

B 2.2

3. Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel

Décision de la Commission de la concurrence du 2 juillet 2012 concernant l'enquête selon l'art. 27ss LCart relative aux recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel à l'encontre de cette association ainsi que de ses membres individuels en raison de restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. 5 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2012 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG betreffend Preisempfehlungen von Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel gegen diesen Verband und seine Mitglieder wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 KG.

Decisione della Commissione della concorrenza del 2 luglio 2012 relativa all'inchiesta giusta 27 segg. LCart concernente le raccomandazioni tariffarie dell'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel contro le associazioni e i suoi membri individuali a causa di limitazioni illecite della concorrenza giusta l'articolo 5 LCart.

A Etat de fait

A.1 Objet de l'enquête

1. L'enquête ouverte à l'encontre de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier Neuchâtel (ci-après: USPI-Neuchâtel) et de ses membres individuels a pour objet de déterminer si les recommandations tarifaires émises par l'USPI-Neuchâtel sous forme d'aide-mémoire constituent une violation de l'art. 5 de la Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels [LCart]; RS 251) sous forme d'accord en matière de prix.

2. L'USPI-Neuchâtel est une association au sens des art. 60 ss du Code civil suisse. Elle est membre de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier (USPI-Suisse) qui regroupe toutes les associations des cantons romands.

3. L'USPI-Neuchâtel a notamment pour tâche la défense de ses membres et de la propriété immobilière. Elle établit des recommandations tarifaires relatives à l'ensemble des activités de gérance immobilière, de courtage et d'administration de propriétés par étage (PPE). Peuvent, à différentes conditions, être membres de l'USPI-Neuchâtel: les régies immobilières, les entreprises ou corporations de droit public, ainsi que tout gérant ou courtier en immeuble.¹ En 2010, l'USPI-Neuchâtel regroupait 46 membres dont 24 entreprises.²

4. En 2003, le Secrétariat avait rendu l'USPI-Neuchâtel attentive au fait que les recommandations tarifaires pouvaient être problématiques au regard de la LCart. Par ailleurs, compte tenu de la nouvelle législation qui allait entrer en vigueur en 2004, les entreprises appliquant de

telles recommandations encouraient le risque d'être sanctionnées.

5. Saisi par l'USPI-Neuchâtel, le Secrétariat a établi le 22 juillet 2005 un avis de droit, selon lequel l'aide-mémoire émis par cette association à l'attention de ses membres risquait de les mener à violer la LCart dans la mesure où sa mise en œuvre n'était pas conforme à la Communication concernant les conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul³ ainsi qu'à la loi elle-même.

6. L'USPI-Neuchâtel n'a toutefois pas, suite à cet avis de droit, annoncé à ses membres qu'elle retirait son aide-mémoire. Par ailleurs, celui-ci était toujours publié sur le site Internet de l'association au moment de l'ouverture de l'enquête⁴ mais fut toutefois retiré en juin 2010. Malgré ce retrait, l'aide-mémoire y est demeuré accessible via les moteurs de recherche jusqu'en janvier 2011.

7. Ledit aide-mémoire contient plusieurs éléments pour la définition des honoraires. Il recommande notamment des taux (sous forme de fourchettes) pour le calcul des principaux honoraires de gérance (d'autres taux sont également recommandés pour les honoraires relatifs à des petits travaux ou à des activités particulières).

8. Ces taux sont différents en fonction du montant total net de la valeur locative (art. 12 aide-mémoire USPI-Neuchâtel):

¹ Cf. site internet de l'USPI-Neuchâtel <www.uspi-neuchatel.ch/activites.asp> (17.04.2012) et art. 3 des statuts de l'association.

² Concernant les autres membres, il s'agit principalement de personnes physiques membres de l'association à titre individuel, indépendamment de l'entreprise qui les emploie (laquelle peut être membre également ou non).

³ Cf. DPC 1998/2, 354 ss, Communication «conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul», ci-après «Communication sur les schémas de calcul».

⁴ Cf. site internet de l'USPI-Neuchâtel <www.uspi-neuchatel.ch/> (08.06.2010, il a toutefois été retiré par la suite).

Tableau 1: Taux pour les honoraires de gérance selon tranche

De	À	Entre	Et
	Jusqu'à 50'000 CHF	5.50 %	6.00 %
50'000 CHF	100'000 CHF	5.00 %	5.50 %
100'000 CHF	150'000 CHF	4.50 %	5.00 %
150'000 CHF	200'000 CHF	4.25 %	4.75 %
200'000 CHF	250'000 CHF	4.00 %	4.50 %
250'000 CHF	500'000 CHF	3.75 %	4.25 %
	+ de 500'000 CHF	3.50 %	4.00 %

Source: site internet de l'USPI-Neuchâtel <<http://www.uspi-neuchatel.ch/honoraires.asp>> (08.06.2010)

9. Aux honoraires ci-dessus s'ajoutent les débours (frais de port, téléphones, timbres etc.) qui peuvent être facturés forfaitairement, entre 0.5 et 0.75 % de la totalité des sommes perçues.

10. De plus, l'aide-mémoire contient une partie consacrée aux commissions de courtage, qu'il est recommandé de fixer en fonction de la *valeur immobilière* de la façon suivante (art. 32 aide-mémoire USPI-Neuchâtel):

Tableau 2: Taux pour la commission de courtage selon tranche

De	À	
1 CHF	500'000 CHF	4.50 %
500'001 CHF	1'000'000 CHF	3.50 %
	+ de 1'000'000 CHF	2.50 %

Source: site internet de l'USPI-Neuchâtel <<http://www.uspi-neuchatel.ch/honoraires.asp>> (08.06.2010)

11. En matière de courtage, l'aide-mémoire tarifaire prévoit un régime particulier, dans le sens où les taux recommandés doivent s'appliquer par tranche. Ainsi, un taux de 4,5 % s'applique jusqu'à CHF 500'000. Un taux de 3,5 % s'applique ensuite au montant compris entre CHF 500'001 et CHF 1 million et un taux de 2,5 % pour la partie de la vente qui dépasse le million de francs. Contrairement à ce que les taux recommandés laissent présumer, le calcul du taux final donne alors un taux qui n'est pas celui de la recommandation.⁵

12. Le Secrétariat a fondé son analyse sur un échantillonnage de factures mis à disposition par 23 entreprises membres et 28 entreprises non-membres de l'USPI-Neuchâtel sur les 59 entreprises immobilières recensées par le Secrétariat dans ce canton. Les membres de l'USPI-Neuchâtel offrent presque exclusivement des activités de gérance et/ou de courtage immobiliers. La concurrence externe est donc représentée par les 28 entreprises qui, selon les résultats des réponses aux questionnaires, sont actives dans le canton de Neuchâtel. Soit ces entreprises pratiquent exclusivement la gérance et/ou le courtage immobiliers, soit elles pratiquent ces activités en sus de leurs autres activités (p.ex. fiduciaires, études d'avocats ou de notaires).

A.2 Procédure

13. Le Secrétariat a ouvert, le 7 janvier 2009, une enquête préalable concernant les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel, qui avait pour objet de déterminer s'il existait des indices d'une restriction illicite à la concurrence.

14. Des questionnaires sur leurs pratiques tarifaires ont été envoyés à des membres et non-membres de l'USPI-Neuchâtel. Le Secrétariat a en outre reçu un certain nombre de factures issues des activités de gérance et de courtage.

15. Il est ressorti de l'enquête préalable que les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel étaient suivies de façon significative par les membres de cette association ainsi que par les entreprises non-membres interrogées, surtout dans le domaine de la gérance immobilière.

16. Sur cette base, le 8 juin 2010, le Secrétariat a ouvert, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence (ci-après : COMCO), une enquête selon l'art. 27 LCart dirigée à l'encontre de l'USPI-Neuchâtel et de ses membres individuels.

17. La communication de l'ouverture de cette enquête a fait l'objet d'une publication dans la Feuille fédérale⁶ et dans la Feuille officielle suisse du commerce⁷ selon l'art. 28 LCart.

⁵ En effet la vente d'un immeuble pour un montant de CHF 1'200'000.- aurait conduit, selon l'aide-mémoire, à appliquer le taux de 4,5 % sur les premiers CHF 500'000.-, le taux de 3,5 % sur les CHF 500'000.- suivants et enfin le taux de 2,5 % pour les CHF 200'000.- restants pour une commission de courtage de CHF 45'000.-. Ce montant correspond à un taux de 3,75 % et non pas de 2,5 %.

⁶ Communication de la Commission de la concurrence, FF 2010 4027.

⁷ FOSC No. 135 du 15 juillet 2010, 36.

18. Dans le cadre de l'enquête, des questionnaires ont été envoyés à 143 entreprises et personnes physiques actives dans les domaines de la gérance et/ou du courtage dans les cantons de Neuchâtel, Vaud, Fribourg et Berne. En ce qui concerne le canton de Neuchâtel, l'envoi du questionnaire visait l'exhaustivité des entreprises concernées; pour ce faire, le Secrétariat s'est basé sur l'annuaire téléphonique ainsi que diverses listes obtenues sur Internet. Pour les autres cantons, le Secrétariat s'est concentré sur les villes les plus proches de la «frontière» neuchâteloise, à savoir Yverdon-les-Bains, Morat et Bienne. L'envoi des questionnaires à des entreprises situées hors du canton de Neuchâtel avait pour but de déterminer la portée des recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel ainsi que de permettre une comparaison du marché neuchâtelois avec les marchés voisins.

19. Le 15 avril 2011, le Secrétariat a transmis pour prise de position son rapport final d'enquête aux parties lequel concluait que l'affectation de la concurrence sur le marché de référence n'était pas notable. Ce projet a été présenté à la COMCO lors de sa séance plénière du 27 juin 2011. Toutefois, celle-ci n'a pas suivi la proposition du Secrétariat.

20. Le 3 octobre 2011, la COMCO s'est prononcée en faveur du principe d'un accord amiable.

21. Le 15 novembre 2011, le Secrétariat a rencontré les représentants de l'USPI-Neuchâtel pour leur faire part de cette situation.

22. Le 14 mai 2012 le Secrétariat a signé l'accord amiable figurant sous ch. 80, préalablement accepté par les parties le 03 mai 2012.

23. Le 15 mai 2012, le projet de décision a été envoyé aux parties pour prise de position.

24. Les 8 et 15 juin 2012, les parties ont pris position sur la proposition du Secrétariat.

B Considérants

B.1 Champ d'application

25. La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou 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).

26. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de façon indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (art. 2 al. 1^{bis} LCart). Les membres de l'USPI-Neuchâtel sont considérés comme des entreprises au sens de cette disposition.

B.2 Prescriptions réservées

27. Selon l'art. 3 al. 1 LCart, sont réservées 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 de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b). D'autre part, selon l'art. 3 al. 2 LCart, cette dernière n'est pas applicable aux effets sur

la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle.

28. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 et 2 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

B.3 Accords sur les prix

29. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart).

B.3.1 Accords en matière de concurrence

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

31. Pour qu'il y ait accord en matière de concurrence, les éléments de fait suivants doivent être réalisés: a) une action collective consciente et voulue de la part des entreprises concernées et b) l'accord vise ou entraîne effectivement une restriction à la concurrence.

32. L'aide-mémoire de l'USPI-Neuchâtel, en particulier la partie concernant les taux recommandés pour les activités de gérance et de courtage, est un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart pour les raisons suivantes:

- a) L'aide-mémoire constitue une convention adoptée par les membres de l'USPI-Neuchâtel lors de l'assemblée générale du 7 juin 2004.⁸ A cette date, les membres ont dû se prononcer sur deux solutions alternatives concernant leurs tarifs professionnels: d'une part, l'adoption d'un «aide-mémoire» tarifaire qui remplacerait les tarifs alors en vigueur, de l'autre l'abolition des tarifs. Or, la première solution a été adoptée à l'unanimité. Partant, l'aide-mémoire tarifaire est le fruit d'une action consciente et voulue des membres actifs de l'USPI-Neuchâtel.⁹ D'autre part, l'aide-mémoire a été tacitement accepté lorsqu'il a été distribué aux membres à la fin de l'année 2004.¹⁰ Le fait que ces tarifs soient désignés comme tarifs recommandés, aussi bien dans l'aide-mémoire (art. 1^{er} aide-mémoire USPI-Neuchâtel) que dans les

⁸ Voir procès-verbal de l'assemblée générale du 7 juin 2004, points 3.3 et 5.

⁹ Voir DPC 2006/4, 593, N 21 ss, *Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)*, ci-après VTR; DPC 2003/2, 278, N 31, *Fahrschule Graubünden*; DPC 2000/2, 172 s., N 29 ss, *Tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*, ci-après AFEC.

¹⁰ Voir procès-verbal de l'assemblée générale du 6 juin 2005, point 3.3.

statuts de l'association (art. 16 aide-mémoire US-PI-Neuchâtel *in fine*) – et donnent ainsi l'impression qu'ils constituent une décision unilatérale de celle-ci – a pour effet de qualifier l'aide-mémoire au moins de convention sans force obligatoire dans la mesure où aucun élément de contrainte ne paraît avoir été mis en place.¹¹

- b) L'aide-mémoire vise et entraîne une restriction à la concurrence. Le fait que les membres de l'association se soient entendus pour l'adoption de l'aide-mémoire tarifaire permet aux agences immobilières de prévoir, avec un degré raisonnable de certitude, la politique de prix qui sera appliquée par leurs concurrents, et ce d'autant plus que la pratique horizontale d'élaboration et de diffusion de tarifs recommandés était une activité régulière et constante de l'USPI-Neuchâtel (voir chiffre 32a).

33. Par conséquent, l'aide-mémoire tarifaire conclu entre les membres de l'USPI-Neuchâtel est un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart.

B.3.2 Appréciation des accords sur les prix

34. Selon l'art. 5 al. 3 LCart, «sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords:

- a) qui fixent directement ou indirectement les prix ;
- b) qui restreignent des quantités de biens ou de services à produire, à acheter ou à fournir;
- c) qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux».

35. En cas d'existence d'un tel accord, il s'agit en premier lieu d'examiner si la présomption de suppression de la concurrence se vérifie. Dans la négative, une éventuelle affectation notable de la concurrence doit être analysée.

36. En l'espèce, l'aide-mémoire de l'USPI-Neuchâtel établit des fourchettes de taux (en matière de gérance) et des taux fixes (en matière de courtage) à l'attention de ses membres. Or, la présomption de l'art. 5 al. 3 let. a LCart vise la fixation de tout prix ou élément de prix concernant une prestation déterminée ou l'ensemble des prestations d'une entreprise.¹² Par ailleurs, les membres actifs de l'USPI-Neuchâtel l'appliquent, le taux de suivi étant analysé ci-dessous (voir chiffres 63-66).

37. Pour l'activité de **gérance d'immeubles**, l'aide-mémoire recommande des fourchettes de taux, variant de 0,5 point (cf. Tableau 1), qui doivent être appliqués à la valeur locative de l'immeuble en question (totalité des sommes perçues des locataires, y compris les locaux occupés par le propriétaire, que ce soit à titre de loyer, de contribution de chauffage et d'eau chaude, ou d'autre contribution).¹³

38. Pour l'activité de **courtage immobilier**, les taux recommandés doivent être appliqués, par tranche, à la valeur de l'immeuble qui a été convenue entre vendeur et acheteur (cf. Tableau 2).

39. Le taux final représente ainsi la commission de gérance ou de courtage. Or, les factures sont composées essentiellement de la commission prélevée par l'agent immobilier. Ainsi, l'aide-mémoire tarifaire recommandant des taux ou des fourchettes de taux a des effets sur les prix des services fournis. Il est donc constitutif d'un accord sur les prix selon l'art. 5 al. 3 let. a LCart. Partant, il est présumé supprimer la concurrence efficace.

B.3.2.1 Renversement de la présomption selon art. 5 al. 3 LCart

40. La présomption de la suppression de la concurrence peut être renversée si la concurrence efficace externe (concurrence des entreprises non parties à l'accord) ou interne (concurrence des entreprises parties à l'accord) subsiste malgré l'accord.

41. Avant d'examiner si la présomption peut être renversée, il est nécessaire de délimiter le marché des produits et le marché géographique de référence.

B.3.2.1.1 Marchés de référence

I. Marché de produits

42. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (voir par analogie art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises [OCCE; RS 251.4]).

43. Les membres de l'USPI-Neuchâtel sont actifs sur deux marchés distincts: la gérance d'immeubles et le courtage immobilier.¹⁴

44. La **gérance immobilière** est un service demandé par les propriétaires immobiliers. Elle consiste à gérer et à administrer un immeuble locatif pour le compte d'un propriétaire. Les principales tâches d'un gérant sont la location de locaux, l'établissement de baux à loyer, la recherche de concierges, l'entretien des immeubles, l'intervention auprès des locataires, la commande de combustible et l'établissement des comptes de chauffage et d'eau. Etant donné que la gérance d'immeubles est un ensemble de services complémentaires demandés comme tel, il convient de définir le marché de la gérance immobilière comme un marché englobant l'ensemble des prestations usuelles qui sont rattachées à cette activité.¹⁵ A ce stade, il est important de relever qu'aucun indice crédible ne justifierait de découper le marché en fonction des tranches correspondantes aux fourchettes prévues par la recommandation.¹⁶ En effet,

¹¹ Voir DPC 2006/4, 593, N 25, VTR ; DPC 2000/2, 172 s., N 29 ss, AFEC.

¹² Message du 23 novembre 1994, FF 1995 I 562 ; DPC 2001/4, 666 s., N 70, *Tarifvertrag in der halbprivaten Versicherung*.

¹³ Voir art. 12 aide-mémoire.

¹⁴ Il a été décidé d'inclure l'administration de parts de propriété par étages (PPE) dans le marché de la gérance étant donné le peu de factures à disposition pour l'administration de PPE et les caractéristiques identiques de ces deux activités (cf. à cet égard DPC 1998/2, 189 ss, *SVIT-Honorarrichtlinien*).

¹⁵ Voir DPC 1998/2, 187, *Tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce*.

¹⁶ Pour un exemple de découpage justifié, cf. DPC 1998/2, 292 ss, *UBS/SBV*.

les mêmes acteurs offrent leurs services, peu importe l'importance de la valeur locative de l'objet à gérer.

45. Le **courtage immobilier** consiste à intervenir comme négociateur entre un vendeur et un acheteur d'un bien immobilier en vue de faire aboutir une vente ou une promesse de vente. Le marché du courtage immobilier englobe donc l'ensemble de ces activités.

46. En l'espèce, il convient de distinguer deux marchés de référence, l'un relatif à la gérance immobilière et l'autre pour le courtage immobilier.

II. Marché géographique

47. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (voir par analogie art. 11 al. 3 let. b. OCCE).

48. Pour ce qui est de la **gérance immobilière**, les entreprises qui offrent cette prestation se situent généralement à proximité des immeubles à gérer. En effet, les activités de gérance requièrent de fréquents déplacements (p.ex. pour l'établissement d'un état des lieux d'entrée et de sortie). Pour cette raison, le marché géographique est *local*, voire *cantonal*. Cette hypothèse est confirmée par les réponses apportées par les entreprises au questionnaire du Secrétariat.¹⁷

49. Le **courtage immobilier** en revanche tend à perdre sa dimension *régionale*.¹⁸ Une entreprise présente sur le territoire du canton de Neuchâtel peut également offrir ses prestations dans un ou plusieurs autres cantons. En outre, d'après les informations recueillies au cours de la procédure, il existerait plusieurs entreprises n'ayant pas leur siège dans le canton de Neuchâtel qui sont actives dans ce canton avec ou sans succursale. Les cantons les plus fréquemment cités sont Fribourg, Vaud, Genève, Jura et Berne. Par conséquent, le marché géographique s'étend certainement au-delà des frontières neuchâteloises. Toutefois, la question peut rester ouverte en l'espèce dans la mesure où une délimitation étroite du marché géographique limité au seul canton de Neuchâtel ne permet pas de conclure à l'illicéité des recommandations de prix liées au courtage immobilier.

B.3.2.1.2 Présomption renversée

50. Selon les résultats de l'enquête, lors de laquelle les entreprises visées par l'enquête ont été requises de fournir jusqu'à 5 factures par tranche de valeur locative et pour les années 2007 à 2010, 66,9 % des factures analysées (en matière de gérance), respectivement 96 % (en matière de courtage) révèlent des taux qui diffèrent de ceux prévus par les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel. Ces taux pourraient s'avérer différents si une analyse complète de toutes les factures émises avait été effectuée. Néanmoins, tout porte à croire qu'une concurrence subsiste aussi bien interne – entre les entreprises qui sont parties à l'accord – qu'externe – entre les entreprises qui ne sont pas parties à l'accord – démontrant que l'aide-mémoire tarifaire de l'USPI-Neuchâtel n'a pas pour effet de supprimer la concurrence efficace sur les marchés de la gérance et du courtage immobiliers. Partant, la présomption de suppression de l'art. 5 al. 3 LCart peut être renversée. Il

convient dès lors d'examiner l'éventuelle notabilité de l'affectation à la concurrence de l'aide-mémoire tarifaire de l'USPI-Neuchâtel.

B.3.3 Gérance immobilière: Affectation notable de la concurrence

51. Les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Le critère de la notabilité a trait à des éléments aussi bien qualitatifs que quantitatifs.¹⁹

B.3.3.1 Critères qualitatifs

52. En présumant que les accords horizontaux sur les prix suppriment la concurrence efficace (cf. art. 5 al. 3 let. a LCart), la Loi sur les cartels démontre l'importance qu'il faut accorder à ce paramètre concurrentiel.

53. La jurisprudence des autorités de la concurrence a déjà affirmé à plusieurs reprises qu'un accord sur les prix²⁰, même sous forme de prix recommandés ici²¹, peut affecter le jeu de la concurrence dans la mesure où elle permet aux acteurs du marché de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle pourrait être la politique de prix poursuivie par les concurrents. En effet, les recommandations de prix entre concurrents diminuent le choix des différentes combinaisons de prix-prestation à disposition des entreprises. Elles n'incitent pas les entreprises à fixer leur prix en fonction de leurs propres situations. Leur application est susceptible de réduire, de façon générale, la rivalité qui doit exister entre les acteurs sur le marché. De plus, lorsqu'elles sont émises par une association professionnelle, les recommandations de prix peuvent influencer non seulement le comportement concurrentiel des membres de l'association concernée, mais aussi des éventuelles entreprises qui n'en font pas partie.²² En définissant précisément les services correspondant aux taux à appliquer, l'association professionnelle contribue à une certaine uniformisation des prestations des différents offreurs sur le marché.

54. En l'espèce, les tarifs recommandés de l'USPI-Neuchâtel remplissent l'exigence qualitative d'une affectation notable.

B.3.3.2 Critères quantitatifs

55. Afin de déterminer, si l'accord affecte notablement la concurrence de manière quantitative, il convient d'examiner l'état de la concurrence (actuelle et potentielle) sur les marchés concernés.

¹⁷ En effet, la majorité d'entre elles qualifient le marché géographique comme tel. Voir réponses aux questions n° 11 (courtage) et n° 20 (gérance) du questionnaire (acte 69).

¹⁸ Voir DPC 1998/2, 187, *Tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce*.

¹⁹ DPC 2000/2, 167 ss, AFEC.

²⁰ DPC 2009/3, 196 ss, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; DPC 2008/1, 50 ss, *Pavimentazioni stradali in Ticino*; DPC 1997/3, 334 ss, *Sammelrevers für Musiknoten*.

²¹ DPC 2000/2, 167 ss, AFEC.

²² DPC 2000/2, 175, AFEC.

a. Concurrence actuelle

56. L'analyse statistique a porté sur 578 factures²³ sélectionnées et fournies par les entreprises concernées par l'enquête pour les années situées entre 2007 et 2010. Les professionnels de l'immobilier ont une pratique de facturation qui varie beaucoup d'une entreprise à l'autre. La détermination du prix est fonction, notamment, de l'état locatif (net ou brut), de l'immeuble (état de vétusté, entretien), du type d'immeuble, du type de locataires, des exigences du propriétaire (rendement, fréquence de la facturation, participation) et du nombre de relations commerciales passées et potentielles avec le client.

Ainsi, il est courant qu'une entreprise émette une facture trimestrielle nette pour un client et une facture annuelle brute et à forfait pour un autre. Afin de comparer des éléments comparables, un travail important d'uniformisation et d'interprétation des documents fournis a dû être accompli. Il a amené les résultats suivants.

57. Concernant la concurrence actuelle entre les membres de l'association parties à l'accord, l'analyse montre que les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel en matière de gérance ont été suivies en moyenne de la façon suivante (cf. Tableau 3):²⁴

Tableau 3: Pourcentage de suivi des recommandations tarifaires de l'USPI par ses membres, pondéré par valeur locative

Tranche	Suivi	Non suivi	Total
Jusqu'à 50'000.-	17.0	83.0	100.0
De 50'000.- à 100'000.-	29.3	70.7	100.0
De 100'000.- à 150'000.-	35.9	64.1	100.0
De 150'000.- à 200'000.-	22.5	77.5	100.0
De 200'000.- à 250'000.-	42.3	57.7	100.0
De 250'000.- à 500'000.-	53.7	46.3	100.0
Supérieur à 500'000.-	25.0	75.0	100.0
Moyenne	33.1	66.9	100.0

Source: 434 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

58. En moyenne, selon l'analyse effectuée sur la base des factures produites par les entreprises membres de l'USPI-Neuchâtel actives sur le marché de la gérance immobilière, celles-ci ont appliqué les tarifs recommandés pour facturer leurs prestations dans le 33,1 % des cas. Ce taux d'application des tarifs de l'USPI-Neuchâtel est fondé sur les renseignements fournis par la presque totalité des entreprises pratiquant dans le canton de Neuchâtel. En outre, l'aide-mémoire donne une indication sur le niveau attendu des honoraires par tranche de valeur locative, même si les honoraires effectivement facturés se situent, dans d'autres cas, légèrement en-deçà ou au-delà de la fourchette prévue. Dans le cadre d'une enquête conclue par un accord amiable, la question du pourcentage exact de suivi peut toutefois rester ouverte. Dans le cas d'espèce, un taux de suivi d'un tiers doit toutefois être considéré comme un minimum dans la mesure où il a été calculé sur la base de factures choisies librement par les entreprises.

59. Ces résultats présentent un intérêt pour l'analyse de la notabilité dans la mesure où ces entreprises, membres de l'USPI-Neuchâtel, ont généré, aux cours des années prises en examen, le 77,7 % du chiffre d'affaires du marché relevant.

60. Pour ce qui touche au comportement des entreprises de gérance qui ne sont pas membres de l'association et ne sont pas parties à l'accord, dans le 51,1 % des cas, les taux recommandés ont été appliqués (cf. Tableau 4).

²³ 434 factures de 18 entreprises membres et 144 factures de 15 entreprises non-membres de l'USPI-Neuchâtel.

²⁴ Les factures ont été réparties dans les différentes tranches proposées par l'USPI-Neuchâtel. Une pondération a ensuite été effectuée par rapport à la valeur locative correspondant aux factures respectives.

Tableau 4: Pourcentage de suivi des recommandations tarifaires de l'USPI par les entreprises non-membres, pondéré par valeur locative

Tranche	Suivi	Non suivi	Total
Jusqu'à 50'000.-	12.2	87.8	100.0
De 50'000.- à 100'000.-	51.5	48.5	100.0
De 100'000.- à 150'000.-	51.9	48.1	100.0
De 150'000.- à 200'000.-	9.3	90.7	100.0
De 200'000.- à 250'000.-	100.0	0.0	100.0
De 250'000.- à 500'000.-	66.4	33.6	100.0
Supérieur à 500'000.-	100.0	0.0	100.0
Moyenne	51.1	48.9	100.0

Source: 144 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

61. Ce résultat se fonde sur un échantillon de factures moins important surtout pour les tranches supérieures (à partir de CHF 200'000). Pour l'ensemble, il représente néanmoins un indicateur important de l'attitude des entreprises non-membres de l'USPI-Neuchâtel, vis-à-vis des tarifs recommandés. Ainsi, les entreprises parties à l'accord ne sont pas soumises à la pression de leurs concurrents directs sur le marché relevant.

62. Les mêmes considérations peuvent être faites par rapport au comportement des entreprises actives sur les marchés limitrophes. Sur la base des réponses aux questionnaires envoyés à des entreprises actives hors du canton de Neuchâtel (cf. chiffre 18), les résultats, en particulier pour Yverdon-les-Bains et Bienne, semblent indiquer une certaine influence des tarifs de l'USPI-Neuchâtel sur le comportement des entreprises actives dans les régions limitrophes à ce canton.

Tableau 5: Pourcentage de taux correspondant aux recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel par les entreprises de la région Yverdon/Ste-Croix, pondéré par valeur locative

Tranche	Suivi	Non suivi	Total
Jusqu'à 50'000.-	7.5	92.5	100.0
De 50'000.- à 100'000.-	62.4	37.6	100.0
De 100'000.- à 150'000.-	42.6	57.4	100.0
De 150'000.- à 200'000.-	18.3	81.7	100.0
De 200'000.- à 250'000.-	56.9	43.1	100.0
De 250'000.- à 500'000.-	23.0	77.0	100.0
Supérieur à 500'000.-	68.4	31.6	100.0
Moyenne	61.1	38.9	100.0

Source: 73 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

63. Le taux global de suivi au sein du canton de Neuchâtel pour l'ensemble des entreprises actives sur le mar-

ché relevant est résumé par tranche de valeur locative dans le tableau suivant:

Tableau 6: Pourcentage de suivi des recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel par les entreprises membres et non-membres, pondéré par valeur locative

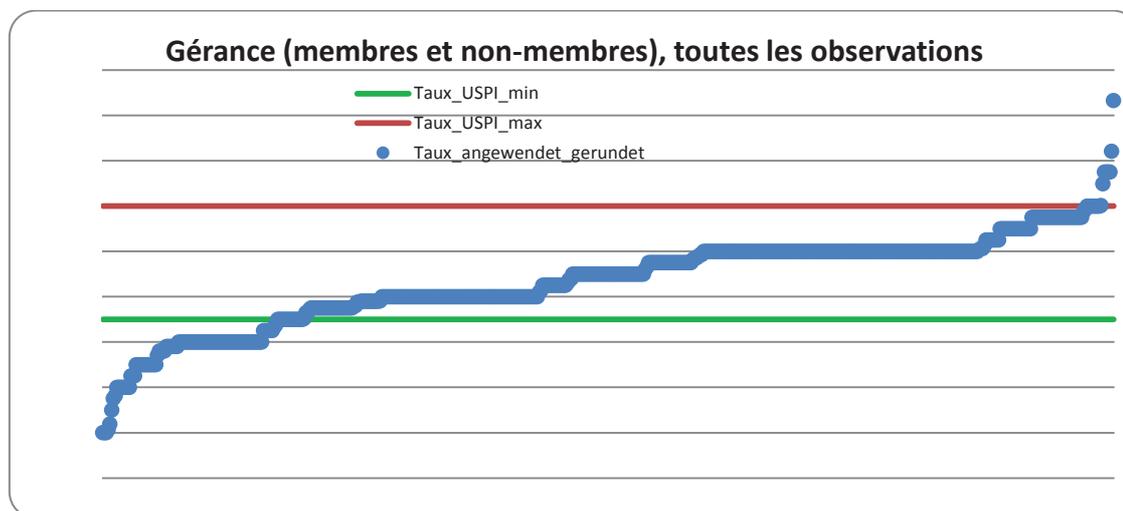
Tranche	Suivi	Non suivi	Total
Jusqu'à 50'000.-	15.7	84.3	100.0
De 50'000.- à 100'000.-	35.0	65.0	100.0
De 100'000.- à 150'000.-	39.9	60.1	100.0
De 150'000.- à 200'000.-	19.6	80.4	100.0
De 200'000.- à 250'000.-	44.8	55.2	100.0
De 250'000.- à 500'000.-	56.3	43.7	100.0
Supérieur à 500'000.-	31.3	68.7	100.0
Moyenne	36.4	63.6	100.0

Source: 578 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

64. Le graphique 1 met en évidence que, de façon générale, les taux appliqués dans le domaine de la gérance immobilière aux clients dans le canton de Neuchâtel se concentrent en grande partie à l'intérieur des taux re-

commandés par l'USPI-Neuchâtel. Il s'agit d'un élément supplémentaire qui démontre une certaine dépendance des entreprises actives sur ce marché vis-à-vis de ces recommandations.

Graphique 1: répartition croissante des taux appliqués par toutes les entreprises interrogées



Source: 578 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête. Elaboration: Secrétariat.

65. Par conséquent, le taux d'application des recommandations de 33,1 % en moyenne chez les membres de l'USPI-Neuchâtel, défini sur la base des factures produites par ceux-ci, permet de conclure, en l'espèce, à une affectation quantitativement notable de la concurrence efficace sur le marché de la gérance immobilière dans le canton de Neuchâtel dans la mesure où ce taux peut être considéré comme un taux d'application minimal. En effet, dans le cadre d'une procédure comprenant un accord amiable, le Secrétariat a renoncé à examiner la situation de manière plus approfondie.

66. En conclusion, les recommandations de prix de l'USPI-Neuchâtel affectent notablement la concurrence efficace sur le marché de la gérance d'immeubles du canton de Neuchâtel. Il convient donc d'examiner si l'analyse de la concurrence potentielle sur ce marché est propre à modifier l'appréciation de la concurrence actuelle.

b. Concurrence potentielle

67. Pour aborder la question de la concurrence potentielle, il faut déterminer si, à court terme (dans les deux ou trois années à venir), des entreprises pourraient pénétrer le marché de la gérance sur Neuchâtel et y jouer un rôle suffisamment important pour discipliner le comportement des entreprises qui appliquent les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel. A ce sujet, il convient de mentionner les éléments suivants.

68. Bien que le marché ne semble pas poser de barrières à l'entrée, le nombre d'entreprises actives sur celui-ci est resté plutôt stable au fil des années. Parmi les membres de l'USPI-Neuchâtel, seule une entreprise a été rachetée par un concurrent²⁵.

69. Selon le registre du commerce, la grande majorité des entreprises actives dans la gérance immobilière sur le canton de Neuchâtel, ont été créées bien avant la publication des recommandations tarifaires. Seules quelques-unes de ces entreprises – non-membres de l'USPI-Neuchâtel – y ont été inscrites dans les six dernières années. La structure du marché semble donc être arrivée à maturité, ce qui tend à indiquer une faible probabilité de nouvelles entrées à court terme sur le marché relevant. Même si l'entrée de nouveaux opérateurs, qu'ils deviennent ou non membres de l'association, devait s'intensifier, ceux-ci pourraient ne pas avoir intérêt à remettre en discussion les tarifs recommandés mais être plutôt incités à les suivre, à l'instar des entreprises non-membres (cf. ch. 60). Les mêmes conclusions pourraient s'appliquer à des entreprises actives dans les régions limitrophes au canton de Neuchâtel qui décideraient d'élargir leur champ d'activité à ce canton. Par conséquent, la concurrence potentielle n'aurait pas pour effet de discipliner suffisamment les entreprises parties à l'accord.

70. En conclusion, l'affectation notable de la concurrence actuelle ne peut pas être contrebalancée par une forte concurrence potentielle.

B.3.3.3 Pas de justification pour des motifs d'efficacité économique

71. Un accord qui affecte de façon notable la concurrence est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart):

²⁵ Cf. registre du commerce du canton de Neuchâtel.

- a) lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer les produits ou les procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources et
- b) lorsque cet accord ne permettra en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace.

72. Certains professionnels de l'immobilier ont affirmé que les recommandations tarifaires servent de base de négociation, ou de base de calcul, ou encore qu'ils fournissent ces indications à leurs clients afin de leur donner un aperçu des prix du marché.²⁶ Ces éléments soutiennent la thèse développée au point B.3.3.1, selon laquelle les recommandations tarifaires d'associations sont en principe nuisibles à la concurrence. En effet, ces recommandations sont établies de façon concertée par les professionnels de la branche et sont utilisées par eux-mêmes pour justifier leurs prix.

73. La COMCO a précisé dans sa Communication sur les schémas de calcul qu'un tel schéma ne doit pas contenir d'indication de grandeur ou de pourcentage forfaitaire, mais doit par exemple se limiter à de simples données permettant aux entreprises de calculer leurs coûts.²⁷

74. La doctrine va dans le même sens en affirmant que les aides de calcul et de gestion mises à disposition de ses membres par une association ne doivent pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence, notamment en prenant la forme de tarifs applicables par tous les membres indépendamment de leur propre structure de prix de revient. La diffusion par une organisation professionnelle de tarifs recommandés est de nature à inciter les adhérents à aligner leurs tarifs. Une telle méthode dissuade les entreprises dont les prix de revient sont les plus bas de baisser leurs prix et procure ainsi un avantage artificiel aux entreprises maîtrisant moins leurs coûts de production.²⁸

75. Les recommandations de prix de l'USPI-Neuchâtel pour les honoraires de gérance ne peuvent dès lors pas être justifiées pour des motifs d'efficacité économique dans la mesure où elles ne remplissent aucun des deux critères de l'art. 5 al. 2 LCart.

B.3.3.4 Résultat

76. Les résultats de l'enquête démontrent que les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel pour les honoraires de gérance affectent de façon notable la concurrence efficace sur le marché de la gérance immobilière dans le canton de Neuchâtel sans être justifiées par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 3 let. a LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart).

B.3.4 Courtage immobilier: Absence d'affectation notable de la concurrence

77. L'aide-mémoire tarifaire relatif au courtage prévoit un régime particulier dans la mesure où les taux recommandés s'appliquent par tranche.²⁹ Ainsi, un taux de 4,5 % vaut jusqu'à CHF 500'000. Un taux de 3,5 % s'applique ensuite au montant compris entre CHF 500'001 et CHF 1 mio et un taux de 2,5 % pour la partie

de la vente qui dépasse le million de francs. Le calcul du taux final devrait alors donner un résultat qui n'est pas «rond», contrairement à ce que les taux recommandés portent à croire.

78. Il ressort des résultats de l'analyse des contrats et factures obtenus que les taux proposés aux clients sont généralement situés au point ou à la demie (voir graphique 2). De ce fait, le taux de suivi calculé sur la base des factures envoyées par les entreprises interrogées est bien plus faible (entre 2 % et 6 %) que celui relatif à la gérance. Cela s'explique par le fait qu'il s'agit de taux fixes et que les recommandations tarifaires ont été considérées comme suivies uniquement si les entreprises appliquent exactement le taux USPI-Neuchâtel, en tenant compte par exemple des rabais. De plus, le système proposé pour les tarifs de courtage n'a que rarement été appliqué comme le prévoient les recommandations de l'USPI-Neuchâtel. Tandis que les entreprises ont interprété ou préféré appliquer des taux ronds en fonction de la valeur de vente des immeubles, les tarifs prévoient une application par tranche (cf. Tableau 2, chiffre 10). Le graphique 2 illustre cet état de fait:

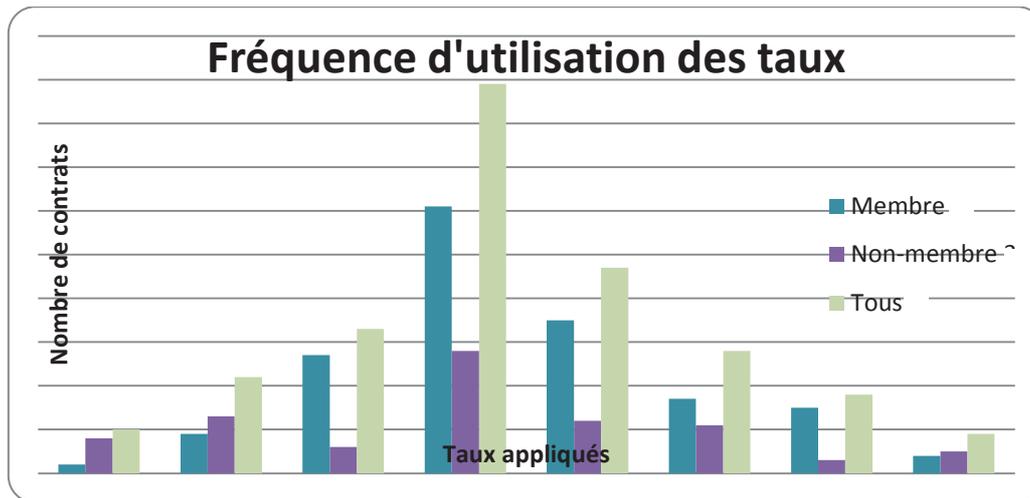
²⁶ Voir p. ex. actes 103 et 192 réponses à la question 7, acte 131 annexe 3 et acte 150.

²⁷ Art. 3 et 4 Communication sur les schémas de calcul (DPC 1998/2, 354 ss).

²⁸ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG, N 391 ss; STEFAN BÜHLER/DENNIS L. GÄRTNER, Making Sense of Non-Binding Retail-Price Recommendations, Working Paper No. 0902, 2009 (University of Zurich), 5 ss; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, 2005, N 244 ss.

²⁹ A l'image de la pratique des tarifs appliqués dans le notariat latin, voir PIERRE TERCIER, Les notaires et le droit de la concurrence, in: La Semaine Judiciaire 31/1998, 505 ss.

Graphique 2: Taux de courtage les plus appliqués dans le canton de Neuchâtel



Source: 437 factures et/ou contrats obtenus dans le cadre de l'enquête USPI-Neuchâtel. Elaboration: Secrétariat.

79. Par conséquent, les recommandations de prix de l'USPI-Neuchâtel n'affectent pas la concurrence efficace de manière notable en matière de courtage.

B.4 Accord amiable

80. Le 14 mai 2012, le Secrétariat a conclu un accord amiable au sens de l'art. 29 LCart avec l'USPI-Neuchâtel et ses membres, actifs dans le domaine de la gérance immobilière, selon les termes suivants:

A. Préambule

- I. Le présent accord amiable au sens de l'art. 29 de la Loi sur les cartels (LCart; RS 251) a pour but de simplifier, de raccourcir et de mettre un terme formel à la procédure 22-0379, sous réserve de son approbation par la Commission de la concurrence (ci-après COMCO).
- II. La volonté et la disponibilité des membres et de l'USPI-Neuchâtel de conclure le présent accord sont considérées par le Secrétariat comme un comportement coopératif qui sera dûment pris en compte lors de l'établissement de la sanction.
- III. Sur la base du dossier établi par la procédure, le Secrétariat va soumettre à la COMCO une proposition de sanction située entre CHF 30'000 et CHF 40'000.
- IV. Le montant définitif de l'amende sera fixé par la COMCO et sera intégré dans la décision formelle, laquelle mettra fin à la procédure.
- V. Si le présent accord amiable devait ne pas trouver l'agrément de la COMCO, l'enquête serait alors poursuivie jusqu'à son terme selon la procédure ordinaire et, en cas de constatation d'un comportement illicite, la sanction serait alors fixée par la COMCO en application de la LCart et de l'Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence du 12 mars 2004 (OS-LCart; RS 251.5).

VI. Pour autant que l'accord amiable soit approuvé par la COMCO et que la sanction prononcée se situe dans la fourchette de proposition mentionnée au chiffre III ci-dessus, l'USPI-Neuchâtel et les membres renoncent à recourir. USPI-Neuchâtel et ses membres maintiennent leur appréciation, exprimée au cours de l'enquête, au sujet de l'état de fait retenu et de son analyse juridique.

VII. Les frais de la procédure seront mis solidairement à la charge des membres, selon une quote-part identique.

VIII. Le Secrétariat proposera de clore l'enquête sans suite à l'encontre des membres de l'USPI-Neuchâtel non concernés par l'accord amiable.

B. Accord

1. Les membres s'engagent à ne plus adopter de recommandations de prix constituant des accords en matière de concurrence prohibés par la LCart, respectivement à ne plus appliquer les recommandations de prix établies par l'USPI-Neuchâtel.
2. L'USPI-Neuchâtel s'engage à ne plus éditer, diffuser ou publier de recommandations de prix constituant des accords en matière de concurrence prohibés par la LCart.
3. L'USPI-Neuchâtel s'engage à assurer le recouvrement du montant de la sanction et des frais de la procédure.
4. Une révocation ou une modification du présent accord amiable conformément à l'art. 30 al. 3 LCart est réservée.

81. La COMCO approuve l'accord amiable du 14 mai 2012.

B.5 Sanction

82. L'entreprise qui participe à un accord illicite au terme de l'art. 5 al. 3 LCart est tenue au paiement d'une amende d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois dernières années (art. 49a al. 1 LCart).

83. En l'espèce, les membres individuels de l'USPI-Neuchâtel se sont entendus sur l'élaboration d'une recommandation de prix laquelle s'apparente à la conclusion d'un accord sur les prix au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Ladite recommandation a été publiée sur le site de l'USPI-Neuchâtel. Dès lors, l'illicéité de l'accord litigieux peut être imputé aux entreprises qui ont pris part à l'accord.³⁰

84. Certains auteurs ont mis en doute la sanctionnabilité directe des accords relevant de l'art. 5 al. 3 LCart dont l'illicéité ne découle pas directement de la suppression de la concurrence, mais repose, après le renversement de la présomption, sur une affectation notable de la concurrence qui ne peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique. D'autres estiment au contraire que la sanctionnabilité directe des accords illicites tient aux types d'accords décrits à l'art. 5 al. 3 LCart et non au degré d'atteinte à la concurrence.³¹

85. A ce sujet, il y a lieu de rappeler que les accords visés par l'art. 49a LCart sont ceux dont les effets sont les plus dommageables pour les consommateurs, les entreprises et l'économie en général. C'est pourquoi, la LCart présume qu'ils suppriment la concurrence efficace. Deux conditions doivent être réunies pour qu'un accord soit sanctionnable: l'accord doit (1) être un de ceux qui sont décrits à l'art. 5 al. 3 LCart et (2) être illicite. L'art. 49a al. 1 LCart ne précise pas que l'illicéité découle du degré d'atteinte (suppression/affectation) à la concurrence. Par conséquent, la sanctionnabilité est donnée indépendamment du fait que l'accord supprime la concurrence ou l'affecte «seulement» de façon notable sans être justifié par des motifs d'efficacité économique.

86. Le Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la LCart confirme cette interprétation. Il précise que sont exclus du champ d'application des sanctions directes les accords selon l'art. 5 al. 1 LCart qui «n'ont pas pour objet un accord portant sur les prix, les quantités ou la répartition géographique, ni aux accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition géographique qui ne nuisent pas considérablement à la concurrence efficace ou ne l'éliminent pas, ou qui se justifient par des motifs d'efficacité économique».³² La volonté du législateur est claire: les accords portant sur les prix, les quantités ou la répartition de marchés, qui affectent la concurrence de façon notable et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, doivent être soumis aux sanctions directes.

87. Il en ressort que l'art. 49a al. 1 LCart est aussi applicable aux accords prévus à l'art. 5 al. 3 LCart pour lesquels la présomption a été renversée mais qui affectent tout de même la concurrence efficace de façon notable sans être justifiés par des motifs d'efficacité économique, ce qui ressort aussi clairement de la jurispru-

dence de la COMCO.³³ C'est pourquoi, dans le cas d'espèce, l'accord horizontal constitué par les recommandations tarifaires de l'USPI-Neuchâtel pour les honoraires de gérance est sanctionnable en vertu de l'art. 49a al. 1 LCart.

88. Pour le calcul concret de la sanction, l'OS-LCart se fonde tout d'abord sur un montant de base pouvant aller, selon le type et la gravité de l'infraction, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices sur les marchés pertinents (art. 3 OS-LCart). Ce montant est ensuite augmenté en fonction de la durée de la pratique anticoncurrentielle (art. 4 OS-LCart). Cette augmentation peut atteindre 50 % pour une pratique d'une durée de 1 à 5 ans et ensuite, une augmentation complémentaire de 10 % par année supplémentaire est possible. Enfin, les circonstances aggravantes (art. 5 OS-LCart) et atténuantes (art. 6 OS-LCart) doivent être observées bien que l'OS-LCart ne précise pas dans quelle mesure le montant de base doit être modifié en pareilles circonstances.

89. Il ressort toutefois de ce calcul en trois étapes que la COMCO dispose d'un pouvoir d'appréciation, tant dans la fixation du montant de base, que dans l'observation de circonstances aggravantes ou atténuantes. Cela signifie que la COMCO peut prononcer une sanction à caractère symbolique. Dans ce cas, le montant final dépend d'une réflexion qui permet de fixer le niveau adéquat de la sanction en tenant compte du principe de proportionnalité.³⁴

90. La procédure d'enquête n'a pas établi que les entreprises visées avaient réalisé, grâce à l'accord en question, un profit particulier qui accentuerait la gravité de l'infraction (art. 3 OS-LCart). Quant aux circonstances, relevons que les destinataires de la décision ont fait preuve d'un comportement extrêmement coopératif tout au long de la procédure. L'USPI-Neuchâtel a également retiré les recommandations tarifaires de son site internet. De plus, tant l'USPI-Neuchâtel que ses membres individuels se sont engagés par accord amiable à ne plus diffuser, publier ou recommander de prix, respectivement à ne plus établir de telles recommandations.

91. Par conséquent, en tenant compte de ces considérations et de l'ensemble des circonstances, la COMCO prononce une sanction globale - inférieure à la limite maximale prévue par l'art. 49a al. 1 LCart - située dans la fourchette prévue par l'accord amiable d'un montant de CHF 35'000.- à l'encontre des membres individuels de l'USPI-Neuchâtel selon la liste de notification.

³⁰ Arrêt du TAF, DPC 2007/4, 672 consid. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

³¹ Pour un aperçu complet de cette question, voir C. TAGMANN, *Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich/Bâle/Genève 2007*, 35 ss, resp. 52.

³² Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la Loi sur les cartels, FF 2002, 1911 ss, 1925.

³³ DPC 2009/2, 155, N 84 ss, *Sécateurs et cisailles*.

³⁴ DPC 2009/2, 157, N 99, *Sécateurs et cisailles*.

C Frais

92. Conformément à l'art. 2 al. 1 de l'Ordonnance du 25 février 1998 sur les émoluments LCart (Oemol-LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative.

93. Dans la procédure d'enquête, les parties concernées doivent verser des émoluments lorsqu'il existe une restriction à la concurrence ou si elles acceptent de se soumettre à la loi. Les parties sont réputées se soumettre à la loi lorsqu'elles abandonnent le comportement supposé restrictif de la concurrence et que la procédure est clôturée sans suite.³⁵ En l'espèce, les destinataires de la décision sont donc tenus de s'acquitter des émoluments.

94. En vertu de l'art. 4 al. 1 et 2 Oemol-LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire ; il varie de CHF 100.- à CHF 400.- l'heure. Le montant est fixé notamment en fonction de l'urgence de l'affaire et de la classe de salaire de l'employé qui effectue la prestation (art. 4 al. 3 Oemol-LCart). Les frais de port, de téléphone et de copie sont compris dans l'émolument forfaitaire (art. 4 al. 4 Oemol-LCart).

95. Les frais de la procédure d'un montant de CHF [...] sont mis solidairement à la charge des membres de l'USPI-Neuchâtel selon la liste de notification (art 1a Oemol-LCart en relation avec l'art. 2 al. 2 Ordonnance générale du 8 septembre 2004 sur les émoluments, OGEml; RS 172.041.1).

D Conclusion

96. Les recommandations tarifaires émises par l'USPI-Neuchâtel sous la forme d'aide-mémoire affectent notablement la concurrence sur le marché de la gérance immobilière dans le canton de Neuchâtel et constituent dès lors un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 let. a LCart en relation avec l'art. 5 al. 1 LCart sans pouvoir être justifiées par un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart.

97. L'enquête n'a pas permis d'établir des conclusions similaires en ce qui concerne le marché du courtage immobilier.

98. La coopération et la disponibilité des destinataires de la décision durant toute la procédure ainsi que le retrait des recommandations de prix ont permis la conclusion d'un accord amiable par lequel les membres actifs sur le marché de la gérance immobilière et l'USPI-Neuchâtel se sont engagés à ne plus créer ou appliquer de recommandations de prix illicites au sens de la Loi sur les cartels, respectivement à ne plus éditer, diffuser ou publier de telles recommandations.

99. La question d'une sanction prononcée à l'encontre de l'association peut demeurer ouverte en l'espèce, dans la mesure où son rôle est demeuré essentiellement passif.

E Dispositif

La Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et les développements qui précèdent, décide selon l'art. 30 al. 1 LCart que :

1. l'accord amiable suivant du 14 mai 2012 est approuvé (cf. pour le texte intégral ch. 80):"
 - *Les membres s'engagent à ne plus adopter de recommandations de prix constituant des accords en matière de concurrence prohibés par la LCart, respectivement à ne plus appliquer les recommandations de prix établies par l'USPI-Neuchâtel.*
 - *L'USPI-Neuchâtel s'engage à ne plus éditer, diffuser ou publier de recommandations de prix constituant des accords en matière de concurrence prohibés par la LCart.*
 - *L'USPI-Neuchâtel s'engage à assurer le recouvrement du montant de la sanction et des frais de la procédure.*
 - *Une révocation ou une modification du présent accord amiable conformément à l'art. 30 al. 3 LCart est réservée."*
2. les membres de l'USPI-Neuchâtel, **A. Gesteam Sàrl, Agence Immobilière et Commerciale S.A. Fidimmobil, Foncia Neuchâtel SA, Fiduciaire Daniel Jaggi SA, G.C.I Services SA, Gérance Charles Berset SA, Gérancia & Bolliger SA, Gerimmo SA, Littoral-Gérance SA, Michel Wolf SA, Müller & Christe SA, Naef Immobilier Neuchâtel SA, Offidus Régie Immobilière SA, OptiGestion Services Immobiliers SA, Régie Immobilière Jouval SA, Régie Immobilière Ribaux & Von Kessel, The Swatch Group Immeubles SA**, sont condamnés au paiement d'un montant total de CHF 35'000.-;
3. l'enquête est close sans suite à l'encontre des autres parties à la procédure;
4. les frais de la procédure 22-0379 d'un montant de CHF [...] sont mis solidairement à la charge des membres de l'USPI-Neuchâtel parties à l'accord amiable du 14 mai 2012;
5. la violation de l'accord amiable du 14 mai 2012 peut être sanctionnée selon les art. 50 et 54 LCart;
6. *[Notification]*
7. *[Voies de droit]*

³⁵ DPC 2009/2, 157, N 107, *Sécateurs et cisailles*; ATF 128 II 247, 257 s. consid. 6.1 (=DPC 2002/3, 546 ss, consid. 6.1) ; art. 3 al. 2 let. b et c Oemol-LCart *a contrario*.