



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO  
Commission de la concurrence COMCO  
Commissione della concorrenza COMCO  
Competition Commission COMCO

---

**A l'attention du Conseil fédéral**

**Rapport annuel 2011 de la  
Commission de la concurrence (COMCO)  
(selon l'art. 49, al. 2, LCart)**

---

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Préface du Président</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Décisions importantes de la COMCO</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Activités dans les différents secteurs</b>	<b>5</b>
3.1	Marché de produits	5
3.1.1	Industrie des biens de consommation et commerce de détail	5
3.1.2	Construction	6
3.1.3	Industrie horlogère	7
3.1.4	Secteur automobile	7
3.1.5	Agriculture	8
3.2	Services	9
3.2.1	Services financiers	9
3.2.2	Marchés de la santé	10
3.2.3	Professions libérales et services professionnels	11
3.3	Infrastructure	12
3.3.1	Télécommunications	12
3.3.2	Médias	13
3.3.3	Energie	14
3.3.4	Autres domaines	15
3.4	Marché intérieur	15
3.5	Investigations	15
3.6	Relations internationales	16
<b>4</b>	<b>Organisation et statistiques</b>	<b>17</b>
4.1	COMCO	17
4.2	Secrétariat	18
4.3	Statistiques	18
<b>5</b>	<b>Révision de la loi sur les cartels – Etat des travaux</b>	<b>19</b>
<b>6</b>	<b>Thèmes spéciaux de l'année 2011</b>	<b>21</b>
6.1	Non-répercussion des gains de change	21
6.1.1	Évolution de la situation	21
6.1.2	Procédures	23
6.1.3	Etat des lieux	24
6.2	Coopérations FTTH	25

## **1 Préface du Président**

L'année 2011 a été riche en évènements:

Premièrement, deux thèmes spécifiques ont mobilisé les ressources des autorités de la concurrence : fibre optique et franc fort. D'une part, les notifications de Swisscom et des services municipaux concernant la construction de réseaux de fibres optiques ont conduit à de nombreuses enquêtes préalables du Secrétariat dont les résultats ont mis en évidence certaines clauses problématiques des contrats de coopération qui tendent à supprimer la concurrence efficace. D'autre part, les nombreuses dénonciations parvenues au Secrétariat en relation avec la dépréciation du taux de change Euro/CHF (et Dollar/CHF) durant l'été 2011 ont engendré de nombreuses procédures fondées sur un possible verrouillage du marché suisse par rapport aux pays frontaliers.

Deuxièmement, la COMCO a pris des décisions importantes dans plusieurs procédures complexes. Dans l'enquête sur le commerce en ligne, elle a constaté que la distribution par internet ne peut qu'exceptionnellement être entravée et sous des conditions très restrictives. Dans l'enquête dans la branche des parfums et des cosmétiques, elle a clairement montré qu'un échange d'informations confidentielles entre concurrents peut constituer un accord illicite. Dans le cas NIKON, la COMCO a constaté une restriction illicite des importations parallèles et a prononcé une amende conséquente. Enfin, dans l'enquête menée dans le canton d'Argovie, la Comco a découvert un nombre important de cartels de soumission illicites qu'elle a sanctionnés par des amendes à l'encontre des entreprises participantes. Toutes ces procédures ont fortement engagées le Secrétariat et la COMCO, notamment les auditions devant la COMCO des entreprises concernées par une sanction.

Troisièmement, le projet de révision de la loi sur les cartels élaboré par le Conseil fédéral vise à renforcer la LCart, notamment en rendant dorénavant illicites les cartels durs (cf. art. 5 al. 3 et 4 LCart), sous réserve de justification par des motifs d'efficacité économique. Cette nouvelle approche devrait simplifier les procédures des autorités de la concurrence. De plus, le Conseil fédéral veut professionnaliser et diminuer l'autorité de la concurrence dans la phase de décision. Le Parlement décidera si l'autorité actuelle deviendra un tribunal de la concurrence, tel que proposé par le Conseil fédéral, ou si elle demeurera une autorité administrative indépendante.

Quatrièmement, la composition de la COMCO a changé à la fin de la période 2008-2011 avec le départ, respectivement l'arrivée de trois membres. Elle axera à nouveau son travail sur la protection de la concurrence efficace dans l'intérêt des consommateurs et des entreprises.

**Prof. Vincent Martenet**

Président de la Commission de la concurrence.

## 2 Décisions importantes de la COMCO

Les principales décisions de la COMCO sont énumérées ci-après dans un ordre chronologique. Elles seront abordées en détail dans les chapitres respectifs du rapport (voir 3.1 à 3.3).

Fin avril 2011, la COMCO a décidé que l'entreprise commune notifiée par **Swisscom et le Groupe E** ne pouvait pas être examinée dans le cadre d'un contrôle de concentration. La COMCO est parvenue à la conclusion, lors d'un examen approfondi, que l'entreprise commune n'aurait pas un accès indépendant au marché. C'est pourquoi, une condition essentielle pour effectuer un examen de la concentration de cette entreprise commune n'est pas vérifiée. Suite à la décision de la COMCO, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable, afin d'examiner les accords relatifs à l'entreprise commune.

Le 6 juin 2011, la COMCO a ouvert une enquête contre **Swatch Group** qui souhaitait cesser la livraison de mouvements horlogers et d'assortiments à des tiers. Parallèlement, la COMCO a prononcé des mesures provisionnelles dans l'intérêt d'une concurrence efficace sur le marché de l'horlogerie. Ces mesures obligent la poursuite des livraisons à des tiers durant la durée de la procédure avec toutefois la possibilité de réduire sensiblement les livraisons. Les mesures provisionnelles se rapportant à un accord amiable entre le Secrétariat et Swatch Group ont été confirmées à la fin de l'année passée par le Tribunal administratif fédéral (TAF).

Le 11 juillet 2011, la COMCO a rendu une décision phare concernant la licéité des restrictions du **commerce en ligne** en matière de droit de la concurrence. Dans sa décision, elle a constaté que les restrictions du commerce en ligne contrevenaient sur le fond à la Loi sur les cartels mais qu'elles étaient licites sous des conditions très restrictives. Ainsi, il peut être justifié dans un système de distribution sélective, d'enjoindre aux commerçants en ligne, de remplir les mêmes conditions qu'un commerçant agréé et d'exploiter un point de vente physique. Les commerçants en ligne doivent dans tous les cas être libres de pouvoir fixer les prix de vente finaux de façon indépendante.

Suite aux notifications de Swisscom et de plusieurs services municipaux, le Secrétariat a ouvert différentes enquêtes préalables sur les contrats de **coopération en matière de fibre optique**. Après une enquête très sérieuse, il a été conclu début septembre 2011, que lesdits contrats pouvaient contenir des accords illicites horizontaux durs et être passibles de sanctions. Le modèle choisi de quatre fibres par les services municipaux et Swisscom devait rendre possible la concurrence sur le réseau de fibre optique. Toutefois, le Secrétariat a qualifié d'accord sur les prix et les quantités, pouvant restreindre notablement la concurrence souhaitée, les contrats contenant des clauses telles que l'exclusivité du layer 1 pour les services municipaux, ou le contrôle du prix. Suite à cela, Swisscom et certains services municipaux ont adapté leurs accords de coopération.

Concernant l'échange d'informations entre concurrents, la COMCO a décidé le 31 octobre 2011, que les échanges de chiffres d'affaires, de prix bruts et de dépenses publicitaires entre les entreprises de la **branche des cosmétiques et de la parfumerie** s'apparentent à des accords illicites. L'échange d'informations confidentielles entre concurrents directs tend dans tous les cas à influencer le comportement concurrentiel des entreprises d'une façon dommageable pour la concurrence. Si ceci a également une influence sur le comportement concret lors de la fixation des prix des entreprises, il s'agit d'un accord sanctionnable sur les prix. En l'espèce, aucune sanction n'a été prononcée vu qu'aucune preuve n'a été produite.

Le 28 novembre 2011, la COMCO a constaté que, de février 2008 à septembre 2009, **NIKON** a empêché de manière illicite l'importation parallèle d'appareils de photographie et d'autres accessoires photographiques. La COMCO a sanctionné NIKON pour ces entraves découlant d'accords illicites verticaux pour un montant d'environ 12.5 millions CHF. Avec

cette décision, la COMCO a signalé qu'elle agira fermement à l'encontre de chaque entrave aux importations directes ou parallèles fondées sur des accords verticaux visant à cloisonner des territoires. Elle a aussi confirmé sa décision prise en décembre 2009 dans l'affaire GABA/Elmex, qui se trouve toujours pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

Finalement, la COMCO a clos, le 16 décembre 2011, son enquête concernant la **construction de routes et le génie civil dans le canton d'Argovie**. Elle a constaté un nombre important de cartels de soumission illicites formés par 18 entreprises, qui ont été frappées d'une amende totale de 4.3 millions CHF. Ainsi, la COMCO a pu conclure une autre enquête importante dans le domaine des « cartels de soumission ». Une autre enquête est en cours dans le canton de Zürich concernant le même domaine.

### 3 Activités dans les différents secteurs

#### 3.1 Marché de produits

##### 3.1.1 Industrie des biens de consommation et commerce de détail

Avec sa décision du 28 novembre 2011 concernant le cas **Nikon**, la COMCO confirme sa pratique (cf. Gaba, DPC 2010/1 65 ss.) sur la protection territoriale absolue. Suite à une dénonciation, la COMCO a ouvert le 24 mars 2010 une enquête et procédé à une perquisition auprès de Nikon Schweiz AG.

L'enquête a révélé que les importations parallèles en Suisse étaient exclues de deux manières: d'une part, Nikon a interdit aux entreprises nationales l'achat de produits Nikon Imaging en dehors de la zone contractuelle (Suisse et Lichtenstein) et d'autre part, des interdictions d'exportation vers la Suisse figuraient dans les contrats de distribution étrangers. En outre, il ressort de la correspondance électronique saisie lors de la perquisition effectuée dans les locaux de Nikon que les ventes par des "commerçants parallèles" en Suisse ont été réellement entravées ou devaient l'être. Ces clauses et l'exercice d'une certaine pression à l'encontre des commerçants parallèles ont en outre contribué à une augmentation des prix pendant la période allant du printemps 2008 à l'automne 2009.

Les mesures de protection territoriale n'ont pas supprimé la concurrence efficace sur les marchés pertinents, mais l'ont néanmoins affectée de manière notable (art. 5 al. 4 LCart en relation avec l'al. 1 du même article). La sanction imposée de 12.5 millions se base en particulier sur le chiffre d'affaires réalisé par Nikon en Suisse ainsi que sur la durée et la gravité du comportement illicite.

Par décision du 31 octobre 2011, la COMCO a décidé que l'échange d'informations entre les membres d'une association de producteurs, importateurs et distributeurs de produits de cosmétiques et de parfumerie (**ASCOPA**) constituait une infraction au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart et a interdit ce comportement. Les parties à la procédure sont **les filiales et distributeurs suisses des principaux fabricants de la branche des cosmétiques de luxe**. Les entreprises concernées s'étaient réunies en un cartel et avaient échangé mutuellement des informations sensibles sur les prix, les chiffres d'affaires, les dépenses publicitaires et les conditions générales de vente. De cette manière, elles pouvaient adapter leur comportement sur le marché les unes par rapport aux autres. Cette adaptation a conduit à une restriction notable de la concurrence sur le marché des parfums et produits cosmétiques.

L'enquête ouverte en septembre 2010 concernant des **entraves au commerce en ligne** dans le domaine des appareils électroménagers a été close en juillet 2011. La COMCO, a déclaré que les restrictions au commerce en ligne de Electrolux AG et V-Zug AG sont inadmissibles selon l'article 5 alinéa 1 LCart. Dans cette décision, la COMCO s'est prononcée pour la première fois sur la question de savoir si et sous quelles conditions, les

ventes par internet pouvaient être limitées. Selon la COMCO, la vente en ligne devrait en principe être permise et les restrictions à la vente en ligne ne peuvent être considérées comme licites que sous certaines conditions très strictes. En outre, la COMCO a souligné que les constellations dans lesquelles les limitations des ventes sur internet sont entraînées par des fixation des prix de revente ou des clauses de protection territoriale absolue, sont considérées comme particulièrement nuisibles. Concrètement, la COMCO considère comme acceptable le fait que Electrolux AG respectivement V-Zug AG, dans le cadre de leur système de distribution sélective, exigent que leurs commerçants aient aussi un magasin stationnaire en plus de la vente du produit par internet. Des accords amiables ont été passés avec les entreprises Electrolux AG et V-Zug AG.

L'enquête préalable «**papiers graphiques**» ouverte le 19 mai 2011 a été classée sans suite fin décembre. Le Secrétariat n'avait pas d'indices suffisants conduisant à une restriction de la concurrence, en particulier concernant l'entrave aux importations parallèles de la part des quatre grossistes de papier actifs en Suisse à savoir, Antalis AG, Inapa Schweiz AG, Papyrus Schweiz AG et Fischer Papier AG.

L'enquête ouverte avec une perquisition en 2010 contre **Roger Guenat SA** pour soupçon de fixation de prix de revente d'articles de sport de montagne (entre-temps Altimum SA) est en phase finale. Les mesures d'instruction ont été achevées et l'élaboration de la proposition du Secrétariat est en cours de conclusion. L'affaire va être clôturée au cours de l'année prochaine.

Une observation de marché approfondie sur les **produits sans gluten** a été menée sur demande de la fondation pour la protection des consommateurs (SKS) et la IG Zöllikie. Celles-ci critiquaient le niveau de prix très élevé de ces produits en Suisse par rapport aux pays avoisinants. Le Secrétariat a examiné si les prix de revente étaient imposés ou si les importations parallèles étaient empêchées. En outre, les producteurs, les commerçants et les importateurs ont été interrogés et des comparaisons de prix sur certains produits sélectionnés ont été menées. Aucune preuve conduisant à une fixation de prix illicite ou à une entrave aux importations parallèles n'a pu être établie. D'autres raisons engendrent les différences de prix constatées: notamment les faibles volumes d'achats et des marges plus élevées des commerçants suisses aboutissent à des prix plus hauts pour les produits importés. Les coûts de production des produits alimentaires fabriqués en Suisse sont plus élevés car il n'y a pas en Suisse de fabricant spécialisé en produits sans gluten.

### 3.1.2 Construction

L'enquête concernant les accords dans la **construction des routes et le génie civil du canton d'Argovie** a été terminée par décision de la COMCO du 16 décembre 2011.

Le 7 juin 2011, le Secrétariat a fait parvenir aux parties sa proposition à la COMCO pour prise de position. En octobre 2011, les parties ont été entendues par la COMCO dans le cadre d'auditions organisées en trois séances. Les parties ont fait usage de manière importante de la possibilité de prendre position à chaque étape de la procédure.

18 entreprises de construction, directement impliquées dans les accords de soumission, ont été sanctionnées par une amende totale d'environ 4 millions de francs, alors que sept entreprises ont profité d'une réduction de sanction dans le cadre du programme de clémence, une a été complètement libérée de sanction. L'enquête a montré que les entreprises de construction concernées ont passé des accords dans plus de 100 projets, en coordonnant le montant de leur offre et ont ainsi pu se répartir les projets lors d'adjudications publiques et privées.

La lutte contre de tels accords de soumission est une priorité du travail des autorités de concurrence. Par l'effet de signal de cette décision importante, les entreprises devraient être dissuadées à l'avenir de passer de tels accords.

### 3.1.3 Industrie horlogère

Fin 2009, l'ancien président du conseil d'administration du **Swatch Group** a annoncé dans la presse que les livraisons futures de certains composants horlogers seraient réduites respectivement arrêtées pour les clients tiers. A cet égard, les contacts informels avec le Swatch Group ont montré que ce dernier était prêt à mettre en œuvre, au moins partiellement, le comportement annoncé. Sur cette base, le Secrétariat a ouvert le 6 juin 2011 une enquête concernant un éventuel abus de position dominante. En même temps, la COMCO a ordonné des mesures provisionnelles pour la durée de l'enquête sur la base d'un accord amiable avec le Swatch Group. Celles-ci prévoient que le Swatch Group devra livrer les clients tiers intégralement dans un premier temps. En 2012, le Swatch Group pourra réduire les livraisons de mouvements mécaniques à 85% de la quantité achetée en 2010 et à 95% en ce qui concerne les assortiments. Le but est d'éviter que la concurrence dans les marchés pertinents soit affectée durablement. Les différentes plaintes déposées par les entreprises concernées contre les mesures provisionnelles ont été rejetées par le Tribunal administratif fédéral mi-décembre 2011.

Le Swatch Group prévoit en particulier de cesser complètement les livraisons de mouvements mécaniques et d'assortiments (ensemble des pièces qui composent les organes réglant la montre mécanique) aux clients tiers. L'enquête ouverte devrait permettre de déterminer si ce comportement constitue un abus de position dominante illicite du point de vue du droit de la concurrence. Il s'agira en particulier de vérifier s'il existe des sources d'approvisionnement alternatives au Swatch Group et dans quel horizon temporel de telles alternatives peuvent être mises sur pied. Le Swatch Group s'est montré prêt à trouver une solution amiable sous la forme d'une réduction échelonnée des livraisons.

Dans le cadre de l'instruction, le Secrétariat a mené un sondage approfondi auprès d'un grand nombre de participants du marché. Durant l'année à venir, les mesures d'investigation seront poursuivies et, dans la mesure du possible, achevées.

L'enquête ouverte en septembre 2009 contre ETA SA Manufacture Horlogère Suisse concernant un éventuel abus de position dominante a été suspendue en même temps que l'ouverture de l'enquête contre le Swatch Group, étant donné qu'elle peut être influencée de manière significative par les résultats de la nouvelle enquête.

### 3.1.4 Secteur automobile

Au cours de l'année 2011, le Secrétariat a reçu plusieurs plaintes de la part de clients finaux suisses ayant essayé sans succès d'acheter une BMW respectivement une MINI dans l'Espace Economique Européen (EEE). En octobre 2010, la COMCO a ouvert une enquête contre le **BMW Group** pour de possibles entraves aux importations directes respectivement aux importations parallèles de véhicules neufs des marques BMW et MINI de l'EEE vers la Suisse. La proposition du Secrétariat à la COMCO a été envoyée au BMW Group en octobre 2011 pour prise de position.

Durant l'été 2011, plusieurs consommateurs se sont plaints des différences de prix, parfois très élevées, des véhicules automobiles et des motos entre la Suisse et les pays de l'UE en relation avec la **baisse du taux de change de l'euro**. Le Secrétariat a en particulier examiné s'il existait des indices de pratiques qui isolent notre territoire (par ex. interdictions d'exportations en Suisse). Selon la Communication automobile établie par la COMCO, la limitation des possibilités pour les consommateurs suisses, pour les membres d'un système de distribution sélectif ou pour les revendeurs suisses mandatés par un consommateur,

d'acheter sans restrictions des véhicules auprès d'un garage autorisé en Suisse ou dans l'EEE représente en soi une atteinte notable à la concurrence.

Le Secrétariat a répondu à de nombreuses plaintes concernant l'**octroi de garanties** de véhicules importés parallèlement ou directement. Le Secrétariat a renvoyé aux dispositions correspondantes dans la Communication automobile et à sa note explicative. Les garanties accordées par le fournisseur d'automobiles au lieu où le véhicule neuf a été vendu (c-à-d les garanties du constructeur) doivent rester valables aux mêmes conditions dans tout l'EEE et en Suisse.

Fin 2011, le Secrétariat a commencé les travaux de **révision de la Communication automobile** de la COMCO. La révision survient alors que la Commission européenne a adopté en 2010 un nouveau cadre juridique en matière de concurrence pour le secteur automobile. Après une période transitoire jusqu'en mai 2013 durant laquelle l'actuel règlement d'exemption par catégorie pour le secteur automobile continuera à s'appliquer, la vente des véhicules neufs sera soumise aux dispositions du règlement général d'exemption de catégorie applicable aux accords verticaux. Pour les marchés des services de réparation, de l'entretien et de la vente des pièces de rechange, les dispositions spécifiques prévues par le nouveau règlement général d'exemption par catégorie pour véhicules seront appliquées. Les associations intéressées seront invitées à prendre position en temps utile.

Le Secrétariat s'est exprimé dans le cadre de la consultation sur l'entrée en vigueur des modifications concernant la loi fédérale sur la réduction des émissions de CO<sub>2</sub> (**Loi sur le CO<sub>2</sub>**) et l'ordonnance sur la réduction des émissions de CO<sub>2</sub> des automobiles. L'entrée en vigueur de la loi sur le CO<sub>2</sub> peut comporter des désavantages pour les petits importateurs. Par rapport aux grands importateurs, les petits importateurs ne peuvent pas compenser les véhicules à haut niveau d'émission avec l'importation de véhicules à bas taux d'émission, à moins qu'un regroupement soit constitué, option qui entraîne des coûts supplémentaires. Le Secrétariat est en principe en défaveur des mesures qui entravent les importations directes ou parallèles. Par conséquent, il s'est exprimé dans ce sens dans le cadre de la consultation sur la loi sur le CO<sub>2</sub>.

Fin 2011, dans le cadre d'une consultation, le Secrétariat a exprimé son avis sur les ordonnances concernant la circulation routière. Il est favorable au fait que l'admission de véhicules dans les cas où l'importateur est en possession d'un certificat de conformité CE soit favorisée.

### 3.1.5 Agriculture

En 2011, plusieurs plaintes ont été déposées dans le domaine de l'agriculture. Toutefois, les différentes observations de marché n'ont pas révélé des indices de restrictions à la concurrence. Une observation de marché sur les fertilisants sera probablement achevée début 2012. Une enquête préalable sur le marché des céréales a été faite et terminée.

En raison de sa position dominante sur les marchés du lait, de la crème et du beurre, **Emmi AG** a dû notifier une opération de concentration. Il s'agissait en l'espèce de l'acquisition de Rutz Käse AG, une entreprise principalement active dans l'affinage du fromage d'Appenzell et du Tilsit. L'examen préalable n'a pas fait ressortir d'indices, selon lesquels une nouvelle position dominante serait créée ou renforcée.

Au premier semestre, la COMCO a rédigé une expertise pour une procédure devant un tribunal du canton de Vaud. Il s'agissait en particulier de répondre à la question si la Coopérative des producteurs de fromages d'alpages « L'Etivaz » devait donner accès à une cave d'affinage à un producteur de **fromage d'Etivaz** sur la base de la loi sur les cartels. La COMCO a répondu par la négative à cette question.

Le Secrétariat a pris part à **plus de 30 consultations des offices** concernant des modifications de lois ou d'ordonnances et s'est exprimé sur plus de 20 postulats



parlementaires. La COMCO a aussi participé à la consultation sur la politique agricole 2014-2017.

## 3.2 Services

### 3.2.1 Services financiers

Le Secrétariat a clos une nouvelle enquête préalable dans le domaine des **cartes de débit**. La procédure faisait suite à deux procédures d'opposition de Mastercard concernant l'introduction d'un émolument appelé « Default Interchange Fee » aussi bien pour la carte *Maestro* que pour la nouvelle carte *Debit MasterCard*. La première concernait le système de cartes de débit « Maestro » très répandu en Suisse et prévoyait un débit de commissions d'interchange sur tous les paiements nationaux conclus avec une carte de débit Maestro. L'objet de la seconde procédure concernait l'introduction d'une commission d'interchange pour les transactions effectuées avec les nouvelles cartes «Debit MasterCard ». Conformément à la jurisprudence suisse, les commissions d'interchange sont des accords sur les prix entre les sociétés émettrices de cartes (Issuer) et les sociétés de courtage (Acquirer). La problématique des deux affaires touchant de façon similaire les cartes de paiement MasterCard, les deux enquêtes préalables ouvertes à ce sujet ont été unifiées en une seule procédure :

Tout d'abord, le Secrétariat a émis de sérieux doutes quant à la licéité, au regard du droit des cartels, d'une « Default Interchange Fee » pour le système Maestro. Il a notamment pris en compte le fait que la carte « Maestro » est de loin, en Suisse, le plus important système de carte de débit, très répandues chez les commerçants et les titulaires de carte et qu'il ne connaît pas de véritable concurrence puisque le système de cartes de débit de VISA (« Visa V PAY »), bien qu'annoncé en 2009 n'a pas encore fait son apparition. L'introduction d'une commission d'interchange pour Maestro ne peut pas être justifiée par des motifs d'efficacité économique.

Ensuite, le Secrétariat s'est préoccupé des commissions d'interchange pour les cartes *Debit MasterCard*. En référence au cas V PAY (cf. DPC 2009/2, 122 ss), il a toléré l'introduction de ses émoluments pour ces nouvelles cartes de débit de MasterCard sous certaines conditions, notamment que MasterCard renonce à l'introduction d'une commission d'interchange pour le système Maestro sans pour autant inciter les Issuers et les Acquirers à changer en faveur du système Debit MasterCard.

Dans le cadre d'une enquête préalable, le Secrétariat a enquêté sur l'expansion des activités des **Assurances immobilières** de Berne (GVB) sur le marché de l'assurance privée. Avec la révision de la Loi bernoise sur l'assurance immobilière en 2010, le législateur cantonal a donné aux GVB la possibilité de conclure des assurances complémentaires comme l'assurance dégâts d'eaux. En outre, le législateur a créé une base légale permettant l'exercice d'activités complémentaires, tels le traitement des dégâts pour des tiers et l'évaluation des bâtiments, pour autant qu'elles aient un rapport avec les activités principales des GVB. Tant l'Association suisse d'assurances (ASS) que des assureurs privés ont exprimé leurs préoccupations sur la nouvelle constellation du marché bernois. Ils ont souligné, en particulier, l'insuffisance de la séparation claire entre les activités de monopole et les activités d'assurance complémentaires, craignant que les avantages concurrentiels accordés aux GVB sur le marché de l'assurance immobilière complémentaire puissent conduire à une distorsion de la concurrence. Le Secrétariat a demandé aux GVB de prendre les mesures nécessaires afin d'éviter tout problème concurrentiel, ce qui a été fait.

Finalement, le Secrétariat a clos une enquête préalable dans le domaine des **assurances pour les risques liés à l'amiante**. Dans ce contexte, s'est posée la question de savoir si les assureurs privés actifs en Suisse avaient passé un accord excluant des conditions générales de l'assurance responsabilité civile les risques liés à l'amiante durant la période 2002-2003.

Le Secrétariat n'a pas trouvé de preuve de violation du droit des cartels concernant l'exclusion du risque lié à l'amiante de la couverture de l'assurance de base dans la mesure où certains assureurs l'avaient déjà exclu de leurs polices avant cette période. De plus, l'augmentation internationale des actions en dommages et intérêts dans ce domaine, liée au manque de possibilité de réassurance, a conduit à une remise en cause de l'assurance de l'amiante et à une nécessaire réévaluation actuarielle des risques liés à ce produit. Etant donné que l'assurance de ce risque n'a pas été abolie mais seulement exclue de la protection d'assurance dans les conditions générales, un contrôle plus pointu et par la même, une amélioration de la gestion des risques en découlent. Des solutions d'assurances pourront se développer à l'avenir et être offertes par les assureurs.

Enfin, le Secrétariat a traité plusieurs opérations de concentration dans le secteur des services financiers. Il s'agit de rappeler que dans le cas de fusions bancaires, la FINMA peut attirer le contrôle de la concentration (art. 10 al. 3 LCart). Toutefois, la notification de l'opération de concentration à la COMCO selon l'art. 9 LCart demeure obligatoire. Le Secrétariat a également donné deux conseils dans le domaine de l'homologation des terminaux pour cartes de SIX Multipay SA et dans celui du « Bench-Marking » de taux d'intérêt hypothécaires.

### 3.2.2 Marchés de la santé

Suite à plusieurs plaintes, la **distribution de médicaments en Suisse** a été soumise à enquête préalable afin de vérifier dans quelle mesure des problèmes existent en Suisse tout au long de la filière de distribution, en partant du système des *whole-salers* puis des grossistes pour terminer par les distributeurs détaillants (pharmaciens, médecins dispensant et drogueries). La récolte et l'analyse des informations sur le fonctionnement du système est encore en cours.

L'enquête préalable sur la **distribution d'appareils auditifs** a été prolongée afin de tenir compte d'importants changements que le marché a vécu au cours de l'année 2011. Elle devra démontrer si les prix recommandés par les producteurs suppriment ou affectent de façon notable la concurrence sur le marché des appareils auditifs.

En avril 2011, l'association faitière **santésuisse** a soumis pour examen la convention conclue par ses membres (83 assureurs-maladie) concernant la publicité aux clients. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2011, ladite convention prévoit 1) l'interdiction de la publicité téléphonique ou du marketing téléphonique généralisé, 2) la limitation à un maximum de CHF 50.- des commissions aux courtiers et démarcheurs ainsi que 3) l'introduction de règles définissant les critères de qualité des courtiers et des intermédiaires admis. Les autorités de la concurrence n'ont pas pu exclure que les effets de cette convention pourraient être problématiques du point de vue de la loi sur les cartels. Elles ont donc décidé d'ouvrir une enquête préalable. La procédure devra déterminer si des indices de restrictions illicites de la concurrence découlent de la convention.

Plusieurs plaintes concernant les **différences de prix** entre la Suisse et les pays limitrophes ont aussi touché les marchés de la santé. Le prix de médicaments, des appareils médicaux, d'anticorps et de réactifs biotechnologiques ainsi que le prix des aliments vétérinaires diététiques continuent de faire l'objet de plusieurs observations du marché.

Trois cas de **concentration d'entreprises** ont été analysés dans le domaine de la santé : tout d'abord, la création d'une entreprise commune pour la recherche et la production de médicaments vétérinaires entre les entreprises Merck & Co., Inc. et Sanofi-Aventis SA, projet qui a finalement été abandonné par les deux entreprises. Ensuite, la création de l'entreprise commune Vifor Fresenius Medical Care Renal Pharma Ltd. entre Galenica et Fresenius qui sera active dans le domaine de la néphrologie pour la recherche, le développement, la vente et la distribution de produits pharmaceutiques. Ce projet a été accepté par la COMCO. Enfin,

le rachat de l'assureur-maladie ProVita par SWICA n'a pas fait l'objet d'une décision définitive de la part de la COMCO dans la mesure où SWICA a retiré sa notification.

Quant aux **marchés réglementés de la santé**, les autorités de la concurrence ont été sollicitées à maintes reprises lors des discussions sur la mise en vigueur du nouveau financement hospitalier et la préparation des listes hospitalières. Se fondant sur leur préavis publié à ce sujet en 2010, elles ont souligné, auprès des autorités cantonales compétentes, l'importance d'un accès le plus large possible au marché des prestations hospitalières de l'assurance de base pour les offreurs publics et privés (hôpitaux et cliniques), sans entrave à la liberté économiques des entreprises et à la libre concurrence superflues. Au cours de l'année, les autorités de la concurrence se sont exprimés sur des multiples projets de révision de lois et ordonnances ainsi que de réponses aux interventions parlementaires. Parmi ces prises de position, le projet de nouvelle **loi fédérale sur la surveillance dans le domaine de l'assurance-maladie** a soulevé des réserves de la part du Secrétariat. En effet, les différentes dispositions légales proposées risquent de restreindre excessivement la liberté économique des assureurs maladie sans que lesdites dispositions ne soient indispensables pour la surveillance de ces opérateurs. L'objectif d'une concurrence efficace entre assureurs voulu par le législateur se verrait ultérieurement affaibli.

### 3.2.3 Professions libérales et services professionnels

En décembre 2011, l'enquête menée à l'encontre de **TicketCorner AG et du Hallenstadion Zürich AGH** a pu être clôturée. La COMCO n'a pas considéré comme illicite le fait que les organisateurs de manifestations au Hallenstadion doivent vendre au moins 50% des billets distribués par des tiers par l'intermédiaire de Ticketcorner. L'enquête a démontré que Hallenstadion n'était pas en position dominante et que le contingentement des billets dans cette salle de spectacles n'affectait pas notablement la concurrence.

Au cours de l'été, une enquête a été ouverte à l'encontre de la **Fédération Internationale de l'Industrie Phonographique (IFPI)**, section Suisse, en raison d'un présumé accord visant à restreindre les possibilités d'importations parallèles en Suisse de certains supports musicaux, tels que disques compacts (CD). La procédure vise également à analyser la formation des charts qui permettent d'établir le Hit Parade Suisse. Enfin, la procédure étudie également l'impact du produit Media Promotion Network (MPN) qui promeut les œuvres musicales et facilite tant l'accès aux nouvelles œuvres musicales par les médias radiophoniques, que la mise à disposition de données sur ces œuvres aux journalistes spécialisés.

Le domaine des services professionnels a également été concerné par la problématique dite du **Franc fort**. De nombreuses plaintes ont été traitées dans les domaines les plus divers, comme ceux des voyages à forfait ou encore des programmes informatiques. Plusieurs plaintes ont mené à des analyses approfondies, certaines étant toujours en cours. Dans une grande partie des cas, la non répercussion des avantages de change est consécutif à des décisions prises à l'intérieur d'un groupe d'entreprises, ce qui les soustrait à une application de la LCart en raison du principe dit du « privilège du groupe ». Selon ce principe en effet, les accords passés entre des entreprises appartenant à un même groupe ne sont pas illicites, le groupe constituant une seule entité économique.

Au cours de cette année, de nouvelles plaintes ont été formulées à l'encontre d'entreprises de **remontées mécaniques**, en raison de prétendues inégalités de traitement qui auraient lieu entre écoles de ski. Les années précédentes, le Secrétariat avait déjà été saisi de nombreuses plaintes dans le domaine des écoles de ski et dans leurs relations avec les entreprises de remontées mécaniques. En 2007, l'association suisse des remontées mécaniques avait établi, sur invitation du Secrétariat, une recommandation à l'intention de ses membres. Celle-ci les invitait, en substance, à garantir l'égalité de traitement entre les

écoles de ski, sous certaines conditions (participation des écoles de ski aux secours en montagne, promotion du tourisme etc.). Cette recommandation avait reçu un accueil favorable, mais de nouvelles plaintes ont été formulées, mettant en évidence de possibles inégalités de traitement. Les investigations sont en cours.

A la fin de l'année, le Secrétariat a été saisi par l'Olympique des Alpes SA/FC Sion (**FC Sion**) d'une plainte à l'encontre de l'Union européenne des Associations de football (**UEFA**), concernant sa non-accession au championnat de l'Europa League. Selon le FC Sion, l'UEFA aurait abusé de sa position dominante en ne donnant pas suite à l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 5 octobre 2011 par le Tribunal cantonal vaudois. Compte tenu qu'une procédure était menée en parallèle devant la juridiction civile et arbitrale, le Secrétariat a dès lors décidé, suivant sa pratique constante, de ne pas se saisir de la problématique.

Enfin, de nombreuses plaintes ont été déposées au cours de l'année concernant divers domaines relevant des services professionnels. Ces plaintes ont fait l'objet de procédures dont certaines sont toujours en cours de clarification. Les cas suivants ont particulièrement attiré l'attention. Il s'agit tout d'abord du cas de la **distribution d'œuvres cinématographiques** en Suisse. Sont concernées par cette procédure certaines entreprises de distribution de films, ainsi que différentes salles de cinéma. Certaines de ces dernières seraient désavantagées par rapport à de grands groupes, en ne recevant des copies de films qu'après un certain délai suivant le jour de lancement officiel. Ces salles de cinéma perdraient ainsi des parts de marché dans la mesure où le maximum d'entrées pour un film est surtout réalisé dans les premières semaines qui suivent le lancement de l'œuvre. A relever aussi la problématique relative aux sites internet permettant la **réservation en ligne de nuitées d'hôtels**. Certains établissements hôteliers subiraient un abus de position dominante de la part de sites internet fournissant un service de réservation online. Selon les plaintes reçues, ces sites seraient, au cours des dernières années, devenus des acteurs incontournables pour le tourisme hôtelier et abuseraient de leur position sur le marché en imposant des commissions élevées calculées sur le prix de la nuitée à l'hôtel. Ils imposeraient également différentes conditions commerciales inéquitables, telle que celle du « prix le plus bas », selon laquelle l'hôtelier devrait facturer au client ayant réservé au travers d'un site le prix le plus bas pratiqué pour une chambre identique le jour où porte sa réservation. Une telle clause empêcherait l'établissement hôtelier de pratiquer des offres promotionnelles de dernière minute, lorsque son établissement a des chambres inoccupées. Les investigations sont en cours.

### 3.3 Infrastructure

#### 3.3.1 Télécommunications

Le déploiement de la fibre optique a constitué cette année le thème principal dans le domaine des télécommunications. Swisscom et les entreprises régionales d'approvisionnement en électricité des villes de Bâle, Berne, Genève, Lucerne, St-Gall et Zurich ont convenu de construire ensemble des réseaux Fiber-to-the-Home (FTTH). Les partenaires de coopération ont présenté au Secrétariat plusieurs clauses de leurs contrats de coopération conformément à l'art. 49a al. 3 let. a LCart. Plusieurs de ces clauses ont fait apercevoir des indices d'accords illicites en matière de concurrence. Le Secrétariat a ouvert des enquêtes préalables durant le courant du printemps 2011. Une analyse de marché approfondie incluant les principaux acteurs du marché a mené à la conclusion que plusieurs clauses annoncées représentaient des accords sur les prix et les quantités. Le Secrétariat n'a pas pu exclure que la concurrence efficace pourrait être supprimée par ces clauses. Il en a informé les partenaires de coopération par un rapport final détaillé. Dans une telle situation, la LCart ne permet pas de libérer les entreprises du risque de sanction. Ce constat n'interdit les clauses critiques. Les partenaires de coopération continuent à supporter le

risque de sanctions cartellaires (cf. infra 6.2 concernant le thème de la fibre optique *in extenso*).

En novembre 2010, une opération de concentration entre **Swisscom** et **Groupe E** visant le déploiement de la fibre optique dans le canton de Fribourg a été notifiée à la COMCO. Après que la COMCO a décidé en décembre 2010 d'engager un examen approfondi, elle est parvenue à la conclusion que l'entreprise commune n'allait pas déployer d'activité commerciale autonome par rapport aux deux sociétés mères et a donc nié l'application du contrôle des fusions en l'espèce. Plusieurs éléments de l'accord entre les partenaires de coopération ayant suscité durant l'examen approfondi des interrogations, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable pour examiner le projet sous l'angle d'un accord en matière de concurrence.

Le jugement concernant le **prix des terminaisons mobiles** a revêtu une importance primordiale pour les affaires d'abus de prix dans le futur. Le Tribunal fédéral a rejeté dans son jugement du 20 avril 2011 le recours du DFE contre la décision du TAF. Contrairement à l'avis de la COMCO et s'écartant de la pratique des autorités de la concurrence européennes « le fait d'imposer » doit être prouvé de façon indépendante lors d'abus de prix selon le Tribunal fédéral. Le seuil d'intervention dans la lutte contre les abus de prix par la loi sur les cartels a donc été rendu plus strict. La procédure subséquente, suspendue jusqu'à la décision du Tribunal fédéral, concernant le même comportement à l'encontre de Swisscom, Sunrise et Orange a été classée en décembre 2011.

### 3.3.2 Médias

Dans le domaine des médias, la COMCO a examiné plusieurs concentrations d'entreprises. En 2011, Tamedia a notifié trois concentrations d'entreprise à la COMCO. **Tamedia AG/car4you**, **car4you Schweiz AG (Tamedia)/www.auto-online.ch** et **Tamedia AG/Doodle AG**. Concernant les deux premiers projets, la COMCO est parvenue à la conclusion que seul le marché des lecteurs/utilisateurs des petites annonces (imprimées/en ligne) en Suisse romande était affecté, mais que la situation de concurrence et le développement de marché auquel on peut raisonnablement s'attendre disciplinera suffisamment les entreprises. La concentration Tamedia AG/Doodle AG concernait deux marchés : Le marché des bannières nationales en Suisse allemande et le marché pour les bannières nationales en Suisse romande. Sur ces marchés, la COMCO part également de l'idée que les concurrents de l'entité concentrée exerceront une pression concurrentielle suffisante. Les trois projets ont donc été avalisés par la COMCO durant l'examen préalable.

A la mi-décembre 2011, le projet de concentration **NZZ/Ringier/Tamedia/cXence** a été notifié. Les entreprises participantes souhaitent fonder l'entreprise commune PPN AG ayant pour but de commercialiser les espaces publicitaires dits résiduels – « Restplatzinventar » – de sites Internet. Il s'agit de diffuser à ces endroits des publicités ciblées des sites de la NZZ, Ringier et Tamedia.

En décembre 2011 également, le projet de concentration **Tamedia/Bilan/Tribune des Arts** a été notifié à la COMCO. Edipresse ayant décidé de cesser en partie ses activités en Suisse dans le domaine de la presse financière et économique ainsi que des magazines de Lifestyle, Tamedia vise la reprise des titres appartenant encore à Edipresse que sont « Bilan » et « Tribune des Arts » ainsi que l'extension de son activité en Suisse romande. Le délai de l'examen préalable tombera en 2012.

Trois demandes d'avis provenant de l'OFCOM sont parvenues à la COMCO depuis le jugement du Tribunal administratif fédéral du 7 décembre 2009 concernant la mise au concours de concessions destinées à des radios ou à des télévisions régionales. Ces demandes ont pour objet la détermination d'une éventuelle position dominante du Groupe NZZ (TV) en Suisse orientale, du groupe Südostschweiz Medien (radio) en Suisse orientale du Sud et du groupe AZ-Medien (radio) en Argovie. L'avis concernant la Suisse orientale a

été terminé le 28 février 2011 et transmis à l'OFCOM. Les demandes concernant les deux autres régions sont parvenues à la COMCO dans le courant de l'automne et leur traitement sera terminé dans le premier trimestre 2012.

Après que le référendum a abouti pendant l'été 2011 – le peuple sera amené à se prononcer sur l'introduction du projet de loi le 11 mars 2012 –, la COMCO a suspendu l'enquête concernant le marché du livre en Suisse romande jusqu'à la publication du résultat définitif de la votation dans la feuille fédérale.

Le Secrétariat va terminer l'enquête préalable dans l'affaire de la politique de prix de l'ATS en début d'année 2012. Il examine des indices selon lesquels l'ATS aurait abusé de sa position sur le marché grâce à son système de prix. La politique mise en œuvre par ATS en matière de rabais, notamment par l'intermédiaire de rabais d'exclusivité, et d'offres couplées figure au premier plan de l'enquête. En outre, la transaction entre le Deutschen Depeschendienst (ddp) et l'ATS qui a mené à l'arrêt des activités d'AP Schweiz sera analysée plus avant, car il existe des indices d'un accord sur la répartition des territoires.

### 3.3.3 Energie

La COMCO a dû examiner dans le domaine de l'énergie plusieurs opérations de concentration. La concentration **Fluxys G SA/Eni Gas Transport Deutschland S.p.A./Eni Gas Transport GmbH/Eni Gas Transport International SA/Transitgas AG/Swissgas AG** mérite d'être signalée. D'une part, Fluxys G a pris le contrôle exclusif d'Eni Gas Transport GmbH, d'Eni Gas Transport Deutschland S.p.A. et d'Eni Gas Transport International SA. D'autre part, Fluxys G et Swissgas ont acquis le contrôle conjoint de Transitgas AG. A l'occasion de cette procédure de concentration, la COMCO a été amenée pour la première fois à définir le marché dans le secteur gazier. Elle s'est alignée sur la pratique de l'UE. La COMCO a autorisé la concentration suite à l'enquête préalable.

Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable suite à la procédure d'opposition dans l'affaire **Erdgas Zentralschweiz (EGZ)**. L'affaire concerne un accord conclu entre EGZ – agissant par les sociétés qui la détiennent, lesquelles sont simultanément les clientes d'EGZ – et lesdites clientes. Cet accord de branche prévoit notamment une règle de calcul de la rémunération pour l'utilisation du réseau. La régulation prévoit différentes modalités pour ce calcul, selon que le client est l'une ou l'autre des deux actionnaires d'EGZ ou un tiers. Le Secrétariat doit ainsi examiner si cette régulation de la redevance discrimine les tiers par rapport aux actionnaires.

L'observation de marché concernant les **offres pour les gros consommateurs** a pu être achevée. Elle a examiné plus avant s'il existait des accords entre les entreprises électriques menant à ce que les gros consommateurs ayant quitté l'approvisionnement de base ne reçoivent plus d'offres intéressantes. Le Secrétariat a renoncé à l'ouverture d'une enquête préalable car les informations recueillies auprès des gros consommateurs n'a pas fait surgir d'indices d'un accord illicite en matière de concurrence.

Le Secrétariat a continué l'observation de l'**approvisionnement en services-systèmes** par Swissgrid. Il a constaté que malgré la suppression du prix maximal (Price cap), les prix de ces prestations n'ont pas augmenté.

En faisant partie du groupe de travail « G-Komponente », le Secrétariat contribue aux travaux préparatoires pour **la révision de la loi sur l'approvisionnement en électricité**. Le groupe de travail se consacre principalement à la question de l'introduction de composantes des centrales électriques.

### **3.3.4 Autres domaines**

Le Secrétariat a classé l'enquête préalable dans le commerce des œufs, car il n'y avait pas d'indice de restriction à la concurrence. D'une part, le Secrétariat a constaté que le marchand d'œufs visé n'avait pas de position dominante et que l'exclusion des producteurs ne servirait pas ses intérêts. D'autre part, l'existence d'un accord entre les marchands d'œufs et les producteurs d'œufs a été niée.

Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable contre la Poste suisse concernant le nouveau système de prix de l'envoi des courriers postaux pour les clients commerciaux. Des indices que les rabais accordés en lien avec ce nouveau système de prix pourraient entraver les concurrents et avoir un effet d'exclusion ont été constatés. L'enquête préalable sera en principe terminée durant le premier trimestre 2012.

### **3.4 Marché intérieur**

Le 1<sup>er</sup> juillet 2006, la révision de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) est entrée en force. Le cœur de cette révision visait à renforcer les droits d'accès au marché et à restreindre les possibilités de restrictions à cet accès. Durant l'année 2011, le Secrétariat a tiré un bilan et est parvenu à la conclusion réjouissante que les améliorations des droits d'accès au marché souhaitées par le législateur vis-à-vis des offreurs extérieurs se sont réalisées. Le droit de recours de la COMCO introduit avec la révision (art. 9 al. 2bis LMI) est régulièrement utilisé et s'avère être un instrument très efficace pour l'application du droit du marché intérieur.

Le Tribunal fédéral a tenu compte des attentes du législateur avec une décision phare (ATF 134 II 329 ; formation des avocats stagiaires comme partie intégrante de la liberté d'établissement de l'avocat) et confirme sa pratique libérale.

Les restrictions de l'accès au marché cantonal et communal pour les services de taxi extérieurs ont aussi représenté un sujet important de l'activité des autorités de la concurrence en matière de LMI (projets de révisions de lois et nouveaux décrets concernant les prescriptions dans le domaine des taxis). Parallèlement, le Secrétariat a régulièrement été saisi de plainte dans le domaine des taxis. En particulier, les services de taxi des communes extra-urbaines ont fait savoir que l'accès au marché des taxis dans les villes leur était refusé. Une plainte de la COMCO contre les restrictions à l'accès au marché dans le canton de Genève pour les services de taxis hors canton est toujours pendante auprès du Tribunal administratif genevois. Le Tribunal fédéral a contribué par une décision importante à l'ouverture du marché intérieur dans le domaine des taxis en constatant qu'il ne peut pas être interdit aux centrales de transmettre des contrats de transport aux services de taxis extérieurs.

Le Secrétariat a traité dans le courant de l'année 2011 plusieurs requêtes provenant de différentes branches économiques. Dans plusieurs cas, le Secrétariat est entré en contact avec les autorités communales et cantonales et a pu ainsi garantir un accès au marché conforme au droit du marché intérieur.

### **3.5 Investigations**

Au début 2011, le Secrétariat a procédé à une adaptation de sa pratique en matière de perquisitions pour tenir compte du nouveau Code de procédure pénale fédérale entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Désormais la correspondance des avocats est protégée, indépendamment du lieu où elle se trouve et du moment où elle a été produite.

Le centre de compétence investigations a poursuivi et approfondi ses contacts avec les autorités suisses et étrangères dans le domaine de l'analyse forensique IT. Ainsi un collaborateur du Secrétariat a pu faire un stage dans la division correspondante de l'Autorité

française de la concurrence. Le centre de compétence investigations a, de son côté, formé de nouveaux collaborateurs du Secrétariat et les a préparés à la conduite de perquisitions.

En novembre 2011, le centre de compétence investigations a apporté son concours à d'importantes perquisitions effectuées auprès de plusieurs entreprises actives sur le marché sanitaire. Pour ce faire, il a coopéré avec les autorités policières de 5 cantons ainsi qu'avec la police fédérale. Pour la première fois, le Secrétariat a également procédé à l'interrogatoire de plusieurs personnes lors de ces perquisitions.

### 3.6 Relations internationales

**OCDE:** des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont pris part aux réunions du comité de la concurrence de l'OCDE qui se réunit trois fois par an à Paris. Plusieurs contributions en collaboration avec le SECO ont été présentées. Le thème des fusions a fait l'objet de plusieurs tables rondes (remèdes, analyse économétrique, effets des décisions). Le thème du respect de la loi et des programmes de conformité a été aussi discuté. Le Comité de la concurrence a décidé d'élaborer une recommandation sur les marchés publics. De plus, nouvellement, des thèmes dits « stratégiques » sont approfondis par le comité durant plusieurs années. Les thèmes stratégiques qui ont été choisis sont la coopération internationale et l'évaluation de l'activité et des décisions des autorités de concurrence.

**ICN:** Deux représentants de l'autorité suisse ont participé à la 10<sup>ème</sup> Conférence annuelle de l'ICN qui s'est tenue à la Haye du 17 au 20 mai 2011. Le ICN Cartel Workshop a eu lieu du 10 au 13 octobre 2011 à Bruges. Le sous-groupe Mergers a organisé plusieurs téléseminaires abordant des questions relatives aux concentrations d'entreprises. Le sous-groupe Unilateral Conduct a quant à lui poursuivi le travail de rédaction d'un manuel ayant trait à l'analyse des abus de positions dominante.

**UNCTAD:** *L'Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE)* a eu lieu du 19 au 21 juillet à Genève. Les autorités suisses étaient représentées par le directeur et le président. Les résultats du *Peer Review of Competition Law and Policy in Serbia* ont été présentés et discutés lors d'une session sous la présidence de Vincent Martenet. Cet exercice d'examen par les pairs a été financé par le SECO. Dans le cadre du programme COMPAL, dont le but est la création et le renforcement des autorités de concurrence en Amérique latine, deux stagiaires ont été accueillis au Secrétariat pour une durée de trois mois chacun.

**EU:** Suite à l'approbation d'un mandat de négociation par le Conseil fédéral au mois d'août 2010, les négociations sur un accord visant une coopération plus étroite entre les autorités de concurrence suisse et européenne ont débuté le 25 mars 2011 à Bruxelles. L'accord bilatéral envisagé doit assurer, des deux côtés, une application plus efficace des dispositions du droit des cartels. Cet instrument doit également régler la possibilité de l'échange d'informations confidentielles. Les négociations se sont ensuite poursuivies tout au long de l'année, soit sous la forme de rencontres, soit via des vidéoconférences ou des conférences téléphoniques. L'accord devrait être signé selon toute vraisemblance durant le premier semestre 2012.

**Relations bilatérales:** des relations bilatérales ont été poursuivies en particulier avec les autorités allemande, autrichienne et française. Lors d'une visite d'étude à Berne de l'autorité ukrainienne de la concurrence, un Memorandum of Understanding concernant la coopération entre les deux autorités a été signé.

**Vietnam:** Le projet d'une durée de trois ans „Strengthening the Vietnamese Competition Authorities“ s'est achevé cette année. Ce projet avait pour but de renforcer et soutenir l'autorité vietnamienne de la concurrence mise en place en 2006. Un collaborateur de l'autorité vietnamienne a réalisé en 2011 un stage de trois mois au Secrétariat. Ce projet financé par le SECO a été soumis à une évaluation externe.



## 4 Organisation et statistiques

### 4.1 COMCO

En 2011, la COMCO a tenu 18 séances plénières. Fin 2011, le mandat de quatre ans des membres de la COMCO a pris fin. Les membres **Vincent Martenet** (Président), **Stefan Bühler** (Vice-président), **Evelyne Clerc**, **Andreas Heinemann**, **Andreas Kellerhals**, **Daniel Lampart**, **Jürg Niklaus**, **Thomas Pletscher** et **Johann Zürcher** ont été reconduits dans leurs fonctions pour le mandat 2012-2016.

Les membres suivants ont atteint la fin de la durée limite maximale de leurs mandats ou ont démissionné pour des raisons d'ancienneté à la fin 2011. Il s'agit de:

- **Martial Pasquier**, Professeur à l'Université de Lausanne, ancien Vice-président de la COMCO;
- **Anne Petitpierre**, Professeure émérite à l'Université de Genève;
- **Rudolf Horber**, Union suisse des arts et métiers.

Ils seront remplacés pour la période 2012-2016 par:

- **Winand Emons**, Professeur à l'Université de Berne;
- **Armin Schmutzler**, Professeur à l'Université de Zurich;
- **Henrique Schneider** Union suisse des arts et métiers.

Parallèlement à ces nouvelles élections, le Conseil fédéral a nommé, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, au poste de Vice-président de la COMCO, **Andreas Heinemann**, Professeur à l'Université de Zurich.

**Martial Pasquier** est entré en fonction le 1<sup>er</sup> juillet 1998 en tant que plus jeune membre de la COMCO. Grâce à son expérience de professeur d'économie, il a rapidement assumé un rôle majeur notamment en renforçant les liens entre les économistes et les juristes de la COMCO. Pragmatique, il a eu à cœur de rendre les procédures les plus efficaces possible, rôle auquel il resta fidèle durant ses 14 années de mandat au sein de la COMCO. En tant que membre de l'ancienne Chambre industrie et production, et par la suite de la COMCO, il a contribué de manière significative à de nombreuses décisions importantes. Il a porté un intérêt particulier à la communication, tant à l'interne que vis-à-vis de l'extérieur. Il a toujours préconisé une communication active, objective et précise des décisions de la COMCO. Il a été nommé vice-président de la COMCO au début de l'année 2011 par le Conseil fédéral. Il quitte la COMCO en ayant énormément contribué au façonnement de la pratique de la Loi sur les cartels.

**Anne Petitpierre** a rejoint la COMCO au début de l'année 2003. Sa connaissance approfondie du droit de l'environnement et des entreprises a contribué à ce que ces dimensions soient prises en compte dans l'application du droit des cartels. Sa vision pluridisciplinaire a toujours apporté une plus-value dans les discussions.

**Rudolf Horber** a rejoint la COMCO au début de l'année 2001. Son expérience a parfaitement su rapprocher les PME du droit de la concurrence. Ambassadeur des objectifs généraux et des buts du droit de la concurrence, il a su mettre en évidence concrètement l'application de la Loi sur les cartels aux micros et petites entreprises. Les autorités de la concurrence ont pu profiter du pragmatisme de ses nombreuses contributions et de ses précieux conseils économiques.

La COMCO remercie ces trois membres sortants pour leur dévouement et leur souhaite beaucoup de satisfaction dans leurs engagements respectifs.

## 4.2 Secrétariat

La lutte contre la non-répercussion des gains de change depuis juillet 2011 a représenté un défi majeur pour le Secrétariat, qui a reçu plus de 370 annonces de consommateurs et d'entreprises. Afin de traiter rapidement tous ces courriers, le Secrétariat a créé une Task Force à la mi-août 2011. Grâce au DFE, quatre personnes ont été engagées pour traiter ces annonces et ouvrir, si nécessaire, de nouvelles procédures (voir 6.1.).

Grâce à de nouvelles ressources, le Secrétariat sera en mesure d'augmenter son personnel à hauteur d'environ dix postes de travail.

En fin d'année 2011, le Secrétariat employait 68 (62 l'année précédente) collaboratrices et collaborateurs (plein temps et temps partiel), avec un pourcentage de 41% de femmes (45% l'année précédente) correspondant à un total de 58.6% (53.6% l'année précédente) d'employés à plein temps. Le personnel est réparti comme suit: 45 collaboratrices et collaborateurs scientifiques (incluant la Direction; dont 40.3 plein temps ; 37.9 l'année précédente); 10 (année précédente 7) stagiaires académiques, dont 10 (année précédente 7) plein temps ; 13 collaboratrices et collaborateurs du Service Ressources et Logistique, dont 8.3 (année précédente 8.9) plein temps.

## 4.3 Statistiques

Enquêtes	2011	2010
Menées durant l'année	21	20
reprises de l'année précédente	16	14
ouvertes durant l'année	5	6
Décision	6	5
dont accords amiables	1	3
dont décision de l'autorité	4	2
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	2	3
Décision de procédure	3	7
Mesures provisionnelles	1	2
Procédure de sanction selon les art. 50ss LCart	0	0
Enquêtes préalables		
Menées durant l'année	40	22
Reprises de l'année précédente	12	15
Ouvertes durant l'année	28	7
Clôtures	27	13
dont ouverture d'enquête	1	3
dont adaptation du comportement	7	6
dont sans suite	18	
Autres activités		
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. A LCart	22	13
Conseils	39	56
Observations de marché	62	105
Dénonciations de non répercussion des gains de change	371	n.a.
Autres demandes	566	374
Concentration		
Notifications	30	34
Pas d'intervention après examen préalable	29	29
Examens	1	1

Décisions de la COMCO	1	1
après examen préalable	0	0
après examen	1	1
Exécution provisoire	1	0
Recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	11	14
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	1	8
dont succès des autorités de concurrence	1	6
dont succès partiel	0	1
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	0
dont succès des autorités de concurrence	0	0
dont succès partiel	0	0
Pendants à la fin de l'année (auprès du TAF et du TF)	9	9
Avis, recommandations, prise de position, etc.		
Avis (art. 15 LCart)	1	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	1	2
Suivi des affaires	3	0
Communications (art. 6 LCart)	0	2
Prise de position (art. 46 LCart)	219	177
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	8	5
LMI		
Recommandations / Enquêtes (art. 8 LMI)	0	0
Expertises (art. 10 al. 1 LMI)	1	2
Conseils (Secrétariat)	26	19
Recours (art. 9 al. 2bis LMI)	1	2

La comparaison statistique avec l'année précédente ne relève aucun changement significatif en ce qui concerne les enquêtes, les concentrations, les recours, les conseils, la loi sur le marché intérieur, etc. Le nombre d'enquêtes est resté identique même si des différences subsistent dans la charge de travail, selon, d'une part, qu'il s'agisse d'un état de fait simple ou complexe et, d'autre part, selon que la procédure se conclut par un accord amiable ou par une procédure ordinaire.

Une différence frappante du côté des enquêtes préalables peut être observée. De nombreuses enquêtes préalables ont été diligentées, d'une part en relation avec le dossier de la fibre optique et d'autre part, en matière de non-répercussion des gains de change et autres questions afférentes. Il a donc fallu faire face à un grand nombre d'annonces sur ces questions (cumulées plus de 900).

## 5 Révision de la loi sur les cartels – Etat des travaux

Le 25 mars 2009, le Conseil fédéral a approuvé son rapport à l'adresse du Parlement concernant l'évaluation de la LCart, demandé à l'art. 59a LCart, et s'est prononcé sur les mesures à prendre. Le Conseil fédéral a ouvert le 30 juin 2010 la première consultation sur la révision partielle de la LCart. Ce projet de consultation comportait six points : la révision institutionnelle de l'autorité de la concurrence, l'amélioration de la procédure d'opposition, la révision du traitement des accords verticaux, le renforcement et la simplification du contrôle des concentrations, la mise en place sur le plan légal d'une meilleure coopération avec les autorités de concurrence étrangères et le renforcement de la procédure civile en droit des cartels.

Parallèlement à l'évaluation et aux travaux consécutifs qui ont mené au premier projet de révision de la LCart, le Parlement a traité la **motion Schweiger** (07.3856): « Droit des cartels. Equilibrer le dispositif des sanctions et le rendre plus efficace ». Celle-ci réclame, premièrement, une atténuation de la sanction fondée sur les programmes de conformité (programmes de respect des prescriptions du droit des cartels), et deuxièmement, l'introduction dans la LCart de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques. Sur la base d'un avis de droit rédigé par les professeurs de droit pénal Günter Heine, de l'Université de Berne, et Robert Roth, de l'Université de Genève, ainsi que les travaux internes à l'administration, le Conseil fédéral a ouvert, quelques mois après la transmission définitive de la motion, **une deuxième consultation** qui a débuté le 30 mars 2011 et s'est terminée le 6 juillet 2011. Dans ce cadre, il s'est déclaré prêt à transposer la première partie de la motion, à savoir la réduction de sanction en faveur des entreprises prenant des mesures de conformité, mais a exprimé des réserves quant à l'introduction de sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques, que cela soit sous la forme de mesures administratives (interdiction d'exercer et confiscation de certains éléments de la rémunération comme des bonus) ou sous la forme de sanctions pénales (sanctions pécuniaires ou peines privative de liberté).

Suite à l'appréciation significative du franc suisse, certains secteurs, en particulier l'industrie d'exportation, connaissent des difficultés sur le plan économique. Cette situation préoccupante a amené le Conseil fédéral à décider, le 17 août 2011, d'intervenir via un train de mesures destinées à soutenir la place économique suisse. Parmi les mesures proposées, figure la volonté de stimuler la concurrence en Suisse en assurant une meilleure transmission des diminutions de coûts dont les entreprises bénéficient de par leurs achats à l'étranger. Les accords entre entreprises peuvent en effet entraver une telle répercussion, préteritant ainsi la compétitivité nationale, puisqu'ils empêchent les entreprises actives sur le marché suisse ou dirigées vers l'exportation et les consommateurs finaux de bénéficier des gains de change. Par conséquent, le DFE a été chargé de préparer une révision de l'art. 5 LCart dans le sens d'une interdiction plus efficace des accords horizontaux sur la fixation des prix, sur les restrictions quantitatives et la répartition géographique, ainsi que des ententes verticales sur les prix et sur les protections territoriales, tout en autorisant des possibilités de justification. Afin de garantir une mise en œuvre rapide d'une adaptation légale, la **troisième procédure de consultation** quant à la révision de la LCart s'est ouverte le 23 septembre 2011 et s'est déroulée sous la forme d'une conférence le 5 octobre 2011. Les participants invités avaient également la possibilité d'envoyer une prise de position écrite.

Sur la base des résultats des consultations, le Conseil fédéral a fixé le 16 novembre 2011 les grandes lignes de la révision de la LCart et a chargé le Département fédéral de l'économie (DFE) d'élaborer un message pour le Parlement d'ici le début de l'année 2012. Les principaux points de la révision sont les suivants:

- Réforme institutionnelle : autorité de concurrence comme établissement de l'administration fédérale décentralisée et tribunal de la concurrence intégré au tribunal administratif fédéral. Raccourcissement des voies de recours.
- Modification de l'article 5 LCart (interdiction partielle avec possibilité de justification pour les accords horizontaux sur les prix, les quantités et les territoires ainsi que pour les accords verticaux sur le cloisonnement des marchés et les prix de revente.
- Renforcement de la voie civile (élargissement de la légitimité pour agir aux clients finaux);
- Changement du critère de fond du contrôle des concentrations (introduction du „SIEC-Test“) ainsi que des allègements pour les entreprises parties à des fusions avec des marchés délimités de manière internationale et dans le domaine des délais (rapprochement aux délais en vigueur dans l'UE);

- Réduction de sanction pour les programmes adéquats visant à respecter le droit cartellaire (« Compliance-Programme »);
- Amélioration de la procédure d'opposition (réduction du délai à deux mois, la sanction est possible qu'à partir de l'ouverture d'une enquête).

## **6 Thèmes spéciaux de l'année 2011**

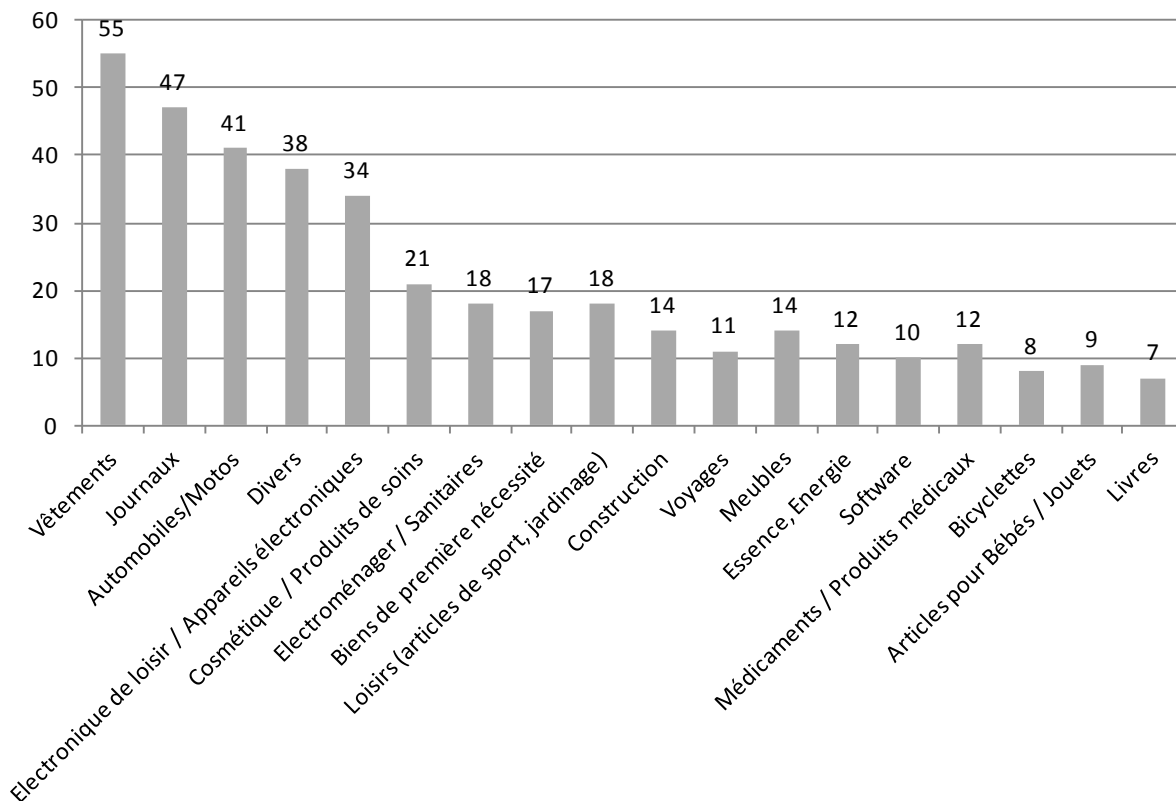
### **6.1 Non-répercussion des gains de change**

#### **6.1.1 Évolution de la situation**

Déjà dans le rapport annuel 2010 (DPC 2011/1), la COMCO a exposé en annexe sous le titre « la problématique de la transmission incomplète des variations de change et les interventions potentielles en vertu du droit des cartels » les problématiques entraînées par un cours de l'Euro perdant de sa valeur par rapport au franc suisse et expliqué concrètement les possibilités d'intervention des autorités de concurrence dans ce domaine. Ces interventions se limitent aux accords isolant le marché suisse et à l'abus de pouvoir de marché. Elle a exposé les diverses raisons qui font que les variations du taux de change ne conduisent pas automatiquement et à court terme à une adaptation de la même ampleur des prix aux consommateurs finaux. Ainsi, selon le dernier rapport annuel, seule une partie des gains de change est transmise aux consommateurs. De plus, cela se produit dans la plupart des cas de manière différée.

En raison de l'évolution du taux de change en été 2011, le Secrétariat a été confronté à un nombre croissant d'annonces. La majorité des annonces (85%) est venue des consommateurs. Les raisons de cette recrudescence sont notamment le cours €/CHF historiquement bas – le 10 août 2011 l'Euro passe sous la barre de 1.03 – ainsi que l'appel de la COMCO dans les médias d'annoncer certains cas de non-répercussion des taux de change. De plus, un formulaire « répercussion incomplète des avantages des taux de change » a été mis en ligne début août dans la rubrique « services ». Par ailleurs, une Taskforce „franc fort“ a été créée (4 personnes) afin de consacrer l'attention nécessaire à cette problématique et de mettre à disposition suffisamment de ressources. De plus, la ligne à adopter, surtout dans la phase de début, devait être coordonnée à l'interne.

La Taskforce a enregistré toutes les annonces de manière centralisée et après un bref examen les a classées par branches économiques et par types possibles de violations de la loi. Dans ces catégories, des cas « exemplaires » ont été choisis et traités, selon les indices, sous la forme d'observations de marché, d'enquêtes préalables ou d'enquêtes. Les autres tâches de cette taskforce consistent à faire des rapports périodiques à la Direction sur l'évolution de la situation. Pour illustrer les secteurs qui préoccupent le plus la population suisse, le graphique suivant fait état du nombre d'annonces faites au Secrétariat classées par branches économiques.



Un nombre important d'annonces concernait le domaine des journaux. La population s'est plainte dans la plupart des cas de la différence de prix avec les pays limitrophes. La loi sur les cartels n'a pas d'instrument pour agir dans cette constellation car il s'agit la plupart du temps d'accords internes à un groupe. Pour l'examen de la question d'un éventuel abus d'une entreprise en position dominante, ces annonces ont été transmises, suivant un accord mutuel, à la Surveillance des prix qui est active dans ce domaine depuis le début de l'année 2011. Les annonces concernant le domaine de l'habillement concernaient aussi dans leur grande majorité des différences de prix à l'intérieur d'un même groupe entre la Suisse et les pays limitrophes. Selon le degré d'étayement de l'annonce, les autorités ont entrepris dans certains cas des recherches, en particulier lorsqu'un producteur étranger connu était impliqué. A cette fin, plusieurs observations de marché ont été ouvertes car les annonces seules ne permettaient pas d'ouvrir une procédure formelle (enquête préalable ou enquête). Ces observations de marché ne sont pas encore terminées à l'heure actuelle.

Par ailleurs, il faut préciser par rapport à ces annonces qu'elles émanent surtout de personnes privées voulant rapporter de possibles violations de la loi aux autorités de concurrence, les allégations dans la plupart des cas étaient peu fournies et pas ou peu documentées. Dans le cas où il y avait des indices concrets d'une restriction à la concurrence, les autorités ont entrepris des recherches supplémentaires, certaines conséquentes afin d'établir les états de faits. Dans certains cas, le Secrétariat a examiné la différence de prix avec l'étranger et a constaté que celle-ci était moins importante que celle affirmée par le consommateur (par ex. crème Nivea). Dans tous les cas, les citoyens ont reçu une appréciation juridique sommaire de l'état de fait dénoncé.

Sur la base des annonces reçues, les autorités de concurrence ont été actives dans les domaines de l'automobile/moto, électronique de loisirs/appareils électroniques, cosmétiques/produits de soin, produits « blancs »/sanitaires, loisirs, voyages, biens de consommation courante, construction, logiciels (Software), vélos et articles pour bébé. Les procédures ouvertes sont présentées en détail dans la partie qui suit.

### 6.1.2 Procédures

L'année dernière, la COMCO a rendu deux décisions pilotes concernant la problématique du cloisonnement du marché. Elle a d'une part sanctionné NIKON pour entrave aux importations parallèles, réaffirmant sa pratique de la décision Gaba (les deux décisions ne sont pas encore entrées en force ; le Tribunal administratif fédéral ne s'est pas encore prononcé sur le recours de Gaba déposé début 2010). Ensuite, elle a clairement montré, dans l'enquête relative au commerce en ligne, que les restrictions au commerce en ligne ne sont licites du point de vue du droit de la concurrence uniquement sous certaines conditions très strictes. Cela est aussi valable pour le commerce en ligne au-delà des frontières.

Sur la base de plaintes de consommateurs et de professionnels de la branche ainsi que des résultats d'une observation de marché, le secrétariat de la COMCO a mené des perquisitions auprès de **l'Union suisse des grossistes de la branche sanitaire (USGBS) et de cinq grossistes en sanitaires** dans l'ensemble de la Suisse. Les entreprises impliquées sont soupçonnées d'avoir conclu des accords sur les prix et la répartition des territoires.

Des nombreuses annonces de consommateurs et d'entreprises concernant Jura Elektroapparate AG sont parvenues au secrétariat. La politique de garantie de Jura, qui exclut la prestation de garantie auprès des revendeurs non-autorisés, a été critiquée. Selon les plaintes, cela concerne principalement les produits achetés auprès de revendeurs en ligne et/ou dans l'Union européenne. Il existait des indices concrets qui tendaient à démontrer l'existence d'éventuelles restrictions aux importations parallèles. Cette enquête a été ouverte le 26 octobre 2011.

Dans le domaine des **produits cosmétiques**, le secrétariat a ouvert une enquête contre Care on Skin GmbH en raison d'une éventuelle entrave aux importations parallèles et au commerce en ligne. Selon des annonces reçues de la part d'esthéticiennes, il serait interdit de vendre les produits de la marque **Dermalogica** via des magasins en ligne. S'ajoute à cela le fait qu'il ne serait pas possible d'importer les produits des pays limitrophes vers la Suisse. Des indices concernant un état de fait similaire existaient également dans un autre cas mais ceux-ci n'étaient pas suffisamment étayés. Ainsi, une enquête préalable a été ouverte en octobre contre une autre société de distribution de produits cosmétiques. Enfin, deux observations de marché sont menées actuellement dans le domaine des produits pour les soins du corps et pour les ongles.

Le 25 octobre une enquête préalable a été ouverte contre divers acteurs du marché qui influenceraient la **détermination des prix des magasins en ligne** et, en particulier, des prix publiés sur des portails de comparaison. Un tel comportement peut être constitutif d'impositions de prix de revente, qui, selon la décision de la COMCO dans l'affaire restriction des ventes en ligne publiée récemment (cf. chiffre **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** ci-dessus), sont considérées comme particulièrement problématiques.

Dans le contexte du **commerce en ligne** deux observations de marché dans le domaine des vêtements/chaussures de sport et des logiciels ont été ouvertes.

Une enquête préalable a été ouverte en octobre contre un **fabricant suisse de vélos électriques** en raison de l'existence d'indices d'une fixation de prix de revente. Les autorités de concurrence disposent d'informations selon lesquelles le producteur aurait exercé une pression sur la politique de prix de ses revendeurs. En outre, une observation de marché est actuellement en cours concernant un éventuel cloisonnement du marché par un autre producteur de vélos suisse.

De nombreux consommateurs se sont plaints auprès des autorités de concurrence que les motos et pièces de rechange de la célèbre marque américaine Harley Davidson ne

pouvaient pas être achetées sur Internet, respectivement dans les pays limitrophes ou aux USA. Suite à cela, une enquête préalable a été ouverte en novembre.

Durant les six derniers mois, d'**autres observations de marché concernant les produits suivants** ont été ouvertes sur la base d'annonces de consommateurs : cartouches d'encre pour imprimantes, appareils de climatisation, accessoires pour animaux domestiques, lait pour nourrissons et poussettes. Il faut encore ajouter qu'une enquête préalable dans le domaine du second œuvre a été ouverte en septembre en raison de soupçons de protection territoriale absolue par un producteur d'Europe du Nord. Cette enquête préalable a été close par une adaptation du contrat de distribution.

Dans le cadre du franc fort, le Conseiller fédéral Schneider-Ammann a organisé une table ronde le 10 août 2011, à laquelle ont participé notamment des représentants de la grande distribution alimentaire. Ceux-ci ont avancé le fait qu'ils étaient dépendants de certains fournisseurs d'articles de marques (multinationales) dès le moment où il devenait nécessaire d'offrir des produits de marques spécifiques dans leur assortiment afin de ne pas perdre de clients. Pour ces produits – décrits comme des **produits must-in-stock** – les grands distributeurs locaux seraient dépendants du diktat des prix des fournisseurs et ne pourraient exercer aucune pression efficace afin d'obtenir des prix d'achat plus bas (euro compatibles).

Le Secrétariat a invité les principaux grands distributeurs alimentaires à lui fournir les informations pertinentes afin qu'il puisse analyser leurs allégations du point de vue du droit de la concurrence. Les grands distributeurs n'ont pour l'heure pas donné suite à cette proposition. Ceci a été notamment justifié par le fait que dans l'intervalle, de nombreux producteurs (multinationales) ont baissé leurs prix de vente au commerce de détail suisse, permettant ainsi aux consommateurs suisses de profiter des gains de change liés à l'appréciation du franc suisse.

Outre les procédures mentionnées, des notifications sont actuellement analysées par les autorités de concurrence qui pourraient donner lieu à l'ouverture de procédures supplémentaires en cas d'existence de soupçons ou d'indices de restrictions illicites à la concurrence. Etant donné les procédures déjà en cours exigeant des ressources conséquentes, les éventuelles nouvelles procédures à ouvrir sont gardées dans le pipeline.

En outre, diverses **enquêtes en cours** concernent des états de fait qui laissent supposer que le marché suisse aurait été cloisonné, que les prix de revente auraient été fixés ou que « l'îlot de cherté suisse » aurait été renforcé par un autre moyen illicite. Dans ce contexte, on peut se référer en particulier aux procédures en cours contre BMW et Roger Guenat SA (produits de sport de montagne) (cf. chiffre 3.1.1).

### 6.1.3 Etat des lieux

Tel que déjà mentionné, de nouvelles annonces parviennent toujours régulièrement au Secrétariat bien que leur nombre se soit significativement réduit. Cela est certainement dû en partie à l'intervention de la Banque nationale suisse (BNS) du 6 septembre 2011, bien que le cours du franc reste toujours surévalué au seuil de 1.20 selon l'estimation de la BNS<sup>1</sup>. Un affaiblissement supplémentaire du franc par rapport à l'euro, respectivement une « normalisation » du cours résoudrait cette problématique.

D'autre part, on constate que, dans certains domaines, des prix d'achat inférieurs sont enfin répercutés sur le niveau des prix de vente aux consommateurs (les prix à l'importation en Suisse sont descendus de 6% en moyenne selon la statistique de l'OFS de décembre 2009 à novembre 2011, à l'exclusion des matières premières et d'autres produits aux prix fluctuant

---

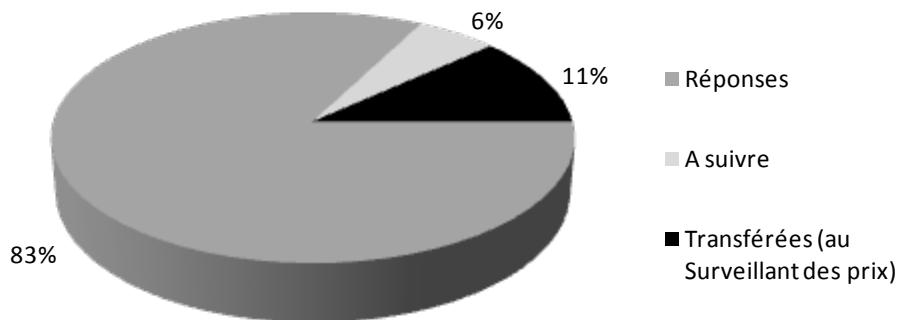
<sup>1</sup> [http://www.snb.ch/fr/mmr/reference/pre\\_20110906/source/pre\\_20110906.fr.pdf](http://www.snb.ch/fr/mmr/reference/pre_20110906/source/pre_20110906.fr.pdf)



fortement). A ce titre, on peut citer l'exemple des baisses de prix dans la branche automobile.

De plus, on constate que les entreprises sont aussi en mesure de leur propre initiative de répercuter les gains de change aux distributeurs et aux clients dans la mesure où elles ont la volonté de mettre en œuvre les mesures nécessaires. Un exemple parlant est celui de l'opération de suppression de certains articles lancée par Coop.

L'état de traitement des annonces parvenues au secrétariat est le suivant (22.12.2011):



## 6.2 Coopérations FTTH

En 2011, les **coopérations FTTH** ont été au centre de l'activité du Secrétariat. Plusieurs entreprises d'approvisionnement en électricité régionales et Swisscom ont décidé de déployer conjointement la technologie de la fibre optique dans plusieurs villes suisses. Ces coopérations permettent une répartition du risque d'investissement et une réduction des coûts de construction grâce à une utilisation efficace des infrastructures existantes. A ce titre, le Secrétariat a salué ces coopérations. Il a également indiqué que ce type de coopération pouvait contenir des accords illicites sous l'angle de la concurrence, ce qui pourrait affecter à long terme l'objectif de concurrence dans l'exploitation des réseaux de télécommunication.

Dans ce contexte, la ville de St-Gall a notifié selon l'art. 49a al. 3 let. LCart vers la fin de l'été 2010 plusieurs clauses de son contrat de coopération avec Swisscom. D'autres notifications concernant les villes de Genève, Zurich, Berne et Bâle ont suivi jusqu'en janvier 2011. Swisscom a également fait parvenir au Secrétariat des notifications dans chacune de ses régions peu de temps après les notifications des entreprises régionales. Pour la ville de Lucerne, l'entreprise publique locale – Energie Wasser Luzern (EWL) – et Swisscom ont procédé à une notification conjointe. Globalement, le Secrétariat a mené durant le printemps 2011 onze procédures d'opposition concernant les coopérations FTTH. Durant cette même période, Swisscom et Groupe E ont soumis la création d'une entreprise commune pour le déploiement de la fibre optique dans le canton de Fribourg et plusieurs dénonciations de tiers à l'encontre des gestionnaires de l'infrastructure de fibre optique sont parvenues au Secrétariat.

Par les procédures d'annonce, les entreprises régionales et Swisscom ont voulu savoir si, au regard des contrats de coopération, des sanctions cartellaires pouvaient être considérées. A

cette fin, elles ont soumis à l'examen du Secrétariat plusieurs clauses potentiellement problématiques. Le Secrétariat a focalisé son analyse sur trois clauses – combinées sous différentes formes et agencées selon différentes modalités dans les différentes régions – contenues dans les accords. « L'exclusivité Layer 1 » consiste en l'obligation faite à Swisscom de ne pas proposer d'offres concernant l'accès à la fibre optique dite nue à des tiers, c'est-à-dire d'autres opérateurs de télécommunication. Simultanément, Swisscom obtient la possibilité, par l'intermédiaire d'une clause appelée « protection en matière d'investissement », de contrôler le prix de l'offre à caractère monopolistique des entreprises d'approvisionnement en électricité. Finalement, le « mécanisme de compensation » assure aux partenaires de coopération une indemnité compensatoire subséquente pour l'investissement consenti selon l'utilisation effective du réseau. En cas de doute sur les effets d'une restriction annoncée, la procédure d'annonce commande au Secrétariat ou à la Commission d'ouvrir une procédure ordinaire dans le délai légal de 5 mois. Le Secrétariat a donc dû se poser la question si les clauses annoncées pouvaient être libérées de toutes sanctions pour la durée des contrats, c'est-à-dire 30 à 40 ans.

Les partenaires de coopération ont choisi un modèle multifibre permettant en principe une concurrence sur l'infrastructure de fibre optique. Ils ont également convenu de plusieurs clauses pouvant fortement influencer l'exploitation future de l'infrastructure de fibre optique. Alors que certaines clauses ne posaient aucun problème, le Secrétariat n'a pas pu exclure une suppression de la concurrence efficace, en particulier concernant les trois clauses décrites plus haut. Partant, le Secrétariat a ouvert tour à tour des enquêtes préalables pour les coopérations à St-Gall, Genève et Zurich. En avril 2011, le Secrétariat a finalement décidé d'ouvrir des enquêtes concernant les autres procédures d'opposition encore pendantes. Par ce biais, le Secrétariat pouvait joindre les procédures et accélérer leur traitement. Pour les partenaires de coopération, l'ouverture des enquêtes préalables a signifié que le risque de sanction était maintenu.

Une analyse de marché approfondie, incluant notamment des informations recueillies auprès des acteurs principaux de la branche, a mis en lumière que le marché de l'accès physique à l'infrastructure permettant une vitesse de transmission basée sur la fibre optique représentait un marché à part entière sous l'angle du droit de la concurrence. Cette définition du marché découle des déclarations des partenaires à l'échange, des particularités techniques de l'accès au réseau, de l'agencement des contrats de coopération ainsi que du comportement des partenaires de coopération eux-mêmes. Le Secrétariat est parvenu à la conclusion que les clauses mentionnées pouvaient constituer des accords illicites sur les prix et les quantités au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. De tels accords tombent sous le coup d'une présomption d'illicéité selon la loi sur les cartels. Cette présomption n'a en l'espèce pas pu être renversée. On notera au surplus que l'enquête préalable visait notamment des clauses dont l'entrée en force sur le plan contractuel intervenait, au mieux, bien plus tard que le moment auquel l'analyse était réalisée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il ne peut être établi que de manière *ex post* s'il s'agit d'un accord illicite menacé de sanctions.

Le 5 septembre 2011, le Secrétariat a exposé son analyse des clauses critiques dans le rapport final de l'enquête préalable. Selon ce rapport, les clauses contractuelles constituent des accords sur les prix et les quantités. Dans une perspective *ex ante*, le risque d'une suppression de la concurrence est réalisé. Sur la base du rapport final, les partenaires de coopération ont connaissance des comportements jugés problématique sous l'angle de la loi sur les cartels et la manière dont ces comportements seraient, cas échéant, traités par le Secrétariat. Il ne s'agit pas d'une interdiction des clauses, dans la mesure où l'analyse intervient *ex ante*, sur requête des entreprises. Les partenaires de coopération peuvent estimer de manière plus précise les risques de sanctions cartellaires et continuent à supporter la responsabilité d'un comportement conforme à la loi sur les cartels. Le cadre défini par la loi n'a pas permis de libérer les partenaires de coopération du risque de sanctions cartellaires. Si les partenaires de coopération devaient nécessiter des sûretés plus

importantes pour leurs investissements, il reviendrait au législateur de créer les bases légales nécessaires (régulation spécifique).

En automne 2010, des rencontres avec les partenaires de coopération ont eu lieu parallèlement aux recherches du Secrétariat. Le Secrétariat avait à ce moment-là déjà signalé ses doutes concernant la conformité cartellaire des clauses annoncées. D'autres rencontres ont eu lieu jusqu'à l'été 2011. Malgré ces doutes, les partenaires de coopération n'ont d'abord démontré aucune disposition à modifier les accords de coopération. Au fur et à mesure de l'enquête préalable, les doutes se sont confirmés. Au final, il s'est avéré impossible de proposer une adaptation acceptable pour les partenaires de coopération et tenant compte des contraintes définies par le cadre légal.

Le Secrétariat a été confronté dans ce dossier à une communication médiatique permanente et parfois très critique. Simultanément, l'attente sur le plan politique a été très forte, étant donnée la présence des villes et de Swisscom dans la procédure. Partant, en la matière, le Secrétariat a communiqué tant dans les médias que dans la branche de manière très active. Rendre compréhensible un état de fait complexe sur les plans technique et économique et une procédure délicate a constitué un défi sur le plan de la communication.

Suite à la publication du rapport final, plusieurs partenaires de coopération ont entrepris de modifier substantiellement leur(s) accord(s) de coopération. En tête de file, les Industriellen Werke Basel et Swisscom ont renoncé à l'exclusivité en Layer 1 et à la protection de l'investissement. Simultanément, ils ont adapté le mécanisme de compensation. La coopération à Bâle a indiqué la voie aux autres coopérations FTTH pour un agencement en grande partie conforme à la loi sur les cartels. Jusqu'à la fin de l'année 2011, plusieurs autres coopérations FTTH ont procédé à une adaptation de leur accord. Le Secrétariat salue ces adaptations. Le risque de sanction persiste.

Au regard de la signification économique mais aussi politique du déploiement de la fibre optique en Suisse, le Secrétariat va continuer à mettre l'accent sur le développement de ce secteur. Il est en effet indispensable que la concurrence puisse discipliner ce domaine en pleine expansion et représente l'une des conditions-cadres du développement des réseaux de prochaine génération.