse principalement à la conduite et à la situation d'entreprises individuelles. Un véritable monopole, qui n'est exposé à aucune concurrence ni menace de concurrence, facturera des prix plus élevés et produira des quantités plus faibles ou des produits de qualité inférieure; il peut également être moins susceptible d'introduire des méthodes plus efficaces ou des produits innovants. Les lois contre la monopolisation visent traditionnellement à combattre les tactiques d'exclusion auxquelles les entreprises peuvent recourir pour tenter d'obtenir ou de protéger des positions de monopole. Les lois contre les abus de position dominante traitent les mêmes questions et peuvent également s'attaquer à l'exercice effectif du pouvoir de marché. A titre d'exemple, dans certains systèmes sanctionnant les abus de position dominante, le fait de facturer des prix déraisonnablement élevés peut constituer une violation de la loi.

Les outils de la politique de la concurrence (suite)

Le **contrôle des fusions** vise à empêcher la création par des acquisitions ou autres regroupements structurels d'entreprises qui auront l'incitation et la capacité requise pour exercer un pouvoir de marché. Dans certains cas, le critère de légalité dérive des lois sur la position dominante ou les restrictions à la libre concurrence; dans d'autres, un critère spécifique est énoncé, en termes d'effet probable sur la concurrence en général. Le processus analytique habituellement appliqué exige de caractériser les produits qui se font concurrence, les entreprises qui peuvent offrir cette concurrence et les parts de marché et l'importance stratégique respectives de ces entreprises sur les marchés de produits concernés. L'un des facteurs importants est la probabilité d'accès de nouveaux entrants sur le marché et l'existence de barrières effectives opposées à ces nouveaux entrants. La plupart des systèmes appliquent un critère lié à la part de marché, sous une forme ou une autre, soit dans l'optique d'une enquête plus approfondie, soit à titre de présomption de légalité. Les fusions qui sont réalisées sur des marchés anormalement concentrés, ou celles qui créent des entreprises détenant des parts de marché anormalement élevées, sont jugées plus susceptibles d'affecter la concurrence. Et la plupart des systèmes comportent des procédures de notification préalable des opérations les plus importantes, ainsi que des procédures spéciales d'enquête accélérée, de manière à identifier et résoudre les problèmes avant que la restructuration ne soit effectivement entreprise.

Les accords en matière de concurrence (cartels)

A la différence de nombreuses législations étrangères sur la concurrence, la LCart repose sur le principe de l'abus et non sur celui de l'interdiction des accords en matière de concurrence. Ce principe, d'une part, empêche l'introduction de certaines dispositions plus sévères dans la LCart (l'introduction de sanctions directes n'a été possible que pour certains types de comportements anticoncurrentiels) et, d'autre part, ralentit le processus de décision de la Comco concernant les cartels durs (un Arrêt du 14 août 2002 du Tribunal fédéral, se référant notamment au principe de l'abus, a annulé une interdiction d'un cartel dur prononcée par la Comco)²⁴. La seconde conséquence citée résulte du fardeau de la preuve qui incombe exclusivement aux autorités de la concurrence dans un régime fondé sur le principe de l'abus.

Par accord en matière de concurrence, la loi entend les conventions avec ou sans force obligatoire, ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques (accords horizontaux) ou différents (accords verticaux), dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

Les accords en matière de concurrence sont déclarés illicites lorsqu'ils affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique ou lorsqu'ils suppriment la concurrence efficace (art. 5 al. 1 LCart). S'agissant d'un accord qui affecte de manière notable la concurrence, la loi précise qu'il est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources, et lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (art. 5 al. 2 LCart). L'article 6 al. 1 LCart prévoit que les conditions, auxquelles les accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique, peuvent être fixées par voie d'ordonnances ou de communications (voir ci-dessous).

La LCart prévoit une présomption d'illicéité pour certains accords horizontaux et, depuis sa révision de 2003, pour certains accords verticaux²⁵. Cette présomption d'illicéité la rapproche, pour ces types d'accords horizontaux et verticaux, des législations fondées sur le principe de l'interdiction²⁶.

S'agissant des accords horizontaux, l'article 5 al. 3 LCart stipule que sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords qui fixent directement ou indirectement les prix, qui restreignent

les quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir et qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux.

La révision 2003 de la loi a introduit une nouvelle présomption d'illicéité qui concerne certains types d'accords verticaux. Cette nouvelle disposition a été expressément voulue par le législateur, afin de lutter notamment contre les restrictions verticales qui entraînent des niveaux de prix élevés en Suisse en cloisonnant le marché national²⁷. En vertu du nouvel article introduit dans la loi (art. 5 al. 4 LCart) : « Sont également présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues ». Si la présomption se vérifie, l'accord est alors illicite. Toutefois, même si la présomption de suppression de la concurrence efficace est réfutée, il est encore possible de déclarer ledit accord illicite s'il constitue une restriction notable à la concurrence et s'il ne peut pas être justifié par des motifs d'efficacité économique. Les conditions d'appréciation des accords verticaux sont précisées dans deux Communications de la Comco.

Tableau 1. Détermination de l'illicéité ou de la licéité d'un accord en matière de concurrence

Étape 1 : L'accord supprime-t-il la concurrence efficace (concurrence interne et externe nulle) ?	Étape 2 : L'accord affecte-t-il de manière notable la concurrence ?	Étape 3 : L'accord est-il justifié pour des motifs d'efficacité économique ?	Résultat
<i>Oui</i>	-	-	illicite
<i>Non</i>	<i>non</i>	-	licite
<i>Non</i>	<i>oui</i>	<i>oui</i>	licite
<i>Non</i>	<i>oui</i>	<i>non</i>	illicite

La Comco a interdit 11 cartels horizontaux et a conclu 6 accords amiables de juillet 1996 à mars 2005 (Encadré 5 et annexe 3). A l'exception de quelques cas tels que celui du cartel des médicaments (Sanphar), les interdictions ont concerné des cas relativement peu importants du point de vue économique (cartel des partitions de musique, cartels de l'insémination des bovins par exemple). Alors que la problématique des restrictions verticales est considérée comme l'une des causes expliquant certains écarts de prix entre la Suisse et les pays voisins et une entrave forte à la compétitivité des PME helvétiques, la Comco n'a interdit qu'un nombre très limité d'accords verticaux en neuf ans²⁸. Certaines pratiques condamnées par la Commission européenne, notamment dans le secteur automobile, ont été déclarées licites par la Comco qui avait ouvert des enquêtes portant sur des griefs analogues (par exemple, refus de livrer)²⁹.

Certes, la Comco a adopté deux communications dans le domaine des accords verticaux en 2002 (annexe I). Ces deux communications marquent une approche plus résolue de la Comco de combattre les accords verticaux nuisibles³⁰. Il est prévu de modifier ces deux communications à la lumière de la révision 2003 de la LCart. L'adoption en février 2002 de la communication sur l'appréciation des accords verticaux (CommVert)³¹ a entraîné un travail considérable de la part du Secrétariat.

Dans la CommVert, la Comco reconnaît que les principaux problèmes occasionnés par les contrats verticaux se situent au niveau des contrats interdisant des importations parallèles ou imposant des prix de revente.³² Le contenu de la CommVert est proche du droit communautaire.

La Comco considère que les contrats verticaux ont un effet notable sur la concurrence et sont illicites s'ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, lorsqu'ils contiennent notamment des clauses ou des obligations qui a) déterminent directement ou indirectement des prix de revente imposés, ou des prix minimum à la revente de biens ou de services par le commerçant ; b) limitent directement ou indirectement le territoire ou le cercle de la clientèle de revente par le commerçant ; c) limitent la vente au consommateur final, dans la mesure où cette limitation est imposée à un commerçant agréé au sein d'un système de distribution sélective ; d) limitent les livraisons croisées à l'intérieur d'un système de distribution sélective entre commerçants agréés, même s'il s'agit de commerçants actifs à des échelons différents du marché ; e) empêchent le fournisseur de livrer des composants, respectivement des pièces de rechange à des tiers qui ne sont pas des commerçants parties à l'accord ; f) contiennent une obligation de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans ou supérieure à une année après l'expiration de l'accord vertical.

Les entreprises ne peuvent pas interdire des importations dans des territoires exclusifs sur la base de la législation sur la propriété intellectuelle. Ainsi qu'il le sera expliqué à la section 4.1.1, les exemptions au champ d'application de la LCart (art. 3 LCart) ne s'appliquent pas aux restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle (art. 3, al. 2 LCart).

Selon la Comco, les autres accords verticaux n'affectent pas, en règle générale, la concurrence si les parts de marché de toutes les entreprises qui y participent ne dépassent, sur aucun marché considéré, le seuil de 10 %. Toutefois, constituent une exception à ce principe les cas où la concurrence sur le marché considéré est limitée par les effets cumulatifs de plusieurs réseaux de distributions verticaux semblables fonctionnant côte à côte, pour autant que les fournisseurs, respectivement les commerçants qui y participent soient effectivement ou potentiellement concurrents.

Tableau 2. Cas traités dans le cadre de la CommVert (février 2002 – décembre 2003)

Nombre total de cas	120	100 %
Cas clôturés car la LCart était inapplicable	22	18 %
Cas clôturés ou ouverture d'une enquête préalable lorsque la LCart était applicable	58	49 %
Cas en cours	40	33 %

Source : Comco (2004), Rapport annuel 2003 de la Commission de la concurrence, Berne.

Le tableau 2 illustre les cas traités dans le cadre de la CommVert de février 2002 à décembre 2003. Globalement, 120 cas avaient été clôturés ou étaient en cours au 31 décembre 2003. Dans 22 affaires (18 %), les cas ont pu être réglés parce que la LCart ne s'appliquait pas. Dans 9 cas, des prescriptions réservées selon l'art. 3 LCart s'imposaient, alors que, dans la plupart des autres cas, il ne s'agissait pas d'accords correspondant à la définition donnée par la loi (art.4, al.1 LCart).

Dans 58 cas (49 %), la CommVert a pu être appliquée et les observations du marché ont pu être clôturées pour trois raisons principales : absence de restriction à la concurrence (40 affaires) ; ouverture d'une enquête préalable (12 affaires dont 8 étaient déjà clôturées au 31 décembre 2003) ; un accord amiable avec l'entreprise a été conclu au titre de l'art.29 LCart (6 affaires).

Sur les 40 cas en cours de traitement au 31 décembre 2003, les autorités de la concurrence devaient encore statuer sur l'applicabilité de la LCart et de la CommVert.

Comme le relève la Comco, malgré le nombre important de cas traités au titre de la CommVert, le Secrétariat n'a pas été en mesure d'identifier des cas problématiques, ni d'ouvrir une seule enquête³³. Certes, la Comco indique que l'introduction de la CommVert aurait pu avoir un effet préventif en poussant le monde des affaires à mettre leurs accords en conformité avec les nouvelles prescriptions en vigueur³⁴. Cependant, dans le cas des restrictions verticales comme dans ceux des autres types de comportements anticoncurrentiels, ces résultats posent question. Par ailleurs la tendance de la Comco à favoriser de façon excessive les accords à l'amiable pourrait aussi nuire à l'effet dissuasif de la LCart.

La seconde communication touchant les restrictions verticales a été adoptée le 21 octobre 2002 et est entrée partiellement en vigueur le 1^{er} novembre 2002 et totalement en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Elle concerne l'appréciation des accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile³⁵. Cette communication, qui est en harmonie avec le nouveau règlement d'exemption européen (CE) 1400/2002, a pour objectif de stimuler la concurrence dans le secteur de la distribution automobile, c'est-à-dire le marché des véhicules automobiles, des pièces détachées et du service après-vente. Cette communication identifie les restrictions verticales rigides, à savoir la fixation des prix et celle d'un distributeur à une seule marque. La communication considère que les catégories de restrictions à la concurrence dépendent du type de restriction, qu'elle soit sélective ou exclusive. Les aspects fondamentaux de cette communication sont : a) obliger l'industrie automobile de permettre les importations de véhicules automobiles en provenance d'Europe (EEE) ; b) dissocier la vente du service après-vente ; c) faciliter la vente de pièces détachées et leur importation parallèle ; d) rendre possible le choix entre un système de distribution sélective ou exclusive ; e) faciliter l'accessibilité des pièces détachées, des informations (comprenant la formation) et des outils de diagnostic, pour les réparateurs indépendants ; f) obliger l'industrie automobile de permettre une offre multimarque, c'est-à-dire la possibilité pour un vendeur d'offrir plusieurs marques dans un même établissement³⁶.

Encadré 5. Interdictions et accords amiables en matière d'accords en matière de concurrence

(juillet 1996 – mars 2005)

Accords horizontaux :

Décisions d'interdiction :

- Brûleurs à mazout et brûleurs à gaz (1999)
- Partitions de musique (1997)
- Services de réparation de poêle à huile et à gaz (1998)
- Médicaments (Sanphar) (2000)
- Asphaltage en Suisse nord orientale (2000)
- Moniteurs d'auto-école du canton de Fribourg (2000)
- Vitamines (2000)
- Assurance complémentaire dans le canton d'Argovie (2001); recours; affaire classée car les parties ont mis fin à l'accord
- Soumission de travaux publics pour la bibliothèque nationale (2001); recours pendant
- Moniteurs d'auto-école des Grisons (2003)
- Livres de langue allemande (1999); recours; nouvelle décision d'interdiction de la Comco du 21.3.2005

Interdictions et accords amiables en matière d'accords en matière de concurrence (suite)

Accords amiables :

- Journaux tessinois (2000)
- Boissons et café (2000)
- SUMRA – distribution de montres (2001)
- Asphaltage dans le canton de Genève (2001)
- Moniteurs d'auto-école des Grisons (2003)
- Distribution de produits vétérinaires (2004)

Accords verticaux

Décisions d'interdiction :

- Néant

Accords amiables :

- Citroën (2002)

Source : DPC de 1997-2005, www.weko.ch

Les abus de position dominante

Les dispositions de la LCart en matière d'abus de position dominante sont très proches de celles de l'Union européenne. Selon la loi, « par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendantes par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs) » (art. 4 al. 2 LCart). Les cas de position dominante individuelle et ceux de position dominante collective sont ainsi couverts par la loi. Lors de la révision de la LCart en 2003, la notion de position dominante a été précisée en rajoutant à la définition une parenthèse contenant les termes suivants (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). Il a ainsi été clairement affirmé que « pour constater l'existence d'une position dominante, les données concernant la structure du marché ne sont pas les seuls critères, mais qu'il faut également examiner les liens de dépendance réels sur le marché. Il peut notamment y avoir position dominante quand une entreprise occupe une place prépondérante sur le marché ou quand d'autres entreprises dépendent d'elles en qualité de demandeurs ou de fournisseurs, par exemple »³⁷. Il est difficile d'estimer les conséquences pratiques de cette nouvelle définition dont la portée pourrait aller au-delà d'une simple précision comme le laisse entendre le Message du Conseil fédéral³⁸. Par ailleurs, aucune ligne directrice ne ressort clairement de la documentation des débats parlementaires qui ont abouti à son adoption, ce qui ne facilite guère une appréciation de la portée de cette modification³⁹.

Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al.1 LCart). Sont en particulier réputés illicites (art. 7 al. 2 LCart) : le refus d'entretenir des relations commerciales; la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales; le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables; la sous enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales dirigées contre un concurrent déterminé; la limitation de la production, des débouchés ou du

développement technique; le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.

Un abus de position dominante peut être justifié pour des « *legitimate business reasons* » et être, dans ce cas, licite (voir section 4.1.3).

La Comco a prononcé des décisions d'interdictions d'abus de position dominante dans neuf cas et a conclu des accords amiables dans 4 cas, de juillet 1996 à janvier 2005 (Encadré 6 et annexe 3). La Comco s'est attaquée à des cas relativement difficiles, notamment celui d'un abus de position dominante d'une entreprise publique, l'Institut Suisse de Météorologie (SMA)⁴⁰ et celui de l'abus de position des EEF (entreprises électriques fribourgeoises) qui refusaient de laisser transiter sur leur réseau du courant du groupe WATT⁴¹. La première décision de la Comco fut cassée par le Tribunal fédéral en 2001⁴², alors que le recours contre la seconde a échoué au Tribunal fédéral en juin 2003 (voir section 4.2.1).

La faible ampleur de la jurisprudence actuelle dans le domaine des abus de position dominante devrait être quelque peu compensée par la précision de la définition d'entreprise dominante, qui a été introduite lors de la révision 2003 de la LCart. En vertu de cette précision, il peut y avoir position dominante si une entreprise dispose d'une position de force sur le marché par rapport à ses concurrentes, notamment si d'autres entreprises sont dépendantes de la première en tant qu'acheteur ou que fournisseur. Cela devrait faciliter, dans la pratique, la défense des entreprises dépendantes pour des raisons de structures du marché, ce qui peut être le cas pour des PME⁴³. En ajoutant cette disposition, le Conseil fédéral, suivi par le Parlement, a donné un signal clair à la Comco de tenir davantage compte des aspects structurels afin d'admettre qu'une entreprise dispose d'une position dominante. Certes, la jurisprudence de la Comco dans certains cas (en particulier le cas Coca Cola - Feldschlöchen⁴⁴) laisse présager que les critères retenus pour déclarer qu'une position sur le marché soit dominante sont particulièrement élevés, ce qui réduit le nombre de cas d'abus portant sur une position dominante. On remarque que dans ce cas, qui a également fait l'objet d'une enquête par la Commission européenne (CE), la jurisprudence de la Comco s'écarte de celle de la CE. Établissant que Coca Cola bénéficiait d'une position dominante dans divers marchés nationaux de « carbonates », la CE a obtenu des engagements importants de la part de Coca Cola dans divers domaines. En revanche, comme le fait remarquer un spécialiste du droit de la concurrence, « *les autorités suisses de la concurrence ont clos leur enquête qui a duré quatre ans sans aucune mesure prise à l'encontre de Coca Cola et sans accord à l'amiable avec cette entreprise* »⁴⁵. Bien que l'état des faits de l'enquête de la Comco diffère quelque peu de celui de la CE, ont été mises en question tant la relation entre la longue durée et le résultat final de cette procédure que les critères utilisés pour aboutir à l'absence de position dominante⁴⁶.

Encadré 6. Interdiction et accords amiables en matière d'abus de position dominante

(juillet 1996-janvier 2005)

Décisions d'interdiction :

- Telecom PTT / Bluewindow (1997)
- Insémination artificielle des bovins (1999)
- Telecom PTT / contrats de distributeurs spécialisés (1997)
- SMA (1999)*
- Distribution de matériel dentaire / Intensiv SA (2000)
- Cartes de crédit (2002); recours pendant
- Entreprises électriques fribourgeoises (EEF) (2001)
- Ticket Corner (2003); recours pendant
- Swisscom (ADSL) (2003); recours pendant

Accords amiables :

- Swisscom Centrex (1998)
- Swisscom (2002)
- ETA (2004)
- CoopForte (2004)

* Décision annulée par le Tribunal fédéral

Source : DPC 1997-2005, www.weko.ch

Le contrôle des concentrations

Le contrôle des concentrations d'entreprises a été introduit pour la première fois en Suisse lors de l'adoption de la LCart en 1995. L'OCCE complète les dispositions de la loi en précisant notamment certaines définitions ainsi que le contenu des informations à fournir lors de la notification des concentrations aux autorités de la concurrence.

Selon la loi, par concentration d'entreprises, on entend la fusion de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres, ainsi que toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celle-ci (art. 4 al. 3 LCart).

Les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Comco lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration : les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs suisses ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs suisses et, au moins, deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs (art. 9 al. 1 LCart). Pour les sociétés d'assurances, il est tenu compte, au lieu du chiffre d'affaires, du montant des primes brutes annuelles et pour les banques et les autres intermédiaires financiers du produit brut (art. 9 al. 2 LCart). La loi prévoyait des seuils de notification plus bas que les seuils précités pour les entreprises de médias. Cette spécificité, introduite dans le but de protéger la diversité médiatique, a été supprimée dans le

cadre de la révision 2003 de loi, car la pratique aurait démontré que cette particularité engendrait d'importants coûts de procédure et n'était pas nécessaire pour atteindre les buts qu'elle visait⁴⁷.

La loi prévoit qu'une notification est aussi nécessaire, même si les seuils précités ne sont pas atteints, lorsque, au terme d'une procédure engagée en vertu de la loi, une décision de la Comco passée en force établit qu'une entreprise participante à la concentration occupe en Suisse une position dominante sur un marché, et lorsque la concentration concerne soit ce marché, soit un marché voisin ou situé en amont ou en aval (art. 9 al. 4 LCart).

La Comco a émis des lignes directrices précisant les informations que les parties à la concentration doivent remettre aux autorités de la concurrence⁴⁸.

S'agissant des concentrations dans le domaine bancaire, la LCart (art. 10, al. 3 LCart) prévoit que, lorsqu'une concentration dans ce domaine est jugée nécessaire par la Commission fédérale des banques, il peut pour protéger des créanciers être tenu compte en priorité, des intérêts de ces derniers. Dans ce cas, la Commission fédérale des banques se substitue à la Comco, qu'elle invite à donner son avis.

La Comco peut interdire la concentration ou l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace et ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante. Le système suisse de contrôle des concentrations est plus « permissif » que le droit européen ou celui d'autres pays de l'OCDE, puisque seules les concentrations susceptibles d'éliminer – et non d'affecter fortement – la concurrence peuvent être interdites⁴⁹. Cependant, ce critère supplémentaire de « suppression de la concurrence efficace » n'a, à ce jour, pas été appliqué *stricto sensu* par la Comco.

Lors de l'adoption de la LCart, le législateur n'avait pas prévu qu'un aussi grand nombre d'opérations de concentrations devait être notifié. En effet, dans son message présentant la LCart, le Conseil fédéral estimait en 1995 le nombre de notifications de 10 à 15 par année⁵⁰, alors que depuis 1996, en moyenne, 30 à 35 notifications ont été adressées annuellement à la Comco (annexe 4).

A ce jour, une seule concentration d'entreprises a été interdite par la Comco (Cas 20 Minuten – Berner Zeitung – Tamedia)⁵¹. Toutefois, lors de contacts de pré notification, certaines firmes ont abandonné leur projet de concentration après que les autorités aient émis de sérieux doutes. Certaines concentrations, telles que UBS (secteur bancaire), Le Temps (secteur de la presse), Bell-SEG (secteur de l'abattage du poulet), ont été autorisées moyennant des conditions ou des charges. Les autorisations de concentrations d'entreprises dans des secteurs relativement concentrés, comme le domaine des crédits commerciaux, de la presse en Suisse romande, de l'alimentation ou de la distribution ont été critiquées par certains spécialistes qui ont remis en question le rôle effectif exercé par la Comco en matière de contrôle des concentrations en Suisse⁵². Par exemple, dans le cas de la concentration COOP-Waro dans le domaine de la distribution, une étude établit que ce cas, autorisé en Suisse par la Comco, aurait été interdit par la Commission européenne si le même état des faits avait été soumis au contrôle des autorités européennes de la concurrence⁵³.

Concurrence déloyale

La LCart se distingue de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD⁵⁴). La Commission de la concurrence n'a aucune compétence dans le domaine de la concurrence déloyale et des pratiques commerciales fallacieuses. La LCD, qui est applicable à toute pratique commerciale trompeuse ou contrevenant aux règles de la bonne foi, relève du droit privé. En conséquence, ni la Confédération, ni les cantons n'ont la compétence d'intervenir contre des pratiques commerciales abusives. En revanche, les

acteurs du marché, c'est-à-dire les concurrents, les clients, les associations professionnelles ou économiques et les organisations de consommateurs disposent de divers moyens d'actions prévus par la LCD (art. 9, 10 et 23 LCD). Ils ont la possibilité de déposer une plainte pénale ou civile auprès du tribunal compétent. Il appartient donc au juge d'examiner si un comportement ou une pratique respecte le principe de loyauté ou non. Le régime suisse de concurrence déloyale repose donc sur le système d'autocontrôle par les acteurs du marché. Néanmoins, le Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) a le pouvoir d'intenter une action civile ou de déposer une plainte pénale si des consommateurs résidant à l'étranger sont concernés par des pratiques commerciales frauduleuses ou trompeuses d'origine suisse. Le Seco est également le point de contact pour faciliter la coopération internationale relevant des Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontalières frauduleuses et trompeuses.

Bien que la LCD ait pour mission de protéger les intérêts généraux de tous les acteurs économiques, les intérêts des consommateurs sont particulièrement pris en compte. La loi comprend des dispositions contre diverses pratiques frauduleuses et malhonnêtes qui pourraient léser les consommateurs. La loi statue également sur les règles de base en matière de prix. Les dispositions correspondantes sont établies dans l'Ordonnance sur la notification des prix qui est appliquée par les autorités cantonales⁵⁵. Cette ordonnance garantit au consommateur une indication claire des prix lui permettant de les comparer, pour éviter que le consommateur ne soit induit en erreur.

Protection des consommateurs

Une protection du consommateur forte dépend autant de la réglementation que de la concurrence. Une forte protection par le biais de normes élevées favorise la compétitivité de l'économie nationale en amenant les entreprises à accroître leurs performances en termes de qualité et de sécurité des biens et des services offerts (Michael Porter, 1998, p. 187)⁵⁶. Les politiques en matière de concurrence et de protection des consommateurs sont comparativement moins imbriquées en Suisse que dans d'autres pays et que dans l'Union européenne. La Comco, dont la tâche est de protéger la « concurrence » n'a pas de fonctions directes de protection des consommateurs, mais elle a toujours compté un représentant d'une association de consommateurs parmi ses membres. Les organisations de consommateurs peuvent, le cas échéant, saisir la Comco.

La protection des consommateurs en Suisse est réglementée à deux niveaux: en droit privé et en droit public⁵⁷. Le droit privé règle les rapports juridiques des citoyens entre eux. Les rapports contractuels entre consommateurs et fournisseurs sont notamment régis par la *code des obligations*, qui est une loi fédérale. Quant à la *loi fédérale contre la concurrence déloyale*, elle s'applique aux pratiques commerciales abusives qui influent sur les rapports entre consommateurs et fournisseurs au stade de l'offre des marchandises ou des services. Le respect des prescriptions de droit privé n'est examiné par une autorité judiciaire que si une action a été intentée auprès du juge civil. L'État n'intervient pas d'office. La *procédure civile* en Suisse, qui est un État fédéral, relève de la compétence des États fédérés, soit les cantons (vingt-six au total). Chaque canton dispose donc de sa propre procédure. Toutefois, certaines règles de procédure sont unifiées. Ainsi, le consommateur plaignant bénéficie de l'avantage d'intenter son action auprès du tribunal de son domicile. De plus, chaque canton doit établir une procédure de conciliation ou une procédure judiciaire simple et rapide s'appliquant, jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse de 8000 francs suisses, aux différends qui découlent de contrats conclus entre consommateurs et fournisseurs.

Le droit public, en matière de protection des consommateurs, prescrit un comportement déterminé aux fournisseurs. Les consommateurs ne prennent pas l'initiative d'une action en justice pour défendre leurs droits: c'est au contraire l'autorité compétente, cantonal ou fédéral, qui agit d'office en procédant à des *contrôles* ou en prenant des *décisions* (denrées alimentaires, tabac, toxiques, médicaments, alcool, poisons et

mesures, courant électrique, indication et surveillance des prix, etc.). Le gouvernement suisse a créé deux organes centraux chargés de le conseiller sur la politique à mener en matière de protection des consommateurs : le *Bureau fédéral de la consommation*, qui est un organe administratif permanent, et la *Commission fédérale de la consommation*, qui est un organe consultatif non permanent et composé de représentants des associations de consommateurs, des organisations faïtières de l'économie, des syndicats ainsi que d'experts scientifiques.

Le Bureau fédéral de la consommation est le service compétent de la Confédération pour la politique à l'égard du consommateur. Créé en 1965, il est rattaché administrativement au Secrétariat Général du Département fédéral de l'économie. Il veille à la défense des intérêts collectifs des consommateurs en sauvegardant l'intérêt général. Il participe à l'élaboration et à la mise en oeuvre des lois et ordonnances touchant le domaine de la consommation⁵⁸.

Le Bureau fédéral de la consommation travaille avec une équipe restreinte (sept personnes). En comparaison de ses homologues européens, c'est l'un des effectifs les plus modestes. Le Bureau fédéral de la consommation assure le Secrétariat de la Commission fédérale de la consommation

En comparaisons internationales, la protection des consommateurs ne semble pas constituer une priorité pour les autorités fédérales. Certaines lacunes ont d'ailleurs été relevées par la Commission de gestion du Conseil national qui a chargé, en 2002, le Contrôle parlementaire de l'administration d'analyser la façon dont la législation suisse sur la sécurité des denrées alimentaires est mise en pratique⁵⁹.

Le système actuel de protection des consommateurs comporte trois institutions séparées (Comco, Surveillance des prix et Bureau de la consommation/Commission fédérale de la consommation) qui opèrent sur les mêmes marchés et sur les mêmes problématiques. De même, elles prennent part toutes trois au processus de consultation à l'occasion d'élaboration de nouvelles lois ou de modifications législatives.

Diverses associations privées de consommateurs sont actives en Suisse. Les principales sont au nombre de quatre. Elles sont financées par le biais des cotisations des membres, d'actions diverses ainsi que par une subvention fédérale dont les modalités sont prévues dans l'Ordonnance sur l'aide financière en faveur des associations de consommateurs⁶⁰. Les moyens de ces associations sont limités.

Questions institutionnelles : structures et pratiques d'application

Institutions de la politique de la concurrence

Les autorités de concurrence comportent la Commission de la concurrence (Comco) et son Secrétariat (l'organigramme est présenté en annexe 1). La Comco est l'organe de décision et le Secrétariat constitue l'organe d'investigation. Selon l'art. 18 LCart, la Comco prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément réservées à une autre autorité. La Comco est composée de trois chambres compétentes respectivement pour les services, les produits manufacturiers et les infrastructures.

La Comco a aussi la compétence de veiller à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent les dispositions de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)⁶¹. Elle peut leur adresser des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants et peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8 LMI).

Le Conseil fédéral institue la Comco et nomme les membres de la présidence (art. 18, al. 1 LCart). La Comco comprend entre onze et quinze membres, dont la majorité sont des experts indépendants c'est-à-dire qui ne représentent pas un groupement d'intérêt particulier (art. 18, al. 2 LCart). Les membres de la

Comco, y compris la Présidence, exercent dans le cadre dit « de l'administration de milice ». Leur mandat de commissaire ne constitue dès lors pas leur activité principale.

Actuellement, la Comco est composée de quinze membres, dont six représentent des groupements d'intérêts, à savoir l'Union suisse des arts et métiers (PME), Économie suisse (commerce et industrie), l'Union syndicale suisse, l'Association suisse des grands magasins, l'Union suisse des paysans, ainsi que les consommateurs. La Commission est un organe de milice. A l'exception du Président dont le taux d'activité est d'environ 50 pour cent, les autres membres ne siègent dans la Commission qu'à titre accessoire.

Les membres de la Comco peuvent siéger au sein de conseils d'administration d'entreprises, ce qui est le cas pour plusieurs d'entre eux. Actuellement, même certains membres figurant parmi les commissaires dit « *indépendants* » siègent dans plusieurs conseils d'administration.

Certes, la LCart prévoit que tout membre de la Comco doit se récuser lorsqu'il existe un motif de récusation en vertu de l'article 10 de la loi fédérale sur la procédure administrative (LPA)⁶². Par ailleurs, la LCart-2003 a introduit l'obligation de mentionner dans une liste les intérêts des membres de la Comco (Art. 18, al. 2bis LCart). Cette liste est disponible sur le site internet de la Comco⁶³.

La présence de membres représentant les milieux intéressés à la Comco est contestée depuis de nombreuses années⁶⁴. Le message du Conseil fédéral de 1981 se faisait déjà l'écho de ces critiques⁶⁵. S'agissant de la présence de représentants de groupements d'intérêts, comme le note le rapport de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration, « cette situation pose le problème de l'indépendance de la Comco. En effet, on peut craindre que les membres de la Comco, nommés en tant que représentants d'intérêts particuliers, privilégient les intérêts qu'ils représentent au détriment des intérêts du maintien de la concurrence »⁶⁶. Conscient de ce problème, le gouvernement avait prévu, dans la première version du projet qui a abouti à la révision de la loi de 2003, de réduire le nombre de commissaires, d'une part, et d'éliminer les représentants de groupements d'intérêts, d'autre part. Dans la lettre d'accompagnement lançant le projet de révision de la LCart en procédure de consultation, il était noté : « Les membres de celle-ci doivent jouir de la plus grande indépendance possible. (...) Il n'est pas étonnant que la crainte émise dans le message sur le droit des cartels en vigueur, à savoir le risque de réunions plénières (d'une commission composée de 11, voire de 15 membres) houleuses, se soit vérifiée. Une plus grande efficacité des procédures passe par une adaptation des structures de la Comco. Une commission réduite à sept membres indépendants permettrait de remédier à la situation grâce à une plus grande cohésion de ses membres et à une manière plus professionnelle de travailler »⁶⁷. Cependant, la première procédure de consultation relative au projet d'amendement de la loi a démontré une très forte opposition des milieux concernés et des partis politiques à l'élimination des représentants des groupements d'intérêt. Le gouvernement a donc renoncé à proposer au Parlement une modification des dispositions relatives à la composition de la Comco. La réduction du nombre de commissaires aurait pu favoriser un renforcement de l'efficacité de la Comco et aurait facilité une meilleure professionnalisation de ses membres. L'élimination des représentants des groupements d'intérêt aurait permis de mieux assurer l'indépendance et la crédibilité de la Commission⁶⁸.

Dotée d'une telle configuration (forte minorité de membres qui représentent des groupements d'intérêt et possibilité de siéger au sein de conseils d'administration d'entreprises), il paraît difficile à la Comco de garantir une parfaite indépendance dans ses prises de décision⁶⁹.

La composition de la Comco posera des problèmes lors de l'imposition des sanctions directes nouvellement introduites, les représentants d'associations faïtières étant amenés à décider du montant d'amendes à infliger à des entreprises membres de leurs associations, voire d'entreprises dirigées par leurs supérieurs⁷⁰. Par ailleurs, des problèmes de conflits d'intérêts se poseront aussi dans l'application du

programme de clémence lorsque des entreprises dénoncées seront membres d'associations représentées au sein de la Comco par un commissaire. Une telle situation est susceptible de grever fortement l'efficacité du programme de clémence.

Le Secrétariat de la Comco comporte environ 60 personnes dont les rapports de services sont régis par la législation applicable au personnel de l'administration fédérale. Le Conseil fédéral désigne la direction du Secrétariat (art. 23 LCart). La Commission engage le reste du personnel du Secrétariat (art. 23, LCart). Le Secrétariat comporte trois services correspondant chacun aux Chambres de la Comco. Il dispose en outre de Centres de compétences qui ne disposent pas de collaborateurs propres. Ce sont donc les collaborateurs des trois services qui remplissent les tâches de ces centres de compétences.

Avant l'entrée en vigueur de la LCart-1995, le Secrétariat de la Comco était une unité du Secrétariat général du département fédéral de l'économie (DFE). Malgré la séparation des autorités, instaurée par la LCart-1995, les habitudes de collaboration étroite ont semble-t-il perduré. Par exemple, le Secrétariat effectue des travaux pour le compte du Secrétariat général du DFE, notamment lors de réponses à formuler pour des interpellations parlementaires, lors de prise de position du Chef du Département fédéral de l'économie (DFE), etc. Si de tels liens pouvaient avoir dans certains cas des effets bénéfiques au titre de la promotion de la concurrence (« *competition advocacy* »), il n'en demeure pas moins que la séparation entre le pouvoir exécutif et celle des autorités de la concurrence s'accommode d'une zone grise qui pourrait être préjudiciable aux objectifs fixés par la LCart. Par ailleurs, des liens entre le DFE et la Commission elle-même sont susceptibles de créer des incertitudes quant à une séparation totale des compétences⁷¹. La parution sur la première page du site Internet du DFE des décisions de la Comco reflète aussi le mélange des rôles et des compétences. Les vices directeurs sont nommés par la Comco, et le Conseil Fédéral doit approuver ces nominations.

L'organisation actuelle des procédures ne prévoit pas une séparation claire entre les activités du Secrétariat (organe d'investigation et d'instruction) et de celles de la Comco (organe de décision). Dans le contexte notamment de l'introduction du régime des sanctions directes, cette organisation pourrait se heurter à divers problèmes, telle que l'incompatibilité par rapport aux dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui dispose d'une séparation totale entre les institutions d'instruction et les juges. Afin d'éviter que les dispositions de la LCart, notamment le régime des sanctions directes ne soient paralysées par des questions d'organisation, il serait souhaitable d'entreprendre rapidement toutes les adaptations qui s'imposeraient.

D'autres autorités peuvent être appelées à intervenir dans le domaine de la concurrence. Premièrement, les Tribunaux civils cantonaux (voir section 3.3). Deuxièmement, les diverses instances de recours, tels que la Commission de recours pour les questions de concurrence (section 3.2.4), le Tribunal fédéral (section 3.2.4) et le Conseil fédéral (sections 3.2.4 et 4.1.4). Troisièmement, des instances dont les compétences sont fixées par d'autres lois que la LCart et qui ont une influence au niveau de la concurrence, tels que la Surveillance des Prix, la Commission fédérale de la Communication (ComCom), et l'organisme de réglementation des services postaux (PostReg).

Le Surveillant des prix a pour tâche d'empêcher les augmentations ou le maintien de prix abusifs fixés par des cartels et des entreprises puissantes sur le marché⁷². L'activité de la Surveillance des prix s'exerce avant tout à l'encontre des prix administrés par l'État et fixés par des entreprises puissantes. Les mesures visant à éliminer ou à empêcher les abus sont prises avec le consentement des parties intéressées, mais les entreprises ou associations qui ne se conforment pas aux recommandations (prix négociés décrétés) peuvent être condamnées à une amende de 100'000 francs suisses maximum (OMC, 2004, p. 94).

En cas de procédures parallèles menées par la Comco et la Surveillance des prix, les procédures prévues par la LCart priment sur les procédures prévues par la loi sur la surveillance des prix, sauf décision

contraire prise d'un commun accord par ces deux autorités (art. 3 al. 3 LCart). La désignation du Surveillant des prix par le Conseil fédéral est fortement dépendante de considérations politiques. En règle générale, le Surveillant des prix est choisi parmi les membres du Parlement. Le Surveillant des prix participe, sans droit de vote, aux séances de la Comco. Les compétences des deux autorités se recoupent rarement puisque les régimes de marché ou de prix de caractère étatique ainsi que les droits spéciaux conférés aux entreprises exécutant des tâches publiques sont souvent exemptés de l'application directe de la LCart. Néanmoins, compte tenu des ressources limitées dévolues aux institutions chargées de la surveillance des marchés, on peut légitimement s'interroger si la séparation de la Comco et de la Surveillance des prix constitue la solution la plus efficace, d'autant plus que les deux institutions mènent parfois des enquêtes sur les mêmes marchés. A la lumière des développements en cours dans le cadre de la réforme de la réglementation suisse, il devrait être examiné si le maintien de la surveillance des prix, sous sa forme actuelle, est nécessaire pour garantir des objectifs d'intérêts publics. La question s'est à nouveau posée en 2004. Après analyse de l'organisation et audition des milieux intéressés, le Conseil fédéral a décidé son maintien bien qu'il ait été admis qu'un examen plus approfondi de la question serait nécessaire. Si cette analyse devait confirmer la nécessité du maintien de cette fonction, le second examen devrait porter, en terme d'efficacité/coûts sur les options de modifications éventuelles du système actuel allant d'une intégration des activités de la surveillance des prix au sein des diverses autorités de régulation sectorielles à une intégration au sein de la Comco.

La Commission fédérale de la communication (ComCom) a été instituée en septembre 1997 comme autorité concédante dans le contexte de la libéralisation du marché des télécommunications. D'après la loi sur les télécommunications du 30 avril 1997 (LTC), ses compétences sont les suivantes : a) l'attribution de concessions pour les opérateurs de services de télécommunications (art. 4 LTC), des concessions de service universel (art. 18 LTC) et des concessions d'utilisation des fréquences de radiocommunication (art. 22 LTC) ; b) la fixation des conditions d'interconnexions en première instance, lorsque les fournisseurs de prestations n'arrivent pas à un accord (art. 11 LTC) ; c) l'approbation du plan national d'attribution des fréquences (art. 25 LTC) et des plans nationaux de numérotation et fixation des modalités d'application de la portabilité des numéros et du libre choix du fournisseur (art. 28 LTC) ; ainsi que d) la décision des mesures en cas de violation du droit en vigueur et, le cas échéant, le retrait de la concession (art. 58 LTC). La ComCom est une autorité indépendante instituée par le Conseil fédéral. Elle est composée de sept membres qui doivent être des spécialistes indépendants. Elle n'est soumise à aucune directive du Conseil fédéral ou du Département fédéral en charge des questions de communications (DETEC). Elle dispose de son propre secrétariat.

La ComCom collabore avec la Comco dans les questions liées à l'interconnexion. La Comco s'est vue confier un rôle consultatif dans ce domaine. Seules des entreprises en position dominante peuvent être contraintes d'accorder l'interconnexion. La Comco doit se prononcer sur la question de la position dominante pour le compte de la ComCom (art. 11 al. 3 LTC).

L'OFCOM traite des questions liées aux télécommunications et à la radiodiffusion (radio et télévision). Dans ces domaines, l'OFCOM s'occupe de toutes les tâches de régulation et d'autorité nationale. En tant qu'office du département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et des communications (DETEC), l'OFCOM prépare les décisions du gouvernement suisse (Conseil fédéral), du DETEC et de la Comcom.

La Poste suisse étant détenue par la Confédération, celle-ci s'est vue attribuer un double rôle dans le cadre de l'ouverture en cours du marché postal à la concurrence : celui de propriétaire de la Poste et celui de régulateur du marché. Pour cette raison, le Conseil fédéral a créé l'autorité de régulation PostReg. Les principales tâches de PostReg sont définies dans l'ordonnance sur la poste (art. 41 OPO)⁷³ : assurer notamment le contrôle de la qualité des prestations du service universel et de l'accès à ce dernier ; assurer

l'examen du respect des principes comptables et de l'interdiction des subventions croisées ; traiter les dénonciations à l'autorité de surveillance concernant le service universel.

Application de la loi sur la concurrence

Procédures

Il convient de distinguer les procédures relatives aux restrictions à la concurrence (accords en matière de concurrence et abus de position dominante) et les procédures relatives au contrôle des concentrations.

Les procédures relatives aux restrictions à la concurrence sont réalisées par le biais d'enquêtes préalables et d'enquêtes. Les autorités de la concurrence sont libres d'ouvrir une procédure ou non. La décision d'ouvrir une procédure ne peut faire l'objet d'un recours. Le Secrétariat de la Comco n'est pas obligé d'expliquer à un plaignant les raisons d'un refus d'ouvrir une procédure. Toutefois, en vertu des articles 39 LCart et 71 de la loi fédérale sur la procédure administrative⁷⁴, les plaignants peuvent demander à la Comco d'examiner le bien-fondé de la décision du Secrétariat. Aucune disposition ne prévoit une quelconque discrimination quant au traitement des plaintes selon l'origine des plaignants, qu'ils soient suisses ou étrangers.

Le Secrétariat peut mener les enquêtes préalables d'office, à la demande des entreprises concernées ou sur dénonciation de tiers (art. 26 LCart). S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence (révélés par une enquête préalable ou par d'autres sources), le Secrétariat ouvre une enquête en accord avec un membre de la présidence de la Comco. Il le fait dans tous les cas s'il y est invité par la Comco ou par le département (art. 27, al. 1 LCart). La Comco arrête l'ordre dans lequel les enquêtes qui ont été ouvertes doivent être traitées (art. 27, al.2 LCart). Le Secrétariat informe de l'ouverture d'une enquête par publication officielle (art. 28, al.1 LCart).

Si le Secrétariat considère qu'une restriction à la concurrence est illicite, il peut proposer aux entreprises concernées un accord amiable portant sur les modalités de la suppression de la restriction (art. 29, al.1 LCart). Cependant, cet accord doit être réalisé sous forme écrite et doit être approuvé par la Comco (art. 29, al.2 LCart).

Sur proposition du Secrétariat, la Comco prend sa décision sur les mesures à prendre (par exemple, interdiction du comportement en cause) ou sur l'approbation de l'accord amiable (art. 30, al.1 LCart). La Comco tend à privilégier les accords amiables, attitude qui pourrait réduire l'effet préventif de la loi. Les participants à l'enquête peuvent communiquer leur avis par écrit sur la proposition du Secrétariat (art. 30, al.2, LCart). La Comco peut également procéder à des auditions et charger le Secrétariat de prendre des mesures supplémentaires pour les besoins de l'enquête (art. 30, al.3 LCart). Sur la base de l'ensemble de ces éléments, la Comco prend sa décision, en séance plénière ou en séance de Chambre. La Direction et les collaborateurs concernés par les cas traités assistent aux séances délibératoires de la Comco.

Les décisions relatives à des accords en matière de concurrence se basent principalement sur les critères suivants : la suppression de la concurrence efficace est constatée lorsqu'il ne subsiste ni concurrence interne (à l'accord), ni concurrence externe (à l'accord) ; l'affectation notable de la concurrence est examinée sur la base de critères qualitatifs (objets de l'accord) et de critères quantitatifs reposant sur l'analyse de la concurrence actuelle et potentielle et du pouvoir des partenaires à l'échange. Lors de décisions en matière d'abus de position dominante, la position dominante est examinée principalement sur la base de la concurrence actuelle et potentielle et sur celle du pouvoir des partenaires à l'échange.

S'agissant des concentrations d'entreprises, les opérations soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen (approfondi) par la Comco, lorsqu'un examen préalable fait apparaître des indices

qu'elles créent ou renforcent une position dominante (art. 10, al. 1 LCart). Deux phases sont donc à distinguer : celle de l'examen préalable d'une durée maximale d'un mois et celle de l'examen (approfondi) d'une durée maximale de quatre mois.

Au cours de la phase préliminaire (examen préalable), les entreprises participantes d'abstiennent de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois suivant sa notification, à moins qu'à leur requête, la Comco ne les ait autorisées à le faire pour des motifs importants (art. 32, al. 2 LCart). Si une phase d'examen approfondie est engagée, la Comco décide, au début de cet examen, si la concentration peut être provisoirement réalisée à titre exceptionnel ou si elle reste suspendue.

Les procédures d'examens étudient les effets de la concentration en question en principe sur les marchés des produits et sur les marchés géographiques affectés par ladite concentration. En vertu de l'art. 11, al.1, let. c de l'OCCE, un marché est affecté par la concentration si la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou si la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 pour cent ou plus. Sur ces marchés, la création ou le renforcement d'une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace est examinée sur la base de trois principaux critères : la concurrence actuelle, la concurrence potentielle, et le pouvoir des partenaires à l'échange.

Actuellement, les principales méthodes d'investigations relatives aux restrictions à la concurrence (accords et abus de position dominante) et aux concentrations d'entreprises se limitent à des demandes écrites de renseignements, à l'envoi de questionnaires, ainsi que, dans certains cas à des auditions de parties ou de tiers. Les autorités de la concurrence peuvent aussi entendre des tiers comme témoins et contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions (article 42 al. 1 LCart). A cela s'ajoutent des documents fournis soit par les parties, spontanément ou dans le cadre d'une procédure de notification de concentration ou d'annonce d'une éventuelle restriction, soit par des tiers⁷⁵. La principale source d'information repose toutefois sur l'envoi de questionnaires.

L'efficacité de telles méthodes a ses limites, notamment dans la lutte contre les cartels rigides. La LCart-1995 prévoyait déjà la possibilité de procéder à des perquisitions (art. 42 LCart). Cependant, cette possibilité n'a jamais été utilisée à ce jour. D'aucuns se sont interrogés si le Secrétariat de la Comco ne se serait pas aventuré dans ce type d'opérations faute de règles de procédures claires et précises⁷⁶. La LCart-2003 a précisé que les articles 45 à 50 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif⁷⁷ sont applicables par analogie aux mesures de contraintes impliquées par des perquisitions et des saisies de pièces à conviction (art. 42, al.2 LCart). Toutefois, comme le relève un expert du domaine, cette précision introduite dans la LCart-2003 n'apporterait pas plus de clarté⁷⁸. La situation pourrait changer depuis la création, en 2004, d'un centre de compétence qui sera chargé des perquisitions.

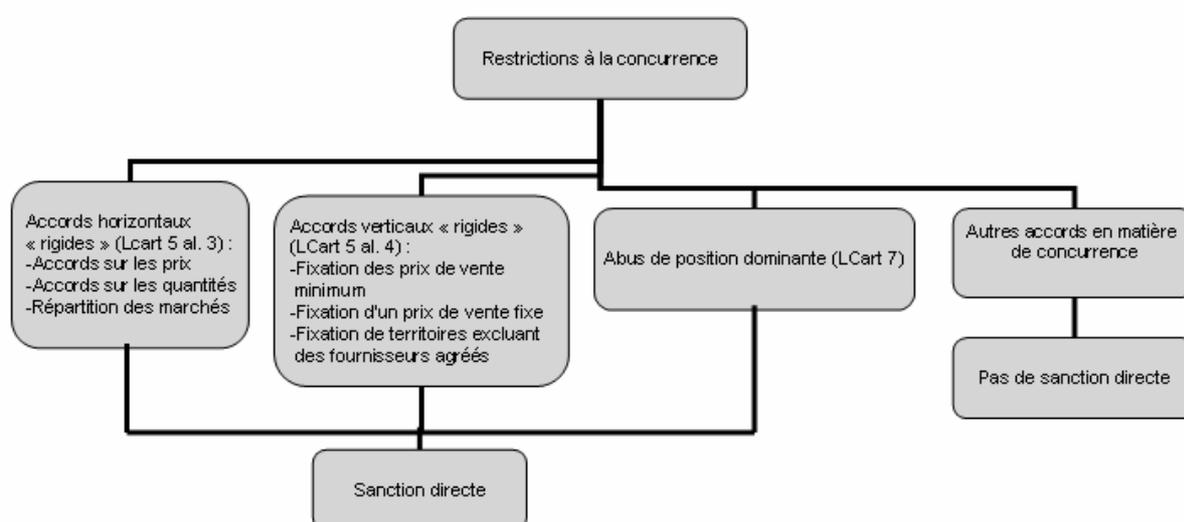
Nouvelles sanctions directes

Le régime de sanctions directes a été introduit lors de la révision de 2003 de la LCart. Cependant, les sanctions directes ne s'appliquent pas à toutes les violations de la loi mais se limitent aux infractions les plus graves. Le Secrétariat de la Comco justifie cette application limitée des sanctions en invoquant d'une part, le principe de la proportionnalité selon lequel les sanctions ne doivent s'appliquer qu'aux infractions les plus graves, et, d'autre part, le principe dit de la précision et de la clarté de la loi selon lequel « le principe de sanction doit être délimité de telle sorte que les entreprises connaissent les limites de leur liberté et sachent de façon précise ce qui n'est pas permis »⁷⁹.

Selon la LCart 2003, seront passibles de sanctions directes les comportements suivants (figure 1) :

- la participation à un cartel horizontal dur (art.5, al.3 LCart). Cette catégorie couvre les entreprises qui se mettent d'accord avec des concurrents directs sur les prix, les quantités de biens ou de services ou encore se répartissent les territoires;
- la participation à un cartel vertical dur (art. 5, al.4 LCart). Il s'agit des systèmes de distribution qui prévoient un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues;
- l'abus de position dominante (art. 7 LCart).

Figure 1. Nouveau régime de sanctions directes



Les sanctions sont administratives et se concrétisent sous forme d'amendes. En vertu de l'article 49, al.1, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 3 (accord horizontal dur) et de l'art. 5, al.4 (accord vertical dur), ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'art. 7 (abus de position dominante) est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 pourcent du chiffre d'affaires réalisé en Suisse sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (cumulés)⁸⁰. Ce mécanisme diffère de certaines juridictions, notamment celle de l'UE, qui base les sanctions non pas sur le chiffre d'affaires réalisé sur les marchés nationaux concernés mais sur le chiffre d'affaires mondial de l'entreprise sanctionnée.

Certes, cette disposition de l'art. 49, al.1 fixe la sanction maximale possible qui, dans la pratique, est susceptible de différer de la sanction réellement fixée. L'ordonnance du Conseil fédéral du 12 mars 2003 sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (ordonnance sur les sanctions) fixe les critères qui feront foi pour décider du montant effectif de l'amende⁸¹. En vertu de l'art. 2, al.1 de cette ordonnance, le calcul de la sanction se fera en plusieurs étapes.

Dans un premier temps, un montant de base (*starting point*) sera déterminé. Il représentera, selon la gravité et le type d'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en question sur les marchés pertinents au cours des trois derniers exercices (art. 3 de l'ordonnance sur les sanctions).

Dans un deuxième temps, le montant de base sera adapté suivant la durée de l'infraction. Si la pratique anticoncurrentielle a duré de un à cinq ans, le montant de base est majoré dans une proportion pouvant atteindre 50 %. Si la pratique anticoncurrentielle a duré plus de cinq ans, le montant de base est majoré d'un montant pouvant atteindre 10 % par année supplémentaire (art. 4 de l'ordonnance sur les sanctions).

Dans un troisième et dernier temps, les circonstances aggravantes ou atténuantes propres au cas d'espèce entreront en ligne de compte.

En présence de circonstances aggravantes, le montant calculé lors des deux premières phases est encore majoré, notamment lorsque l'entreprise a contrevenu de manière répétée à la LCart ; a réalisé, par le biais de l'infraction, un gain particulièrement élevé ; a refusé de coopérer avec les autorités ou tenté de faire obstruction de quelque manière que ce soit à l'enquête (art. 5, al.1 de l'ordonnance sur les sanctions). Dans le cas d'accords horizontaux et verticaux éliminant la concurrence efficace, le montant calculé selon les articles 3 et 4 est encore majoré si l'entreprise a joué un rôle d'instigatrice ou d'actrice principale de l'infraction; a ordonné ou exécuté des mesures de rétorsion à l'encontre des autres participants à la restriction à la concurrence afin d'imposer le respect de l'accord (art.5, al.2 de l'ordonnance sur les sanctions).

En présence de circonstances atténuantes, le montant calculé lors des deux premières phases est réduit notamment si l'entreprise cesse le comportement illicite après la première intervention du Secrétariat de la Comco, mais au plus tard avant l'ouverture d'une procédure (art. 6, al.1 de l'ordonnance sur les sanctions). Dans le cas d'accords horizontaux et verticaux éliminant la concurrence efficace, le montant calculé selon les articles 3 et 4 est réduit si l'entreprise a joué un rôle exclusivement passif ; n'a pas mis en œuvre les mesures de rétorsion décidées pour imposer l'accord (art.6 al. 2 de l'ordonnance sur les sanctions).

Certes, l'art. 7 de l'ordonnance sur les sanctions précise que l'amende ne peut en aucun cas être supérieure à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise au cours des trois derniers exercices.

La loi prévoit un mécanisme d'exemption et de réduction des sanctions directes. Ce principe s'applique principalement en cas d'annonce volontaire (exemption de la sanction) et lors de l'application d'un programme de clémence (remise totale ou partielle de la sanction).⁸²

Chaque entreprise peut, de façon volontaire, annoncer une éventuelle restriction à la concurrence induite par un projet spécifique (par exemple, un contrat de recherche et de développement ou un contrat de distribution) avant que ce dernier ne déploie ses effets (art. 49a, al.3, lit.a, LCart). Cette annonce peut permettre d'échapper au risque d'une sanction directe. Ce nouveau système comporte de nombreuses analogies avec le mécanisme de notification de l'UE qui a été abandonné lors de l'entrée en vigueur du nouveau règlement CE-1/2003. Afin d'éviter que les entreprises abusent de ce système en annonçant une restriction évidente à la concurrence et en la déployant immédiatement après afin d'en retirer une rente jusqu'à ce que l'autorité de la concurrence se prononce sur son illicéité, la loi a prévu de sanctionner ce type de stratégie (art. 49a, al.3, lit a, LCart). A ce jour, les entreprises n'ont recouru que modérément à ce système, dont la pratique devra encore prouver la réelle efficacité en termes de résultats au regard notamment du déploiement important de ressources qu'il implique.

Programme de clémence

En vertu du programme de clémence institué par la LCart 2003, la Comco peut renoncer, totalement ou en partie, à la sanction directe si une entreprise, membre d'un cartel, collabore à la découverte et à la suppression du cartel en cause (art. 49a, al.2, LCart). La mise en place de ce mécanisme de dénonciation

des complices a suscité de nombreux débats parlementaires, car il ne correspond pas à la culture juridique suisse. Son adoption, qui reflète la volonté du législateur de renforcer la politique de la concurrence en Suisse, est à saluer car elle a exigé un changement de paradigme dans le système juridique suisse. Les modalités du programme de clémence sont fixées dans l'ordonnance sur les sanctions (art. 8 de l'ordonnance). Deux cas de figure sont prévus : une remise totale ou partielle de la sanction.

Le système de remise totale de la sanction a été inspiré des pratiques déjà vigues à l'étranger et étudiées dans le cadre du Comité de la concurrence de l'OCDE. L'entreprise doit, à un moment où l'autorité de la concurrence n'a aucune connaissance de l'infraction cartellaire, permettre d'ouvrir une enquête grâce à une auto dénonciation. Dans le cas où une enquête a déjà été ouverte par les autorités de la concurrence, l'entreprise doit fournir les informations nécessaires permettant de prouver l'infraction. Les autres conditions sont la coopération continue avec les autorités de la concurrence, ainsi que la renonciation au comportement illicite au plus tard au moment de l'auto dénonciation, à moins que l'autorité de la concurrence n'ordonne le contraire pour ne pas compromettre les investigations. Toutefois, si l'entreprise a été l'instigatrice ou le « leader » du cartel, une remise totale de la sanction n'est pas envisageable.

Une remise partielle de la sanction (jusqu'à 50 %) peut être accordée à une entreprise qui fournit volontairement des informations ou des documents. Cette remise partielle est aussi possible lorsque les autorités de la concurrence ont déjà ouvert d'office une procédure ou qu'un autre membre du cartel s'est déjà qualifié pour une remise totale.

Recours

Les décisions prises par les autorités de la concurrence peuvent faire l'objet de deux types de recours (voies de droit). D'une part, un recours peut être adressé à la Commission de recours pour les questions de concurrence (REKO/WEF). Celle-ci est la première instance de recours en matière administrative pour les décisions de la Comco ou du Secrétariat et, d'autre part, pour les mesures de contraintes prévues à l'art. 42 al. 2 relatives aux procédures engagées au titre de l'accord sur le trafic aérien entre la Suisse et la CE. Elle est compétente en première instance (art. 44 LCart).

En second lieu, le Tribunal fédéral est l'autorité suprême de recours contre les décisions prises par la Commission de recours et les tribunaux civils cantonaux.

Contrairement aux procédures liées aux restrictions illicites à la concurrence (accords en matière de concurrence et abus de position dominante), les tiers, c'est-à-dire les entreprises qui ne sont pas participantes à la concentration n'ont pas la qualité de parties. De ce fait, elles n'ont pas d'accès au dossier et n'ont pas de compétences de recours.

Lorsque la Comco a rendu une décision reconnaissant le caractère illicite d'une restriction à la concurrence, les intéressés peuvent demander une autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral fondée sur des intérêts publics prépondérants (art.8, 11 et 31 LCart). Cette demande peut aussi être adressée à la suite d'un échec des recourants auprès des autorités de recours susmentionnées. Cette procédure est examinée dans la section 4.1.4. Cette procédure de requête auprès du Conseil fédéral se base sur des considérations politiques et ne constitue dès lors pas une voie de recours de droit.

Il n'existe pas en Suisse de règles de procédures propres au droit de la concurrence. Les autorités administratives doivent utiliser les règles communes contenues dans la loi fédérale sur la procédure administrative, y compris en matière de preuve, règles qui ne sont pas appropriées aux litiges de droit de la concurrence. C'est ainsi que les décisions prises par la Comco peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours en matière de concurrence, puis au Tribunal fédéral. En pratique, toutes les

décisions de la Comco font en principe l'objet d'un recours, ce qui allonge la durée des procédures. Selon le droit en vigueur, les recours en matière de concurrence bénéficient de l'effet suspensif. Comme son retrait n'est admis qu'à des conditions très restrictives par la jurisprudence, les effets anticoncurrentiels des cartels et des abus de position dominante se font encore sentir sur le marché jusqu'à l'entrée en force de la décision au fond, c'est-à-dire bien après la décision de la Comco. De plus, comme la Comco est obligée de rendre des décisions intermédiaires, notamment sur les questions liées à sa compétence (art. 3 LCart), les parties peuvent utiliser les voies de recours prévues pour ces décisions formelles, ce qui a pour effet de suspendre la procédure au fond jusqu'à droit connu sur les questions formelles. Le Président de la Comco a par ailleurs attiré l'attention sur la nécessité d'une réforme globale du droit procédural en matière de concurrence. Enfin, la Commission de recours en matière de concurrence est actuellement composée de juges spécialisés dans le domaine de la concurrence. Cette situation va bientôt changer avec la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale et la création du Tribunal administratif fédéral à St Gall. On peut dès lors se demander si la Suisse ne devrait pas continuer à disposer d'un tribunal spécialisé pour trancher, en première instance, les recours de droit de la concurrence.

Politique d'information

La LCart prévoit que les autorités de la concurrence peuvent publier leurs décisions (art. 48 al. 1 LCart). Selon l'article 48 al. 2 LCart les tribunaux doivent transmettre au secrétariat, sans y être invités, une version complète des jugements qu'ils ont rendus en vertu de la LCart. Il est précisé que le secrétariat rassemble ces jugements et peut les publier périodiquement.

La Comco fait preuve d'une politique très ouverte d'information. Ses décisions ainsi que celles des autres autorités ayant compétence en matière de concurrence (commission de recours, surveillance des prix, etc.) sont publiées dans une revue (Revue « Droit et Politique de la Concurrence ») qui paraît cinq fois par an⁸³. Les activités de la Comco ainsi que les publications (communications, ordonnances, etc.) sont également diffusées par le biais de son site internet (www.weko.ch).

En vertu de l'article 49 al. 2 LCart, la Comco élabore un rapport annuel à l'intention du Conseil fédéral.

Autres moyens d'application de la législation

Les tribunaux civils cantonaux sont les autorités civiles spécifiques de concurrence en droit civil. Depuis l'entrée en vigueur de la LCart-1995, les critères d'appréciation de droit civil et de droit administratif reposent sur des normes matérielles uniformes. Dans le cadre d'une action civile, une personne qu'une restriction illicite à la concurrence entrave dans l'accès à la concurrence ou à l'exercice de celle-ci peut demander au juge civil 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). Lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, l'affaire est transmise pour avis à la Comco (art. 15 LCart). Une note précisant les relations entre les tribunaux civils et la Comco a été établie en 1997⁸⁴. Le recours aux procédures civiles est relativement rare en Suisse, les entreprises préférant, semble-t-il, s'adresser directement à la Comco évitant ainsi des frais de procédures dont l'issue demeure incertaine.

Aspects internationaux de la politique de la concurrence et son application

La Comco et le seco participent aux travaux de plusieurs instances internationales dans le domaine de la concurrence, notamment l'OCDE (Comité de la concurrence), la CNUCED, l'OMC et l'ICN (International Competition Network).

En vertu du principe des effets (art. 2 LCart), la LCart est applicable aux états de faits qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger. Cela pose dès lors la problématique des investigations à l'égard de pratiques orchestrées par des entreprises sises à l'étranger et de la mise en œuvre des décisions correspondantes. La Suisse n'a signé aucun accord de coopération en matière de concurrence. La collaboration des autorités de concurrence avec des institutions étrangères est réalisée de manière limitée, au cas par cas. On peut distinguer la collaboration formelle et la collaboration informelle.

La collaboration formelle se base sur :

- L'accord de libre échange du 22 juillet 1972 entre la Communauté économique européenne et la Suisse qui prévoit que, lorsqu'une pratique anticoncurrentielle est incompatible avec le bon fonctionnement de l'accord au sens de l'article 23 paragraphe 1, les parties contractantes communiquent au Comité mixte tout renseignement utile et lui prêtent l'assistance nécessaire en vue de l'examen du dossier, et, le cas échéant, de l'élimination de la pratique incriminée (article 27, paragraphe 3 dudit accord)⁸⁵. Cependant, à ce jour, aucune collaboration concrète n'a pu être basée sur cet accord⁸⁶.
- L'accord bilatéral entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, en particulier les articles 8, 9, 10 et 11⁸⁷. Cet accord, qui est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, prévoit que la totalité de « *l'acquis communautaire* » dans le domaine du transport aérien est appliquée dans les relations entre la Suisse et la CE. Les règles de la concurrence sont appliquées et les concentrations d'entreprises contrôlées par les institutions communautaires conformément à la législation communautaire figurant à l'annexe de l'Accord. La Comco collabore avec la Commission européenne en matière d'application des décisions et des mesures de procédures sur le territoire suisse. S'agissant des aides d'État, la Suisse retient la compétence exclusive dans ce domaine. La Comco est l'autorité indépendante qui veille au respect des règles sur les aides d'État en Suisse. Les autorités suisses et communautaires entretiennent des relations régulières en vue de la bonne application de l'accord sur le transport aérien.
- Les deux recommandations de l'OCDE suivantes :
 - la Recommandation de 1995 du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables⁸⁸;
 - la Recommandation de 1998 du Conseil concernant la coopération entre les pays membres sur les pratiques anticoncurrentielles affectant le commerce international⁸⁹.

La collaboration informelle permet certains contacts avec les autorités étrangères de la concurrence sans toutefois porter sur l'échange d'informations confidentielles.

Dans le cas des procédures relatives aux concentrations d'entreprises, la Comco collabore avec les autres autorités de la concurrence concernées par la même opération dans la mesure où les entreprises concernées ont donné leur accord.

Comme le note le rapport de l'OPCA, « Pourtant, face à la globalisation de l'économie, l'échange d'informations entre les autorités de la concurrence suisses et étrangère devient une nécessité »⁹⁰. L'isolement des autorités suisses de la concurrence, contrastant notamment à la situation des 25 autorités nationales de la concurrence de l'UE unies au sein du Réseau Européen de la Concurrence, rend la tâche beaucoup plus difficile à la Comco qui ne peut pratiquement compter que sur ses propres ressources et activités pour mener à bien sa tâche.

L'engagement de démarches visant à conclure des accords en matière de concurrence avec les principaux partenaires étrangers, en particulier avec l'UE, permettrait de renforcer de manière significative l'action des autorités suisses de la concurrence.

Ressources, actions et priorités implicites des organes

Comme le relève le Rapport de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration, les critères et méthodes employés par la Comco et son Secrétariat pour juger si la concurrence sur un marché est efficace, ont été l'objet de critiques dans la littérature spécialisée⁹¹. Ont été notamment mis en cause les compétences du Secrétariat et les lacunes quant aux indicateurs sur lesquels reposent les décisions de la Comco.⁹² Cependant, ces critiques, dans la mesure où elles ont été confirmées par des experts indépendants, ont été prises en compte⁹³. Toutefois, les représentants des entreprises continuent à déplorer le manque de vigilance des membres de la Commission, liées aux contraintes d'un emploi qui n'est que à temps partiel.

Depuis l'entrée en vigueur de la LCart en 1996, la Comco a rendu un nombre relativement faible de décisions en matière de cartels et d'abus de position dominante. Le « *rythme de sénateur* » craint par l'OCDE en 1999 a perduré⁹⁴. Toutefois deux raisons pourraient expliquer partiellement cette situation. Premièrement, certains comportements anticoncurrentiels ont cessé au cours des investigations informelles et formelles de la Comco et ne sont donc pas comprises dans les statistiques. En effet, sous le régime de la LCart-1995 (sans sanctions directes), la Comco ne pouvait prendre de décision qu'à l'encontre de comportements anticoncurrentiels en force sur le marché. De ce fait, l'abandon d'un comportement anticoncurrentiel en cours d'une investigation ne pouvait faire l'objet d'aucune action de la part de la Comco et la procédure devait être close sans suites. En second lieu, contrairement à ce qui était prévu lors de l'adoption de la LCart, la Comco a été fortement occupée en matière de contrôle des concentrations, ce qui pourrait aussi expliquer qu'une part substantielle des ressources aient dû être affectée au contrôle des concentrations en lieu et place de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

Au cours des années 2003 et 2004, le Secrétariat a été fort occupé en 2003 par la mise en œuvre de la Communication sur les accords verticaux (section 3.5.1) et en 2004 par la phase préparatoire de la mise en œuvre de la LCart-2003 (délai d'une année accordé aux entreprises, soit du 1 avril 2004 au 1^{er} avril 2005 pour se conformer à la nouvelle loi révisée) (voir annexe 2). Au cours de cette période, les entreprises avaient la possibilité de notifier leurs comportements auprès de la Comco afin de s'assurer que ceux-ci ne violaient pas la loi. De ce fait, le Secrétariat s'est essentiellement concentré sur le traitement de ces notifications. Depuis le 1^{er} avril 2004, début de la période transitoire, les autorités de la concurrence ont ouvert une seule enquête (trois en tout dans l'année civile). En revanche, elles ont traité 154 annonces au sens des dispositions transitoires et ont conseillé des entreprises dans 56 cas sur des questions relatives aux dispositions révisées⁹⁵.

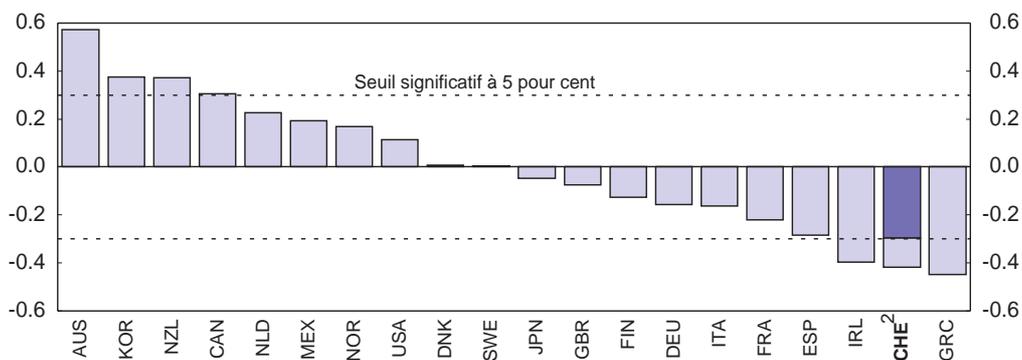
Aussi bien avant qu'après l'entrée en vigueur des dispositions révisées, la Comco a déployé d'importants efforts pour faire connaître et expliquer aux entreprises la nouvelle loi. Les membres de la Commission et du Secrétariat ont présenté les points-clés de la révision dans plus de 25 contributions publiées dans des revues scientifiques ou spécialisées ainsi que lors de plus de 120 présentations orales et se sont mis à la disposition des entreprises et des avocats pour en discuter⁹⁶. Cette large campagne d'information a contribué à ce que les sanctions directes, le programme de clémence et la nouvelle présomption concernant les accords verticaux soient mieux connus auprès des entreprises, des associations et des avocats.

Depuis le 1^{er} avril 2005 (fin de la période transitoire de la mise en œuvre de la LCart 2003), tous les comportements anticoncurrentiels pourront être sanctionnés de manière rétroactive (même si le comportement anticoncurrentiel est abandonné en cours de procédure, une décision et une sanction seront

adoptées) et les activités mises en place lors de la période de transition du 1^{er} avril 2004 au 31 mars 2005 seront terminées. Le rythme des décisions devrait donc s'accélérer. Toutefois, les faibles ressources allouées à la Comco risquent de compromettre son efficacité.

En comparaisons internationales, les ressources allouées au Secrétariat de la Comco sont relativement faibles (figure 23). Dans son message relatif à la révision 2003 de la LCart, le Conseil fédéral prévoyait la création de 15 postes supplémentaires⁹⁷. Cependant, alors que cette allocation de 15 postes supplémentaires paraît déjà faible au regard des nouvelles tâches attribuées à la Comco par la LCart-2003, l'entrée en vigueur de cette dernière ne s'est pas accompagnée dans les faits par l'attribution de la totalité des nouveaux postes promis (3). En outre, la Comco a également été soumise à la réduction linéaire des ressources imposées à toute l'administration fédérale dans le cadre de la mise en œuvre du programme de frein aux dépenses de l'État. Par ailleurs, le financement des stagiaires, autrefois assuré par l'administration centrale a été mis à la charge de la Comco. Au 1^{er} janvier 2005, le Secrétariat de la Comco comptait 40 personnes de niveau universitaire (direction comprise), 7 personnes administratives et 10 stagiaires. Une telle situation réduit fortement l'efficacité de la mise en œuvre de la politique de la concurrence qui était souhaitée par la révision de la loi.

Figure 2. Effectifs des autorités de la concurrence¹



1. L'effet de la taille de l'économie sur le ratio effectif/PIB a été estimé par l'équation suivante :

$$\log(\text{effectif/PIB}) = 0.513173 - 0.38325 \cdot \log(\text{PIB}) \quad (1.5) \quad (-3.2) \text{ (t-Student entre parenthèses)}$$
S.E.: 0.30 R²: 0.36
La figure montre les résidus après contrôle des effets de la taille de l'économie.
 2. La barre plus foncée représente la position de la Suisse si les effectifs de l'autorité de la concurrence atteignent 60 personnes au lieu de 45 personnes comme actuellement.
- Source : OCDE (2004), *Études économiques : Suisse 2003, Paris*.

Tableau 3. Ressources humaines et financières de la Comco

	Personnes/années	Budget
2005	Comco: 15 Secrétariat*: 57	CHF 7'200'000
2004	Comco : 15 Secrétariat* : 57	CHF 7'100'000
2003	Comco : 15 Secrétariat* : 57	CHF 7'077'000

* : converti en emplois 100 %.

Limites de la politique de la concurrence : exemptions et régimes réglementaires spéciaux

Exemptions générales ou traitements spéciaux

Les exemptions prévues par la LCart sont les suivantes :

- exemptions générales prévues par l'art. 3 LCart eu égard à d'autres prescriptions légales ;
- des accords en matière de concurrence qui affectent de manière notable la concurrence peuvent être déclarés licites s'ils sont justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5, a.2 LCart). La Comco peut désigner des catégories d'accords réputés justifiés par voies d'ordonnances ou de communications (art. 6, LCart) ;
- des abus de position dominante peuvent être déclarés licites s'ils sont justifiés par des « *legitimate business reasons* » ;
- autorisations exceptionnelles du Conseil fédéral fondées sur des intérêts publics prépondérants.

Exemptions prévues par l'art. 3 LCart

Sont exclues du champ d'application de la LCart les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix à caractère étatique et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). Figurent, notamment parmi ces secteurs échappant au moins partiellement à la législation concurrentielle, l'agriculture, la santé, y compris certains produits pharmaceutiques, ainsi que les industries de réseau qui sont soumises à des réglementations spécifiques (encadré 7). Un arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire EEF – WATT/Migros a permis de préciser la portée de cet article⁹⁸.

Par ailleurs, la loi ne s'applique pas aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle (art. 3 al.2 LCart). La révision 2003 a complété cette dernière disposition en précisant que « en revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la présente loi ». Le but de cet ajout est d'atténuer la réserve générale d'exemption couvrant les droits de propriété intellectuelle. Il est le fruit de la volonté des parlementaires de permettre certaines importations parallèles de produits protégés par un brevet. En effet, une entrave aux importations (parallèles) de produits protégés par le droit des marques ou par le droit d'auteur basée sur les lois correspondantes n'est et n'était pas possible. Le Tribunal fédéral a posé le principe de l'épuisement international du droit des marques et d'auteurs. Cependant, le Tribunal fédéral a adopté en 1999 un jugement inverse dans le domaine du droit des brevets en ancrant le principe de l'épuisement national (arrêt Kodak)⁹⁹. Toutefois, dans l'arrêt Kodak, le Tribunal fédéral a accordé à la Comco une possibilité d'intervention lorsqu'il existe des différences de prix notables entre le pays d'origine et la Suisse et que les conditions de mise en circulation des produits brevetés sont dans le pays d'origine comparables à celles qui prévalent en Suisse. Le législateur s'est basé sur cette jurisprudence en ajoutant la nouvelle phrase susmentionnée à l'art. 3 al. 2 de la loi. Selon cette disposition, la Comco doit examiner au cas par cas si les conditions pour une intervention selon la LCart sont réunies (abus de position dominante ou accord en matière de concurrence). De plus, ce n'est que dans le cas où une entrave à une importation constituerait un abus de position dominante que la Comco pourrait intervenir en interdisant cette pratique. Or, en règle générale, le titulaire d'un droit de propriété en matière de brevet ne détiendra que rarement une position dominante¹⁰⁰. Donc, s'agissant du droit des brevets, l'ouverture aux importations parallèles offerte par la LCart-2003 demeure très lacunaire¹⁰¹. L'introduction du principe de

l'épuisement international en droit des brevets, prônée par la Comco, ou à défaut le principe de l'épuisement régional, dans un cadre européen, pourrait permettre de compléter efficacement la lutte contre les restrictions aux importations parallèles.

S'agissant de la portée générale de l'art. 3 LCart, dans chaque cas d'espèce, les autorités de la concurrence doivent clarifier si les dispositions légales en vigueur permettent tout de même une certaine concurrence¹⁰². Seuls les cas pour lesquels le législateur a explicitement exclu la concurrence sont considérés comme étant exemptés. La Comco a considéré de manière délibérée une interprétation étroite de l'article 3 de la LCart, afin d'en limiter au minimum son champ d'application. Dans le domaine de l'électricité, la Comco a réussi à imposer une jurisprudence dans le cas EEF (voir section 4.2.1). Certes, dans d'autres cas (SMA)¹⁰³, les procédures de recours ont annulé des décisions de la Comco sur la base notamment de l'article 3 LCart.

Comme il l'a déjà été indiqué, la LCart s'applique aux entreprises privées et publiques. Ces dernières ne sont donc pas exclues du champ d'application de la loi sous réserve d'une disposition expresse relevant de l'article 3 LCart. Par exemple, une décision relativement récente de la Comco (décembre 2003) a intimé l'ordre à Swisscom, entreprise détenue en majorité par l'État, de mettre fin à une pratique de rabais concédée à sa filiale Bluewin dans le domaine du marché de gros des services à large bande¹⁰⁴. Cette pratique, qui favorisait sa filiale par rapport aux autres fournisseurs de service ADSL, a été considérée comme étant un abus de position dominante.

Tableau 4. Principaux droits exclusifs

Biens ou services	Entités	Champ d'application
Agriculture		
Sucre	Monopole accordé par une loi fédérale : accord exclusif pour une raffinerie (conclu directement avec la fabrique de sucre Aarberg/Frauenfeld)	Raffinement du sucre de betterave
Distillation d'alcool et boissons alcoolisées	Régie fédérale des alcools	Droits d'importation accordés au secteur privé
Secteurs manufacturier et des infrastructures		
Sel	Monopole administré conjointement par les cantons	Droits exclusifs pour la production et la distribution
Électricité	Établissements publics (cantonaux ou communaux) ou entreprises publiques	Droits exclusifs pour les courants d'eau (production) et l'utilisation du sol public (lignes de tension) ; d'où régimes concessionnaires (production) ou entités publiques (distribution) Droits exclusifs pour les sources et l'utilisation du sol public (réseau) d'où régimes concessionnaires ou entités publiques
Eau potable	Unités au sein des administrations communales	
Gaz	Swissgas et fournisseurs régionaux publics	Droits exclusifs pour l'utilisation du sol public (réseau), d'où régimes concessionnaires ou entités publiques

Tableau 4. Principaux droits exclusifs

Biens ou services	Entités	Champ d'application
Services		
Transport ferroviaire	Compagnie de chemins de fer fédéraux (CFF) et compagnies régionales	Licence fédérale. Les prix d'accès au réseau sont réglementés par l'Office fédéral des transports.
Transport de passagers par bus, tramway, téléphérique, bateau, etc.	CFF, entreprises publiques cantonales ou locales.	Droits exclusifs de fourniture
Transport aérien	Swiss International Airlines	Privilèges en qualité de compagnie nationale (selon des accords bilatéraux)
Contrôle de la navigation aérienne	Swiss Control	Monopole accordé pour certains services
Ports	Ports de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne	Droits exclusifs sur les installations de base et la gestion
Certains services de télécommunications	Swisscom	Actuellement pas de libre accès de tiers à la boucle locale
Services postaux	La Poste Suisse	Monopole sur certains services de courriers domestique et international pour les lettres.
Services de santé (assurance de base)	Fournisseurs de services de santé	Prix pour la plupart des prestations fixes par le TARMEP qui se base sur un accord entre les fournisseurs de services et les assureurs maladies
Certains services d'assurance	Monopoles cantonaux et monopoles fédéraux	Monopoles pour les assurances incendie et relatifs aux désastres naturels dans certains cantons; Assurances sur les accidents de travail (industrie)
Certaines obligations hypothécaires	Deux institutions pour les lettres de gage	Émission de "Schweizer Pfandbriefe" seulement par une institution des banques cantonales et par une institution ouverte aux autres banques
Services de ramonage	Ramoneurs officiels	Droits exclusifs accordés dans certains cantons

Sources: Informations remises par le SECO ; OMC (2004), Examen des politiques commerciales : Suisse et Lichtenstein, Rapport du Secrétariat, Genève.

Justification d'accords en matière de concurrence

Dans le domaine des accords en matière de concurrence, ainsi qu'il l'a été explicité auparavant, la LCart prévoit que les accords qui affectent de manière notable la concurrence peuvent être déclarés licites s'ils sont justifiés par des motifs d'efficacité économique. En vertu de l'art.5, al.2, LCart, un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique :

- lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de

connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources; et

- lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

L'article 6 de la loi prévoit que les conditions, auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique, peuvent être fixées par voie d'ordonnance ou de communication. A cet égard, cet article précise que seront notamment pris en considération a) les accords de coopération en matière de recherche et de développement ; b) les accords de spécialisation et de rationalisation, y compris les accords y relatifs concernant l'utilisation de schémas de calcul ; c) les accords en vue de l'octroi d'une exclusivité sur l'acquisition ou la vente de certains biens ou services ; d) les accords relatifs à la concession de licences exclusives de droit de propriété intellectuelle ; et e) les accords ayant pour but d'améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises, dans la mesure où ils n'ont qu'un impact restreint sur le marché. Cette dernière disposition (e) relative aux accords impliquant des petites et moyennes entreprises a été introduite lors de la révision LCart-2003.

La loi prévoit aussi, par son art. 6, al.2, que les ordonnances et communications relatives aux accords en matière de concurrence peuvent aussi reconnaître comme étant réputées justifiées des formes particulières de coopération propres à certaines branches de l'économie, notamment des accords concernant la transposition rationnelle de prescriptions de droit public pour la protection des clients ou des investisseurs en matière de services financiers.

A ce jour, la Comco a adopté quatre communications. La première communication, émise le 15 décembre 1997 concerne l'homologation et le sponsoring des articles de sport¹⁰⁵. La Comco a adopté le 4 mai 1998 une communication sur les schémas de calculs, qui traite des conditions auxquelles l'utilisation de schémas de calcul émis par des associations est justifiée¹⁰⁶. En 2002, la Comco a adopté deux importantes communications en matière de restrictions verticales (appréciation des accords verticaux¹⁰⁷ et d'accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile¹⁰⁸), qui ont été développées dans la section 3.5.1.

Justification d'abus de position dominante

Bien que la LCart ne contienne aucune disposition spécifique prévoyant qu'un abus de position dominante puisse être justifié et déclaré licite, le Message du Conseil fédéral relatif à la LCart, ancre le principe des « legitimate business reasons » en indiquant : « Une pratique touchant au domaine de la concurrence, d'une entreprise en position dominante est en principe illicite lorsque, sans aucune justification objective, elle entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou l'exercice de celle-ci ou qu'elle désavantage les partenaires commerciaux. On parle notamment de raisons objectives propres à justifier une pratique stratégique (« legitimate business reasons ») lorsque l'entreprise concernée fonde son comportement sur des principes commerciaux »¹⁰⁹. A ce jour, aucun abus de position dominante statué dans le cadre d'une enquête approfondie (art. 27 LCart) n'a été justifié pour des « *legitimate business reasons* ».

Autorisations exceptionnelles du Conseil fédéral fondées sur des intérêts publics prépondérants

La loi prévoit des autorisations exceptionnelles du Conseil fédéral, fondées sur des intérêts publics prépondérants, en matière de cartels et d'abus de position dominante (art. 8, LCart), ainsi que dans le domaine des concentrations (art 11, LCart).

L'article 8 LCart statue que les accords en matière de concurrence et les pratiques d'entreprises ayant une position dominante dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite, peuvent être autorisés par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants. L'article 11 LCart fixe qu'une concentration d'entreprises qui a été interdite par la Comco peut être autorisée par le Conseil fédéral à la demande des entreprises participantes si, à titre exceptionnel, elle est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

Ces autorisations exceptionnelles sont de durée limitée et peuvent être assorties de conditions ou de charges. Le Conseil fédéral peut, à la demande des intéressés, prolonger l'autorisation exceptionnelle lorsque les conditions de son octroi demeurent remplies. A ce jour, le Conseil fédéral n'a été interpellé qu'à deux reprises (interdiction du cartel des prix des partitions de musique et interdiction d'un abus de position dominante dans le domaine de l'électricité /EEF). Dans les deux cas, les recours ont échoué. Dans le premier cas, le Conseil fédéral a suivi la décision de la Comco et le cartel a donc été interdit. Dans le second cas, les parties ont retiré leur recours avant que le Conseil fédéral ne se prononce sur l'affaire.

Exclusions, règles et exemptions sectorielles

Secteur de l'électricité

Le secteur de l'électricité comprend six sociétés supra cantonales, verticalement intégrées, ainsi qu'une multitude de petites entreprises, pour la plupart publiques, appartenant aux communes ou aux cantons. Les distributeurs bénéficient d'un monopole au niveau local ou régional et fixent les tarifs du transport de l'électricité sur leur réseau. Leurs comptes sont souvent intégrés à ceux des administrations cantonales ou locales et la distribution est, dans certains cas, combinée avec celle d'autres services d'utilité publique (eau et gaz). Il en résulte que les structures tarifaires manquent de transparence¹¹⁰. La structure du marché engendre des inefficiences, qui entraînent des tarifs d'électricité supérieurs à la moyenne de l'OCDE, ainsi que de fortes disparités de tarifs entre les différentes catégories de consommateurs et de régions. En décembre 2001, le Parlement avait approuvé une réforme qui s'inspirait des principes généraux des réformes de l'UE : séparation comptable et opérationnelle entre le transport et la production et la distribution, libre accès au réseau de transport (qui devait être géré par une société indépendante) sur la base d'une tarification transparente (LME¹¹¹). Cependant, ce projet de réforme a été rejeté par un vote populaire le 22 septembre 2002.

Après le rejet de la LME, une commission d'experts a été chargée de définir les principes de base d'une nouvelle réglementation de l'approvisionnement en électricité. Un projet de loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEl) a été élaboré¹¹². Il prévoit d'ouvrir le marché en plusieurs étapes. Dans un premier temps, l'accès au réseau serait garanti pour tous les consommateurs finaux, à l'exception des ménages. Après cinq ans, les ménages pourraient, eux aussi, choisir leur fournisseur. Contrairement au premier projet proposé et rejeté par le peuple (LME), le passage à l'ouverture complète ne se fera pas automatiquement, mais bien par le biais d'un arrêté de l'Assemblée fédérale soumis à référendum facultatif.

Par ailleurs, jusqu'à l'entrée en vigueur de la LApEl, le Conseil fédéral propose parallèlement une réglementation provisoire du commerce transfrontalier d'électricité au moyen d'une modification de la loi sur les installations électriques (LIE)¹¹³. Ce projet permettrait de procéder à une ouverture du marché par étapes. Une réglementation du commerce transfrontalier d'électricité a été jugée prioritaire en raison des développements au sein de l'UE dans ce domaine (entrée en vigueur du règlement 1228/203 le 1^{er} juillet 2004). Ainsi, les nouvelles dispositions légales proposées sont largement conformes aux prescriptions en vigueur dans l'UE depuis le 1^{er} juillet 2004. Elles prévoient notamment un gestionnaire indépendant du réseau de transport, une commission de l'électricité qui fera office d'autorité de régulation, ainsi que

l'accès non discriminatoire au réseau de transport et la gestion des problèmes de congestion¹¹⁴. Ces deux projets devraient être traités au Parlement en 2005.

Le nouveau projet de loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEl), qui vise à assurer plus de concurrence sur le marché de l'électricité, est à saluer, quoique certaines dispositions du projet soient susceptibles d'entraîner des distorsions de concurrence, pour l'essentiel les dispositions liées à la libéralisation par étape ou liées au modèle d'approvisionnement électrique garanti. L'ouverture du marché par étape, telle que proposée dans le projet initial soumis à consultation (tout d'abord libre accès au réseau pour les consommateurs finaux consommant plus de 100 MWh par an) viole le principe de neutralité concurrentielle et entraîne des distorsions de concurrence¹¹⁵. Une petite ou moyenne entreprise grosse consommatrice d'électricité peut choisir librement son fournisseur et négocier des conditions d'approvisionnement avantageuses. En revanche, une entreprise concurrente moins gourmande en électricité et s'adressant à la même clientèle, reste liée à son fournisseur, qui le dessert à des conditions probablement moins favorables. Afin de remédier à cette situation, le Conseil fédéral a modifié son projet afin que tous les consommateurs commerciaux puissent choisir librement leur fournisseur dans la première phase. Si cette modification ne devait pas être retenue par le Parlement, un risque de distorsion de concurrence temporaire, voire permanente, est à craindre. En second lieu, le projet prévoyant le modèle de choix avec approvisionnement électrique garanti (Mag) viole le principe de neutralité concurrentielle entre les entreprises qui offrent de l'électricité sur le marché. Celles-ci seront d'autant plus fortement réglementées que les quantités livrées aux ménages liés à leurs réseaux seront importantes par rapport à leurs ventes totales d'électricité¹¹⁶. Les entreprises qui disposent d'un réseau de distribution restreint ainsi qu'un faible nombre de petits clients sont moins soumises aux prescriptions étatiques.

D'un point de vue théorique, l'ouverture totale, et en une seule étape, du marché constitue l'objectif à atteindre. Ce n'est qu'à travers elle et le libre choix du fournisseur pour tous les clients (consommateurs finaux et sociétés de distribution), que les mécanismes du marché peuvent déployer pleinement leurs effets, la libre concurrence permettant la plus grande efficacité dans le fonctionnement de ce marché. Une ouverture complète et immédiate éviterait notamment l'écueil de l'arbitraire dans la fixation du palier d'ouverture dans les phases intermédiaires. Certes, l'option de la libéralisation en deux mouvements pourrait être le prix de l'acceptation du projet de libéralisation de ce secteur.

Une société nationale privée de gestion de tout le réseau de transport (Swissgrid) a été créée en vue de devenir opérationnelle en 2005. Swissgrid est une société commune des sept sociétés d'électricité (grossistes) Nordostschweizerische Kraftwerke AG (NOK), Centralsschweizerische Kraftwerke (CKW), Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL), Aare Tessin AG für Eletrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Energie Ouest Suisse SA (EOS) et Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ). Par décision du 7 mars 2005, la Comco a autorisé la fondation de Swissgrid moyennant des charges¹¹⁷. L'examen approfondi mené par la Comco a montré que la création de Swissgrid crée une position dominante sur le marché du transport d'électricité (comprenant la distribution d'électricité par les lignes à haute tension) dans certaines régions de Suisse. En vertu de la LCart, la Comco doit néanmoins autoriser une concentration qui crée une position dominante lorsqu'elle provoque une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante. La Comco a jugé que cette concentration provoque une amélioration de la concurrence sur le marché de l'approvisionnement électrique (livraison d'électricité aux consommateurs finaux), car la nouvelle entreprise facilite le transit d'électricité sur le réseau haute tension. Afin de garantir que l'amélioration des conditions de concurrence sur le marché de l'approvisionnement électrique intervienne dans une proportion suffisante, la Comco a imposé les charges suivantes : Swissgrid a l'obligation de garantir un accès libre et non discriminatoire des tiers à son réseau ; Swissgrid a l'obligation de publier ses tarifs et conditions d'utilisation de son réseau ; Swissgrid et les sociétés participant à Swissgrid doivent établir une comptabilité analytique pour leurs réseaux à haute tension ; Swissgrid n'est autorisée ni à produire commercialement, vendre ou négocier de l'électricité, ni à détenir des participations dans de telles

entreprises ; les membres du Conseil d'administration et de la Direction de Swissgrid ne doivent pas être membres d'un organe d'une autre entreprise électrique. Les deux premières charges ont pour objectif de faciliter le transit de l'électricité. La troisième charge doit permettre une surveillance des tarifs de Swissgrid. Les deux dernières charges ont pour but d'éviter d'éventuels conflits d'intérêt au sein de Swissgrid. Les sociétés d'électricité ont déposé un recours contestant certaines charges qui leur ont été imposées. La procédure de recours va retarder la mise en place de Swissgrid et de ce fait porter un frein à l'organisation des interconnexions par le biais de cette nouvelle société que les partenaires commerciaux de la Suisse appelaient de leurs vœux. Cependant, les charges imposées par la Comco définissent des conditions en termes d'accès des tiers au réseau, qui sont relativement similaires à ce qui existe dans d'autres marchés de pays de l'OCDE, où l'accès des tiers au réseau (Third Party Access) est ouvert. La grande différence est qu'il n'existe pas actuellement en Suisse d'organisme de régulation sectoriel permettant de garantir cet accès *ex ante*.

Dans le contexte de ce processus lent et laborieux d'ouverture du marché de l'électricité, la Comco a joué un rôle important en imposant le fait que le domaine de l'électricité ne pouvait se soustraire à la loi sur les cartels. En effet, la Comco avait ouvert diverses enquêtes, pour abus de position dominante, à l'encontre d'entreprises d'électricité qui refusaient d'ouvrir leurs réseaux à des concurrents. Dans le cas EEF/WATT, le 5 mars 2001, la Comco a jugé que le refus des Entreprises électriques fribourgeoises (EEF) de laisser transiter sur leur réseau de l'électricité d'une entreprise tierce (Watt Suisse AG) destinée à l'approvisionnement d'un consommateur privé (Migros) situé dans une zone couverte par le réseau de distribution des EEF constituait un abus de position dominante. La Comco est arrivée à la conclusion qu'aucune disposition légale (fédérale et cantonale) ne contenait des prescriptions réservées empêchant l'application de la loi sur les cartels au titre de l'article 3 LCart¹¹⁸.

La Commission de recours pour les questions de concurrence, puis le Tribunal fédéral ont rejeté les recours des EEF. Le Tribunal fédéral (TF) a suivi l'argumentation des autorités de la concurrence, en particulier celle selon laquelle la LCart est applicable au secteur de l'électricité en l'absence de prescriptions réservées de droit fédéral ou cantonal¹¹⁹. Cet arrêt du TF dans l'affaire EEF ouvre le marché de l'électricité par le biais de la loi sur les cartels. Le transit de courant électrique peut être imposé par la LCart, à moins que le droit cantonal n'accorde à l'entreprise qui refuse le transit un monopole de droit pour la distribution d'électricité sur son territoire. Le canton de Fribourg a toutefois, suite à l'affaire EEF, attribué un droit de monopole aux EEF, soustrayant ainsi l'entreprise à la LCart. Le canton de Vaud a également instauré un monopole en avril 2005. L'introduction de tels monopoles cantonaux a été justifiée par le vide juridique causé par l'absence d'une loi fédérale sur l'électricité. Dès que la loi fédérale sur l'électricité sera adoptée, il s'agira de s'assurer de l'abrogation de ces monopoles cantonaux. Certes, il n'est pas exclu que la licéité de ces monopoles cantonaux soit testée devant le Tribunal fédéral lors d'un recours pour infraction à la liberté économique.

Secteur du gaz

La part du gaz naturel dans la consommation totale d'énergie finale est d'environ 12 pour cent (chiffres pour 2004)¹²⁰. Le gaz naturel est importé car la Suisse n'en produit pas elle-même. Les fournisseurs sont l'Allemagne, les Pays-Bas, la Russie via l'Allemagne, la France et l'Italie. Swissgas, un importateur privé, est le principal importateur (environ les trois-quarts des importations). Le marché du gaz naturel est contrôlé par le monopole *de facto* des cantons et des municipalités, qui possèdent la majorité des sociétés gazières, y compris les sept plus importantes, qui représentent 50 pour cent du marché¹²¹. Selon le gouvernement, la fourniture aux ménages et aux petits consommateurs serait peu attractive pour des concurrents éventuels. La fourniture aux gros consommateurs ainsi que la transmission de longue distance par le biais du réseau suisse de haute pression sont garanties par la loi sur les installations de transport par conduites (LITC) du 4 octobre 1963¹²².

A sa propre initiative, l'industrie suisse du gaz a élaboré une autorégulation en matière d'accès. Le pipeline de transit le plus important est détenu et géré conjointement par Swissgas et quelques entreprises étrangères. En théorie, l'accès aux gros consommateurs commerciaux et aux réseaux de transmission de longue distance est libre. Toutefois, les prix du gaz naturel en Suisse sont nettement supérieurs à la moyenne des pays industrialisés¹²³. Aucune procédure d'enquête n'a toutefois été ouverte par la Comco afin d'identifier d'éventuels abus de position dominante sur ce marché. La libéralisation du secteur du gaz était en préparation avant le référendum de septembre 2002 qui a conduit au rejet de la LME. Les réformes dans ce secteur ont été repoussées, la priorité ayant été accordée à la poursuite des réformes dans le domaine de l'électricité. Il serait toutefois souhaitable que le gouvernement reprenne l'initiative de la réforme parallèle à celle du secteur de l'électricité afin d'éviter de différer les gains potentiels résultant de la libéralisation de ce secteur.

Secteur des télécommunications

Les fournisseurs de services de télécommunications doivent obtenir une concession de l'Office fédéral de la communication (OFCOM). Dans le domaine du réseau fixe de télécommunications, Swisscom bénéficie du monopole sur le « *dernier kilomètre* » et ne doit donc pas accorder l'accès à la boucle locale à des tiers (cf. ci-dessous). Dans le domaine de la télécommunication mobile, quatre licences GSM et UMTS ont été accordées par la Commission fédérale de la Communication (Comcom) à quatre opérateurs.

La libéralisation du secteur des télécommunications, qui s'est amorcée en 1996, se heurte à un dernier obstacle qui est celui du dégroupage de la boucle locale. Le dégroupage de la boucle locale est important non seulement pour la téléphonie fixe, mais aussi pour la concurrence dans le segment professionnel du transport des données à haut débit, qui revêt une importance particulière pour le développement de services internet peu coûteux.

En février 2003, le Conseil fédéral souhaitait ouvrir immédiatement le dernier kilomètre à la concurrence et introduire le dégroupage. Pour ce faire, il avait modifié l'ordonnance sur les services de télécommunication (OST) afin de permettre, entre autres, de soumettre les deux formes de dégroupage « accès partagé » (*shared line access*) et « accès totalement dégroupé au raccordement d'abonné » (*full access*) au régime d'interconnexion. Le Conseil fédéral considérait que les bases légales étaient suffisantes pour l'ouverture du dernier kilomètre par voie d'ordonnance (et non pas par voie législative qui aurait demandé de longues procédures). La ComCom, qui soutenait la démarche du Conseil fédéral en considérant que les bases légales étaient suffisantes pour l'introduction de l'accès partagé et de l'accès totalement dégroupé au raccordement d'abonné, avait d'ailleurs pris une décision en ce sens dans le cadre d'une procédure d'interconnexion déposée par TDC Switzerland (Sunrise) contre Swisscom en juillet 2003 concernant le dégroupage du raccordement d'utilisateurs. Cependant, cette décision a fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral a donné raison au recourant en estimant que l'ordonnance révisée sur les services de télécommunication (OST) ne constituait pas une base légale suffisante pour le dégroupage du raccordement d'abonné. Ce sera donc dans le cadre de la révision en cours de la loi sur les télécommunications (LTE) que le dégroupage devrait être enfin instauré en Suisse.

Secteur des services postaux

La fourniture des services postaux (comme celle des télécommunications) est restée un monopole d'État jusqu'à la fin de 1997. Lors de l'entrée en vigueur de la loi sur les télécommunications (LTC)¹²⁴, le 1^{er} janvier 1998, le monopole a été scindé entre la Poste suisse (pour les services postaux) et Telecom PTT (pour les services de télécommunications), à savoir Swisscom depuis octobre 1998. La Poste suisse est entièrement détenue par la Confédération.

La loi fédérale sur la poste¹²⁵, modifiée en 2003, divise le marché des services postaux en trois segments distincts :

- les services réservés, offerts exclusivement par la Poste suisse à titre de monopole en vertu de ses obligations de service universel;
- les services non réservés, offerts également par la Poste suisse en vertu de ses obligations de service universel, mais en concurrence avec d'autres fournisseurs;
- les services libéralisés.

Les services réservés concernent les envois nationaux et internationaux entrant de lettres, définies comme tout courrier ayant une dimension maximale de 353x250 mm, une épaisseur maximale de 2 cm et un poids maximal de 1 kg. Depuis le 1^{er} janvier 2004, les services réservés ne comprennent plus le transport des colis, qui a été libéralisé, le monopole de la Poste suisse sur les services postaux pour les colis allant jusqu'à 2kg ayant été supprimé. En Suisse, le secteur réservé de la Poste est néanmoins beaucoup plus étendu que dans la plupart des autres pays européens et la libéralisation s'effectue moins rapidement. En 2006, la limite du monopole sera abaissée à 100 g pour les lettres, pour autant que le financement du service universel soit garanti. Cette deuxième étape fera l'objet d'une révision ultérieure de l'Ordonnance sur la poste (OPO)¹²⁶.

Les services non réservés, qui peuvent être offerts par des opérateurs privés agréés (en concurrence avec la Poste suisse) concernent les envois de lettres vers l'étranger et tous les services postaux (nationaux et internationaux) pour les colis pesant jusqu'à 20 kg. L'OPO prévoit l'attribution de concessions obligatoires pour tous les services non réservés dont la vente dépasse 100'000 francs suisses, sauf pour les services d'abonnement à des journaux et magazines. Tous les autres services peuvent être fournis librement par des entreprises privées, y compris étrangères, et ne sont pas soumis à des droits de monopole ou à des concessions.

En vertu de l'OPO, l'accès aux services universels, ainsi que la qualité de ces services et la satisfaction des consommateurs, sont surveillés par un organisme réglementaire (PostReg), distinct de la Poste suisse. Toutefois, étant donné que la Confédération est à la fois propriétaire de la Poste suisse et responsable de PostReg, le conflit d'intérêts est patent.

Secteur des Transports ferroviaires

La première phase de la réforme des transports ferroviaires (réforme des chemins de fer 1) a commencé en 1999. Elle contenait quatre mesures applicables à tous les chemins de fer, à savoir la séparation de l'infrastructure et des transports sur le plan de la comptabilité et de l'organisation ; l'accès au réseau, l'extension du principe de la commande à toutes les indemnités et la libéralisation du trafic marchandises. Les Chemins de fer fédéraux suisses (CFF) ont été transformés en société anonyme et dotés de pouvoirs de gestion accrus. Cependant, la Confédération demeure l'actionnaire unique. Elle n'intervient plus dans la gestion mais elle définit les objectifs de l'entreprise et exerce une forte influence sur le secteur en tant que responsable de la politique des transports¹²⁷.

L'accord bilatéral sur les transports terrestres conclu avec l'UE a élargi l'accès au réseau aux entreprises de chemin de fer de l'UE depuis le 1^{er} juin 2002. L'accord bilatéral avec l'UE prévoit une libéralisation totale du transport combiné. S'agissant des autres transports internationaux (passagers et marchandises), l'accord bilatéral s'est traduit par une libéralisation partielle des trajets internationaux sur une base de réciprocité, permettant à des compagnies étrangères d'assurer des liaisons avec la Suisse, mais seulement en partenariat avec une compagnie locale. Actuellement, la Suisse et l'UE négocient la reprise

du « premier paquet ferroviaire » de l'UE (Directives 2001/12, 2001/13 et 2001/14). Cela implique notamment la pleine libéralisation du transport de marchandises, limitée dans une première phase au Réseau Transeuropéen de Fret Ferroviaire (environ 50'000 km de voies ferrées sur lesquelles 70 à 80 pour cent de tous les transports sont opérés) et étendue dans une deuxième phase au réseau entier.

La première phase de la réforme des transports ferroviaires est jugée positivement en comparaisons internationales¹²⁸. Cette réforme a accru la concurrence dans le transport des marchandises. Toutefois, dans le domaine des transports de passagers, le libre accès demeure plus limité. Les CFF gardent le droit exclusif de fournir des services de transport de passagers sur de longues distances. En échange de ce privilège, le Conseil fédéral leur confie certaines tâches de base¹²⁹. Par ailleurs, l'octroi des sillons ne relève pas pour le moment d'un organisme totalement indépendant mais d'une entité formée des entreprises actives dans le secteur (CFF/BLS/RM), ce qui crée des conflits d'intérêts patents (Ordonnance sur l'accès au réseau ferroviaire, RS 742.122). Cette structure n'a pas été jugée compatible avec la Directive européenne 2001/14 par les services de la Commission. Dès lors, l'Office fédéral des transports (OFT) a prévu une disposition modifiée dans le cadre de la réforme des chemins de fer 2, actuellement débattue au Parlement, avec un organe séparé dont l'objectif est d'assurer la compatibilité avec les exigences de la nouvelle directive 2001/14. Par ailleurs, la directive européenne en question ne fixe que des exigences minimales. La création d'une autorité juridiquement indépendante reste donc posée. Enfin, selon le système en vigueur, la fixation des prix d'utilisation des sillons est de la compétence de l'OFT, ce qui entraîne un conflit d'intérêt puisque la Confédération suisse est la propriétaire des CFF.

S'agissant des problèmes liés aux financements des infrastructures, la réforme des chemins de fer 2 prévoit d'en harmoniser les mécanismes. L'objectif est de coordonner les conditions cadres pour toutes les entreprises¹³⁰. Cette réforme comporte aussi diverses dispositions favorables à la concurrence, notamment le renforcement de la Commission d'arbitrage qui pourra enquêter d'office et plus seulement sur plaintes ; de même, selon le ce projet, les prestations en matière de transport régional de passagers devraient faire l'objet d'une mise en concours obligatoire dans certains cas alors qu'elle est facultative actuellement.

Secteur des services financiers

Dans le secteur des services financiers, un projet de mise en place d'une surveillance intégrée des services financiers va être soumis au Parlement. Ce projet se fonde sur les travaux de la Commission fédérale sur la surveillance des marchés financiers (dite « *Commission Zimmerli* », du nom de son Président). Le Conseil fédéral s'est clairement prononcé en faveur d'une surveillance intégrée des services financiers. Actuellement, certains prestataires de services financiers sont soumis à la surveillance de diverses institutions (par exemples, Commission fédérale des banques pour les établissements bancaires, Office fédéral des assurances sociales pour les compagnies d'assurances maladie, Office fédéral des assurances privées pour les compagnies d'assurance privée), alors que d'autres ne sont soumis à aucune surveillance. Cette situation entraîne des distorsions de concurrence puisqu'un même service financier sera contrôlé par un organe différent selon que le prestataire est, par exemple, un établissement bancaire ou une société d'assurance, voire n'est pas contrôlé du tout s'il est fourni par une entreprise opérant dans un domaine soumis à un contrôle restreint (c'est par exemple le cas pour les gérants indépendants de fortunes, les négociants sur devises et les « *introducing brokers* »). Ainsi, les entreprises ne faisant l'objet d'aucune surveillance et d'aucune prescriptions ne supportent pas les éventuels coûts et les contraintes enregistrés par leurs concurrents qui font l'objet d'une réglementation. Par ailleurs, l'absence de contrôle de certains groupes de prestataires de services comporte des risques pour la stabilité de la place financière. Selon le principe « *same business, same risks, same rules* », le projet prévoit la création d'une institution, appelée FINMA, qui serait le fruit de la fusion de la Commission fédérale des banques, de l'Office fédéral des assurances privées et de l'autorité de contrôle en matière de blanchiment d'argent¹³¹. Le Conseil fédéral devrait adopter un message au Parlement proposant la création de la FINMA ainsi qu'un nouveau régime de sanctions. Le projet du Conseil fédéral va dans le sens d'un renforcement de la surveillance des marchés

financiers. Il répond en grande partie aux recommandations d'une Commission d'experts (Commission Zufferey), dont la mission était de contrôler la réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse¹³². Certes, contrairement à ce que recommandait cette commission, certains prestataires de services demeureront exclus de toute surveillance occasionnant ainsi des distorsions potentielles de la concurrence. Certes, en raison des interrogations quant aux risques d'une réglementation excessive touchant de petits prestataires et quant aux risques potentiels occasionnés par ces entreprises, le Conseil fédéral s'est abstenu de les intégrer à ce stade dans la FINMA. Une telle analyse exigeant beaucoup de temps, il a été préféré de présenter un projet de surveillance intégrée partielle, couvrant les prestataires les plus importants, qui pourrait être adopté rapidement. Il serait souhaitable de poursuivre dans un deuxième temps l'analyse de la situation en vue d'intégrer les domaines actuellement exclus en fonction notamment des résultats quant à l'importance des risques que ces derniers pourraient entraîner¹³³.

Dans le domaine du contrôle des opérations de concentration, le cas le plus important du point de vue des effets sur la structure du marché bancaire a été la fusion entre l'Union de Banques Suisses (UBS) et la Société de Banque Suisse (SBS) en 1998, les deux banques les plus grandes en Suisse à ce moment là. La Comco a autorisé la fusion moyennant des charges¹³⁴. Lors de cette fusion, le principal marché affecté a été celui des crédits commerciaux aux petites et moyennes entreprises. Les marchés géographiques étaient déterminés comme marchés régionaux (ils représentaient en règle générale les marchés cantonaux des prêts aux petites et moyennes entreprises)¹³⁵. Finalement, dans huit marchés régionaux, la Comco a examiné à fond le fonctionnement de la concurrence à cause d'un renforcement de la position de l'UBS sur ces marchés¹³⁶. Dans la plupart des cantons, les principaux acteurs sont en premier lieu l'UBS, le Crédit Suisse puis la banque cantonale, ainsi que diverses autres plus petites banques telles que les Caisses Raiffeisen.

Depuis-lors, la Comco a surveillé la transposition des charges qu'elle a imposées à la nouvelle institution UBS SA (vente des branches et des filiales, obligation de rester comme actionnaire et soutenir comme utilisateur les prestations des entreprises communes dans le secteur bancaire, maintien des crédits commerciaux aux PME à des conditions appropriées). Les charges ont pris fin au début 2005. A deux reprises, la Comco a pris des sanctions contre des instituts financiers (une banque et une assurance) pour des raisons d'infraction contre l'obligation de notifier¹³⁷.

Depuis plusieurs années, la Comco examine aussi les marchés des moyens de paiement, spécialement les marchés des cartes de paiement comme la carte de crédit et la carte de débit. En novembre 2002, elle a interdit la clause de non-discrimination dans les contrats passés par les acquiers de Visa, MasterCard et American Express avec les commerçants. Les entreprises concernées ont fait recours contre la décision et la Commission de recours ne s'est pas encore exprimée¹³⁸. Une autre enquête concernant le même problème dans le domaine des cartes de débit avait été suspendue. A la fin 2003, la Comco a de nouveau ouvert une enquête dans le domaine des cartes de crédit contre les issuers et les acquiers concernant les commissions d'interchange. Elle est en train d'examiner si les entreprises concernées contreviennent à l'art. 5 Lcart qui interdit des ententes ou des comportements parallèles.

Dans la plupart des cantons disposant d'une banque cantonale (vingt-quatre au total), celle-ci bénéficie de garantie de l'Etat (cantonal), ce qui est susceptible d'entraîner des distorsions à la concurrence étant donné que les établissements rivaux ne bénéficient pas de telles mesures (tableau 5). La Comco a déjà deux fois pris position sur la garantie d'Etat des banques cantonales et les dispositions spéciales dans la loi fédérale concernant les banques et les caisses d'épargne. Elle a entre autres proposé aux législateurs suisses et cantonaux de soumettre les banques cantonales à la surveillance de la Commission fédérale des banques et de supprimer des règles avantageuses pour la formation des réserves, le rabais de fonds propres et les privilèges fiscaux. Elle a aussi proposé d'analyser périodiquement la nécessité et l'indemnisation de la garantie d'Etat¹³⁹. La plupart des points soulevés par la Comco avaient été réalisés en 1999 avec la révision de la loi¹⁴⁰. En même temps, le législateur a supprimé la disposition légale qui déterminait la garantie d'Etat comme un critère constitutif. L'effet anticoncurrentiel de la garantie d'Etat sur le marché

bancaire n'est pas évident¹⁴¹. L'histoire démontre que même les banques cantonales qui ne disposent pas expressément d'une garantie (ou d'une garantie limitée) profitent de l'aide d'Etat lorsqu'un assainissement devient nécessaire¹⁴².

Tableau 5. Garanties des cantons pour leurs banques cantonales

	Aargauische	Appenzeller	BC	BC Genève	BC du Jura	BC	BC Vaudoise	Basellandsch.	Basler KB	Berner KB	Glarner KB	Graubündner	Luzerner KB	Nidwaldner	Obwaldner	Schaffhauser	Schwyz KB	St. Galler KB	KB Tessin	Thurgauer KB	Urner KB	Walliser KB	Zuger KB	Zürcher KB	
Garantie limitée																									
Garantie primaire																									
Garantie subsidiaire																									
Garantie subsidiaire excluant les prêts de deuxième rang																									
Pas de garantie d'État																									

Source : Hans Geiger und Beat Kräuchi (2003), Umstrittene Staatsgarantie der Kantonalbanken, NZZ, 11/12. Octobre 2003, p. 29.

Dans 19 des 26 cantons suisses, l'assurance incendie fait l'objet d'un monopole cantonal. L'assurance incendie constitue un marché libre dans les cantons d'Appenzell-Rhodes Intérieures, Genève, Obwald, Schwyz, Tessin, Uri et Valais. Dans ce groupe des sept cantons ne connaissant pas un monopole cantonal, on dénombre 24 entreprises privées sur le marché de l'assurance incendie¹⁴³. Le débat sur la suppression des monopoles cantonaux est actif depuis de nombreuses années. Des rapports d'experts contradictoires alimentent les analyses¹⁴⁴. Le Secrétariat de la Comco a ouvert une enquête préalable en 2003, afin d'examiner si les assureurs privés ne formaient pas un accord en matière de concurrence susceptible d'affecter la concurrence. Cette enquête préalable a permis de mieux connaître ces marchés et de distinguer la situation dans les cantons à monopole et les cantons libéralisés. Il en est ressorti que les primes des assureurs privés sont environ 13 pour cent supérieures à celles des monopoles. Les assureurs privés justifient cette situation sur la base de plusieurs facteurs tels que par exemple le fait qu'ils doivent rentabiliser leur capital-risque et le fait que les monopoles ont moins de dépenses de marketing et

d'acquisitions de clients ou que les monopoles sont avantagés du point de vue fiscal¹⁴⁵. L'enquête n'a pas pu mettre en évidence l'existence d'un cartel de prix entre les assureurs privés.

Sur la base des résultats de cette enquête préalable, la Comco en a conclu qu'il n'était pas justifié qu'elle émette une recommandation aux cantons connaissant un monopole de libéraliser le secteur de l'assurance incendie. La question ne semble toutefois pas encore réglée, notamment dans le cadre d'accords commerciaux internationaux, en particulier au sein de l'OMC (Accord Général sur le Commerce des Services) ou dans le cadre de nouveaux accords bilatéraux avec l'UE incluant les services, qui pourraient contraindre la Suisse à considérer les requêtes visant à ouvrir ces marchés à des concurrents étrangers. Le décloisonnement des marchés cantonaux (assurant ainsi un marché unique de l'assurance incendie en Suisse) ainsi que son ouverture à la concurrence étrangère, pourraient générer une nouvelle situation concurrentielle propre à modifier complètement la situation.

Secteurs de la santé et des produits pharmaceutiques

Le secteur de la santé, qui représentait près de 11 pour cent du PIB en 2001, est caractérisé par des prix très élevés par rapport aux autres pays et une forte réglementation, même si cette dernière caractéristique se retrouve dans la plupart des autres pays de l'OCDE (OCDE, 2004, p. 138)¹⁴⁶. L'assurance-maladie constitue, avec le domaine des prestations médicales et celui des moyens thérapeutiques, l'un des principaux piliers de la politique suisse de la santé. Ceci a fait l'objet récemment d'un débat en Suisse du point de vue de la concurrence. (Une analyse plus approfondie de l'OCDE des questions qui se posent à cet égard sera disponible prochainement.)

S'agissant de l'assurance-maladie, on distingue, d'une part, l'assurance de base obligatoire et, d'autre part, l'assurance complémentaire qui est facultative et qui peut être contractée sur une base privée. L'assurance de base est régie par la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) du 18 mars 1994, entrée en vigueur en 1996¹⁴⁷. La LAMal a eu pour effet de réformer globalement le système suisse de l'assurance-maladie. La LAMal a introduit une certaine dose de concurrence dans le domaine de l'assurance-maladie qui est offerte par des entreprises privées. Les principaux mécanismes de l'assurance de base sont les suivants. L'assurance de base est obligatoire. Toute compagnie d'assurance a l'obligation d'accepter un assuré. La loi énonce un catalogue exhaustif de prestations qui doivent être remboursées par tous les assureurs. Au-delà de ce catalogue, chaque assureur détermine quelles sont les prestations complémentaires qu'il veut offrir en sus de l'assurance de base. Les dépenses correspondantes doivent être couvertes par les recettes. Ce sont donc les dépenses qui détermineront, pour chaque assureur, le montant des primes qu'il percevra sans toutefois être autorisé à réaliser des profits. Le système prévoit une prime unique par assureur et par région. Les assureurs bénéficiant des dépenses les plus faibles sont donc en mesure de proposer des primes plus basses que leurs concurrents. Les assurés peuvent changer d'assureur sans inconvénient. Afin d'éviter que la concurrence entre les assureurs ne se fasse par le biais de la sélection des risques, un système de compensation des risques est prévu dans la loi. La LAMal a donc pour objectif de garantir des soins de qualité, avec un accès aux soins pour tous les individus (selon le principe de la solidarité).

Dans ce contexte, le contrôle des dépenses dépend entre autres facteurs de la capacité et des incitations des assurances de négocier des conditions et des prix avantageux, des incitations des fournisseurs à renforcer leur efficacité et des incitations des patients à responsabiliser leur demande en soins¹⁴⁸. Ce contexte semble susceptible de conduire à des prix élevés, comme dans d'autres domaines de l'économie suisse. Ainsi, les facteurs économiques (niveau de salaires et des taux d'intérêt) et les caractéristiques démographiques et géographiques du marché n'expliquent que 3 points de pourcentage de l'écart de prix avec l'Allemagne, le Royaume-Uni, la France ou les Pays-Bas, lequel varie entre 13 et 38 pour cent, le reste de cet écart procure une rente aux fournisseurs et distributeurs au détriment des assurés ou est dissipé par des structures inefficaces¹⁴⁹.

Une concurrence effective entre les assureurs est importante pour les inciter à négocier des conditions et des prix avantageux auprès des fournisseurs de soins. Toutefois, les mécanismes du marché classique peinent à fonctionner sur le marché des soins de santé, compte tenu des nombreuses spécificités réglementaires, et informationnelles, du secteur de la santé.

La concurrence par les prix est pratiquement inexistante entre les fournisseurs de soins compte tenu, d'une part, de l'obligation de contracter des assureurs avec tous les prestataires et, d'autre part, du système de tarification uniforme (TARMED) qui, de plus, est fondé sur la rémunération à l'acte médical.

Le projet de réforme partielle de la LAMaL a été rejeté par le Parlement en 2003. En 2004, le Conseil fédéral a élaboré une nouvelle révision, en cours de discussion au Parlement, qui pourrait être appliquée en 2006 ou 2007. Le paquet de révision a été divisé en plusieurs petites réformes qui peuvent être acceptées séparément.

Une des principales propositions du projet du Conseil fédéral porte sur une suppression partielle de l'obligation de contracter. Selon cette proposition, la liberté de contracter se traduirait par la conclusion de contrats entre assureurs et fournisseurs de prestations dans le secteur ambulatoire mais ne serait pas étendue dans le secteur hospitalier.

Cependant, en 2004, la Comco a émis un préavis qui préconise une suppression totale de l'obligation de contracter, à savoir dans le domaine ambulatoire et dans le domaine stationnaire. La position de la Comco est que trois éléments seraient encore indispensables à la liberté de contracter¹⁵⁰ :

- empêcher des négociations entre associations faïtières sur les conventions tarifaires; la fixation des prix doit être le fait de négociations contractuelles entre fournisseurs de prestations et d'assureurs afin d'aboutir à une réelle libéralisation des prix. Le but est d'éviter une fixation homogène et concertée des tarifs, donc la création de cartels de prix si ce sont les associations faïtières qui se chargent des négociations;
- permettre le libre choix du niveau des tarifs et de la forme du remboursement. Dans la mesure où le jeu de la libre concurrence est garanti lors de la conclusion d'un contrat entre fournisseurs de prestations et assureurs, il n'y a aucun motif que cette procédure ne soit pas étendue au mode et à la hauteur de la rémunération des services fournis;
- supprimer l'approbation sur les tarifs de la part des cantons ou de la Confédération. Cette modalité empêcherait l'application totale de la LCart en vertu de l'article 3 LCart, qui exclut de l'application du droit de la concurrence les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services.

La mise en œuvre de la proposition de la Comco visant la suppression de l'obligation de contracter dans le domaine ambulatoire et stationnaire impliquerait que la LCart s'appliquerait aux dispositions de l'assurance de base, qui ne seraient plus couvertes par l'exemption prévue à l'article 3 LCart¹⁵¹. Selon les propositions de la Comco, l'application de la LCart permettrait d'empêcher, d'une part, les ententes entre assureurs dans le but d'exclure des fournisseurs de prestations et, d'autre part, les ententes entre prestataires de services visant à exclure un assureur maladie. Par ailleurs, l'avis de la Comco est que la suppression de l'obligation de contracter devrait s'accompagner d'une réforme d'autres dispositions de la LAMaL qui sont trop contraignantes en restreignant l'autonomie des prestataires de soins notamment ou en figeant les mécanismes de rémunération.

La production et la commercialisation de médicaments sont soumises à la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs fédéraux du 15 janvier 2000 (loi sur les produits thérapeutiques)¹⁵². La mise

en circulation d'un nouveau médicament doit être approuvée préalablement par l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic) qui est un organe de droit public de la Confédération rattaché au Département fédéral de l'Intérieur. Les dispositions de cette loi se basent sur un intérêt public prépondérant qui est celui de la protection de la santé de l'être humain et de l'animal¹⁵³. Le monopole de Swissmedic a récemment été mis en cause par le Surveillant des prix qui, une fois de plus, a constaté le caractère onéreux des médicaments en Suisse en comparaison internationale¹⁵⁴. D'autres options, telle que la coordination avec l'autorité européenne en la matière, pourraient être étudiées¹⁵⁵. Ainsi, cela éviterait de dédoubler des procédures coûteuses d'approbation à la fois en Suisse (Swissmedic) et au sein de l'UE. Le consommateur suisse paie l'ensemble de ses médicaments 20,6 % plus chers qu'en Allemagne¹⁵⁶. Les dernières mesures officielles de réduction, suite à la révision des prix tous les deux ans et à la concurrence avec certains pays, dont les Pays-Bas, le Danemark ou le Royaume-Uni, ne sont pas suffisantes selon la Surveillance des prix. La différence de prix avec l'Allemagne se situe encore à 14,7 % pour les médicaments soumis à cette nouvelle réglementation. Dans son rapport annuel 2004, la Surveillance des prix en appelle à la libéralisation des importations parallèles afin de faire pression sur les prix¹⁵⁷. Cet appel relaie la Recommandation de la Comco au Conseil fédéral qui encourage le principe de l'épuisement international en droit des brevets pour favoriser les importations parallèles et lutter contre le niveau de prix élevé en Suisse.¹⁵⁸ Ceci a fait l'objet d'un vif débat en Suisse¹. Il a cependant été rejeté par le Conseil Fédéral, qui a maintenu le principe de l'épuisement national. Cependant, une ouverture plus grande dans ce domaine, par exemple avec un principe d'épuisement régional, dans un cadre européen, permettrait déjà des progrès en contribuant à renforcer la concurrence par les prix dans ce domaine en Suisse, à travers à une baisse mesurée des prix.

La question des médicaments n'a pas été incluse en tant que telle dans le cadre de la réforme en cours de la LAMal. Pourtant, des mesures visant à endiguer les dépenses dans ce secteur pourraient être envisagées. s l. Le système de fixation des prix « *ex-factory* », les marges revenant à la distribution (grossistes et détaillants pharmaciens) ainsi que le système de remboursement des pharmaciens lors de la remise de médicaments remboursés par l'assurance de base sont définis dans la LAMal et/ou ses ordonnances d'application.

Le cartel des médicaments « Sanphar » a fait l'objet d'une interdiction de la Comco en 2000¹⁵⁹. Ce cartel prévoyait de manière détaillée les prix des médicaments vendus aux grossistes, puis aux détaillants (pharmaciens et médecins), puis aux consommateurs. A la suite du démantèlement de ce cartel privé, une nouvelle disposition a été introduite dans la LAMal en 2000, afin de permettre aux pharmaciens de prélever un montant forfaitaire pour toute remise de médicaments sur ordonnance, ce qui a quelque peu réduit les effets du démantèlement du cartel Sanphar.

Secteur de l'agriculture

Selon le mandat constitutionnel attribué à l'agriculture, défini à l'article 104 de la Constitution fédérale, les prestations de l'agriculture répondent à une double exigence¹⁶⁰. D'une part, la production doit respecter les conditions du marché et de la concurrence et, d'autre part, les prestations qui ne relèvent pas du marché (conservation des ressources naturelles, entretien du paysage) entrent dans la catégorie des biens publics. Dans ce contexte, les conflits d'objectifs apparaissent nécessairement, comme le relève le message du Conseil fédéral concernant le développement de la politique agricole (Politique agricole 2007) du 29 mai 2002¹⁶¹. La loi fédérale sur l'agriculture comporte diverses dispositions qui empêchent ou restreignent la concurrence. Toutefois, certains domaines relevant du secteur agricole ne sont pas réglementés et, dès lors, tombent sous le champ d'application de la LCart.

¹ Cf. OCDE (2004) Études économiques de la Suisse pour une discussion des avantages et inconvénients de l'application du principe d'épuisement international au droit des brevets.

Le marché de l'agriculture doit être divisé en de nombreux secteurs. La teneur de la réglementation diffère d'un marché des produits à un autre. Dans le domaine de la production de sucre, aucune concurrence n'est possible dans la mesure où un droit de monopole a été attribué à une seule entreprise. Dans d'autres marchés (par exemple le marché du lait), des contingentements ou des prescriptions en matière de prix, certes à caractère résiduel, restreignent la concurrence, bien que la LCart s'applique totalement sur les autres paramètres de concurrence.

La Suisse arrive au premier rang des pays de l'OCDE pour le soutien de l'État à l'agriculture, à la fois en proportion des recettes brutes attribuables à la production et par habitant¹⁶². En 2003, la Suisse accordait en soutien à ses producteurs l'équivalent de 74 pour cent des recettes brutes attribuables aux produits agricoles, soit presque deux fois et demie la moyenne des pays de l'OCDE (31 pour cent) et presque le double de l'Union européenne¹⁶³.

Le second paquet d'accords bilatéraux avec l'UE va entraîner une plus grande ouverture des marchés. Par ailleurs, le programme « *Politique agricole 2007* » induit certaines réformes, notamment en ce qui concerne l'abandon du contingentement laitier d'ici 2009 et l'introduction progressive de mesures plus souples visant les contingentements d'importation de viande¹⁶⁴. Toutefois, la concurrence dans le secteur de l'agriculture demeure fortement entravée par les réglementations¹⁶⁵. Le potentiel de réforme de la réglementation dans le secteur de l'agriculture est donc important.

La prochaine étape, appelée « *Politique agricole 2011* » est encore dans une phase initiale. Elle prévoit de nouvelles adaptations liées aux réformes induites par le cycle de Doha (OMC). Selon le gouvernement suisse, la Politique agricole 2011 doit être conçue en vue d'un développement durable de l'agriculture sur les plans économique, écologique et social¹⁶⁶. Sur le plan économique, il s'agit de réduire de plus de la moitié le soutien interne du marché en supprimant l'ensemble des subventions à l'exportation et en abaissant encore plus le prix seuil des céréales fourragères d'ici à 2009. Les moyens financiers dégagés par la réduction du soutien du marché (y compris les subventions à l'exportation) seront alloués aux paiements directs, afin que l'agriculture demeure capable de fournir les prestations d'intérêt général qui sont couplées à la production.

Sensibilisation à la concurrence dans la réforme réglementaire

Rôle de la Comco

La Comco est également chargée de la promotion de la concurrence qui se réalise principalement sous trois formes. Premièrement, la Comco, qui a pour tâche d'observer de façon suivie la situation de la concurrence, peut adresser aux autorités communales, cantonales et fédérales des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace, notamment en ce qui concerne l'élaboration et l'application de prescriptions de droit économique (art. 45 LCart). Deuxièmement, dans le cadre des procédures de consultations régulières, les autorités de la concurrence sont aussi habilitées à fournir des préavis sur des projets d'actes normatifs de la Confédération qui limitent ou influencent de quelque manière la concurrence (art. 46 LCart). Enfin, la Comco peut élaborer des avis à l'intention d'autres autorités sur des questions de principe touchant la concurrence (art. 47 LCart). S'agissant du Secrétariat, l'article 23 al. 2 LCart prévoit que ce dernier établit des préavis (selon l'article 46, al. 1^{er} LCart) et conseille les services officiels et les entreprises sur des questions se rapportant à l'application de la loi.

La Comco a adressé une dizaine de recommandations, principalement au Conseil fédéral, au titre de l'article 45 LCart (encadré 8). Ces recommandations n'ont, pour la plupart, pas été suivies par les autorités concernées. Certaines recommandations de la Comco concernent des problématiques importantes, telles que la libéralisation du secteur de l'assurance non vie, le remboursement par l'assurance-maladie de base de médicaments à l'étranger (faisant l'objet d'une prescription médicale) ou les importations parallèles et

le droit des brevets. A noter que SantéSuisse (association qui regroupe les caisses maladies) a décidé en 2004 de rembourser les achats de médicaments à l'étranger couverts par l'assurance-maladie de base et faisant l'objet d'une prescription médicale.

La Comco a également émis une série de préavis (article 46 al.2 LCart), principalement dans les domaines des télécommunications, de l'énergie et de la santé. Par exemple, dans le cadre de la révision de la loi fédérale sur les télécommunications, la Comco a émis un préavis au Département fédéral de l'énergie, des transports et des communications (DETEC) en faveur du dégroupage de la boucle locale¹⁶⁷. Dans le domaine de l'énergie, la Comco a émis un préavis dans le cadre du projet de loi sur l'électricité¹⁶⁸. Dans le domaine de la santé, la Comco a émis un préavis dans le cadre de la révision partielle de la LAMAL en faveur d'un accroissement de la concurrence dans le secteur de la santé et de la mise en place d'une réglementation plus efficiente prenant davantage en compte la relation qualité coût¹⁶⁹.

La Comco aurait pu davantage utiliser sa compétence d'émettre des recommandations (art. 45 al. 2 LCart) – dont la portée est plus importante que celle des préavis - dans des problématiques clés qui ont marqué les débats de politique économique et sociale de la Suisse au cours de ces dernières années et qui auraient pu bénéficier d'une impulsion de la Comco (par exemple, santé, transports aériens et ferroviaires, énergie). Lors de la présentation de son rapport annuel en avril 2005, la Comco a apporté son soutien aux initiatives parlementaires visant une adoption unilatérale du principe du « Cassis de Dijon » sans toutefois formuler une recommandation formelle (voir section 5.4).

Le Secrétariat de la Comco est aussi impliqué dans le cadre de groupes de travail visant la révision de lois importantes portant sur la concurrence, comme ce fut le cas pour la révision de la LCart et celle en cours de la loi sur le marché intérieur (LMI), qui sera traitée dans la section suivante.

Il convient de noter que le Secrétariat d'État à l'Économie (SECO) dispose aussi d'une unité chargée des questions de politique de la concurrence et s'investit dans les réformes en cours de la réglementation dans le cadre certes des lignes directrices imposées par sa hiérarchie.

Encadré 7. Principales recommandations émises par la Comco de juillet 1996- janvier 2005

(art. 45 al. 2 LCart)

Projet de loi sur les produits thérapeutiques : la Comco a recommandé au Conseil fédéral d'adapter le projet de loi en fonction des modifications suivantes : a) dans le cadre de l'autorisation de mise sur le marché, l'exigence d'un domicile helvétique pour tout requérant qui désire vendre ses produits en Suisse doit être supprimée ; b) un médicament importé doit bénéficier d'une procédure simplifiée, pour autant qu'il ait obtenu une autorisation de mise sur le marché dans l'État d'où il est exporté ou en Suisse ; et c) l'interdiction de la publicité pour les médicaments prescrits sur ordonnance doit être abandonnée¹⁷⁰.

Achats de médicaments à l'étranger : la Comco a recommandé au Conseil fédéral d'autoriser le remboursement par les assureurs maladie des médicaments et autres produits pharmaceutiques acquis à l'étranger à des prix inférieurs à ceux pratiqués en Suisse. Une ouverture du marché vers l'étranger, pour les médicaments agréés en Suisse, augmenterait la concurrence dans ce domaine et permettrait en outre de faire pression sur les prix, d'améliorer le rapport prix prestation pour les assurés¹⁷¹.

Expédition de journaux et revues : la Comco a recommandé au Conseil fédéral de modifier une réglementation qui permet à la poste d'accorder de plus grandes réductions aux éditeurs pour la distribution normale de journaux si ceux-ci lui confient également la distribution matinale des journaux. Par le biais de ces primes de fidélité, la Poste jouit d'un avantage concurrentiel par rapport à d'autres entreprises pour la distribution matinale des journaux¹⁷².

Principales recommandations émises par la Comco de juillet 1996- janvier 2005 (suite)

Restrictions en matière de publicité dans le domaine des professions de la santé : la Comco a recommandé aux gouvernements de cinq cantons de supprimer les restrictions étatiques qu'ils imposent aux professions médicales en matière de publicité¹⁷³.

Marché de l'assurance-vie : la Comco a adressé une recommandation au Conseil fédéral en faveur de l'ouverture du marché suisse de l'assurance-vie à la concurrence étrangère, dans le cadre du 2^{ème} cycle de négociations bilatérales avec l'Union européenne¹⁷⁴.

Honoraires des avocats dans les législations cantonales : la Comco a recommandé aux cantons qui continuent à éditer des tarifs obligatoires pour les avocats de les supprimer¹⁷⁵.

Financement de l'Organisme intercantonal de certification (OIC) : la Comco recommande à l'OIC de renoncer à ses activités de certificateurs pour tous les produits agricoles ou alimentaires, ou, si l'OIC devait poursuivre cette activité, la Comco recommande aux cantons ayant adhéré à l'OIC de renoncer à toute subvention de cette activité¹⁷⁶.

Importations parallèles et droit des brevets : Dans sa recommandation au Conseil fédéral, la Comco encourage le principe de l'épuisement international en droit des brevets pour favoriser les importations parallèles et lutter contre le niveau de prix élevé en Suisse¹⁷⁷.

Révision de la loi sur le marché intérieur

La loi du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI) vise à éliminer les restrictions à l'accès au marché mises en place par les cantons et les communes¹⁷⁸. Elle entend faciliter la mobilité professionnelle et les échanges en Suisse et renforcer ainsi la compétitivité de l'économie suisse. Conçue comme une loi-cadre, elle n'entend pas harmoniser les réglementations des différents domaines, mais se limite à fixer les principes élémentaires nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur.

La LMI définit avant tout les principes régissant la liberté d'accès au marché. Toute personne ayant son établissement et toute entreprise ayant son siège en Suisse a le droit de proposer des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse. L'accès au marché est régi par les prescriptions du lieu de provenance. Parallèlement, les certificats de capacité cantonaux, ou reconnus au niveau cantonal, permettant d'exercer une activité lucrative, sont valables sur tout le territoire suisse. Enfin, le droit afférent à la liberté d'accès au marché englobe aussi les marchés publics des cantons et des communes.

La liberté d'accès peut être toutefois restreinte pour les offreurs externes selon les prescriptions applicables au lieu de destination des biens ou des services fournis par ces offreurs externes. Ces restrictions ne sont toutefois autorisées qu'à certaines conditions.

La Comco est chargée de veiller, sur le plan institutionnel, au respect de la LMI. Cette mission l'autorise à adresser aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants et à établir des expertises. A la différence de la LCart, la LMI ne confère pas à la Comco un pouvoir de décision contraignant. La mise en œuvre juridique de la liberté d'accès au marché est l'affaire des particuliers concernés. La LMI leur octroie un droit de recours contre les restrictions à l'accès au marché.

On observe un fossé entre les objectifs et les effets réels de la LMI¹⁷⁹. Ce constat ressort notamment du rapport du 27 juin 2000 de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) relatif aux effets de la loi fédérale sur le marché intérieur et la libre circulation des services et des personnes en Suisse¹⁸⁰. Il a

été dressé sur la base d'une évaluation de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (rapport de travail du 11 février 2000 remis à la Commission de gestion du Conseil national : « *Evaluation : quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse ?* »¹⁸¹). L'évaluation effectuée par l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration met en exergue que la LMI n'a pas induit d'ouverture notable du marché intérieur en Suisse. Trois facteurs expliquent principalement ce faible bilan¹⁸².

Premièrement, le Tribunal fédéral a privilégié dans sa jurisprudence le principe du fédéralisme par rapport à celui du marché intérieur. Le Tribunal fédéral a justifié sa position restreignant l'accès au marché sur la base de dispositions de la LMI elle-même. Une adaptation appropriée de la loi s'imposerait donc pour remédier à ce problème.

Deuxièmement, le régime actuel de la LMI – en particulier les dispositions de l'article 3 LMI qui fixent les conditions dans lesquelles les cantons peuvent restreindre l'accès au marché – laisse une marge de manœuvre relativement large aux cantons pour restreindre l'accès au marché.

Troisièmement, le droit de recours n'a pas joué le rôle de « *moteur* » de la concrétisation et de la mise en œuvre de la LMI qui lui était assigné. Peu de recours ont été interjetés, la durée et les coûts de procédure – dont l'issue est par ailleurs incertaine – ayant un caractère dissuasif. Les avantages retirés d'un recours sont sans commune mesure avec les moyens investis. Ce constat est particulièrement vérifié, lorsqu'il s'agit de petits marchés, tels que les services de taxis ou le secteur des installations sanitaires.

La révision de la LMI se fonde principalement sur les trois raisons précitées. Même si les coûts macro-économiques de la réalisation incomplète de la LMI ont été estimés faibles¹⁸³, il n'en demeure pas moins que la situation actuelle entrave le dynamisme des affaires sur le marché suisse des biens et des services. Sur certains marchés, d'importants coûts liés à l'absence d'un marché helvétique unique sont constatés en raison notamment des différences en matière de codes déontologiques à respecter selon les cantons. Des difficultés particulièrement frappantes sont constatées dans le domaine de la construction en raison de la diversité des normes cantonales. Par exemple, des plans de construction réalisés dans un canton sont difficilement utilisables dans un autre en raison des différences notables en matière de normes. La révision de la LMI est aussi motivée par la problématique de la reconnaissance des certificats de capacité cantonaux dans le cadre de l'accord entre l'EU et la Suisse sur la libre circulation des personnes, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. Cet accord oblige les cantons à traiter les certificats de capacité européens, pour les professions réglementées sur le plan cantonal, selon la procédure de reconnaissance européenne. Il existe dès lors un risque qu'un ressortissant suisse puisse être moins bien loti qu'un ressortissant européen en raison de divergences dans les règles de reconnaissance cantonales.

La révision de la LMI est donc perçue par le Conseil fédéral comme étant une mesure parmi d'autres visant à stimuler la concurrence sur le marché intérieur. La révision de la LMI vise les principaux objectifs suivants¹⁸⁴ :

- la suppression des entraves cantonales et communales à l'accès au marché. La révision prévoit par conséquent une formulation plus restrictive du régime d'exception prévu à l'article 3 LMI et d'étendre le principe de la liberté d'accès au marché à l'établissement commercial;
- la reconnaissance intercantonale des certificats de capacité concernant les métiers entrant dans le cadre de l'Accord avec l'UE sur la libre circulation des personnes doit être effectuée conformément à la procédure de reconnaissance européenne¹⁸⁵. Cela évitera que des citoyens suisses ne se trouvent défavorisés par rapport à ceux de l'UE suite à l'entrée en vigueur de cet Accord;
- sur le plan institutionnel, la révision doit permettre de renforcer la fonction de surveillance de la Comco. Selon la loi en vigueur, la Comco peut uniquement adresser des recommandations (non

contraignantes) aux autorités cantonales et communales. Le projet de révision prévoit de lui octroyer un droit de recours lui permettant de contester les décisions administratives qu'elle juge contraires à la loi.

Cette révision est à saluer car elle devrait permettre de restreindre les barrières cantonales et communales à la réalisation d'un véritable marché suisse. Certes, certaines dispositions du projet de révision auraient pu être encore plus percutantes, notamment en ce qui concerne l'action de la Comco. Le projet aurait pu prévoir de renforcer davantage les possibilités d'action de la Comco en lui octroyant un droit d'intervention contre les restrictions à l'accès au marché plutôt que d'un seul droit de recours dont l'application est peu aisée. Certes, en raison des oppositions qui se sont manifestées lors de la procédure de consultation relative à la révision de la LMI, on peut admettre que l'adoption finale du paquet proposé constitue déjà un réel progrès et un succès vers davantage de concurrence intérieure. Les principales oppositions au projet de réforme portent sur l'opportunité même d'une révision de la loi, sur l'introduction du principe du libre établissement et, enfin, sur les nouvelles compétences attribuées à la Comco. L'ampleur de la prise de conscience de l'ensemble des cantons, visant à privilégier l'intérêt général au détriment des intérêts particuliers, déterminera en fin de compte l'élargissement du degré d'ouverture du marché intérieur instauré par cette révision.

Marchés publics

Le Secrétariat de la Comco a participé activement aux travaux en vue de la révision du droit des marchés publics. Comme le déclare la Comco dans son rapport annuel 2004, « A cet égard, l'analyse de la régulation actuelle du point de vue de la concurrence et l'élaboration de propositions fondées sur cette base afin d'assurer dans le futur la mise en place d'un droit des marchés publics favorable à la concurrence ont été mis au premier plan »¹⁸⁶.

En Suisse, les marchés publics de fournitures, de services et de travaux de construction passés à tous les échelons ont dépassé les 30 milliards de francs suisses en 2000, ce qui représente environ 25 pour cent du total de dépenses publiques et 8 pour cent du PIB¹⁸⁷. Les dépenses sont réparties entre la Confédération (19 pour cent), les cantons (38 pour cent) et les communes (43 pour cent).

La Suisse est signataire de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics. Les principales exceptions aux engagements pris par la Suisse dans le cadre de cet accord concernent les Chemins de fer fédéraux, la Poste et les entreprises publiques d'armement¹⁸⁸. La Suisse a formulé des réserves concernant l'application de l'Accord à d'autres signataires qui n'avaient pas consenti un accès comparable et effectif des entreprises suisses à certains types de marchés¹⁸⁹. Par ailleurs, l'Accord sur les marchés publics conclu par la Suisse et l'UE est entré en vigueur en juin 2002¹⁹⁰. Cet Accord élargit le champ d'application de l'Accord OMC, sur une base réciproque pour les marchés d'un montant supérieur à certains seuils dans divers sous-secteurs, notamment des transports ferroviaires et des télécommunications.

La principale loi régissant les marchés publics fédéraux est la loi fédérale de 1994 sur les marchés publics¹⁹¹, complétée par l'Ordonnance sur les marchés publics de 1995¹⁹². La loi définit le régime des marchés publics et prévoit notamment un ajustement périodique des définitions et des seuils. L'Ordonnance précise le régime des marchés publics visés par la loi et de tous les autres marchés publics, c'est-à-dire ceux d'un montant inférieur aux seuils ou ceux d'entités qui ne sont pas visées par les engagements pris par la Suisse dans le cadre de l'Accord OMC sur les marchés publics. Elle prescrit notamment de ne pas faire de discrimination entre les soumissionnaires qualifiés, de faire en sorte qu'il y ait une concurrence effective.

Au niveau fédéral, 42 bureaux sont chargés des marchés publics de fournitures. S'agissant des services, chaque office fédéral s'occupe de ses propres marchés. La Commission des marchés publics de la

Confédération coordonne les marchés publics de fournitures et de services mais pas les marchés de construction.

On distingue quatre types de procédures de passation de marchés : appels d'offres ouverts, appels d'offres sélectifs (avec pré qualification), appels d'offres sur invitation (il faut inviter au moins trois fournisseurs) et marchés de gré à gré. Les marchés d'un montant supérieur aux seuils fixés dans l'Accord OMC sont généralement passés par appels d'offres ouverts ou sélectifs. La passation de marchés de gré à gré n'est possible que dans les cas prévus à l'article 13 de l'Ordonnance, par exemple lorsqu'il n'existe qu'un seul fournisseur qualifié. Pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils, il est possible de choisir entre les quatre types de procédures, mais, en règle générale, les entités acheteuses optent pour le marché de gré à gré. Le marché doit être adjugé au fournisseur qui a présenté l'offre la plus avantageuse du point de vue économique à condition qu'elle soit conforme aux critères définis dans le dossier d'appel d'offres. Ni la loi ni l'ordonnance n'instituent de traitement préférentiel à l'égard des fournisseurs suisses.

En vertu du Concordat intercantonal de 1994, les cantons ont transposé dans leurs lois l'Accord sur les marchés publics pour les marchés passés par les cantons et les communes et par certaines entreprises¹⁹³. Le Concordat s'applique aux marchés d'un montant supérieur à 9,6 millions de francs suisses pour les travaux de construction¹⁹⁴, à 383 000 francs suisses pour les marchés de fournitures et de services et à 766 000 francs suisses pour les marchés de fournitures et de services passés par les entreprises publiques de distribution d'eau et d'électricité et de transport. La Loi fédérale de 1995 sur le marché intérieur (LMI) exclut expressément la discrimination dans les marchés publics passés aux niveaux cantonal et communal en autorisant les fournisseurs de tous les cantons à soumissionner dans toute la Suisse¹⁹⁵.

Un organisme indépendant, la Commission des marchés publics Confédération/Cantons (CMCC), est chargé de veiller à ce que les engagements internationaux pris par la Suisse en matière de marchés publics soient respectés. Une Commission de recours en matière de marchés publics (CRM) a été créée pour traiter les plaintes visant des marchés passés au niveau fédéral, qui ne peuvent pas être contestées auprès du Tribunal fédéral. Au niveau cantonal, les tribunaux administratifs sont compétents pour traiter les plaintes liées à la passation des marchés publics et leurs décisions peuvent être contestées en appel au Tribunal fédéral. Une étude parlementaire publiée en 2002, qui avait été commandée dans le cadre d'une récente évaluation des politiques et pratiques en matière de marchés publics faite par le gouvernement, a mis en évidence plusieurs problèmes structurels concernant les procédures d'appel¹⁹⁶. Ces problèmes relèvent notamment des décisions contradictoires du Tribunal fédéral et de la CRM, du coût élevé des procédures par rapport au gain qu'on peut en attendre et du fait que certains fournisseurs craignent que les entités acheteuses prennent des mesures de rétorsion s'ils contestent les adjudications. La législation suisse ne permet pas à des organismes de surveillance comme la CMCC (sauf en cas de violation des obligations internationales) ou à la Comco de faire appel.

Dans les faits, l'ouverture des marchés publics paraît encore faible, surtout au niveau régional et local. Ainsi, cinq ans après l'entrée en vigueur en 1996 de la nouvelle législation sur les marchés publics dans le cadre de la mise en conformité avec l'Accord de l'OMC, plus de 80 pour cent des marchés attribués dans les cantons de Genève, Vaud et des Grisons, par exemple, bénéficiaient toujours à des entreprises locales¹⁹⁷. Plusieurs raisons expliquent cette ouverture insuffisante des marchés¹⁹⁸. Premièrement, la majorité des adjudications est attribuée en dessous des valeurs seuils imposant le recours à des appels d'offre publics. Deuxièmement, le droit des marchés publics, qui n'est pas harmonisé entre la Confédération et les cantons ni entre certains cantons eux-mêmes¹⁹⁹ malgré l'existence de la coordination intercantonale, est très complexe, ce qui le rend difficilement applicable tant pour les soumissionnaires que pour les adjudicateurs. Les seuils ont cependant été harmonisés depuis la révision du concordat, sauf pour un nombre restreint de cantons qui n'ont pas encore adhéré au nouveau concordat. L'interaction et l'enchevêtrement des normes régissant ces marchés accroissent les incertitudes juridiques, ce qui n'incite guère les soumissionnaires à déposer un recours en cas de contestation d'une procédure. L'efficacité

concrète de la législation repose pourtant largement sur ce droit de recours dont l'utilisation est aussi freinée par les coûts élevés des procédures judiciaires. Troisièmement, lorsque les seuils internationaux ne sont pas atteints, ceux plus bas au-dessus desquels la concurrence s'applique au niveau national ont jusqu'ici fortement différencié entre les cantons. Certes, des améliorations ont été tentées au cours de ces dernières années, notamment en vue d'harmoniser les valeurs seuils et procédures pour les marchés non soumis aux traités internationaux. Par ailleurs, un portail internet « marchés publics » a été mis sur pied afin de réunir les appels d'offre des cantons et de la Confédération et d'unifier le système des soumissions²⁰⁰.

Entraves techniques au commerce

La loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC) avait pour but d'éliminer les entraves techniques au commerce. Bien que la situation se soit améliorée ces dernières années, il existe encore des réglementations étatiques (et techniques) qui entravent le commerce pour l'importateur en Suisse. On peut notamment mentionner les réglementations se rapportant à la production, à l'emballage ou encore à l'étiquetage. Une enquête menée par le Secrétariat de la Comco auprès d'entreprises et d'associations a montré qu'actuellement, du moins dans le domaine des denrées alimentaires et du "near food" (p. ex. les cosmétiques), il existe encore de nombreuses prescriptions considérées comme des entraves techniques au commerce. Ces prescriptions conduisent à un renchérissement des produits en Suisse. Comme le signale la Comco dans son rapport annuel 2004, « Celles-ci entraveraient l'importation de produits et en augmenteraient ainsi les coûts, voire même empêcheraient toute importation en Suisse, alors même que de tels produits seraient conformes aux prescriptions communautaires (on parle ainsi communément de l'"îlot suisse de cherté") »²⁰¹. La révision de la Loi sur le Marché Intérieur (LMI) mentionnée plus haut, aura également des implications significatives en termes de normes, notamment au niveau des réglementations de niveau cantonal.

Cette problématique a fait l'objet de deux interventions au Parlement²⁰². Ces parlementaires estiment que les entraves au commerce pourraient être supprimées en reprenant le principe communautaire du « Cassis de Dijon ». La jurisprudence « Cassis de Dijon » remonte à un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) de 1979 concernant la commercialisation de la liqueur française de ce nom en Allemagne. Le principe du « Cassis de Dijon » implique que toute marchandise produite et/ou mise en circulation dans un État membre, conformément aux prescriptions nationales, peut, en principe, aussi être commercialisée sans restrictions dans un autre État membre. Cela vaut également dans le cas où la marchandise a été fabriquée selon d'autres prescriptions techniques ou quantitatives que celles appliquées dans le pays importateur. Dès lors, la commercialisation est possible dans le pays importateur lorsque la marchandise concernée respecte les prescriptions légales et les procédés de fabrication du pays exportateur²⁰³.

Dans son rapport annuel 2004, la Comco a apporté son soutien à ces interventions parlementaires demandant l'introduction unilatérale en Suisse du principe « Cassis de Dijon » en indiquant : « En effet, toute mesure de libéralisation – même unilatérale - conduirait à augmenter le bien-être social. La Suisse ne devrait donc pas se contenter de prendre uniquement des mesures en vue d'une harmonisation des législations mais devrait aussi emprunter parallèlement le chemin de la reconnaissance. Une telle démarche s'inscrirait d'ailleurs dans le cadre du principe constitutionnel de la liberté économique, qui doit être garanti par la Confédération »²⁰⁴. En mai 2005, le Conseil fédéral a approuvé l'idée que le principe du « Cassis de Dijon » soit également appliqué aux importations de marchandises. Le Conseil fédéral propose au Parlement d'entreprendre la modification de la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce pour transposer en droit suisse la jurisprudence « Cassis de Dijon ». Seront concernés les produits pour lesquels il n'y a pas d'harmonisation entre les prescriptions suisses et communautaires. Seraient par exemple concernés les produits de construction et les biens alimentaires. En revanche, comme c'est le cas dans l'UE, des réserves quant à l'application du principe « Cassis de Dijon » sont prévues en ce qui

concerne les mesures de protection de la santé, de l'environnement et des consommateurs prévues expressément par le droit suisse. Les médicaments par exemple ne devraient pas être concernés par la nouvelle mesure proposée par le Conseil fédéral. Si la proposition devait être avalisée par le Parlement, l'introduction de ces nouvelles mesures devrait entraîner une dynamique concurrentielle susceptible de réduire les coûts des produits pour les entreprises et les consommateurs.

Conclusions et mesures envisageables

Depuis plus de deux décennies, l'économie suisse se caractérise par une performance économique relativement faible. Une amélioration du fonctionnement des marchés des produits²⁰⁵ et un renforcement de la concurrence permettraient des gains de productivité plus importants, indispensables pour stimuler la croissance potentielle de l'économie.

Les problèmes de concurrence n'affectent pas tous les marchés des produits avec la même intensité. Les principaux problèmes sont concentrés dans les secteurs peu exposés à la concurrence extérieure (étrangère et ou d'autres cantons), et où les interventions publiques jouent un rôle important. Le cloisonnement relatif de certains marchés résulte en partie de l'organisation fédérale de la Suisse et de ses disparités linguistiques. Bien que la politique de la concurrence soit du ressort de la Confédération, les cantons disposent de possibilités étendues d'intervention sur les marchés et contrôlent souvent l'approvisionnement et les tarifs d'électricité, de l'eau, du gaz ou des transports régionaux, ce qui se traduit par de fortes disparités de prix des services publics. Les cantons influencent aussi certaines branches, comme la construction et les services professionnels, par le biais de réglementations diverses constituant *de facto* des barrières à l'entrée et par d'importants contrats qui favorisent dans certains cas les entreprises locales.

La libéralisation des industries de réseau n'est que partielle et plus ou moins prononcée selon les secteurs. Dans divers secteurs, les réformes engagées sont plus lentes et moins ambitieuses que celles qui ont été mises en œuvre au sein de l'Union européenne (électricité, gaz, télécommunications, services postaux). Cependant, des procédures de réformes sont en cours dans la plupart des industries de réseau.

Les autorités suisses ont engagé plusieurs réformes pour renforcer la politique de la concurrence. Un premier paquet de réformes a été adopté en 1995 dans le cadre du programme de revitalisation : la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart), la loi sur le marché intérieur (LMI) et la loi sur les obstacles techniques au commerce (LETC). Depuis, le Conseil fédéral a entrepris de nouvelles réformes comprenant notamment la révision des trois lois précitées afin de renforcer leur teneur. La révision de la LCart a été adoptée en 2003 tandis que celle des deux autres lois est en cours.

La révision de la LCart en 2003 a doté les autorités suisses de la concurrence d'importants instruments, tels que les sanctions directes et le programme de clémence, visant à lutter contre les restrictions à la concurrence. La législation suisse de la concurrence s'est rapprochée ainsi considérablement du droit européen de la concurrence et de celui en vigueur dans de nombreux pays de l'OCDE. Alors que la « *culture de la concurrence* » reste à consolider en Suisse, la révision de la LCart est à saluer car elle illustre la volonté résolue du gouvernement d'introduire davantage de concurrence en Suisse. Le rôle de la Comco a changé avec la révision de la LCart de 2003. La Comco est devenue un organe d'application de la loi avec des fonctions quasi-judiciaires. Dans ce contexte, l'indépendance politique et institutionnelle de la Comco devient cruciale. Au regard de cette situation, de nouvelles règles sur la composition de la Comco, son fonctionnement et sur la procédure à suivre devraient être adoptées.

Depuis sa création, la Comco a soutenu le processus de réforme réglementaire par le biais de décisions (domaine de l'électricité) et par celui de recommandations visant des problématiques et des domaines importants (importations parallèles, santé, assurance-vie, etc.). En matière de lutte contre les

restrictions à la concurrence, son action aurait pu être plus « musclée » bien que les instruments dissuasifs et répressifs dont était doté la Comco étaient faibles jusqu'à présent. La révision de la LCart en 2003 devrait apporter des solutions concrètes. Toutefois, plusieurs mesures spécifiques pourraient encore améliorer les conditions de fonctionnement et d'action de la Comco qui assumera de plus en plus à l'avenir des fonctions quasi-judiciaires.

Le Conseil fédéral a lancé un programme de mesures en faveur de la croissance en 2004. Plusieurs projets de ce programme, notamment celle visant la révision de la LMI, prévoient des réformes réglementaires qui devraient aboutir à un renforcement de la concurrence²⁰⁶. Les diverses oppositions qui se sont manifestées lors de la mise en consultation du projet de révision du régime de marché intérieur montrent l'ampleur des défis à relever. La proposition récente du Conseil fédéral visant à introduire le principe dit « Cassis de Dijon » pour les importations de marchandises de l'UE constitue une démarche supplémentaire visant à renforcer la concurrence par le biais de profondes réformes de la réglementation, en particulier la LETC. Certes, ces importants projets devront encore être approuvés par le Parlement et pourraient faire l'objet de votations populaires.

Mesures envisageables

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'intérêts 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.

2. Élaborer des règles de procédures propres au droit des cartels.

Actuellement, les procédures cartellaires sont soumises aux dispositions générales du droit administratif. Ces règles ne sont toutefois pas adaptées aux caractéristiques particulières du droit de la concurrence. Afin de conserver l'efficacité de la loi sur les cartels, il conviendrait d'adopter des règles de procédures propres au droit des cartels.

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.

4. Développer les collaborations internationales en matière de concurrence.

Les autorités suisses de la concurrence sont relativement isolées, alors que de nombreuses pratiques anticoncurrentielles et de nombreuses concentrations d'entreprises ont une dimension internationale. L'isolement relatif des autorités suisses s'est accentué depuis la création du Réseau Européen de la Concurrence, qui regroupe les autorités nationales de la concurrence des 25 pays membres de l'UE. Il conviendrait dès lors de renforcer l'efficacité des activités de la Comco par le biais d'accords internationaux sur la concurrence.

5. Remplacer le principe de l'abus par celui de l'interdiction des cartels.

Le principe de l'abus empêche la généralisation du système de sanctions pour toute violation de la LCart et tend à ralentir le processus d'enquête et de décision de la Comco²⁰⁷. Il conviendrait dès lors d'ancrer le principe de l'interdiction, qui est en vigueur dans de nombreuses législations étrangères sur la concurrence, dans le droit suisse de la concurrence. L'introduction du système de l'interdiction constituerait un signal clair d'un changement de paradigme en Suisse en matière de cartels.

6. Renforcer la concurrence dans un certain nombre de marchés réglementés à travers une collaboration accrue entre la Comco et les autorités de régulation sectorielles.

Actuellement, la Comco est consultée en amont dans certains cas en ce qui concerne la qualification de position dominante. Il semblerait souhaitable de rapprocher encore plus les travaux de la Comco et ceux des régulateurs sectoriels, avec des consultations bilatérales systématiques dans les cas relevant de la concurrence dans ces secteurs. Par ailleurs, des consultations informelles régulières permettraient d'améliorer la cohérence au niveau général dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence.

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.

8. Assurer une révision ambitieuse de la LMI.

La création d'un véritable marché unique helvétique favoriserait fortement le dynamisme de la concurrence actuelle et potentielle dans de nombreux secteurs protégés par diverses barrières cantonales. Certes, une telle ambition nécessite une prise de conscience des cantons qu'il est dans leur intérêt, de moyen et de long terme, d'assurer la réalisation d'un tel marché au péril de mécontentements de court terme alimentés par des pertes de rentes de situation.

9. *Poursuivre le renforcement de la concurrence sur les marchés publics.*

L'ouverture des marchés publics est encore insuffisante en raison notamment des différences de règles, de seuils et de procédures d'adjudication et de recours qui altèrent la transparence nécessaire à une concurrence efficace. Il conviendrait dès lors de poursuivre les efforts pour une meilleure application de la réglementation existante et de limiter les possibilités de fractionnement des marchés publics permettant d'éviter les procédures concurrentielles. Il serait aussi important d'améliorer la protection juridique des recours contre les procédures de passation des marchés publics effectués de manière non concurrentielle.

10. *Accélérer et renforcer les réformes de la réglementation visant les secteurs abrités.*

Les réformes pourraient être plus ambitieuses et être accélérées dans de nombreux domaines, tels que ceux de la santé, de l'agriculture et des infrastructures (notamment, gaz, électricité et transports). Ceci peut passer par un investissement en amont de la Comco à titre consultatif lors de l'élaboration des réformes, ainsi que par une collaboration plus étroite avec les autorités de régulation sectorielles.

11. *Ouvrir d'avantage les marchés à la concurrence internationale.*

Bien que le taux de pénétration moyen des importations pour le secteur manufacturier soit similaire à celui d'économies comparables, le degré d'ouverture pour l'ensemble des biens et des services n'est pas particulièrement élevé si l'on tient compte de la taille de l'économie, du niveau des prix et des coûts de transport²⁰⁸. Par ailleurs, depuis le début des années 1980, l'ouverture au commerce international a progressé moins rapidement que dans les petits pays de l'UE. L'adoption par le parlement de mesures législatives traduisant la récente proposition Conseil Fédéral d'introduire le principe dit « Cassis de Dijon » pour le commerce de marchandises entre la Suisse et la CE constituerait une mesure fondamentale visant à renforcer la concurrence sur les marchés domestiques. Par ailleurs, une ouverture accrue du marché aux importations parallèles par une modification de la loi fédérale sur les brevets, que ce soit dans un cadre international tel que préconisé par la Comco, ou bien dans un cadre régional, au niveau européen, pourrait également significativement stimuler la concurrence par les prix dans certains secteurs.

Abréviations

AIE	Agence Internationale de l'Énergie
Atel	Aare Tessin AG für Eletrizität
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CdG-N	Commission de gestion du Conseil national
CE	Commission européenne
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
CKW	Centralsschweizerische Kraftwerke
CMCC	Commission des marchés publics Confédération/Cantons
CNUCED	Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement
ComCo	Commission de la concurrence
ComCom	Commission fédérale de la Communication
CommVert	Communication sur les contrats verticaux
CRM	Commission de recours en matière de marchés publics
DETEC	Office du département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et des communications
DFE	Département fédéral de l'économie
DPC	Droit et politique de la concurrence
EEE	Espace économique européen
EEF	Entreprises électriques fribourgeoises
EGL	Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG
EOS	Energie Ouest Suisse SA
EWZ	Elektrizitätwerk der Stadt Zürich
FF	Feuille fédérale

GSM	Global System for Mobile Communications
ICN	International Competition Network
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LApEl	Loi fédérale sur l’approvisionnement en électricité
LCart	Loi fédérale sur les cartels
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale
MAG	Modèle de choix avec approvisionnement électrique garanti
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LIE	Loi sur les installations électriques
LITC	Loi sur les installations de transport par conduites
LME	Loi sur le marché de l’électricité
LMI	Loi sur le marché intérieur
LPA	Loi fédérale sur la procédure administrative
LTC	Loi sur les télécommunications
LTE	Loi sur une taxe d’encouragement en matière d’énergie
NOK	Nordostschweizerische Kraftwerke AG
OCCE	Ordonnance sur le contrôle des concentrations
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
OFCOM	Office fédéral de la Communication
OFT	Office fédéral des transports
OIP	Ordonnance sur l’indication des prix
OMC	Organisation mondiale du commerce
OPCA	Organe parlementaire de contrôle de l’administration
OPO	Ordonnance sur la poste
OST	Ordonnance sur les services de télécommunication
PIB	Produit intérieur brut

PME	Petites et moyennes entreprises
PostReg	Autorité de réglementation des services postaux
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SECO	Secrétariat d'État à l'économie
SMA	Schweizerische Meteorologische Anstalt
TarMed	Système tarifaire médical
TF	Tribunal fédéral
UBS	Union des Banques Suisses
UE	Union européenne
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System

BIBLIOGRAPHIE

- Accord du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la CEE (RS 0.632.401).
- Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien (RO 2002 1705).
- Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (RS 172.056.4).
- Agence Internationale de l'Energie (AIE) (2003), *Energy Policies of IEA Countries : Switzerland 2003 Review*, Paris.
- Association suisse de l'industrie gazière (2005), *La situation du gaz en Suisse en 2004*, Groupe de travail du gaz de l'ONU-CEE, quinzième session, janvier 2005.
- Bacher Rainer et Walter Steinmann (2005), « Ouverture du marché et sécurité de l'approvisionnement : réalité ou illusion ? », *La Vie Économique - Revue de politique économique*, 1-2005, pp. 5-9.
- Bitterli, H. (2004) « Brüssel hätte Coop den Waro-Kauf vergällt Unterschiedliche Rechtsprechung zur Nachfragemacht », *NZZ*, 25.06.2004.
- Borner Silvio et Frank Bodmer (2004), *Wohlstand ohne Wachstum : eine Schweizer Illusion*, Orell Füssli, Zurich.
- Bovet Christian (2004), « Innovations procédurales et dawn raids : embuscades ou embûches ? », in Walter Stoffel et Roger Zäch, eds., *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen*, Schulthess, Zurich.
- Bovet Christian (2005), «Recent Developments in Swiss Competition Law», *SZW/RSDA* 2/2005, pp. 87-91.
- Bovet Christian (à paraître), « Composition et récusation des autorités de la concurrence : of tigers and pussy cats », Université de Genève, à paraître.
- Bureau fédéral de la consommation (2005), *Rapport annuel 2004*, Berne.
- Comco (2003), *Rapport annuel 2002 de la Commission de la concurrence au Conseil fédéral*, Berne.
- Comco (2004), *Formulaire pour la notification d'une fusion du 7 septembre 1998* (révisé le 6 mai 2004), Berne.
- Comco (2004), *Rapport annuel 2003 de la Commission de la concurrence*, Berne, 2004.
- Comco (2005), *Rapport annuel 2004 de la Commission de la concurrence*, Berne, 2005.
- Commission de gestion du Conseil national, *Rapport de travail du 11 février 2000 remis à la Commission de gestion du Conseil national : « Evaluation : quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse ? »*, FF 2000 5616.
- Commission de gestion du Conseil national, *Rapport du 27 juin 2000 intitulé «Effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse»*, FF 2000 5603, (www.parlement.ch (Les commissions)).

- Commission de la concurrence, *Droit et politique de la concurrence (DPC)*, Berne
(www.weko.admin.ch/publikationen/00212/?lang=fr).
- Commission des achats de la Confédération (2004), «Présentation et analyse des réponses au questionnaire relatif aux forces et faiblesses du droit des marchés publics», Projet de révision du droit des marchés publics, 15 mars 2004.

www.beschaffung.admin.ch/fr/beschaffungswesen_bund/themen_trends/2004_05_08_gesamtauswertung_f.pdf.
- Commission Zufferey (2000), Groupe d'expert surveillance des marchés financiers, rapport final, « La réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse », Berne.
- Conseil fédéral (2002), Réponse du Conseil fédéral, interpellation 02.3292 – loi sur le marché intérieur, 20 juin 2002
(www.parlament.ch/afs/toc/f/gesch/f_mainFrameSet.htm).
- Conseil fédéral, Message relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 décembre 2004.
- Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.
- Dähler Rolf et Patrick Krauskopf (2003), « Révision de la loi sur les cartels : le résultat des débats parlementaires », *La Vie Economique*, n°10, pp. 7-13.
- Département fédéral de l'Économie (2004), Train de mesures du Conseil fédéral pour la politique de croissance, Berne (www.evd.admin.ch/evd/index.html?lang=fr).
- Département fédéral de l'Économie (2005), *Évolution future de la politique agricole*, 2 février 2005.
- Ducrey Patrick (2005), « Marché de l'électricité en droit des cartels », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 1-2005, pp. 30-33.
- Duperrut Jérôme (2004), « La sécurité des denrées alimentaires en Suisse : une application lacunaire », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 9-2004, pp. 54-58.
- Filippini Massimo et Sylvia Banfi (2005), « Réglementer le secteur de la distribution d'électricité », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 1-2005, pp. 19-22.
- Flückiger Yves (1999), « Aspects économiques du nouveau droit suisse de la concurrence », in *La nuova legge sui cartelli*, CFPG 22, Lugano.
- FMI (2004), « Switzerland : 2004 Article IV Consultation – Staff Report », juin 2004.
- Geiger Hans et Beat Kräuchi (2003), *Umstrittene Staatsgarantie der Kantonalbanken*, NZZ, 11./12. Octobre 2003, p. 29.
- Gugler Philippe (1998), « Globalisation des échanges et coopération internationale en matière de politique de la concurrence », *La Vie Economique*, 10/1998, pp. 37-40.
- Gugler Philippe et Philipp Zurkinden (2002), article 5 LCart (accord en matière de concurrence), in Pierre Tercier et Christian Bovet (éditeurs), *Droit de la concurrence*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle.
- Gugler Philippe (2005), *The Integrated Supervision of Financial Markets : The Case of Switzerland* », *The Geneva Papers*, 30, pp. 128-143.

Kirchner Christian (2003), *Liberalisierungindex Bahn 2002 : Vergleich der Marktöffnung in den Eisenbahnmärkten der 15 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, des Schweiz und Norwegen*, Humboldt Universität, Berlin.

Krauskopf Patrick et Dorothea Senn (2003), « Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge », *SIC*, 1/2003, pp. 3-22.

La Vie Economique - Revue de politique économique, 4-2001, « Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse ? ».

La Vie Economique - Revue de politique économique, 7-2003, « La Suisse : un îlot de cherté ».

La Vie Economique - Revue de politique économique, 12-2004, « Le potentiel de croissance du marché intérieur ».

Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241).

Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10).

Loi fédérale sur la poste du 30 avril 1997 (RS 783).

Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021).

Loi fédérale sur la surveillance des prix du 20 décembre 1985 (RS 942.20).

Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (DPA) (RS 313.0).

Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (RS 943.02).

Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) du 6 octobre 1995 (RS 251).

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

Loi fédérale sur les chemins de fer du 20 décembre 1957 (RS 742.101).

Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 6 octobre 1995 (RS 946.51).

Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1).

Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000 (RS 812.21).

Loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997 (RS 784.10).

Loi fédérale sur les installations de transport par conduites du 4 octobre 1963 (RS 746.1).

Meinhardt Marcel et Benoît Merkt (2002), « Vertikaler Meilenschritt der Weko : Starke Auswirkungen auch auf kleinere Unternehmen », *NZZ*, 2.04.2002.

Message à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues (LCart), du 13 mai 1981, (FF 1981 II 1244), p. 1302ss.

Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994 (RS 94.100).

Message concernant la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 1^{er} mars 1999 (RS 99.020).

Message concernant l'évolution future de la politique agricole du 29 mai 2002 (politique agricole 2007) (RS 02.046).

Message relatif à la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001 (RS 01.701).

Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004 (RS 04.078).

Message relatif à la révision de la loi sur les cartels, Berne, 7 novembre 2001.

Message sur la réforme des chemins de fer 2 du 23 février 2005 (RS 05.000).

Département fédéral de l'économie (2001), Modification de la Loi sur les cartels : condensé des résultats de la procédure de consultation, Berne, 4 avril 2001.

Neven Damien (1999), *Politique de concurrence en Suisse (1996-1998), Evaluation et perspectives d'évolution*, Rapport présenté à la Commission fédérale des questions conjoncturelles, janvier 1999, rapport non publié mais cité par l'Organe de contrôle parlementaire de l'administration (2000), *La situation en droit des cartels*, Rapport à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, Berne, 11 octobre 2000.

Neven Damien et Thomas von Ungern-Sternberg (1998), Competition Policy in Switzerland, *Antitrust bulletin*, vol. 43(2), pp. 467-517.

NZZ, 8.11.2001, 31.08.2002, 21-22.09.2002, 16.11.2004, 11.01.2005, 08.02.2005.

OCDE (1995), Recommandation du Conseil concernant la coopération entre les pays membres sur les pratiques anticoncurrentielles affectant le commerce international, 27 juillet 1995, C(95)130/FINAL.

OCDE (1998), Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, 25 mars 1998, C(98)35/FINAL.

OCDE (1999), *Etudes économiques: Suisse 1999*, Paris.

OCDE (2004), *Etudes économiques : Suisse 2003*, Paris.

OCDE (2004), OCDE Etude économique de la Suisse : Le secteur de la santé souffre d'un problème de réglementations, Paris, www.oecd.org/dataoecd/33/55/25821281.pdf

Office fédéral de l'agriculture (2001), *Développement de la politique agricole suisse dans les domaines des mesures sociales, améliorations structurelles, moyens de production*, Rapport intermédiaire du groupe de travail « facteurs de production et social » à la commission consultative agricole, Berne, mars 2001.

OMC (2004), *Examen des politiques commerciales, Suisse et Liechtenstein*, Rapport du Secrétariat, WT/TPR/S/141, 17 novembre 2004.

OPCA (2000), *La situation en droit des cartels*, rapport à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, 11 octobre 2000, Berne.

Ordonnance sur l'accès au réseau ferroviaire du 25 novembre 1998 (RS 742.122).

Ordonnance sur le poste du 26 novembre 2003 (RS 783.01).

Ordonnance sur l'indication des prix du 11 décembre 1978 (RS 942.211).

Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (RS 172.056.11).

Ordonnance sur l'aide financière en faveur des associations de consommateurs (RS 944.05).

- Organe parlementaire de contrôle de l'administration (2000), *La situation en droit des cartels*, Rapport à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, Berne, 11 octobre 2000.
- Organe parlementaire de contrôle de l'administration (2002), *L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique*, Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, Berne, 14 mars 2002.
- Porter Michael (1998), *On Competition*, Harvard Business School Press.
- Prümmer Felix (2003), « Preisunterschied zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz – Erklärungsansätze », *Wirtschaft und Wettbewerb*, mars 2003 (3), pp. 247-257.
- Rauber Georg (2004), « Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht », in Walter Stoffel et Roger Zäch, eds., *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen*, Schulthess, Zurich.
- Schaerer Barbara (2005), « Les prochaines étapes de la nouvelle surveillance des marchés financiers », *La Vie économique*, Revue de politique économique, 3-2005, pp. 10-14.
- Schaller Olivier et Christoph Tagmann (2004), « Kartellrecht und öffentliches Recht – neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens », *AJP/PJA* 6/2004, pp. 703-711.
- Schips B. (1995), « Ökonomische Argumente für wirksamen Wettbewerb auch im Versicherungszweig, Gebäudefeuer- und Gebäudeelementarschäden' », St Gallen.
- Sheldon George (2004), « Le coût macro-économique d'une réalisation incomplète de la loi sur le marché intérieur », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 12-2004, pp. 12-15.
- Stoffel Walter A. (2003), « Neueste Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht », in Carl Baudenbacher (eds), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Zehnte St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2003*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, pp. 147-188.
- Surveillant des prix (2003), *Rapport annuel 2003*, DPC 2003/5, Berne.
- Surveillant des prix (2004), *Rapport annuel 2004*, DPC 2004/5, Berne.
- Tribunal fédéral (2003), Arrêt du 17 juin 2003, ATF 129 II 497 ; Arrêt du 7 décembre 1999, ATF 126 III 129.
- Venturi Silvio (2002), article 10 LCart, in Pierre Tercier et Christian Bovet (éditeurs), *Droit de la concurrence*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle.
- Venturi Silvio (2004), « Propriété intellectuelle et révision de la loi sur les cartels : les importations parallèles sous la loupe » in Walter Stoffel et Roger Zäch, eds., *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen*, Schulthess, Zurich, p.248-249.
- Von Ungern-Sternberg Thomas (1999), « Die Wettbewerbskommission und die UBS : Was bleibt von den Auflagen ? », *Cahiers de recherches Economiques du Département d'Econométrie et d'Economie Politique*, Université de Lausanne, 1999.
- Von Ungern-Sternberg Thomas (1994), « Die kantonalen Gebäudeversicherungen: eine ökonomische Analyse », *Cahiers de recherches Economiques du Département d'Econométrie et d'Economie Politique*, no 9405, Université de Lausanne.
- Von Ungern-Sternberg Thomas (2002), « Gebäudeversicherung in Europa : Die Grenzen des Wettbewerbs », Verlag Paul Haupt, Bern.

Von Weizsäcker C. Christian (2000), « La compétence économique au sein du Secrétariat de la Comco », rapport interne non publié mais commenté et cité dans : Organe parlementaire de contrôle de l'administration (2000), *La situation en droit des cartels*, Rapport à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, Berne, 11 octobre 2000, p. 30-31.

Zäch Roger (2002), « Cloisonnement vertical – un problème de concurrence pour les petits pays », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2002, pp. 214-217.

Zäch Roger, (2004), « Die Sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs.1 KG, insbesondere der neue Vernunftstatbestand für Vertikalabreden », in Walter Stoffel et Roger Zäch, eds., *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen*, Schulthess, Zurich.

Zuber Marc et Markus Wildisen (2002), « Politique agricole 2007 : évolution d'une politique en faveur de l'agriculture », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 11-2002, pp. 30-33.

Zurkinden Philipp et Hans Rudolf Trueb (2004), *Das neue kartellgesetz – Handkommentar*, Schulthess.

Principales Sources Internet

Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics entré en vigueur le 1er juin 2002 :

www.europa.admin.ch/ba/off/abkommen/f/beschaffungswesen.pdf.

Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), « Garantir le service universel et améliorer l'efficacité » :

www.uvek.admin.ch/kommunikation/post/index.html?lang=fr

Registre des intérêts des membres de la Comco :

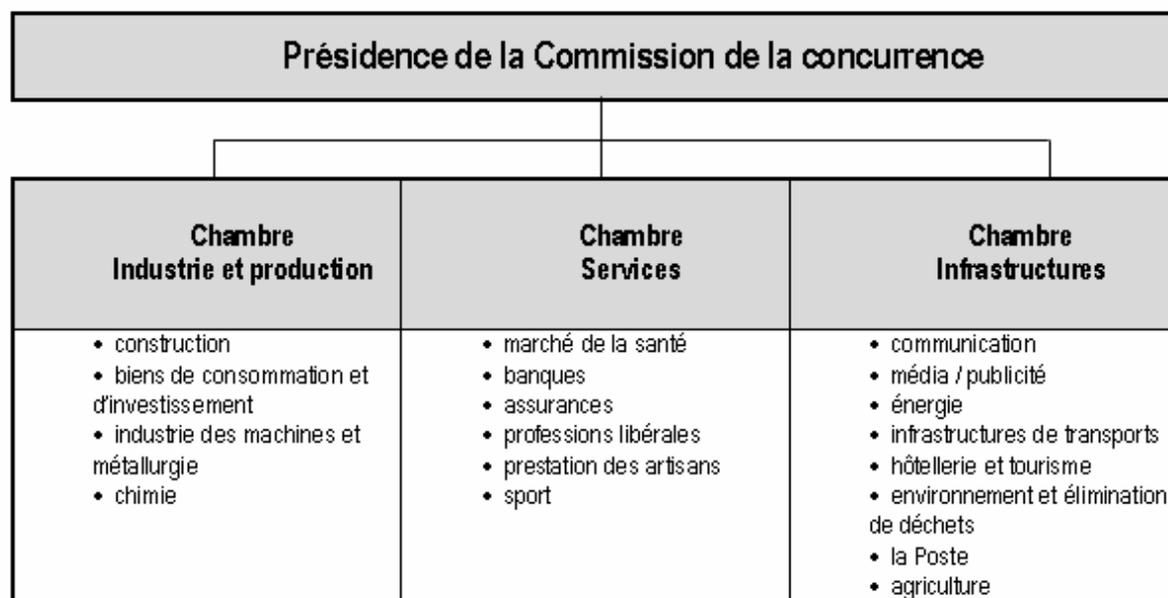
www.weko.admin.ch/kommission/00221/index.html?lang=fr

OMC, Notes générales et dérogations aux dispositions de l'article III, 7 février 2003 :

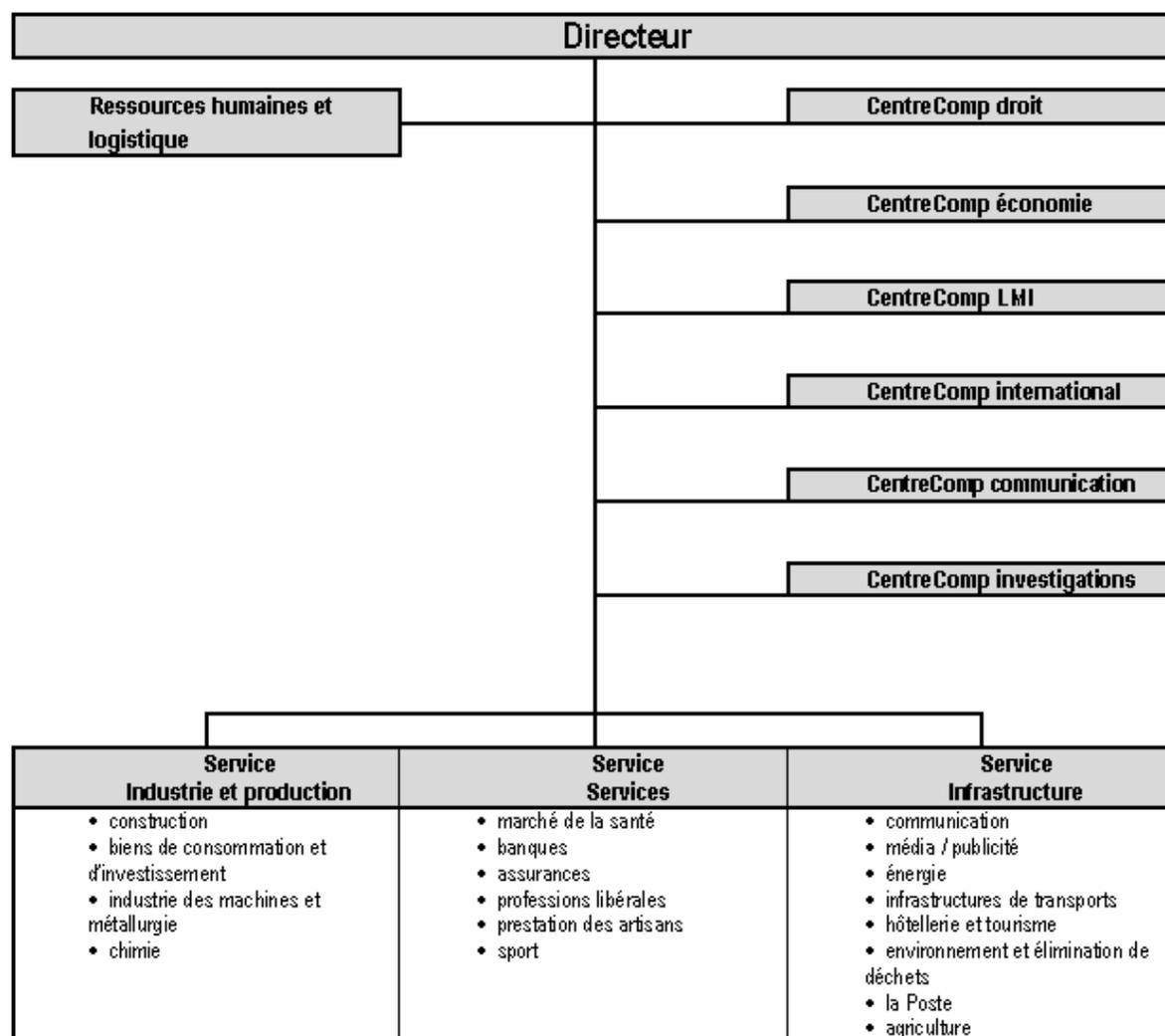
www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/chegeen.doc

ANNEXE 1

Organigramme des autorités de la concurrence



Organigramme du Secrétariat de la Commission de la concurrence



ANNEXE 2 : ACTIVITÉS DE LA COMCO EN 2003 ET 2004

Enquêtes	2003	2004
Menées durant l'année	23	24
Reprises de l'année précédente	19	21
Ouvertures	4	3
Décisions	5	10
dont adaptation du comportement	2	1
dont accords amiables	1	2
dont décisions de l'autorité	2	3
Mesures provisionnelles	2	1
Procédures de sanction	1	0
Enquêtes préalables	2003	2004
Menées durant l'année	46	47
Reprises de l'année précédente	27	25
Ouvertures	19	22
Clôtures	30	20
dont ouverture d'une enquête	4	3
dont accords amiables	7	2
dont sans suite	19	13
Annonces	2003	2004
Selon dispositions transitoires du 20 juin 2003	pas de données	154
Selon l'art. 49a al. 3 lit. a LCart	pas de données	7
Conseils en rapport avec les dispositions révisées	pas de données	56
Observation de marché	2003	2004
Menées durant l'année	139	102
Terminées	95	82
Encore ouvertes	44	20
Concentrations	2003	2004
Notifications	30	21
Pas d'intervention après examen préalable	25	16
Examens approfondis	5	6
Décisions de la Comco	2	2
Réalisations provisoires	1	2
Sanctions	0	2
Avis, recommandations et prises de position	2003	2004
Avis (Art. 15 LCart)	0	3
Recommandations (Art. 45 LCart)	2	0
Avis (Art. 47 LCart ou 11 LTV)	2	7
Prises de position sur demandes de concessions LRTV	12	13
Suivi des affaires	2	1
Communications (Art. 6 LCart)	0	1
LMI	2003	2004
Recommandations / Enquêtes (Art. LMI)	0	1
Avis (Art. 10 al. 1 LMI)	1	0
Conseil (Secrétariat)	6	3

ANNEXE 3

ACTIVITÉS DE LA COMCO EN MATIÈRE DE RESTRICTIONS DE LA CONCURRENCE (ACCORDS ET ABUS DE POSITION DOMINANTE)

Restrictions à la concurrence		1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Ouvertures d'enquêtes		4	8	7	12	12	4	14	5	3
	Accords en matière de concurrence		5	3	7	6	2	10	2	
	Abus de position dominante	3	2	2	5	5	2		3	2
	Accords et abus de position dominante	1	1	2		1		4		1
Décisions finales		0	5	3		11	13	4	5	10
	Adaptation du comportement par la partie avant la fin de la procédure						3	1	2	1
	Accord amiable			1		2	2	2	1	2
	Décision d'interdiction		5	2	8	5	3	1	2	3
Enquêtes ouvertes sur la base de la Communication sur les accords verticaux									12	

ANNEXE 4

ACTIVITÉS DE LA COMCO EN MATIÈRE DE CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Notification	1	22	26	33	54	35	42	30
Permission accordée lors de l'examen préalable	1	19	22	31	52	33	38	25
Permission accordée lors de l'examen approfondi	0	2	2	0	1	2	4	3
Interdiction ou permission moyennant des conditions ou des charges	0	1	2	0	1	2	0	2

NOTES

1. OCDE (2004), *Etude économique : Suisse 2003*, Paris.
2. Surveillant des prix (2003), *Rapport annuel 2003*, DPC 2003/5, Berne. Surveillant des prix (2004), *Rapport annuel 2004*, DPC 2004/5, Berne. FMI (2004), « Switzerland : 2004 Article IV Consultation – Staff Report », juin 2004, p.16. Borner Silvio et Frank Bodmer (2004), « Wohlstand ohne Wachstum : eine Schweizer Illusion », Orell Füssli, Zurich, p. 14-116. Voir aussi *La vie économique - Revue de politique économique*, 7-2003, qui publie les résultats de diverses études mandatées par le Seco sur le thème « La Suisse : un îlot de cherté ».
3. OCDE, op.cit., p.99-111.
4. Voir notamment : Conseil fédéral (2002), Réponse du Conseil fédéral, interpellation 02.3292 – loi sur le marché intérieur, 20 juin 2002 (www.parlament.ch/afs/toc/f/gesch/f_mainFrameSet.htm).
5. Stoffel Walter A. (2003), « Neueste Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht », in Carl Baudenbacher (eds), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Zehnte St. Galler Internationales kartellrechtsforum 2003*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, pp. 147-188.
6. Département fédéral de l'Economie (2004), Train de mesures du Conseil fédéral pour la politique de croissance, Berne, www.evd.admin.ch/evd/index.html?lang=fr.
7. Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, (RS 101).
8. Loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues, (RO 1964 53).
9. Loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et organisation analogues (LCart), (RS 251).
10. Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994, p. 19, (RS 94.100).
11. Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart), (RS 251).
12. Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI), (RS 943.02).
13. Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC), (RS 946.51).
14. RS 251.4.
15. RS 251.2.
16. Dähler Rolf et Patrick Krauskopf (2003), « Révision de la loi sur les cartels : le résultat des débats parlementaires », *La vie économique*, 10-2003, page 7.
17. RS 251.

18. RS 251.5.
19. RS 241.
20. RS 943.02.
21. RS 942.20.
22. Dähler Rolf et Patrick Krauskopf (2003), op. cit., page 8.
23. DPC 2001/2, p. 443 ss.
24. DPC 2002/4, p. 731 ss.
25. Zäch Roger (2004), « Die Sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs.1 KG, insbesondere der neue Vernetzungstatbestand für Vertikalabreden », in Walter Stoffel et Roger Zäch, eds., *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen*, Schulthess, Zurich, p. 23ss.
26. Gugler Philippe et Philipp Zurkinden (2002), article 5 LCart (accord en matière de concurrence), in Pierre Tercier et Christian Bovet (éditeurs), *Droit de la concurrence*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, p. 271 ss.
27. Krauskopf Patrick et Dorothea Senn (2003), « Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge », *SIC*, 1/2003, pp. 3-22.
28. Zäch Roger (2002), « Cloisonnement vertical – un problème de concurrence pour les petits pays », *Revue Internationale de Droit Economique*, pp. 214-217 ; *NZZ*, «Teurer Schweizer Detailhandel », 8 novembre 2001, p. 27 ; *NZZ* 21-22.09.2002 ; Prümmer Felix (2003), « Preisunterschied zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz – Erklärungsansätze », *Wirtschaft und Wettbewerb*, mars 2003 (3), pp. 247-257.
29. Voir notamment le cas Volkswagen DPC 2002/2, p. 196.
30. Meinhardt Marcel et Benoît Merkt (2002), « Vertikaler Meilenschritt der Weko : Starke Auswirkungen auch auf kleinere Unternehmen », *NZZ*, 2.04.2002, p.18.
31. DPC 2002/2, p. 404 ss.
32. Comco (2004), Rapport annuel 2003 de la Commission de la concurrence, Berne.
33. Comco (2004), op.cit.
34. Comco (2004), op.cit.
35. DPC 2002/4, p. 770 ss.
36. Comco (2003), Rapport annuel 2002 de la Commission de la concurrence au Conseil fédéral, Berne, page 5.
37. Message relatif à la révision de la loi sur les cartels, Berne, 7 novembre 2001, p. 1933.
38. Chaque proposition d'adoption d'une nouvelle loi ou de modification d'une loi existante est accompagnée d'un texte explicatif du Conseil fédéral– appelé Message du Conseil fédéral - motivant les raisons de la proposition et commentant chaque article de loi nouveau ou modifié
39. Dähler Rolf et Patrick Krauskopf (2003), op. cit., page 8.

40. DPC 1999/3, p. 415 ss.
41. DPC 2001/2, p. 255 ss.
42. DPC 2001/1, p. 210 ss. A noter que dans le cas SMA, le Tribunal fédéral a adopté une interprétation très restrictive de la notion d'entreprise et a conclu qu'elle ne s'appliquait pas à SMA et, de ce fait, a annulé la décision de la Comco. La révision 2003 de la LCart précise que, par entreprise, est visé tout demandeur ou offreur de biens ou de services engagés dans le processus économique, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique. En raison de cet ajout, le Tribunal fédéral ne serait plus en mesure de casser, pour les mêmes raisons, une décision de la Comco dans un cas analogue à celui de SMA.
43. Message relatif à la révision de la loi sur les cartels, 7 novembre 2001, page 12.
44. Cas pas encore publié mais disponible sur le site www.comco.ch.
45. Christian Bovet (2005), « *Recent Developments in Swiss Competition Law* », SZW/RSDA 2/2005, p. 87.
46. Christian Bovet (2005), op. cit. p. 87.
47. Message relatif à la révision de la loi sur les cartels, Berne, 7 novembre 2001, p. 21 ss.
48. Comco (2004), Formulaire pour la notification d'une fusion du 7 septembre 1998 (révisé le 6 mai 2004), Berne, (www.weko.ch).
49. Venturi Silvio (2002), article 10 LCart, in Pierre Tercier et Christian Bovet (éditeurs), *Droit de la concurrence*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, p. 543 ss.
50. Message du Conseil fédéral relatif à la Lcart du 23 novembre 1994, RS 94.100, p. 103.
51. La Comco a interdit la prise de participation de Berner Zeitung AG dans 20 Minuten (Schweiz) AG, car ceci aurait créé une position dominante d'Espace Media Groupe capable de supprimer la concurrence efficace sur le marché des lecteurs et des annonces (publicitaires) dans la région du canton de Berne. Un recours contre cette décision est pendant devant la Commission de Recours pour les affaires de concurrence. DPC 2004/2, p. 529ss.
52. Von Ungern-Sternberg Thomas (1999), « Die Wettbewerbskommission und die UBS : Was bleibt von den Auflagen ? », *Cahiers de recherches Economiques du Département d'Econométrie et d'Economie Politique*, Université de Lausanne. Bitterli H. (2004), « Brüssel hätte Coop den Waro-Kauf vergällt Unterschiedliche Rechtsprechung zur Nachfragemacht », *NZZ*, 25.06.2004, p. 21.
53. Bitterli H. (2004), « Brüssel hätte Coop den Waro-Kauf vergällt Unterschiedliche Rechtsprechung zur Nachfragemacht », *NZZ*, 25.06.2004, p. 21.
54. RS 241.
55. Ordonnance sur l'indication des prix, OIP, RS 942.211.
56. Porter Michael (1998), *On Competition*, Harvard Business School Press.
57. www.econsumer.gov/oldeconsumer/french/country/switzerland/cpinfo.htm
58. Bureau fédéral de la consommation (2005), Rapport annuel 2004, Berne.

59. Duperrut Jérôme (2004), « La sécurité des denrées alimentaires en Suisse : une application lacunaire », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 9-2004, pp. 54-58.
60. RS 944.05
61. RS 943.02.
62. L'article 10 de la LPA (RS 172.021) stipule que les personnes appelées à rendre ou à préparer la décision (pour laquelle ils ont la compétence) doivent se récuser si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire ; si elles sont parentes ou alliées d'une partie en ligne directe, ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale, ou si elles sont unies par mariage, fiançailles ou adoption ; si elles représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie ; si, pour d'autres raisons, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire.
63. www.weko.admin.ch/kommission/00221/index.html?lang=fr.
64. Christian Bovet, « *Composition et récusation des autorités de la concurrence : of tigers and pussy cats* », Université de Genève, à paraître.
65. Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues (LCart), du 13 mai 1981, FF 1981 II 1244, p. 1302ss.
66. Organe parlementaire de contrôle de l'administration (2000), *La situation en droit des cartels*, Rapport à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, Berne, 11 octobre 2000, p. 20.
67. Modification de la Loi sur les cartels : condensé des résultats de la procédure de consultation, Berne, 4 avril 2001, page 2.
68. Les atteintes à la crédibilité de la Comco qui peuvent en résulter peuvent être appréciées sur la base notamment de divergences entre les membres exprimées par voie de presse : NZZ 16.11.2004, 11.01.2005 et 08.02.2005.
69. Neven Damien et Thomas von Ungern-Sternberg (1998), Competition Policy in Switzerland, *Antitrust bulletin*, vol. 43(2), pp. 467-517.
70. Organe parlementaire de contrôle de l'administration, op.cit., pp. 20-21.
71. NZZ, 31.08.2002, page 15.
72. Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix, RS 942.20.
73. Ordonnance fédérale sur la poste du 26 novembre 2003, RS 783.01.
74. Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021.
75. Bovet Christian (2004), « Innovations procédurales et dawn raids : embuscades ou embûches ? », in Walter Stoffel et Roger Zäch, eds., *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen*, Schulthess, Zurich, p.288.
76. Bovet Christian (2004), op. cit., p.288.
77. RS 313.0.
78. Bovet Christian (2004), op. cit., p.307.

79. Rolf Dähler et Patrick Krauskopf (2003), « Révision de la loi sur les cartels : le résultat des débats parlementaires », *La vie économique*, 10-2003, page 10.
80. A noter que, pour les sociétés d'assurance et pour les banques et autres sociétés financières, le chiffre d'affaire est remplacé par le montant total des primes brutes et, respectivement, par le produit brut (analogie avec l'art. 9, al.3 LCart).
81. RS 251.5.
82. Une exemption de sanction directe est aussi prévue par la loi lorsque le Conseil fédéral, en vertu de l'art. 8 LCart (qui sera explicité plus loin dans le rapport) a autorisé une restriction à la concurrence ayant fait l'objet préalablement d'une décision d'interdiction par la Comco (art. 49a, al.3, lit. c, LCart) .
83. Un des cinq exemplaires annuels est consacré au rapport annuel de la Surveillance des prix.
84. DPC, 1997/4, p. 598.
85. Accord de libre-échange du 22 juillet 1972 entre la Confédération suisse et la CEE, RS 0.632.401.
86. Gugler Philippe (1998), « Globalisation des échanges et coopération internationale en matière de politique de la concurrence », *La vie économique*, 10/98, pp. 37-40.
87. Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, RO 2002 1705.
88. OCDE (1995), Recommandation du Conseil concernant la coopération entre les pays membres sur les pratiques anticoncurrentielles affectant le commerce international, 27 juillet 1995, C(95)130/FINAL.
89. OCDE (1998), Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables, 25 mars 1998, C(98)35/FINAL.
90. OPCA (2000), « La situation en droit des cartels », rapport à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, 11 octobre 2000, Berne.
91. Organe parlementaire de contrôle de l'administration, op. cit. pp. 29-30.
92. Neven Damien (1999), *Politique de concurrence en Suisse (1996-1998), Evaluation et perspectives d'évolution*, Rapport présenté à la Commission fédérale des questions conjoncturelles, janvier 1999, rapport non publié mais cité par l'Organe de contrôle parlementaire de l'administration (2000), op.cit, p. 29. Flückiger Yves (1999), « Aspects économiques du nouveau droit suisse de la concurrence », in *La nuova legge sui cartelli*, CFPG 22, Lugano 1999.
93. Von Weizsäcker C. Christian (2000), « La compétence économique au sein du Secrétariat de la Comco », rapport interne non publié mais commenté et cité dans : Organe parlementaire de contrôle de l'administration (2000), op. cit., p. 30-31.
94. OCDE (1999), *Etudes économiques de l'OCDE : Suisse 1999*, Paris, p.15.
95. Comco (2005), p. 2.
96. Comco (2005), p. 2.
97. RS 01.071, p.1937.

98. Arrêt du 17 juin 2003, ATF 129 II 497.
99. ATF 126 III 129.
100. En effet, la plupart des entreprises qui détiennent un brevet ne dispose pas d'une position dominante sur un marché au sens du droit de la concurrence pour qui, une entreprise est en position dominante lorsqu'elle peut se comporter de manière indépendante par rapport aux autres participants au marché. Venturi Silvio (2004), « Propriété intellectuelle et révision de la loi sur les cartels : les importations parallèles sous la loupe » in Walter Stoffel et Roger Zäch, eds., *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen*, Schulthess, Zurich, pp. 248-249.
101. Rauber Georg (2004), « Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht », in Walter Stoffel et Roger Zäch, eds., *Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen*, Schulthess, Zurich, p.206.
102. Zurkinden Philipp et Hans Rudolf Trueb (2004), *Das neue kartellgesetz – Handkommentar*, Schulthess, pp. 41-43.
103. DPC 1999/3, pp. 422-454.
104. DPC 2004/2, pp. 407-448.
105. DPC 1998/1, p. 158 ss. Cette Communication porte sur les conditions auxquelles les accords d'homologation et les accords de sponsoring sont justifiés, dans la mesure où ces accords règlent ou influencent la concurrence sur le marché des articles de sport.
106. DPC 1998/2, p. 351 ss.
107. DPC 2002/2, p. 404 ss.
108. DPC 2002/4, p. 770 ss.
109. Message du conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 23 novembre 1994, RS 94.100, page 93.
110. Filippini Massimo et Sylvia Banfi (2005), « Réglementer le secteur de la distribution d'électricité », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 1-2005, pp. 19-22.
111. LME, FF 1999, 7370ss.
112. Conseil fédéral, Message relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 décembre 2004.
113. Conseil fédéral, Message relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité du 23 décembre 2004.
114. Bacher Rainer et Walter Steinmann (2005), « Ouverture du marché et sécurité de l'approvisionnement : réalité ou illusion ? », *La vie économique - Revue de politique économique*, 1-2005, pp. 5-9.
115. Ducrey Patrick (2005), « Marché de l'électricité en droit des cartels », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 1 – 2005, pp. 30-33.
116. Ducrey Patrick (2005), op. cit.
117. Comco, Communiqué de presse du 17 mars 2005, www.weko.admin.ch

118. Ducrey Patrick (2005), op. cit.
119. Arrêt du 17 juin 2003, ATF 129 II 497.
120. Association suisse de l'industrie gazière (2005), *La situation du gaz en Suisse en 2004*, Groupe de travail du gaz de l'ONU-CEE, quinzième session, janvier 2005.
121. OMC (2004), *Examen des politiques commerciales, Suisse et Liechtenstein*, Rapport du Secrétariat, WT/TPR/S/141, 17 novembre 2004, p. 126.
122. Loi sur les installations de transport par conduites, LITC du 4 octobre 1963, (RS 746.1).
123. Agence Internationale de l'Energie (AIE) (2003), *Energy Policies of IEA Countries : Switzerland 2003 Review*, Paris.
124. Loi fédérale sur les télécommunications (LTC) du 30 avril 1997, (RS 784.10).
125. Loi fédérale sur la poste du 30 avril 1997 (LPO), (RS 783).
126. Ordonnance sur la poste du 26 novembre 2003, RS (783.01).
127. Loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF) du 20 décembre 1957, (RS 742.101).
128. Kirchner Christian (2003), *Liberalisierungindex Bahn 2002 : Vergleich der Marktöffnung in den Eisenbahnmärkten der 15 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, des Schweiz und Norwegen*, Humboldt Universität, Berlin.
129. OMC (2004), op.cit., p. 142.
130. Message sur la réforme des chemins de fer 2 du 23 février 2005, (RS 05.000).
131. Barbara Schaerer (2005), « Les prochaines étapes de la nouvelle surveillance des marchés financiers », *La Vie économique*, Revue de politique économique, 3-2005, pp. 11.
132. Commission Zufferey (2000).
133. Philippe Gugler (2005), « The Integrated Supervision of Financial Markets : the Case of Switzerland », 30, pp. 128-143.
134. DPC, 1998/2, p. 278-319.
135. DPC, 1998/2, p. 288-292.
136. DPC, 1998/2, p. 295-314.
137. DPC, 2001/1, p. 144-154; DPC 2002/3, p. 524-537.
138. DPC, 2003/1, p. 106-160
139. Publ. CCSP, 3/1995, p. 1-93; DPC, 1997/2, p.217-220, voir aussi : Administration Fédérale des Finances, Rapport sur les banques cantonales du Décembre 1996 (en allemand): www.efv.admin.ch/f/recht/gesetz/pdf/kb_ber96.pdf

140. Loi fédérale du 8 Novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargnes : www.admin.ch/ch/f/rs/9/952.0.fr.pdf
141. Beat Kräuchi, Staatsgarantien der Kantonalbanken, Diplomarbeit, Institut für schweizerisches Bankwesen der Universität Zürich, 2003
142. Commission Fédérale des banques CFB, Rapport de gestion CFB 2001, p. 201-203, voir : www.ebk.admin.ch/f/publik/bericht/pdf/jb01.pdf
143. DPC, 2003/4, p. 744.
144. Von Ungern-Sternberg Thomas (1994), « Die kantonalen Gebäudeversicherungen : eine ökonomische Analyse », *Cahier de recherches économiques* no 9405, Université de Lausanne. Von Ungern-Sternberg Thomas (2002), « Gebäudeversicherung in Europa : Die Grenzen des Wettbewerbs », Verlag Paul Haupt, Bern. Schips B. (1995), « Ökonomische Argumente für wirksamen Wettbewerb auch im Versicherungszweig, Gebäudefeuer- und Gebäudeelementarschäden' », St Gallen.
145. DPC, 2003/4, p. 751-752.
146. OCDE (2004), op.cit., p. 138.
147. RS 832.10.
148. OCDE (2004), OCDE Etude économique de la Suisse :
149. OCDE (2004), OCDE Etude économique de la Suisse : Le secteur de la santé souffre d'un problème de réglementations, Paris, p. 1
150. DPC, 2004/3, pp. 848-857.
151. Schaller Olivier et Christoph Tagmann (2004), « Kartellrecht und öffentliches Recht – neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens », *AJP/PJA* 6/2004, pp. 703-711.
152. RS 812.21.
153. Message concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 1er mars 1999. RS 99.020.
154. DPC/ 2004/5.
155. Les médicaments qui font l'objet d'une autorisation au sein de l'UE doivent à nouveau être soumis auprès de Swissmedic, ce qui, selon la Surveillance des Prix, contribue à augmenter le prix de ces produits.
156. *Le Temps*, 26 février 2005, p. 25. A noter que la fixation du prix des médicaments remboursés par l'assurance maladie incombe à l'office fédéral de la santé.
157. DPC/ 2004/5.
158. DPC/ 2003/1, p.212 ss.
159. DPC/ 2000/3, p.320 ss.

160. Office fédéral de l'agriculture (2001), *Développement de la politique agricole suisse dans les domaines des mesures sociales, améliorations structurelles, moyens de production*, Rapport intermédiaire du groupe de travail « facteurs de production et social » à la commission consultative agricole, Berne, mars 2001, p. 7.
161. Message du 29 mai 2002 concernant l'évolution future de la politique agricole (politique agricole 2007), (RS 02.046).
162. OMC (2004), *Examen des politiques commerciales, Suisse et Liechtenstein*, Rapport du Secrétariat, WT/TPR/S/141, 17 novembre 2004, p. 104.
163. OMC (2004), op. cit., p. 104.
164. Zuber Marc et Markus Wildisen (2002), « Politique agricole 2007 : évolution d'une politique en faveur de l'agriculture », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 11-2002, pp. 30-33.
165. Borner Silvio et Frank Bodmer (2004), « Wohlstand ohne Wachstum : eine Schweizer Illusion », Orell Füssli, Zurich.
166. Département fédéral de l'Economie (2005), *Evolution future de la politique agricole*, 2 février 2005.
167. DPC 2002/4, p. 643ss.
168. DPC 2004/4, p. 1162ss.
169. DPC 2004/3, p. 852ss.
170. DPC 1999/2, p. 281 ss.
171. DPC 2000/4, p. 678 ss.
172. DPC 2000/3, p. 475 ss.
173. DPC 2001/3, p. 768 ss.
174. DPC 2001/3, p. 762 ss.
175. DPC 2001/3, p.572 ss.
176. DPC 2002/2, p. 372 ss.
177. DPC/ 2003/1, p.212 ss.
178. Loi fédérale sur le marché intérieur (RS 943.02).
179. Voir *La vie économique - Revue de politique économique*, 4-2001, qui se consacre au thème « Quel est le degré d'ouverture du marché intérieur suisse ? » et *La vie économique - Revue de politique économique*, 12-2004, qui se consacre au thème « Le potentiel de croissance du marché intérieur ».
180. FF 2000 5603.
181. FF 2000 5616.
182. Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, (RS 04.078).

183. Sheldon George (2004), « Le coût macro-économique d'une réalisation incomplète de la loi sur le marché intérieur », *La Vie économique - Revue de politique économique*, 12-2004, pp. 12-15.
184. Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, (RS 04.078).
185. Pour certaines professions, les cantons ont déjà convenu la reconnaissance automatique de leurs diplômes.
186. Comco (2005), *op. cit.*, p. 14.
187. Commission des achats de la Confédération (2004), "Présentation et analyse des réponses au questionnaire relatif aux forces et faiblesses du droit des marchés publics", Projet de révision du droit des marchés publics, 15 mars 2004.
(www.beschaffung.admin.ch/fr/beschaffungswesen_bund/themen_trends/2004_05_08_gesamtauswertung_f.pdf).
188. En 2002, les achats de fournitures des Chemins de fer fédéraux ont été de 1,1 milliard de francs suisses et ceux de la Poste ont représenté environ la moitié de ce montant. *La Vie économique*, octobre 2003, page 49.
189. Pour plus de précisions, voir l'information en ligne de l'OMC :
(www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/chegen.doc).
190. Le texte de cet accord peut être consulté sur le site www.europa.admin.ch/ba/off/abkommen/f/beschaffungswesen.pdf. Il a été notifié à l'OMC dans le document WT/REG94/R/B/3, 13 septembre 2004.
191. Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994, (RS 172.056.1).
192. Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995, (RS 172.056.11).
193. RS 172.056.4.
194. Les marchés de construction passés par les communes représentent près de 50 pour cent de la construction publique en Suisse, mais ils ne sont pas assujettis à l'Accord sur les marchés publics. Ils sont ouverts aux fournisseurs de l'UE depuis 2002.
195. Loi fédérale sur le marché intérieur (RS 943.02).
196. Voir Organe parlementaire de contrôle de l'administration (2002), «L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique», Rapport final à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, Berne, 14 mars 2002 (www.parlament.ch).
197. OCDE (2004), *op. cit.*
198. OCDE (2004), *op. cit.*
199. Depuis la révision du Concordat, les seuils cantonaux sont théoriquement harmonisés mais uniquement pour les cantons qui ont adhéré au Concordat.
200. www.simap.ch.
201. Comco (2005), *op. cit.*, p. 6.

202. Postulat 04.3390 de Madame Doris Leuthard (Conseil National) et motion 04.3473 de Monsieur Hans Hess (Conseil aux Etats).
203. Comco (2005), *op. cit.*, p. 7.
204. Comco (2005), *op. cit.*, p. 8.
205. Par “produits” on entend les biens et les services.
206. www.seco.admin.ch/imperia/md/content/news/medienmitteilungen/ida_bericht_2004_f.pdf
- ²⁰⁷. OCDE (2004), *op. cit.*, p. 113 et p. 146.
- ²⁰⁸. OCDE (2004), *op. cit.*