



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 2012 de la Commission de la concurrence (COMCO)

(selon l'art. 49 al. 2 LCart)

Inhalt

1	Préface du Président	3
2	Décisions les plus importantes 2012	4
3	Activités dans les différents secteurs	5
3.1	Construction	5
3.1.1	Présentation du service construction	5
3.1.2	Enquêtes	6
3.1.3	Procédures de recours	6
3.1.4	Rencontres informelles, observations de marché et mandats de conseil	6
3.1.5	Prévention et information	7
3.2	Services	7
3.2.1	Services financiers	7
3.2.2	Professions libérales et services professionnels	8
3.2.3	Marchés de la santé	10
3.3	Infrastructure	11
3.3.1	Télécommunication	11
3.3.2	Médias	11
3.3.3	Energie	12
3.3.4	Autres domaines	13
3.4	Industrie et production	13
3.4.1	Industrie des biens de consommation et marché de détail	13
3.4.2	Industrie horlogère	14
3.4.3	Secteur automobile	15
3.4.4	Agriculture	16
3.5	Marché intérieur	16
3.6	Investigations	16
3.7	Relations internationales	16
4	Organisation et statistiques	17
4.1	COMCO et Secrétariat	17
4.2	Statistiques	18
5	Thème spécial de l'année 2012 : Le marché intérieur suisse	19
5.1	La loi sur le marché intérieur	19
5.2	La fonction de surveillance de la COMCO	20
5.3	Droit à l'accès au marché	21
5.4	Marchés publics cantonaux et communaux	23
5.5	La transmission de l'exploitation de monopole à des particuliers	24

1 Préface du Président

En 2012, la Commission de la concurrence et son Secrétariat ont mené de nombreuses procédures et rendu d'importantes décisions visant en particulier des ententes sur les prix et des accords cloisonnant le marché suisse.

La **libre détermination du prix** est une composante essentielle d'une économie de marché. Lorsque des entreprises en font délibérément abstraction et s'entendent pour fixer le prix ou le manipuler, on est en présence d'ententes sur les prix. Ce comportement peut se produire de diverses manières, comme nous avons pu le constater l'année dernière. Dans l'enquête relative à la construction de routes et du génie civil dans le canton d'Argovie, la COMCO a découvert un nombre important de cartels de soumission conclus entre entreprises concurrentes. Celles-ci avaient soumissionné aux appels d'offres, alors qu'elles s'étaient entendues préalablement pour déterminer leur prix par rapport à l'entreprise censée obtenir l'adjudication du marché en cause. Dans l'enquête sur les tarifs recommandés des professionnels de l'immobilier de Neuchâtel, la COMCO a constaté que les recommandations tarifaires étaient suivies dans une large mesure. Partant, les clients devaient payer un prix « entendu » qui n'avait pas été fixé par chacun d'eux. Finalement, suite à l'enquête sur les articles de sport de montagne, la COMCO est parvenue à prouver qu'un importateur restreignait de façon illicite la liberté de ses distributeurs de déterminer leurs prix de vente, en leur indiquant un rabais maximum.

Le **cloisonnement du marché** est préjudiciable à l'économie suisse, qui connaît déjà un niveau de prix élevé. Ce type de comportement diminue la pression de la concurrence étrangère sur les prix et contribue à faire de la Suisse un îlot de cherté. Lorsque de tels cloisonnements résultent d'accords passés entre entreprises, la COMCO intervient de manière conséquente. Elle a ainsi infligé au fabricant d'automobiles BMW une amende de 156 millions de francs suisses, car celui-ci empêchait les clients suisses d'importer directement en Suisse des véhicules de marque BMW et Mini. L'association de l'industrie suisse de la musique IFPI a aussi été condamnée à payer une amende parce que ses membres devaient s'engager à exclure toute importation parallèle. Ces exemples démontrent que l'une des principales fonctions de l'autorité de la concurrence est d'ouvrir les marchés et de les maintenir ouverts. Les consommatrices et consommateurs doivent pouvoir décider librement où ils veulent acheter leurs produits au meilleur prix, que cela soit en Suisse, à l'étranger, dans un magasin spécialisé ou sur internet. En revanche, lorsque les cloisonnements du marché sont fondés sur des réglementations légales, comme dans le domaine de la viande ou d'autres denrées alimentaires, l'autorité de la concurrence ne peut pas ouvrir les marchés. Elle peut toutefois transmettre des recommandations aux instances compétentes. Il revient alors au monde politique de décider, si un intérêt public jugé supérieur justifie un tel cloisonnement du marché ou s'il convient d'y mettre fin, afin de profiter de marchés ouverts.

En 2012, d'autres procédures pouvant révéler de tels comportements contraires au droit de la concurrence ont été ouvertes. L'enquête sur le Libor a été ouverte car des indices d'accords sur la fixation du taux d'intérêts Libor ont été découverts; l'enquête dans le domaine de la construction des routes, du génie civil et de la construction des bâtiments en Basse-Engadine porte sur l'existence éventuelle de cartels de soumission et l'enquête contre Steinway & Sons, a été ouverte sur la base d'indices d'entraves aux importations parallèles et d'accords entre les commerçants suisses de pianos à queue et pianos.

La COMCO et son Secrétariat vont continuer, dans le cadre de leurs activités, à suivre de façon hautement prioritaire ces deux formes de restrictions à la concurrence, qui sont les plus dommageables.

Prof. Vincent Martenet, Président de la COMCO

2 Décisions les plus importantes 2012

Les décisions les plus importantes rendues en 2012 par la COMCO et les instances de recours sont résumées ci-après, dans un ordre chronologique. Elles seront abordées en détail dans les chapitres correspondants du rapport (voir 3.1 à 5).

En date du 27 février 2012, la COMCO a rendu une recommandation sur les droits d'accès au marché des services de taxis provenant d'autres localités, en se basant sur la loi sur le marché intérieur (LMI). La compétence de réglementer les activités des taxis revient à chaque canton ou commune. Cela conduit à un foisonnement de réglementations différentes, qui entrave la circulation des services de taxis entre les communes. La COMCO a démontré, à l'exemple des règlements de taxis des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne et des villes de Zurich et Winterthur, quelles dispositions cloisonnent les marchés cantonaux et communaux et sont ainsi contraires à la LMI. La recommandation de la COMCO explique quelles sont les activités qu'un service de taxis a le droit d'exercer en dehors de sa commune d'origine et à quelles conditions une commune doit accorder une autorisation d'exploitation à un service de taxis qui provient d'une autre localité.

Par décision du 7 mai 2012, la COMCO a sanctionné BMW AG, en lui infligeant une amende de 156 millions de francs, en raison d'un cloisonnement du marché suisse des automobiles de marque BMW et Mini. BMW AG avait interdit les importations directes et parallèles en Suisse, en insérant une clause dans les contrats conclus avec les concessionnaires de l'espace économique européen (EEE). Selon cette clause, les concessionnaires de l'EEE avaient l'interdiction de vendre de nouvelles voitures de la marque BMW et Mini aux clients qui ne se trouvaient pas dans l'EEE et, par-tant, aux clients de Suisse. Dans la seconde moitié de l'année 2010, la COMCO a reçu plusieurs plaintes de clients finaux en Suisse, qui avaient essayé sans succès d'acquérir une nouvelle voiture de la marque BMW ou Mini dans l'EEE. Durant cette période, le franc suisse s'est grandement réévalué en comparaison de l'Euro et il est ainsi devenu plus intéressant d'acheter dans la zone Euro. Les consommateurs n'ont pas pu profiter en Suisse des importants avantages de change en raison de cette clause contractuelle. Etant donné la valeur des biens en cause, chaque consommateur aurait eu un intérêt à profiter de ces avantages. Le cloisonnement du marché suisse a également conduit à une diminution de la pression exercée par la concurrence sur les prix de vente finaux des nouvelles voitures de marque BMW et Mini. BMW a déposé un recours contre la décision de la COMCO auprès du Tribunal administratif fédéral.

Le Tribunal fédéral a rendu, en date du 29 juin 2012, un jugement important dans la procédure contre Publigroupe. Il a confirmé en particulier la légalité de la procédure menée devant la Commission de la concurrence, surtout au regard des garanties prévues par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Il a aussi confirmé la décision de la COMCO du point de vue du droit matériel et a rejeté le recours de Publigroupe. La décision de la COMCO, qui prononce aussi contre Publigroupe une sanction de 2.5 millions de francs, est ainsi entrée en force et sera déterminante pour les griefs soulevés dans différentes procédures de recours encore pendantes devant le Tribunal administratif fédéral.

La COMCO a constaté, dans sa décision du 2 juillet 2012, que l'application des recommandations tarifaires pour les honoraires de gérance des biens immobiliers à Neuchâtel était contraire à la loi sur les cartels. L'« Union suisse des professionnels de l'immobilier », section Neuchâtel (USPI-Neuchâtel), s'est engagée à ne plus établir de recommandations tarifaires. La COMCO a tenu compte de cette circonstance et a prononcé une sanction réduite. Dans sa décision, la COMCO a approuvé l'accord amiable conclu entre les parties, tout en considérant que l'aide-mémoire constituait un accord illicite en matière de concurrence dans le domaine de la gérance des biens immobiliers. En réalité, plus d'un tiers des

membres de l'association en moyenne ont suivi ces recommandations de prix. Certaines recommandations étaient même suivies par plus de 50% des membres. La décision de la COMCO est entrée en force.

La COMCO a infligé une amende de 3.5 millions de francs, en date du 16 juillet 2012, à IFPI Suisse, l'association faïtière des producteurs de phono- et vidéo-grammes (par exemple CD) en Suisse, pour entraves aux importations parallèles. Phononet AG a été condamnée pour la même raison au paiement d'une amende de 20'000 francs. Par accord amiable, les deux entreprises se sont engagées à ne plus faire signer à l'avenir de déclarations de renonciation aux importations parallèles de phono- et/ou vidéogrammes, ni à restreindre ou empêcher de telles importations. L'enquête avait démontré que les membres de l'IFPI Schweiz s'étaient entendus, dans le cadre de l'association, pour exclure entre eux les importations parallèles de phono- et/ou vidéogrammes en Suisse. Le comportement de Phononet AG, intermédiaire dans l'industrie des médias, a contribué à soutenir les effets de cette entente. La décision est entrée en force.

La COMCO a infligé, en date du 20 août 2012, une amende de 470'000 francs à Altimum SA, dans la mesure où celle-ci imposait des prix à ses distributeurs d'articles de sports de montagne. Altimum SA (anciennement Roger Guenat SA) avait dicté à ses revendeurs des prix de vente minimum pour les articles de sports de montagne de la marque Petzl (lampes frontales, harnais, casques, piolets, etc.) et ainsi empêché que les revendeurs puissent se faire véritablement concurrence au niveau des prix en Suisse. Il est ressorti de l'enquête que la concurrence a été affectée de manière notable en Suisse au moins depuis 2006 jusqu'à la fin 2010. Altimum a déposé un recours au Tribunal administratif fédéral. En date du 11 décembre 2012, la COMCO a condamné les transitaires Agility Logistics International BV, Deutsche Bahn AG/Schenker, Kühne + Nagel International AG, ainsi que Panalpina Welttransport (Holding) AG, à une amende de 6.2 millions de francs au total. La Deutsche Post AG/DHL, qui avait déclenché la procédure par une auto-dénonciation, a pu bénéficier d'une immunité totale. La COMCO a approuvé en même temps les accords amiables conclus avec les entreprises concernées, ainsi qu'avec l'association Spedlogswiss. L'enquête avait établi que les transitaires s'étaient mis d'accord et coordonnés entre 2003 et 2007 afin de fixer certains frais et surtaxes dans le domaine de l'expédition internationale de fret aérien. La COMCO est parvenue à prouver l'existence d'un accord horizontal sur les prix conclu entre les transitaires, en s'appuyant sur certains comportements relatifs à l'introduction et à la mise en œuvre de frais et de surtaxes spécifiques à la Suisse et de redevances internationales. La décision de la COMCO est entrée en force.

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Présentation du service construction

Depuis le 1^{er} septembre 2012, un nouveau service a vu le jour au sein du Secrétariat. Le nouveau service „Construction” – domaine auparavant rattaché au service « Produits » - enquête sur les restrictions à la concurrence dans le domaine de la construction et des procédures de soumission ainsi que dans le domaine de la protection de l'environnement. Font en particulier partie de ce domaine, la construction de bâtiments, le génie civil, les routes, mais aussi les travaux d'installation et le second-œuvre (par ex. installations électriques et sanitaires) et les matériaux de construction. Dans le domaine de la construction, l'autorité intervient surtout dans le domaine des accords horizontaux entre entreprises. Le service « Construction » s'occupe aussi des questions liées aux conditions-cadre juridiques et économiques

des achats de biens et services (par ex. modification de l'accord plurilatéral sur les marchés publics AMP) et des procédures de soumission.

3.1.2 Enquêtes

L'enquête relative aux **éléments de portes** a suivi son cours. Au début de l'année 2012, des questionnaires ont été envoyés aux parties concernées. Au cours de l'été 2012, le Secrétariat a effectué des auditions. L'analyse des documents supplémentaires demandés aux parties est encore en cours. L'envoi de la proposition du Secrétariat est prévu pour le printemps 2013.

L'enquête ouverte le 22 novembre 2011 relative aux **salles de bain** a pu être continuée dans les délais prévus. Après l'envoi de questionnaires et l'examen des données physiques et digitales saisies lors de la perquisition, de nombreuses auditions de parties et de témoins ont eu lieu en automne 2012. La prochaine étape sera la rédaction de la proposition du Secrétariat et l'envoi de celle-ci aux parties.

L'enquête ouverte en juin 2009 relative à la **construction des routes et au génie civil dans le canton de Zurich** a été étendue aux sociétés-mères. Les mesures d'investigation sont terminées et la proposition du Secrétariat a été envoyée aux parties à la mi-novembre 2012. Les auditions devant la COMCO sont prévues pour le printemps 2013.

L'enquête simultanément ouverte relative à la **construction des routes et au génie civil dans le canton d'Argovie** a été terminée par décision du 16 décembre 2011. Cette décision a été en partie anonymisée (pas d'identification des projets concrets) et a été mise en ligne début mai sur le site de la COMCO. Suite à la publication, plusieurs maîtres d'ouvrage ont demandé l'accès aux informations les concernant. L'examen est encore en cours de savoir si l'accès peut leur être donné et dans l'affirmative dans quelle mesure. Il devrait se terminer au printemps 2013 par l'adoption d'une décision de la COMCO.

Le 30 octobre 2012, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de différentes entreprises dans le **canton des Grisons** actives dans le domaine de la construction des routes, du génie civil et de la construction des bâtiments ainsi que les entreprises actives sur les marchés en amont. Des perquisitions ont été effectuées auprès des entreprises visées par l'enquête. La COMCO dispose d'indices selon lesquels plusieurs entreprises auraient participé à des ententes dans ces domaines, ayant pour objet de coordonner l'attribution des soumissions tout comme la répartition de projets de construction et des clients.

3.1.3 Procédures de recours

L'enquête relative aux ferrements de fenêtres et portes-fenêtres a été close par décision du 4 novembre 2010. Trois entreprises ont interjeté un recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Suite à des mesures d'instruction en juin 2012, le Secrétariat a répondu à diverses questions du Tribunal par écrit en juillet 2012. Les procédures sont encore pendantes.

Contre la décision du 16 décembre 2011 relative à des accords de soumission dans la construction des routes et le génie civil dans le canton d'Argovie, quatre entreprises ont déposé recours devant le Tribunal administratif fédéral. Les procédures sont encore pendantes. Onze entreprises ont accepté la décision de la COMCO qui est donc entrée en force à leur égard.

3.1.4 Rencontres informelles, observations de marché et mandats de conseil

La loi révisée sur les émissions de CO₂ prévoit à son article 27 que les personnes assujetties à la loi sur l'imposition des huiles minérales du 21 juin 1996 (RS 641.61) peuvent s'associer au sein de groupements de compensation. Le Secrétariat a rencontré l'**Union pé-**

trolière concernant le projet de mettre en place un unique groupement de compensation pour en principe l'ensemble des importateurs de carburants. Le Secrétariat a préconisé qu'un unique groupement de compensation doit être mis en place de telle sorte qu'une répercussion – en raison de la participation de tous les importateurs dans le groupement – sur les acheteurs des coûts de la compensation du Co₂ ne soit pas uniforme.

Suite à la condamnation à une amende de 124.5 millions d'€ d'un cartel allemand dans le domaine des voies ferrées, le Secrétariat a reçu de manière informelle les **CFF**. La discussion n'a pas fait apparaître que la Suisse ait été également touchée par des accords similaires. Le Secrétariat a en particulier expliqué que les procédures d'appel d'offres peuvent en principe être menées à leur terme même si une procédure parallèle de la COMCO concernant des soupçons d'accords illicites est en cours.

Le Secrétariat a mené entre novembre et décembre 2012 une observation de marché sur un appel d'offres (dans lequel un certain système pour la technique ferroviaire était imposé) relatif à des caténaires rigides de courant électrique pour l'infrastructure ferroviaire du **tunnel de base du Ceneri** dans le cadre des NLFA. Il existait un soupçon que la conclusion d'un accord exclusif pour une partie d'un produit indispensable constitue un accord ou un comportement illicite d'une entreprise en position dominante. Le Secrétariat a mené des recherches et plusieurs discussions avec le pouvoir adjudicateur AlpTransit Gotthard AG, Lucerne et les entreprises impliquées dans le contrat exclusif. Les soupçons de départ se sont confirmés.

3.1.5 Prévention et information

La lutte contre les accords de soumission constitue depuis 2008 un thème prioritaire de l'activité du Secrétariat. Ce domaine d'intervention s'articule autour des trois piliers suivants: prévention et information, détection et enfin répression des accords de soumission (cf. rapport annuel 2009, DPC 2010/1, p. 18).

Dans le cadre du pilier « prévention et information », le Secrétariat a effectué des séances de sensibilisation dans les cantons de Fribourg, Genève et Vaud. Celles-ci avaient pour objectifs de sensibiliser, d'échanger des expériences ainsi que de mieux comprendre les procédures et instruments à la disposition de l'autorité de concurrence pour poursuivre et sanctionner les accords de soumission. Les séances ont été reçues positivement par les pouvoirs adjudicateurs cantonaux et communaux. Ces séances font suite aux séances similaires données les années précédentes en Suisse allemande.

Dans le cadre du pilier « détection des accords de soumission », le Secrétariat a présenté au pouvoir adjudicateur concerné les résultats de son projet « détection des accords de soumission à l'aide de méthodes statistiques ». Ce projet pilote comprend une analyse de procès-verbaux d'appels d'offres. A l'aide de méthodes statistiques appropriées, des éléments suspects dans les offres, pouvant résulter d'une collusion entre les soumissionnaires, ont été analysés. Ce projet pilote pourrait être étendu à l'avenir à d'autres cantons.

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Dans le domaine des cartes de débit, le Secrétariat a clos une enquête préalable intitulée **redevances d'Acquiring sur les transactions Maestro**. L'objet de l'enquête préalable avait trait à deux redevances créées par MasterCard Europe SPRL (MasterCard) : la Maestro Volume Fee (MVF) et la Maestro Development Fund (MDF). La MVF est une redevance prélevée par MasterCard. Elle est liée au chiffre d'affaires d'Acquiring pour l'exploitation de la marque « Maestro » ainsi que la mise à disposition et l'administration du système Maestro (« Brand Fee »). Le Secrétariat est arrivé à la conclusion que prélever des redevances au-

près des partenaires contractuels n'est pas illicite, même pour une entreprise détenant une position aussi forte que MasterCard sur le marché. Le Secrétariat n'a pas trouvé d'indices selon lesquels la MVF serait systématiquement trop élevée, d'autant plus que le niveau de la MVF est identique dans l'ensemble de la zone SEPA (Single Euro Payments Area). La MDF est une redevance prélevée par MasterCard. Elle est liée au chiffre d'affaires d'Acquiring propre à chaque pays. Cette redevance permet à MasterCard de réinvestir dans le financement de projets innovants des Acquirers. Etant donné que la redevance est relativement basse et que celle-ci est intégralement réinvestie auprès des Acquirers, le Secrétariat est arrivé à la conclusion que la MDF ne peut être considérée comme illicite au sens de l'art. 7 al. 2 lit. c LCart. En effet, la MDF est trop basse pour être comparée à une commission d'Interchange problématique selon le droit des cartels.

Dans le cadre de l'enquête sur les **commissions d'interchange (Interchange Fees) sur les cartes de crédit**, le Secrétariat a pris connaissance des développements européens, notamment de l'arrêt du Tribunal européen dans l'affaire MasterCard qui confirme la jurisprudence de la Commission européenne dans ce domaine. Le Secrétariat a entendu les représentants des banques et du commerce de détail par rapport à ces nouveaux développements.

Le Secrétariat a examiné une partie des documents recueillies dans le cas **Libor**. Le volume de données est considérable. Comme ces données se trouvent en grande partie à l'étranger, elles sont parfois protégées par les lois étrangères (p.ex. dans le domaine de la protection des données), ce qui complique leur transmission vers la Suisse.

Enfin, le Secrétariat a évalué différentes concentrations d'entreprises dans le domaine des services financiers, p.ex. les fusions des banques Julius Bär/Merill Lynch et Sarasin/Safra.

3.2.2 Professions libérales et services professionnels

Dans le domaine des professions libérales et services professionnels, trois importantes enquêtes ont été closes. La première est celle menée à l'encontre de **l'Union suisse des professionnels de l'immobilier, section Neuchâtel**. La procédure avait pour objet un aide-mémoire édicté par cette association à l'intention des entreprises qui en étaient membre. Cet aide-mémoire prenait la forme de recommandations de prix et fixait des fourchettes de taux pour la facturation de prestations liées à la gérance immobilière. Il prévoyait également des taux fixes pour le courtage immobilier. Après une analyse approfondie des données du marché, les autorités de la concurrence sont arrivées à la conclusion que les recommandations relatives à la gérance immobilière affectaient de façon notable la concurrence sur le marché. En effet, en moyenne plus d'un tiers des membres suivaient ces recommandations de prix. Pour une certaine tranche de valeur locative, le taux de suivi a dépassé les cinquante pourcent. La Comco a dès lors approuvé l'accord amiable conclu avec les parties et sanctionné les entreprises membres de l'association qui suivaient les recommandations à hauteur de 50'000.- CHF. En revanche, l'enquête a été classée sans suite dans le domaine du courtage par manque d'affectation notable de la concurrence.

La seconde enquête est celle dirigée contre **IFPI Schweiz et Phononet AG**. IFPI Schweiz est l'association faitière des producteurs de phono- et vidéogrammes (p.ex. CD) en Suisse. L'enquête a démontré que les membres d'IFPI Schweiz se sont entendus, dans le cadre de l'association, pour exclure entre eux les importations parallèles de phono- et/ou vidéogrammes. Phononet AG, intermédiaire dans l'industrie des médias, a soutenu les effets de cette entente par son comportement propre envers les producteurs en Suisse. Ces actes ont eu pour conséquence d'affecter la concurrence de façon notable. La Comco a dès lors approuvé l'accord amiable conclu avec les parties, tout en leur imposant une amende globale de 3.5 mio CHF. Les parties se sont engagées à l'avenir à ne plus faire signer de déclaration de renonciation aux importations parallèles de phono- et/ou vidéogrammes, ni à restreindre ou empêcher indûment de telles importations. L'enquête portait également sur les conditions

d'accès à l'association IFPI Schweiz, sur l'organisation du „offiziellen Schweizer Hitparade“ ainsi que sur les reproches faits au Music Promotion Network (MPN), géré par Phononet AG. Toutefois, aucune violation du droit des cartels n'a été établie à ces égards. L'enquête a de ce fait été classée sans suite sur ces points. Concernant le Hitparade, IFPI Schweiz a néanmoins modifié sa pratique en vue d'une meilleure transparence.

Le 11 décembre 2012, la troisième enquête dans le domaine des entreprises de transport a été close par une décision infligeant une sanction totale de CHF 6.2 mio. La décision conclut que dans le domaine de l'expédition de fret aérien, les transitaires internationaux ont fixé et coordonné certains frais et surtaxes entre 2003 et 2007. La décision se fonde sur plusieurs frais et surtaxes spécifiques à la Suisse – comme la Surcharge Collection Fee (SCF), Security Fee Agent (SFA), frais E-dec et taxes d'importation – ainsi que sur des redevances internationales – Air Automated Manifest System (AAMS), Peak Season Surcharge (PSS), Currency Adjustment Factor (CAF) et New Export System (frais NES). La COMCO a décidé d'infliger une sanction de CHF 907'349.- à l'expéditeur Agility Logistics International BV, de CHF 1'021'751.- à Deutsche Bahn AG/Schenker, de CHF 1'173'767.- à Kühne + Nagel International AG ainsi que de CHF 3'117'286.- à Panalpina Welttransport (Holding) AG en raison de leur participation à un cartel de prix. Deutsche Post AG/DHL, ayant également pris part au cartel, a déclenché la procédure par une auto-dénonciation. Pour ce motif, cette entreprise a pu bénéficier d'une immunité totale d'amende. D'autres demandes de clémence déposées par Deutsche Bahn et Agility ont conduit à des réductions substantielles d'amendes pour ces deux entreprises. Dans sa décision, la COMCO a également approuvé l'accord amiable conclu avec les entreprises concernées ainsi qu'avec l'association Spedlogswiss.

Dans le domaine de la **distribution cinématographique**, le Secrétariat a examiné les plaintes alléguées à l'encontre de distributeurs de films, lesquels auraient refusé de livrer différentes œuvres à certaines salles de cinéma de Suisse romande suite à des pressions qu'aurait exercées l'entreprise Pathé Suisse SA, exploitante de salles de cinéma afin de privilégier la distribution de films à succès dans ses salles au détriment de salles concurrentes. Une procédure similaire avait déjà été menée en 2000 (DPC 2000/4, 571 *Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*). L'analyse du Secrétariat a permis d'établir une certaine puissance de Pathé Suisse SA sur le marché lémanique. Aucun indice d'abus de position dominante de cette entreprise ou de distributeurs de films n'a toutefois été détecté. Les distributeurs ont mis en évidence des motifs d'efficacité économique qui justifiaient de choisir, de cas en cas, dans quelles salles les œuvres qu'ils distribuent étaient projetées. Le Secrétariat a dès lors classé l'enquête préalable sans suite. Toutefois, compte tenu de l'évolution technologique (passage au système « numérique »), il continuera d'observer la situation concurrentielle et l'évolution du marché.

Dans le **domaine sportif**, le Secrétariat a examiné les plaintes de l'entreprise Olympique des Alpes SA (« FC Sion ») contre l'Union européenne des associations de football (UEFA), l'Association suisse de football (ASF) et la Fédération internationale de football association (FIFA) pour la non-participation à des championnats européens et aux sanctions prononcées contre le club de football valaisan. L'existence d'un éventuel abus de position dominante de la part de ces instances sportives revêtant dans ce cas concret un intérêt essentiellement privé, le Secrétariat a classé l'observation de marché sans suite. Au cours de l'instruction, une rencontre avec le Tribunal arbitral du sport (TAS) a permis de clarifier la situation lorsqu'un litige est porté parallèlement devant une instance administrative et civile.

Le Secrétariat a également été actif dans le domaine du **tourisme**, en étudiant la problématique des conditions contractuelles de certaines entreprises de **réservation d'hôtel sur internet**. La clause dite de "meilleur prix garanti", de même que celle traitant du contingent de chambres d'hôtels, ont notamment été objets de l'analyse. Dans la mesure où des indices de restriction illicite à la concurrence ont pu être trouvés, une enquête relative à cette problématique a été ouverte à la fin 2012 contre les entreprises booking.com, HRS et Expedia.

Le Secrétariat a par ailleurs eu à nouveau l'occasion d'étudier différentes clauses statutaires **d'organisations professionnelles**, lesquelles pouvaient restreindre la concurrence sur le marché ou l'accès à celui-ci. Certaines analyses ont également porté sur les conditions d'entretien et réparation d'installations techniques, pour lesquelles des normes ont été établies par les principales entreprises actives sur le marché. De telles réglementations statutaires sont aptes à restreindre l'accès au marché et doivent dès lors être analysées et, le cas échéant, adaptées. C'est pourquoi l'Association Suisse des Constructeurs de Systèmes de Sécurité a modifié ses directives techniques dans le domaine du gaz.

3.2.3 Marchés de la santé

L'examen du marché des **appareils auditifs** s'est poursuivi en 2012 afin de tenir compte des changements voulus par le législateur. Une première analyse des données relatives à la période qui a suivi l'introduction du nouveau système forfaitaire de remboursement des dépenses pour ces appareils a déjà fourni des informations intéressantes pour la suite de la procédure en 2013.

Les autorités de la concurrence ont ouvert en décembre 2012 une enquête touchant à la **commercialisation d'informations médicales électroniques** nécessaires à la distribution, la remise et la facturation de médicaments en Suisse. Cette enquête a pour but de déterminer si des entreprises du groupe Galenica AG sont en position dominante sur ce marché et si elles en abusent. Cette procédure fait en partie suite à une analyse sectorielle du marché de la **distribution de médicaments** en Suisse que le Secrétariat mène depuis 2011.

La convention proposée par santésuisse et signée par les assureurs-maladie, sous l'égide du Département fédéral de l'intérieur concernant la **publicité et l'acquisition d'assurés** a été examinée dans le cadre d'une procédure d'opposition et ensuite d'une enquête préalable. Cette dernière a été prolongée afin de récolter les informations nécessaires qui seront disponibles à partir de 2013.

L'enquête préalable relative aux pratiques de la Croix-Rouge Suisse sur le marché des **systèmes d'appel d'urgence** pour les personnes âgées n'a pas montré de comportements contraires à la LCart. Elle a donc été close sans suite. La question de la participation financière de l'Etat à la couverture des coûts de la Croix-Rouge dans ce domaine sera abordée avec l'office compétent.

Deux nouvelles enquêtes préalables ont été ouvertes à la fin de l'année : une première porte sur les différences de prix et les entraves à l'importation parallèle en Suisse **d'agents réactifs** nécessaires à la recherche dans les laboratoires suisses ; la seconde touche à la distribution de **moyens auxiliaires** dans le Canton de Vaud.

Dans le cadre de la procédure de **sanction administrative** contre post'entreprise Swica Holding AG, la COMCO est arrivée à la conclusion que cette entreprise avait violé la loi sur les cartels pour avoir oublié de notifier la prise de contrôle de l'entreprise ProVAG. Une sanction de CHF 35'000 a été prononcée.

Quant aux **marchés réglementés de la santé**, les autorités de la concurrence se sont exprimées dans le cadre de plusieurs procédures de consultation relatives à la révision de dispositions légales liées au domaine de la santé. Elles ont aussi donné leur avis sur de nombreuses interventions parlementaires. Le Secrétariat constate une tendance vers une réglementation croissante qui limite la liberté économique des entreprises actives sur ces marchés. C'est en particulier le cas non seulement des dispositions légales touchant au nouveau système de financement hospitalier (SwissDRG), mais aussi des nouvelles normes contraignantes de contrôle de l'activité des assureurs-maladie qui pourraient réduire fortement les bienfaits de la concurrence souhaitée par le législateur.

3.3 Infrastructure

3.3.1 Télécommunication

Dans le domaine de la fibre optique, le Secrétariat a procédé à l'évaluation des coopérations FTTH de la ville de Genève et du canton de Fribourg. Le Secrétariat a constaté que ces contrats de coopération contenaient également des accords cartellaires qui ne pouvaient être exonérés de sanction à l'avance. Il s'agissait particulièrement de clauses contractuelles qui constituaient des accords sur les prix et les quantités ayant le potentiel de fortement affecter la concurrence. Le Secrétariat était parvenu à des conclusions similaires concernant les coopérations FTTH entre Swisscom et les entreprises électriques des villes de Bâle, Berne, Lucerne, St-Gall et Zurich. Simultanément, toujours dans le domaine de la fibre optique, le Secrétariat a pu clore diverses affaires de moindre envergure. Méritent d'être mentionnés à cet endroit l'avis du Secrétariat concernant la coopération entre les Services industriels de Lausanne et Swisscom portant sur la construction d'un réseau de fibre optique pour la ville de Lausanne. Le Secrétariat, dans le cadre de cet avis, s'est prononcé pour la première fois sur la coopération entre Swisscom et un câblo-opérateur. Le Secrétariat a pu clore le dossier **fibre optique** avec les différents contrats de coopération entre Swisscom et les entreprises régionales d'approvisionnement en électricité durant l'année sous revue. Ainsi, les coopérations FTTH ne sont pas interdites et la construction de réseaux de fibre optique n'est pas entravée ce que démontre l'extension de ces réseaux sur l'ensemble du territoire. En examinant les coopérations, le Secrétariat a assuré que la concurrence discipline ce domaine et qu'elle constitue l'une des conditions-cadres de l'utilisation de ces réseaux de prochaine génération. À présent il appartient aux entreprises de veiller à un comportement conforme à la loi sur les cartels dans l'exploitation de leur réseau.

En janvier 2012, le projet de concentration **Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.** a été notifié à la COMCO. L'examen préalable a permis de démontrer que l'acquisition d'Orange par la société d'investissement Apax n'entraîne pas de modification de la structure actuelle du marché. La COMCO n'a soulevé aucune objection d'ordre concurrentiel à l'encontre du projet de concentration.

En avril 2012, la COMCO a ouvert l'enquête **Reconsidération Tele 2 vs. Swisscom** relative à la publicité spécifique adressée aux clients de Swisscom. L'enquête a pour but d'examiner les conséquences d'une éventuelle révocation de l'accord amiable signé entre Swisscom et la COMCO en 2002. Cet accord prévoit que Swisscom s'abstient de joindre sa publicité aux factures mensuelles des clients « Carrier-Preselection », soit les clients dont la sélection du fournisseur se fait de manière automatique.

Enfin, le projet de concentration **Swisscom/Telecom Liechtenstein (TLI)** a été notifié à la COMCO en octobre 2012. Swisscom projetait l'acquisition de 75% du capital-actions de TLI. TLI ne génère qu'un chiffre d'affaires négligeable en Suisse. L'acquisition n'entraîne pas d'augmentation de la part de marché apte à modifier la situation concurrentielle sur le marché en Suisse. La concentration a été qualifiée de non problématique du point de vue du droit de la concurrence.

3.3.2 Médias

Après la votation populaire sur la loi sur la réglementation du prix du livre en mars 2012, le Secrétariat a repris l'enquête sur **le marché du livre en Suisse romande**. L'enquête avait été suspendue jusqu'à publication du résultat définitif de la votation dans la Feuille fédérale. En août 2012, une proposition de décision a été soumise aux parties. Ces dernières ont ensuite pu prendre position par écrit et été auditionnées par la COMCO au cours des mois de novembre et décembre. Une mise en œuvre correcte des auditions garantissant le droit

d'être entendu des parties en cause, même lorsque ces dernières sont nombreuses, est une préoccupation majeure de la COMCO.

En février 2012, le Secrétariat a ouvert l'enquête **Politique des prix et autres comportements de l'Agence Télégraphique Suisse (ATS)**. L'enquête doit démontrer si l'ATS a abusé de son éventuelle position dominante en entravant l'exercice de ses concurrents et en désavantageant ses clients. L'enquête préalable a permis de conclure à l'existence d'indices que le système des prix de l'ATS avait pour objectif d'exclure la concurrence et d'entraver l'accès au marché.

La COMCO a rédigé deux avis de droit sur demande de l'OFCOM portant sur des questions de position dominante. Le premier portait sur la position détenue par la Südostschweiz Mediengruppe dans la zone de desserte 32 Suisse du Sud-Est et le second sur la position détenue par le groupe de médias AZ dans la zone de desserte 15 Argovie. Les deux avis ont été rendus lors d'une consultation par l'OFCOM s'inscrivant dans la ré-examen de l'octroi des concessions pour la diffusion de programmes télévisés et radiophoniques régionaux.

En mai 2012, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable contre **Cinetrade SA**, la propriétaire du fournisseur de programmes de télévision payante Teleclub. L'enquête porte sur l'éventuel abus de position dominante par Cinetrade par le refus de diffuser l'offre de programmes de Teleclub à certaines plateformes télévisées ou par la discrimination de ces dernières en matière de diffusion d'événements sportifs à contenu exclusif.

Le Secrétariat a ouvert une enquête préalable contre **Goldbach Group concernant la Commercialisation de publicité radio/TV** afin d'examiner l'existence d'un éventuel abus de position dominante lors de la commercialisation de publicité radio et télévisée par le groupe Goldbach. Il s'agit d'examiner en particulier la politique de fixation des prix, l'octroi de différents types de rabais et la mise en pratique d'une éventuelle stratégie d'éviction.

Plusieurs **concentrations d'entreprises** dans le domaine des médias ont fait l'objet d'examens par la COMCO en 2012. Dans le projet de concentration Tamedia SA/Langenthaler Tagblatt, Tamedia SA projetait d'acquérir le contrôle de la partie d'entreprise Langenthaler Tagblatt. Dans le cas NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN, les entreprises concernées ont notifié le projet de création d'une entreprise commune chargée de l'exploitation et de la commercialisation de publicité en ligne sur les sites internet des propriétaires. Dans le cas Tamedia/Gérard Paratte/ImmoStreet, il a été notifié que Tamedia avait l'intention d'acquérir auprès de Gérard Paratte 20% du capital-actions du portail immobilier en ligne ImmoStreet.ch SA et obtenir le contrôle conjoint de cette dernière. Dans le cas Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO, le contrôle conjoint de Tamedia SA et Giacomo Salvioni sur la 20 minuti Ticino SA et la TicinOnline SA était prévu. Dans le projet de concentration Tamedia/Ringier/jobs.ch/Jobup, Tamedia et Ringier souhaitaient prendre le contrôle conjoint sur la jobs.ch holding ag et sur Jobup AG (les deux entreprises sont actives dans le domaine des portails d'emploi en ligne). Dans le cas Publigroupe S.A./ImproveDigital B.V., Publigroupe S.A. projetait d'acquérir une participation majoritaire de 85% du capital-actions de ImproveDigital B.V. Cette dernière met à disposition des technologies publicitaires en temps réel aux propriétaires de médias. Les annonceurs et les propriétaires de médias se connectent sur un portail pour négocier de l'inventaire publicitaire de manière automatisée. Ces six projets de concentration ont été autorisés suite à un examen préalable par la COMCO.

3.3.3 Energie

En 2012 le Secrétariat a mis un terme à l'enquête préalable ouverte contre **Erdgas Zentralschweiz (EGZ)**. L'enquête devait permettre d'examiner si la réglementation pour le calcul de la rétribution pour l'utilisation du réseau discriminait les clients tiers par rapport aux actionnaires. Les différences dans la manière de calculer cette rétribution pour les actionnaires et

les tiers indiquaient un abus de position dominante. Toutefois, la EGZ a cessé avec effet rétroactif le comportement en question au cours de l'enquête préalable, raison pour laquelle il a été considéré que les clauses contractuelles jugées critiques ne produisaient pas d'effet notable.

Toujours en matière de gaz naturel, la COMCO a examiné le projet de concentration **GIM/Fluxys/Swissgas/FluxSwiss/Transitgas**. Global Infrastructure Management, LLC (GIM) et Fluxys G SA projetaient d'acquérir le contrôle collectif de la FluxSwiss SA ainsi que le contrôle collectif avec la Société anonyme suisse pour le gaz naturel (Swissgas) de la Transitgas AG. Après examen préalable, la COMCO a autorisé le projet de concentration.

Enfin, la COMCO a été invitée à prendre position dans différentes procédures de consultation se rapportant au domaine de l'énergie. Elle s'est ainsi prononcée, entre autres, sur la révision de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité et la Stratégie énergétique 2050.

3.3.4 Autres domaines

Le Secrétariat a poursuivi son enquête préalable contre la Poste Suisse portant sur le **nouveau système de prix pour les envois par courrier des clients commerciaux**. Il existe en particulier des indices que le système des rabais applicable à cette nouvelle réglementation des prix entrave la concurrence et l'accès au marché. La clôture de l'enquête préalable est prévue pour le premier trimestre 2013.

En juin 2012, **la Poste suisse et la Poste française** ont notifié un projet de concentration visant la création d'une entreprise commune. Cette dernière devait fournir des services dans le domaine des envois de courrier transfrontaliers jusqu'à un poids de deux kilogrammes. La COMCO a autorisé la concentration moyennant la charge que les activités en relation avec l'expédition des courriers de la clientèle commerciale en Suisse de la société-fille de la Poste soient transférées à des tiers.

Dans l'enquête **Accords dans le domaine du fret aérien**, le Secrétariat a soumis sa proposition de décision aux parties en novembre 2012 qui ont eu la possibilité de prendre position. L'enquête a pour objectif de déterminer s'il existent des accords sur les surcharges carburant, redevances de sûreté, surcharges liées aux risques de guerre, surcharges de dédouanement, taux de fret et commissionnement des surcharges entre les différentes entreprises actives dans le secteur du fret aérien. De plus, l'enquête doit permettre de clarifier diverses questions relatives à la relation entre la loi sur les cartels qui fait partie du droit national et l'accord aérien bilatéral avec l'Union européenne qui fait partie du droit international.

3.4 Industrie et production

3.4.1 Industrie des biens de consommation et marché de détail

Par décision du 20 août 2012, la COMCO a terminé l'enquête dirigée contre Roger Guenat SA (nouvellement : **Altimum SA**). L'enquête avait été ouverte en 2010 par une perquisition. Les investigations ont démontré que l'importatrice générale, Altimum SA, a fixé des prix de revente minimaux aux consommateurs pour les articles de sport de montagne de la marque Petzl (lampes frontales, piolets, harnais, casques, etc.), empêchant ainsi les revendeurs en Suisse de se faire véritablement concurrence sur les prix. La COMCO a ainsi imposé une sanction de CHF 470'000 à Altimum SA. Cette dernière a déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral. A noter, que d'autres décisions de la COMCO relatives à des accords verticaux font l'objet d'un recours actuellement pendant devant le Tribunal administratif fédéral (GABA/Elmex, médicaments hors-liste, NIKON, BMW).

Les mesures d'investigations relatives aux procédures ouvertes dans le cadre de la **non-répercussion des gains de change** ont été poursuivies. L'enquête ouverte le 26 octobre 2011 contre une importatrice générale suisse de produits cosmétiques a été étendue à l'entreprise américaine productrice des produits. Cette enquête a pour but de vérifier si l'importatrice générale et la productrice des produits en question sont parties à des accords en matière de concurrence illicites sur la répartition des territoires, sur des prix de revente fixes ou minimaux et sur des entraves au commerce en ligne.

Le Secrétariat poursuit les mesures d'investigations concernant l'autre enquête ouverte en relation avec la question de la non-répercussion des gains de change, concernant les appareils électroménagers et les appareils électriques de **Jura Elektroapparate AG**. Par sa politique de garantie, l'entreprise concernée aurait éventuellement entravé les importations parallèles d'appareils électroménagers et appareils électriques.

L'enquête préalable ouverte au mois d'octobre 2011 contre le fabricant suisse des vélos électriques de la marque Flyer a pu être clôturée sans suite. Les indices qui avaient conduit le Secrétariat à ouvrir cette procédure n'ont pas été confirmés dans le cadre des investigations menées. Pour rappel, le producteur des vélos Flyer, **Biketech AG**, était soupçonné de pression exercée sur les revendeurs afin que ces derniers appliquent les prix de vente aux clients finaux déterminés par leur fournisseur.

En outre, une enquête préalable, elle aussi en relation avec la **problématique du franc fort**, a été ouverte au printemps 2012. L'ouverture de cette procédure fait suite aux débats suscités par la question de savoir à quel niveau de la distribution sont retenues les économies réalisées grâce aux taux de change. L'objectif de cette enquête préalable est de déterminer si certains fournisseurs d'articles de marque et acteurs du commerce de détail ne répercutent pas les gains de change à l'échelon inférieur de la chaîne de distribution, respectivement aux consommateurs finaux et s'il existe des indices de restrictions illicites à la concurrence.

Suite à la parution dans la presse d'un article selon lequel les **prix des cigarettes** en Suisse allaient augmenter de 10 centimes, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable afin de vérifier si cette augmentation pouvait être en lien avec un accord illicite. Les investigations menées par le Secrétariat ont montré qu'aucun comportement illicite au sens de la LCart ne pouvait être reproché aux acteurs de cette industrie en relation avec l'annonce faite dans la presse. L'enquête préalable a donc été clôturée sans suite.

Au mois de mai 2012, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable concernant les magasins **Coop Pronto** après avoir reçu des informations selon lesquelles les exploitants des magasins Coop Pronto disposeraient d'une liberté limitée concernant notamment leur politique de prix. Les investigations relatives à cette procédure se poursuivent.

3.4.2 Industrie horlogère

Le 7 mai 2012, la COMCO a décidé de prolonger d'une année les mesures provisionnelles dans le cadre de l'enquête concernant la livraison par le **Swatch Group** des mouvements mécaniques et des composants horlogers. Pour rappel, les mesures provisionnelles qui avaient été ordonnées par la COMCO en juin 2011 devaient durer jusqu'à la fin de l'année 2012. Leur prolongation doit permettre aux entreprises actives dans l'industrie horlogère d'effectuer la planification de leur production. Ces mesures provisionnelles prévoient, entre autre, que le Swatch Group peut réduire les livraisons des mouvements mécaniques à 85% des quantités achetées en 2010 et à 95% en ce qui concerne les assortiments. Ces quantités à livrer sont désormais valables pour l'année 2013 également. L'enquête ouverte contre le Swatch Group, dans laquelle s'inscrivent ces mesures provisionnelles, est quant à elle toujours en cours. Elle doit permettre de déterminer si l'abandon des livraisons de certains composants pour les mouvements mécaniques est illicite du point de vue de la LCart.

3.4.3 Secteur automobile

Par décision du 7 mai 2012, la COMCO a imposé une sanction de CHF 156 millions à **BMW AG (Munich)** pour entrave aux importations directes et parallèles. La COMCO a constaté que BMW AG a empêché les importations directes et parallèles grâce à une clause figurant dans les contrats des concessionnaires dans l'Espace économique européen (EEE). Selon cette clause, il est interdit aux concessionnaires dans l'EEE de vendre des véhicules neufs des marques BMW et MINI à des clients en dehors de l'EEE et, partant, en Suisse. Il ressort de l'enquête que la concurrence en Suisse a été affectée de manière notable au moins depuis le mois d'octobre 2010. Au deuxième semestre de l'année 2010, la COMCO avait reçu de nombreuses plaintes de clients en Suisse qui avaient tenté, sans succès, d'acquérir un véhicule de la marque BMW ou MINI dans l'EEE. A cette période le franc suisse s'était considérablement apprécié face à l'euro ce qui rendait les achats dans les pays de la zone euro plus attractifs. En raison de la clause les consommateurs en Suisse n'ont pas pu profiter des gains de change considérables, au vu de la valeur des biens concernés par cette interdiction d'exportation. De plus, le cloisonnement du marché suisse a eu pour effet de diminuer la pression concurrentielle sur les prix de vente des véhicules neufs des marques BMW et MINI. BMW AG a déposé un recours auprès du Tribunal administratif fédéral et ce dernier n'a pas encore tranché.

Le 16 juillet 2012, la COMCO a décidé de garder inchangée pour l'instant sa **Communication sur l'appréciation des accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Commauto)**. La COMCO fonde sa décision sur la consultation des cercles intéressés effectuée par le secrétariat, ainsi que sur les conditions de concurrence régnant en Suisse. En outre, elle estime opportun, au regard de la révision de la LCart en cours et des incertitudes concernant des éventuelles modifications de l'art. 5 LCart, d'attendre avant de procéder à une modification de la Communication. Sur la base du constat fait quant à l'évolution des conditions sur le marché automobile ainsi qu'aux développements dans l'UE, les principes fixés dans la Commauto feront l'objet d'un nouvel examen vers la fin du premier semestre 2014. La COMCO souhaite dans le domaine de la distribution automobile que l'application du droit de la concurrence suisse soit à moyen terme harmonisée avec celle de l'UE. La COMCO a notamment examiné si la Commauto devait être modifiée au regard des nouvelles règles relatives à la vente de véhicules neufs applicables dès juin 2013 dans l'UE (en particulier changements concernant le multimarquisme et les clauses contractuelles protégeant le concessionnaire).

Le Secrétariat a poursuivi son enquête préalable concernant **Harley Davidson** ouverte fin 2011. Cette procédure a pour but de vérifier l'existence d'indices selon lesquels Harley-Davidson Switzerland GmbH serait impliquée dans des mesures visant à cloisonner le marché suisse. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure les importations directes en Suisse de véhicules en provenance des USA ne sont plus permises, notamment si le commerce en ligne a été entravé voire exclu. La question de l'octroi des garanties est aussi examinée dans le cadre de cette procédure.

Durant l'année 2011, le Secrétariat a été consulté à plusieurs reprises dans le cadre de la révision de la loi fédérale sur la réduction des émissions de **CO2** (loi sur le CO2). Il s'est prononcé en défaveur de la nouvelle loi sur le CO2 ainsi que de l'ordonnance sur la réduction des émissions de CO2 des voitures de tourisme lors des différentes procédures de consultations relatives à l'adoption de ces textes. Le secrétariat estime que les nouvelles dispositions peuvent s'avérer désavantageuses pour les clients finaux qui importent directement des véhicules et pour les petits importateurs. Il existe une certaine discrimination dans la mesure où les grands importateurs ont la possibilité de compenser les émissions de CO2 entre l'ensemble des véhicules importés ce que ne peuvent pas faire les clients finaux ou les petits importateurs. Il peut donc en résulter une restriction indirecte aux importations parallèles et

directes ayant un impact négatif sur la concurrence sur les marchés des voitures neuves. En outre, il a été prévu d'intégrer les dispositions de l'ordonnance sur la réduction des émissions de CO2 des voitures de tourisme dans l'ordonnance sur le CO2 générale. Le Secrétariat a émis des réserves dans le cadre de la consultation des offices relative à cette intégration en mettant en avant les effets néfastes pour la concurrence efficace. Les discussions politiques sont actuellement encore en cours.

3.4.4 Agriculture

Au printemps 2012, le Secrétariat a ouvert une enquête préalable en l'affaire **Interprofession du Gruyère**, suite aux plaintes de plusieurs participants au marché. Il s'agit de vérifier s'il existe une limitation des quantités produites éventuellement illicite du point de vue du droit de la concurrence. Les investigations sont encore en cours.

Le Secrétariat s'est exprimé dans le cadre d'environ 50 **consultations des offices** relatives à des modifications de lois ou d'ordonnances et s'est exprimé sur plus de 20 postulats parlementaires.

3.5 Marché intérieur

L'activité de la COMCO et de son Centre de compétence Marché intérieur dans le domaine de l'application de la Loi sur le marché intérieur (LMI) est l'objet du thème spécial de l'année 2012 et sera décrite dans le chapitre 5 ci-dessous.

3.6 Investigations

Au cours de l'année, le Centre de compétences investigations a dû préparer des perquisitions dans le cadre de trois enquêtes. A l'occasion de ces procédures, des domiciles privés ont été investigués pour la première fois, de même qu'une étude d'avocats.

Les membres du Centre de compétences investigations ont poursuivi leurs échanges avec leurs homologues des pays membres de l'Union européenne en participant à un groupe de travail actif dans le domaine de l'investigation électronique. Pour cette facette particulière du domaine des perquisitions, des cours de perfectionnement ont également été suivis en Suisse et à l'étranger.

Enfin, plusieurs collaborateurs du Secrétariat ont suivi une formation technique dispensée par d'autres autorités d'enquête de la Confédération.

3.7 Relations internationales

OCDE: Des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé aux réunions du comité de la concurrence de l'OCDE qui se tiennent trois fois par an à Paris. En coopération avec le SECO, l'autorité suisse a présenté diverses contributions écrites et orales. En 2012, une partie substantielle des réunions du comité et des ressources des délégations ont été consacrées à approfondir les contours et les buts à atteindre pour les deux thèmes stratégiques choisis en 2011 : d'une part l'évaluation de l'activité des autorités de concurrence et d'autre part la coopération internationale. De plus, plusieurs « hearings » avec des experts ont abordé des sujets relativement nouveaux en droit de la concurrence comme l'économie numérique ou l'économie comportementale appliquée à la politique de la concurrence. Enfin, sous le format des tables rondes ont été en particulier discutés les thèmes de l'échange unilatéral d'informations entre concurrents et de la concurrence dans le domaine des hôpitaux.

ICN: Une collaboratrice du Secrétariat a participé fin octobre 2012 au premier ICN Advocacy Workshop. Le groupe de travail Cartel I a effectué plusieurs séminaires en ligne (*Webinars* c'est-à-dire des audioconférences avec présentation simultanée de slides). Le thème de ces Webinars a été le programme de clémence. Le groupe de travail Cartel II (Enforcement) a poursuivi ses travaux relatifs au manuel sur la poursuite des cartels. Un collaborateur a également participé au Workshop de ce groupe de travail. Un des thèmes abordés a été les perquisitions et les preuves électroniques. Enfin l'autorité a été représentée à la conférence annuelle qui s'est tenue à Rio au Brésil.

CNUCED: du 9 au 11 juillet 2012 a eu lieu à Genève la 12^{ème} conférence de l'*Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy* (IGE)". L'autorité a été représentée par son Président et par deux collaborateurs du Secrétariat. Le thème de la conférence portait notamment sur les relations entre la politique de la concurrence et les marchés publics. Dans le cadre d'un programme visant à former et à aider des autorités de concurrence, trois stagiaires venant de Serbie, d'Égypte et du Nicaragua ont été accueillis au Secrétariat pour une durée de trois mois chacun.

EU: Les négociations avec l'UE en vue de la conclusion d'un accord de coopération en matière de concurrence, débutées en mars 2011, se sont achevées durant l'année 2012. Grâce à cet accord, les autorités de concurrence suisse et européenne pourront coopérer de façon plus étroite et auront la possibilité d'échanger des informations confidentielles. Cela permettra ainsi de lutter de manière plus efficace contre les restrictions à la concurrence transfrontalières. Les parties doivent encore procéder à des consultations internes avant la signature de l'accord.

4 Organisation et statistiques

4.1 COMCO et Secrétariat

En 2012, la COMCO a tenu 14 séances plénières d'une journée. La statistique qui figure au point 4.2 indique le nombre de décisions prises dans les enquêtes, dans les procédures de concentration et en application de la loi sur le marché intérieur (LMI). L'année dernière, la composition de la Commission n'a subi aucune modification.

En raison de la répartition des ressources et de la création de quatre postes supplémentaires limités dans le temps, dans le cadre de la Task-Force « Franc fort », les trois services "Services", "Infrastructures" et "Industrie et production" se sont agrandis de façon conséquente en 2012. En particulier, le service "Industrie et production", chargé de la majeure partie des tâches liées à la non-répercussion des gains de change, a vu ses effectifs s'accroître à plus de 20 collaborateurs. Les activités de surveillance des chefs de services sont devenues si importantes qu'une gestion efficace et sans heurt du personnel et des procédures n'était plus assurée sur le long terme.

Le Secrétariat, en accord avec la COMCO et le DFE, a donc décidé, au 1^{er} septembre 2012, de créer un quatrième service, ainsi qu'un poste supplémentaire de vice-directeur. Il a été attribué au nouveau service « Construction », de façon thématique, l'ensemble des dossiers ayant trait aux marchés de la construction (secteur du gros œuvre et du second œuvre), ainsi que l'importante problématique des « cartels de soumissions ». La direction de ce nouveau service a été confiée à Monsieur Frank Stüssi, jusqu'ici Responsable Affaires de Direction, au Secrétariat. A la fin de l'année 2012, le Secrétariat occupait 83 (année précédente 68) collaboratrices et collaborateurs (à plein temps et temps partiel), dont 39% de femmes (année précédente 41%). Cela correspond au total à 72.6 (année précédente 58.6) emplois à plein temps. La composition du personnel était la suivante : 68 collaboratrices et collaborateurs scientifiques (y compris la direction; ce qui correspond à 51.1 emplois à plein temps ;

année précédente 40.3) ; 11 (année précédente 10) stagiaires scientifiques, ce qui correspond à 11 (année précédente 10) postes à plein temps ; 15 collaboratrices et collaborateurs au service ressources et logistique, ce qui correspond à 10.5 (l'année précédente 8.3) postes à plein temps. Etant donné que les postes de durée limitée de la Task-Force « Franc fort » arrivent à échéance, le nombre de postes au Secrétariat sera réduit d'au moins 4 postes à plein temps à la fin 2013.

4.2 Statistiques

Enquêtes	2011	2012
Menées durant l'année	21	22
reprises de l'année précédente	16	15
ouvertes durant l'année	5	7
Décision	6	5
dont accords amiables	1	3
dont décision de l'autorité	4	0
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	2	5
Décision de procédure	3	4
Mesures provisionnelles	1	0
Procédure de sanction selon les art. 50ss LCart	0	1
Enquêtes préalables		
Menées durant l'année	40	33
Reprises de l'année précédente	12	18
Ouvertes durant l'année	28	15
Clôtures	27	17
dont ouverture d'enquête	1	4
dont adaptation du comportement	7	7
dont sans suite	18	6
Autres activités		
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. A LCart	22	10
Conseils	39	25
Observations de marché	62	58
Dénonciations de non répercussion des gains de change	371	96
Autres demandes	566	680
Concentration		
Notifications	30	28
Pas d'intervention après examen préalable	29	28
Examens	1	0
Décisions de la COMCO	1	1
après examen préalable	0	1
après examen	1	0
Exécution provisoire	1	0
Recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	11	13
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	1	1
dont succès des autorités de concurrence	1	1
dont succès partiel	0	0
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	1

dont succès des autorité de concurrence	0	1
dont succès partiel	0	0
Pendants à la fin de l'année (auprès du TAF et du TF)	9	11
Avis, recommandations, prise de position, etc.		
Avis (art. 15 LCart)	1	1
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Avis (art. 47 LCart ou 11 LTV)	1	2
Suivi des affaires	3	1
Communications (art. 6 LCart)	0	1
Prise de position (art. 46 LCart)	219	250
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	8	8
LMI		
Recommandations / Enquêtes (art. 8 LMI)	0	1
Expertises (art. 10 al. 1 LMI)	1	1
Conseils (Secrétariat)	26	45
Recours (art. 9 al. 2bis LMI)	1	3

Le nombre d'enquêtes menées et de décisions prises dans le cadre de ces diverses procédures, ainsi que de notifications de concentration, est resté stable. Le nombre d'enquêtes préalables et d'annonces au sens de l'art. 49a al. 3 let. a LCart a diminué. L'année précédente, ces dernières avaient augmenté en raison des nombreuses notifications intervenues dans le cadre de la construction du réseau de fibre optique, mais il est à nouveau retombé en 2012 au niveau des années précédentes. Les annonces de non-répercussion des gains de change ont diminué de façon importante. Par rapport à l'année précédente, elles ont été réduites à environ un quart. Cette question a donc encore une certaine importance, mais elle a provoqué beaucoup moins d'annonces qu'en 2011, dans la mesure où la situation s'est normalisée. En revanche, le nombre d'autres (petites) requêtes liquidées a continué à augmenter, ce qui a nécessité davantage de ressources.⁵ Thème spécial de l'année 2012 : Le marché intérieur suisse

5 Thème spécial de l'année 2012 : Le marché intérieur suisse

5.1 La loi sur le marché intérieur

La loi sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02) a pour but de supprimer les entraves de droit public au libre accès au marché dans les droits cantonaux et communaux et complète ainsi la Loi sur les cartels qui est orientée sur les restrictions privées à la concurrence. La Loi sur le marché intérieur garantit à toute personne ayant son siège en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (article 1 al. 1 LMI). Ce principe vise à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à rendre l'économie suisse plus concurrentielle et à consolider la cohésion économique de la Suisse.

Par la révision partielle de 2005, l'impact de la LMI devait être renforcé. Dans ce but, le principe du lieu de provenance a été étendu à l'établissement commercial et la fonction institutionnelle de surveillance de la COMCO a été renforcée. La LMI révisée est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 et consacre les principes d'accès au marché suivants :

- Droit d'accès au marché selon les prescriptions du lieu d'origine (principe du lieu d'origine, art. 2 al. 1 à 5 LMI), droit d'accès sans entraves au marché (interdiction des entraves, art. 3 al. 1 LMI) et droit à un accès non-discriminatoire au marché (interdiction de la discrimination, art. 1 al. 1 en lien avec l'art. 3 al. 1 let. a LMI).
- Droit à la reconnaissance des certificats de capacité (principe de la reconnaissance, art. 4 LMI).
- Droit à l'accès non-discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux (art. 5 LMI) et aux marchés monopolistiques (art. 2 al. 7 LMI).
- En lien avec ces droits d'accès au marché, les refus purs et simples d'accès au marché (art. 3 al. 1 LMI) et les mesures protectionnistes cachées (art. 3 al. 3 LMI) sont en tant que tels absolument interdits et un droit à une procédure d'accès au marché simple, rapide et gratuite est généralisé (art. 3 al. 4 LMI).

5.2 La fonction de surveillance de la COMCO

Conformément à l'article 8 al. 1 LMI, la COMCO veille au respect de la LMI par la Confédération, les cantons et les communes. Au sein du Secrétariat, le Centre de compétence Marché intérieur est chargé de cette tâche. Dans le domaine de la LMI, à l'inverse de celui de la LCart, la COMCO n'a aucune compétence décisionnelle. En revanche, la COMCO dispose des moyens et instruments suivants :

- Conseil informel et explications du Secrétariat : Le Centre de compétence Marché intérieur répond chaque année à de nombreuses questions des autorités et d'entreprises de même que d'indépendants relatives à l'accès au marché du point de vue du droit du marché intérieur.
- Recommandations : La COMCO peut adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants ou encore effectuer une enquête qu'elle clôture par l'émission d'une recommandation aux autorités concernées (art. 8 al. 2 et 3 LMI). La recommandation émet un avis sur l'application de la LMI mais n'est pas contraignante pour le destinataire.
- Expertises : Sur demande de l'autorité compétente ou d'un tribunal, la COMCO peut établir une expertise sur l'application de la LMI dans le cadre d'une procédure administrative ou de recours (art. 10 al. 1 LMI).
- Recours : La COMCO dispose d'un droit de recours indépendant pour faire trancher par un tribunal la question de savoir si une décision cantonale ou communale restreint indûment l'accès au marché (art. 9 al. 2^{bis} LMI).
- Mandat de publication : La COMCO peut publier dans la DPC les décisions cantonales et communales ainsi que les jugements rendus en application de la LMI (art. 10a al. 2 LMI).

Pour que la COMCO puisse remplir son mandat légal de publication de même que faire usage de son droit de recours dans les affaires relevant du droit du marché intérieur, le législateur a introduit un devoir de communication à charge des autorités (art. 10a al. 2 LMI). Ainsi, les autorités et les tribunaux sont obligés de transmettre spontanément à la COMCO toutes les décisions et tous les jugements rendus en application de la LMI. Jusqu'à présent les autorités cantonales et communales n'ont que rarement donné suite à cette obligation. C'est pourquoi le Centre de compétence Marché intérieur a adressé fin 2012 une lettre circulaire aux autorités administratives cantonales et aux tribunaux cantonaux leur demandant de transmettre, respectivement de notifier formellement à l'avenir toutes les décisions et tous les jugements pertinents du point de vue de la LMI.

5.3 Droit à l'accès au marché

Alors que le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence relative à la LMI dans sa version de 1995 accordait plus de poids au fédéralisme qu'au principe d'un marché intérieur (p. ex. : ATF 125 I 276 ; Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 421), la volonté du législateur fédéral de renforcer l'impact des droits d'accès au marché s'est depuis clairement manifestée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la LMI révisée. Avec les ATF 134 II 329 (formation du stagiaire en tant que partie de la libre circulation des avocats) et 135 II 12 (libre circulation des psychothérapeutes), notre Haute Cour a montré la voie. Puisque ces premières jurisprudences relatives à la LMI révisée ont été publiées dans le rapport annuel de 2008 (DPC 2009/1, p. 29 s.), l'aperçu qui suit se concentre sur les développements des quatre dernières années survenus dans les secteurs pertinents.

Santé publique : Alors que la libre circulation des personnes exerçant une profession médicale universitaire est garantie depuis le 1^{er} septembre 2007 par la Loi sur les professions médicales universitaires (LPMéd ; RS 811.11), pour toutes les autres professions médicales, la LMI continue de s'appliquer comme auparavant. Dans ce domaine, surgissent principalement des questions de particuliers qui rencontrent des problèmes de libre accès au marché d'activités tels que les psychothérapeutes, les prothésistes dentaires, les secouristes professionnels (ambulanciers), les services de secours et fournisseurs de soins de médecine naturelle.

- Le Tribunal fédéral a décidé dans son arrêt non publié 2C_844/2008 du 15 mai 2009 qu'une prestataire de soins de naturopathies qui avait 15 ans d'expérience dans le canton de Zoug, où elle n'avait besoin d'aucune autorisation, ne pouvait voir son accès au marché du canton du Tessin restreint au moyen de charges. Concrètement, une protection suffisante des intérêts publics prépondérants était garantie par son expérience au lieu de provenance (art. 3 al. 2 let. d LMI) et rendait l'exigence d'un examen d'admission par le canton du Tessin disproportionnée (cf. DPC 2009/1, p. 30). En revanche, selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, un guérisseur ne pouvait se prévaloir des droits tirés de l'article 2 al. 4 et de l'article 4 LMI lorsqu'il n'est pas établi qu'il remplissait les conditions d'autorisation au lieu de provenance ou ne les remplissait plus.
- La régulation des services de sauvetage/secours d'une manière conforme au droit du marché intérieur a mis les cantons face à des défis. Dans la mesure où les services de sauvetage/secours bénéficient, d'après la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, de la liberté fondamentale d'accès au marché intérieur européen et en raison de la similarité des situations juridiques de l'Accord de libre circulation des personnes (ALCP ; RS 0.142.112.681) et du droit européen y relatif, cette activité tombe dans le champ d'application de l'ALCP et par conséquent dans celui du droit suisse sur le marché intérieur. Ainsi, des offreurs privés de services de sauvetage/secours ont le droit d'être admis à offrir leurs services dans d'autres cantons. Pour les cantons où cette activité relève d'un monopole, l'obligation d'appel d'offres de l'article 2 al. 7 LMI s'applique au transfert de la concession à un privé.
- La COMCO a déposé un recours contre une décision du canton de Zurich qui n'octroyait pas d'accès au marché zurichois à une clinique de soins médicaux dentaires organisée en société anonyme établie dans le canton de St-Gall que moyennant des charges déterminées. Après que, dans une autre affaire, le tribunal administratif du canton de Zurich a jugé que le droit de la santé zurichois admettait la forme d'une personne morale pour les institutions médicales ambulatoires, le recours contre la décision attaquée est devenu sans objet (La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires, DPC 2013/3, p. 526 ss).

- Le Centre de compétence Marché intérieur a accompagné un sauveteur professionnel actif en tant qu'indépendant dans le canton de Lucerne dans le cadre de son accès au marché d'autres cantons. Un échantillon des décisions cantonales a été publié et commenté dans la revue DPC 2013/3 aux pages 530 ss. Cet aperçu montre que la transposition du principe du lieu de provenance continue de poser des problèmes aux autorités cantonales, par exemple lorsque l'activité n'existe pas dans le canton de destination.
- Le 16 juillet 2012, la COMCO a établi une expertise à l'attention de la Direction de la santé publique du canton de Zurich au sujet de l'accès au marché d'une dentiste assistante du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures (DPC 2013/3, p. 708 ss). Mme A. _____ dispose d'un diplôme brésilien de dentiste et a été admise à pratiquer dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures en tant que dentiste assistante depuis 2006. Dans son expertise, la COMCO est parvenue à la conclusion que, sur la base de la LMI, Mme A. _____ peut également exercer dans le canton de Zurich en tant que dentiste assistante.

Industrie des taxis : De grandes parties de la régulation cantonale, respectivement communale, relative à l'industrie des taxis ne sont toujours pas conformes à la LMI. Dans une décision de principe de mai 2011, le Tribunal fédéral a jugé qu'en vertu de l'article 2 LMI il n'était pas possible d'interdire aux centrales d'appel de taxis d'attribuer des mandats à des services de taxis non locaux (arrêt 2C_940/2010 du 17 mai 2011). La COMCO a profité de l'occasion offerte par cet arrêt et par les nombreuses autres questions des autorités et entreprises de taxis pour émettre une recommandation au sujet des effets de la LMI sur la régulation du marché des services de taxi (DPC 2012/2, p. 438 ss.). Cette recommandation se veut être une ligne directrice pour les législateurs cantonaux et communaux en vue d'élaborer des réglementations conformes à la LMI. Par exemple, la ville de Zurich a transposé la Recommandation de la COMCO dans sa nouvelle ordonnance sur les services de taxi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Par ailleurs, la COMCO a déposé un recours contre la perception d'émoluments dans le cadre d'autorisations d'accès au marché du canton de Genève pour des services de taxis non locaux, dans la mesure où cette pratique n'était pas conforme à l'article 3 al. 4 LMI (arrêt du 27 mars 2012 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève, DPC 2012/2, p. 449 ss).

Installateurs sanitaires : Selon l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_57/2011 du 3 mai 2011, un installateur sanitaire autorisé dans la Commune A. a le droit, sur la base des alinéas 1 et 3 de l'article 2 LMI, d'accéder au marché de la ville de Schaffhouse alors même qu'il ne dispose pas du certificat de la SSIGE exigé par la ville de Schaffhouse. Dans ce même secteur d'activité, le Centre de compétence Marché intérieur a été rendu attentif au fait que certaines communes exigeaient le paiement d'émoluments de la part des installateurs sanitaires non locaux. La perception de tels émoluments va à l'encontre du principe de gratuité de l'accès au marché prévu par l'article 3 al. 4 LMI. Le Centre de compétence Marché intérieur est intervenu afin que ces émoluments soient abolis au niveau communal.

Formation : Selon l'ATF 136 II 470, l'enseignement dans les établissements scolaires publics n'est pas une activité régaliennne et tombe dans le champ d'application de la LMI (art. 1 al. 3 LMI). Une personne admise comme enseignante dans le canton de Neuchâtel pour les niveaux secondaires I et II a en principe le droit, sur la base de l'article 4 al. 1 LMI, à la reconnaissance de son certificat de capacité dans un autre canton. L'article 4 al. 1 LMI s'applique même lorsque l'accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'étude ne prévoit pas la reconnaissance dans le cas d'espèce. En conséquence, la réserve de l'article 4 al. 4 LMI au profit des accords intercantonaux ne vaut que dans la mesure où les règles de libre circulation des concordats ne restreignent pas le droit à la reconnaissance de l'article 4 al. 1 LMI. Le Tribunal fédéral a renvoyé le cas à la Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique (CDIP) pour prendre une nouvelle décision.

5.4 Marchés publics cantonaux et communaux

Les prescriptions du droit sur le marché intérieur relatives aux marchés publics ont leur siège dans l'article 5 LMI qui prévoit les standards minimaux suivants pour les marchés publics cantonaux et communaux :

- La procédure de marché public doit être libre de toute discrimination (art. 5 et 3 LMI). L'interdiction de discrimination prévue par le droit du marché intérieur ne vaut pas uniquement pour les offreurs externes, mais également pour les locaux (ATF 125 I 406, consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.151/1999 du 30 mai 2000, consid. 1c). L'article 5 al. 1 LMI impose ainsi aux adjudicateurs cantonaux et communaux une obligation générale d'égalité de traitement respectivement une interdiction de discriminer.
- Les projets importants de même que les critères de participation et d'attribution de marchés publics doivent être publiés (art. 5 al. 2 LMI).
- Les restrictions à la liberté d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9 al. 1 LMI) et le droit cantonal doit au moins prévoir une voie de recours devant une autorité indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

Les principes d'accès non discriminatoire aux marchés publics cantonaux et communaux et de transparence ancrés dans l'article 5 LMI sont transposés dans le droit intercantonal, cantonal et, le cas échéant, communal des marchés publics. En d'autres termes, les prescriptions concrètes sur les marchés publics concernant le choix de la procédure en fonction de valeurs seuils, le contenu des appels d'offres, les exigences relatives aux spécifications techniques, les critères de participation et d'attribution, etc. sont tous des émanations des principes de la non-discrimination et de la transparence du droit des marchés publics au sens de l'article 5 LMI.

Il s'ensuit que toute violation de l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 mars 2001 (AIMP) et du droit cantonal et communal sur les marchés publics de même que toute constatation inexacte ou incomplète de faits pertinents (art. 16 al. 1 let. b AIMP) doivent également être qualifiées de violation de l'article 5 LMI.

En 2012, la COMCO a fait usage du droit de recours que lui confère l'article 9 al. 2bis LMI pour la première fois dans le cadre d'un marché public cantonal contre l'exclusion d'un offreur en invoquant la violation de l'article 5 LMI. La COMCO fait valoir que l'autorité d'adjudication a appliqué les critères qu'elle avait elle-même choisis de telle sorte qu'il ne puisse subsister qu'un seul offreur possible et un offreur meilleur marché a été exclu. La procédure est actuellement pendante devant le Tribunal administratif cantonal.

Le Centre de compétence Marché intérieur a réalisé un module de formation intitulé « Assurer la concurrence dans les marchés publics ». Cette formation est régulièrement donnée déjà depuis quelques années aux représentants des offices cantonaux et fédéraux compétents pour les marchés publics et constitue un élément essentiel de la lutte contre les cartels de soumission.

Finalement, une compétence permanente du Centre de compétence Marché intérieur est la représentation du Secrétariat à la Conférence des achats de la Confédération (CA). La CA est l'organe stratégique de l'administration fédérale dans le domaine de l'achat de marchandises et de services. Parmi ses tâches figurent en particulier l'adoption de Lignes directrices et de stratégies pour les marchés publics, la réalisation de documents sur l'interprétation de questions de droit des marchés publics de même que l'élaboration de concepts de formation et de formation continue.

5.5 La transmission de l'exploitation de monopole à des particuliers

A l'occasion de la révision partielle de la Loi sur le marché intérieur, le législateur a introduit l'alinéa 7 de l'article 2 LMI, selon lequel la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à un privé doit faire l'objet d'un appel d'offres. A ce jour, il n'existe que relativement peu de pratique par rapport à cette disposition.

La COMCO a établi deux expertises sur la question de l'application de l'article 2 al. 7 LMI en lien avec l'octroi de concession pour la construction, l'exploitation et l'entretien d'infrastructure d'acheminement d'électricité de même que de concession du droit d'exploiter la force hydraulique (Expertise du 22 février 2010 concernant le renouvellement des contrats de concession entre Centralschweizerischen Kraftwerken AG et les communes lucernoises sur l'utilisation du domaine public ainsi que l'approvisionnement en électricité, DPC 2011/2, p. 345 ; Expertise du 28 juin 2010 à l'attention du Bezirksrat Schwyz concernant le renouvellement des concessions de droits d'eau (Wasserrechtskonzessionen) au profit de Elektrizitätswerk Bezirks Schwyz AG, DPC 2011/2, p. 353). Dans les deux cas, des privés ont reçu une concession d'usage privatif. Avec de telles concessions d'usage privatif la communauté octroie au privé le droit d'utiliser le domaine public de manière exclusive. Les concessions d'usage privatif du domaine public reposent sur un monopole de fait. Cette notion signifie que la communauté a la possibilité, sur la base de sa souveraineté sur le domaine public, d'exclure les privés de certaines activités. D'un point de vue fondamental, la COMCO considère que le devoir d'appel d'offres de l'article 2 al. 7 LMI ne concerne pas uniquement la transmission de l'exploitation de monopoles de droit, c'est-à-dire ancrés dans la loi, mais également la transmission de monopoles de fait aux privés.

Face à la prévisibilité des problèmes de transposition en lien avec la mise au concours des concessions de réseau de distribution électrique, la COMCO a émis, le 8 mars 2010, une recommandation à l'attention du Conseil fédéral. Elle y recommande de fixer les conditions applicables aux appels d'offres de concession de construction, d'exploitation et d'entretien d'infrastructures d'acheminement d'électricité dans le cadre de la révision de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7). Entre temps, le législateur fédéral a réglé dans une loi spéciale que l'octroi de concessions d'approvisionnement en électricité et de droits d'eau pouvaient certes être attribués sans procédure d'appel d'offres mais devaient être transparent et non-discriminatoire (art. 60 al. 3bis et art. 62 al. 2bis LFH ; art. 3a et 5 al. 1 LApEI). Par le principe de non-discrimination, le législateur a repris le critère de l'article 2 al. 7 LMI. La question reste toutefois ouverte de savoir comment octroyer une concession de manière transparente et non-discriminatoire sans procéder à un appel d'offres.

La question centrale qui n'a pas encore été tranchée par notre plus haute instance judiciaire, est de savoir si, selon l'article 2 al. 7 LMI, non seulement les concessions de monopole mais également les concessions d'usage privatif doivent faire l'objet d'un appel d'offres. Le Tribunal fédéral a laissé cette question ouverte dans deux cas (ATF 135 II 49 [affichage sur le domaine public] et arrêt 2C_198/2012 du 16 octobre 2012 [construction et exploitation d'un parking sur le domaine public]). Cette question est controversée dans la doctrine bien que la doctrine dominante, à l'instar de la COMCO, considère que les concessions d'usage privatif doivent faire l'objet d'un appel d'offres.

L'obligation de procéder à un appel d'offres au sens de l'article 2 al. 7 LMI entre en ligne de compte lorsque l'Etat transfère l'exploitation d'un monopole à un privé, mais pas lorsque la communauté l'exploite elle-même. Dans les deux expertises susmentionnées, la question se pose de savoir dans quelles circonstances il faut parler de transfert à un « privé » au sens de l'article 2 al. 7 LMI. A ce sujet, la COMCO est parvenue à la conclusion que la forme de l'organisation du concessionnaire est un critère insuffisant. En référence à la pratique « in-house », il est bien plus pertinent de contrôler si l'Etat exerce un contrôle sur le concessionnaire similaire à celui qu'il aurait sur l'un de ses offices et si le concessionnaire exerce essentiellement ses activités pour le compte de l'autorité concédante.