



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 2013 de la Commission de la concurrence (COMCO)**

**(selon l'article 49 al. 2 LCart)**

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Préface du Président</b> .....	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Décisions les plus importantes 2013</b> .....	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Activités dans les différents secteurs</b> .....	<b>7</b>
3.1	Construction .....	7
3.1.1	Accords de soumission .....	7
3.1.2	Autres thèmes .....	8
3.1.3	Thème spécial consortiums.....	8
3.2	Services.....	9
3.2.1	Services financiers .....	9
3.2.1	Marchés de la santé .....	10
3.3	Infrastructure .....	11
3.3.1	Télécommunication .....	11
3.3.2	Médias .....	12
3.3.3	Energie.....	13
3.3.4	Autres secteurs .....	14
3.4	Industrie et produits .....	14
3.4.1	Industrie des biens de consommation et marché de détail .....	14
3.4.2	Industrie horlogère .....	16
3.4.3	Secteur de l'automobile .....	16
3.4.4	Agriculture.....	17
3.5	Marché intérieur.....	17
3.5.1	Notariat .....	17
3.5.2	Activités dans d'autres domaines .....	18
3.6	Investigations.....	19
3.7	Relations internationales.....	19
3.8	Révision LCart – Etat des travaux.....	20
<b>4</b>	<b>Organisation et statistiques</b> .....	<b>21</b>
4.1	COMCO et Secrétariat.....	21
4.2	Statistiques .....	22
<b>5</b>	<b>L'accord de coopération avec l'UE</b> .....	<b>24</b>
5.1	Introduction.....	24
5.2	Contenu de l'accord.....	24
5.2.1	Préambule, définitions et but.....	24
5.2.2	Notifications et mise en oeuvre des mesures d'application .....	25
5.2.3	Courtoisie passive et active .....	26
5.2.4	Dispositions finales.....	26
5.3	Échange d'informations en particulier .....	26
5.3.1	Échange d'informations.....	26
5.3.2	Utilisation des informations.....	28
5.3.3	Protection et confidentialité des informations.....	29
5.3.4	Transmission au sein de l'UE et de l'EEE.....	29
5.4	Appréciation.....	30

# 1 Préface du Président

En 2013, les décisions de la COMCO et les tâches du Secrétariat se sont concentrées sur les thèmes centraux de ces dernières années (les **cartels durs** et en particulier les **cartels de soumissions** et le **cloisonnement du marché**). Des enquêtes concernant des accords sur les prix dans le domaine du fret aérien, des accords de soumission entre constructeurs de routes dans le canton de Zürich et des restrictions d'importations parallèles de livres rédigés en français ont été clôturées. Des sanctions ont été prononcées dans ce cadre contre les contrevenants. Dans le domaine du marché intérieur, la COMCO a recommandé l'ouverture des marchés cantonaux cloisonnés s'agissant des prestations de notariat. Dans une enquête préalable, le Secrétariat n'a pas trouvé suffisamment d'indices de restrictions illicites à la concurrence qui auraient empêché une transmission des effets de change. En 2013, le Secrétariat a ouvert 7 nouvelles enquêtes qui portaient sur les thèmes centraux mentionnés en introduction. Il a également étendu deux enquêtes ouvertes dans le domaine des accords de soumission.

Un cas particulier – car unique sur le plan international – a été tranché par la COMCO dans le domaine du marché horloger. Pour des raisons historiques, Swatch Group bénéficie d'une position dominante sur les marchés des mouvements mécaniques et des assortiments. Avec ces « pièces maîtresses », Swatch Group approvisionne une grande partie des fabricants horlogers suisses de montres mécaniques « swiss made » mondialement très reconnues. Il a dévoilé son intention de réduire progressivement la livraison de ces pièces aux fabricants suisses de montres. Une diminution trop rapide de ces livraisons aurait constitué très vraisemblablement un abus de position dominante – les fabricants de montres auraient été entravés, voire même exclus du marché. Afin de conformer la diminution de ses livraisons à la loi sur les cartels, Swatch Group a essayé de trouver une solution par le biais d'un accord amiable avec le Secrétariat. Dans le cadre de cet accord amiable, le Secrétariat avait la tâche de trouver un équilibre entre la diminution des livraisons de Swatch Group et la disponibilité des substituts d'autres fabricants, afin que la concurrence sur le marché des montres mécaniques reste « efficace ».

Au printemps 2013, après une enquête de marché, le Secrétariat et Swatch Group ont trouvé un accord amiable et ont soumis ce dernier à la COMCO en vue de son approbation. Les auditions des fabricants de montres concernés menées par la COMCO ont révélé qu'une réduction des livraisons des mouvements mécaniques était considérée comme acceptable, mais qu'un arrêt des livraisons d'assortiments était prématuré en raison du manque d'alternatives disponibles sur le marché. Ceci a finalement conduit à un deuxième nouvel accord amiable autorisant Swatch Group à réduire progressivement la livraison des mouvements mécaniques jusqu'en 2019 pour terminer par l'arrêt total des livraisons, cela sans que Swatch n'abuse de sa position dominante. L'obligation de livrer des assortiments demeure pour l'instant inchangée. Une réduction, respectivement un arrêt de ces livraisons, n'est pas exclu dans le futur. Cela dépendra de l'évolution de la situation présente sur le marché (émergence de sources de production alternatives).

La particularité de ce cas réside dans le fait qu'il ne s'agissait pas de juger et de sanctionner un abus d'une entreprise en position dominante. Il s'agissait plutôt d'encadrer un comportement qui était prévu, de façon à ce qu'aucun abus ne puisse se produire. Au regard du but de la loi sur les cartels, « *empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral* », une telle intervention de l'autorité de la concurrence n'est pas seulement adéquate, mais pour ainsi dire nécessaire.

Prof. Dr Vincent Martenet  
Président COMCO

## 2 Décisions les plus importantes 2013

Dans le canton de Zürich, des **entreprises de construction** se sont concertées entre 2006 et 2009 sur le prix des offres pour une trentaine de soumissions et ont déterminé qui remporterait l'adjudication. La COMCO a prononcé à l'encontre de ces entreprises une sanction s'élevant en totalité à environ un demi-million de francs. Dans sa décision du 22 avril 2013, la COMCO a renoncé entièrement à sanctionner une entreprise sur la base du programme de clémence. L'enquête de la COMCO a été ouverte par des perquisitions en 2009. Elle a démontré environ une trentaine d'accords de soumission. Le volume de soumissions concerné par ces accords s'élève à presque 13 millions de CHF.

Dans sa décision du 27 mai 2013, en raison d'entraves aux importations parallèles, la COMCO a sanctionné 10 diffuseurs-distributeurs de **livres rédigés en français** actifs en Suisse par une amende s'élevant à environ 16,5 millions de CHF. Les 10 diffuseurs-distributeurs ont empêché les détaillants suisses de s'approvisionner à des prix inférieurs à l'étranger et particulièrement en France entre 2005 et 2011. L'enquête a établi que les diffuseurs-distributeurs ont mis en œuvre des systèmes de distribution, qui ont eu pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de l'approvisionnement des livres écrits en français. Les détaillants suisses n'ont pas pu s'approvisionner à l'étranger durant la période visée par l'enquête, en raison de l'exclusivité convenue par chaque diffuseur-distributeur avec les éditeurs. Ce cloisonnement du marché a permis aux diffuseurs-distributeurs concernés de maintenir et de profiter d'un niveau de prix des livres excessif en Suisse. Cette décision revêt une importance particulière pour l'autorité de la concurrence, car elle concrétise la lutte contre le cloisonnement du marché suisse. Pour l'heure, la procédure de recours est pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

En vertu du droit cantonal, les **notaires** suisses n'ont pas la possibilité de faire reconnaître leur certificat de capacité dans un autre canton. Leur activité est limitée au territoire d'un canton. Le 23 septembre 2013, la COMCO a recommandé que les cantons reconnaissent les qualifications professionnelles équivalentes des notaires provenant d'autres cantons. Cela faciliterait grandement la mobilité professionnelle des notaires indépendants. Des mesures de restrictions telles que l'obligation de domicile, les clauses de réciprocité ou les exigences de nationalité devraient être abrogées. De plus, dans leurs offres d'emploi, les cantons qui connaissent le notariat officiel devraient également ne pas exclure les notaires formés dans un autre canton. Dans le même temps, la COMCO recommande au Conseil fédéral d'adopter la base légale, prévue dans le cadre de l'actuelle révision du Code civil (dispositions du Tit. fin. CC relatives à l'instrumentation d'actes authentiques), qui permet aux notaires d'instrumenter et de faire inscrire au registre foncier des actes authentiques dans le domaine immobilier pour toute la Suisse. Actuellement, un contrat concernant une affaire immobilière doit impérativement être instrumenté par un notaire du canton du lieu de situation de l'immeuble. Avec une reconnaissance intercantonale des actes authentiques en matière immobilière, les clients pourraient profiter d'une plus grande offre et choisir leur notaire en fonction de leurs besoins en termes de qualité, de prestation et de prix sur tout le territoire suisse.

La COMCO a clos, en date du 21 octobre 2013, l'enquête sur la mise en œuvre de la nouvelle politique de livraisons de **Swatch Group** en validant l'accord amiable passé entre Swatch Group et le Secrétariat. Cet accord permet à Swatch Group de réduire les livraisons de façon échelonnée. L'obligation de livrer des mouvements mécaniques restera valable jusqu'au 31 décembre 2019. Sur la base de la moyenne des années 2009-2011, Swatch Group, respectivement ETA, doivent livrer en 2014/2015 75%, en 2016/2017 65% et en 2018/2019 55% des quantités vendues. Dans ce cadre, Swatch Group, respectivement ETA, s'engagent à traiter chacun de leurs clients de manière égale. De plus, la clause en faveur des PME permet, dans des situations particulièrement difficiles, de s'écarter de cette règle au profit des clients concernés. La COMCO se réserve le droit de réexaminer cette obligation de livrer, au cas où la situation sur le marché évoluerait d'une manière sensiblement différente de ce qui a été envisagé. La COMCO estime qu'une réduction des livraisons des assortiments n'est en principe pas exclue ; une telle réduction apparaîtrait toutefois aujourd'hui

comme prématurée. Il convient de tenir compte à cet égard de la situation présente sur le marché et de l'évolution dans ce domaine qui reste incertaine. La COMCO suivra attentivement cette évolution (en particulier la phase de test chez les différents producteurs).

Par décision du 21 octobre 2013, la COMCO a décidé de clore l'enquête sur les **produits cosmétiques**, qui sont vendus avant tout par des instituts de beauté. Les restrictions à la concurrence ayant fait l'objet de l'enquête (accords de protection territoriale, interdictions du commerce online et recommandations de prix) n'ont pas eu un impact notable sur la concurrence. La COMCO est arrivée à cette conclusion en considérant notamment les parts de marché très peu importantes des entreprises visées par l'enquête, la faible concentration du marché et les différences de prix plutôt faibles au niveau international. Les entreprises visées par l'enquête ont dès lors adapté, de leur plein gré, les clauses contractuelles qui s'étaient révélées problématiques, ont déclaré expressément que les recommandations de prix en cause n'étaient pas contraignantes et en ont informé leurs acheteurs en conséquence.

Le Secrétariat a mené une enquête préalable, afin de déterminer dans quelle mesure 22 importants fournisseurs d'articles de marque, ainsi que Coop, Denner et Migros, ont répercuté les gains de change. Il était également question d'examiner si des éventuelles **non transmissions des avantages de cours de change** pouvaient s'expliquer par l'existence de restrictions illicites à la concurrence. Les réponses aux différentes questions posées aux acteurs du marché concernés n'ont laissé apparaître aucun indice sérieux d'accords sur les prix horizontaux ou verticaux potentiellement illicites. Elles n'ont pas révélé non plus d'indices suffisants, selon lesquels des interdictions d'importations parallèles, qui seraient problématiques du point de vue du droit des cartels, auraient existé. De même, aucun indice d'abus de position dominante d'une entreprise n'a pu être identifié. Il n'y avait dès lors pas lieu d'ouvrir une enquête contre la Coop, Denner, la Migros ou l'un des 22 fournisseurs d'articles de marque. La plupart des fournisseurs d'articles de marque interrogée a accordé de meilleures conditions aux commerces de détail. Selon les données qu'ils ont eux-mêmes transmises, dans la plupart des cas, les commerces de détail ont permis à leurs propres clients d'en bénéficier pleinement.

Dans une décision du 2 décembre 2013, la COMCO a sanctionné 11 compagnies aériennes pour un total avoisinant 11 millions de CHF en raison d'un cartel de prix dans le secteur du **fret aérien**. L'enquête de la Commission de la concurrence a révélé que les compagnies aériennes se sont entendues sur des taux de fret, des surtaxes de carburant, des surtaxes pour risque de conflit armé, des surtaxes pour les frais de douane pour les États-Unis ainsi que le prélèvement des surtaxes. Tous ces éléments font partie intégrante du prix du transport de fret aérien. Il s'agit d'un cas d'accord horizontal. L'enquête a été caractérisée par un haut degré de complexité lié à l'existence d'une multitude d'accords bilatéraux en matière de transport aérien avec des États tiers. Parmi ces accords sur le transport aérien, celui conclu avec l'UE revêt une importance toute particulière. La Suisse a conclu cet accord dans le cadre des Accords bilatéraux I. Pour la Suisse, cet accord équivaut à une intégration dans le domaine du transport aérien. En plus de la loi sur les cartels, la COMCO a ainsi dû appliquer les règles du droit de la concurrence européen, ces dernières faisant partie intégrante de l'accord. La procédure de recours est pour l'instant encore pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

Le 3 décembre 2013, le Tribunal administratif fédéral (TAF) a admis les recours de Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA et Bayer (Schweiz) AG et a annulé les trois amendes pour un total de 5.7 millions CHF infligées par la COMCO. Le 2 novembre 2009, la COMCO avait rendu trois décisions sanctionnant les entreprises pharmaceutiques Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA et Bayer (Schweiz) AG, leur reprochant d'avoir fixé le prix de revente de leurs **médicaments « hors liste »** contre le dysfonctionnement érectile Viagra (Pfizer), Levitra (Bayer) et Cialis (Eli Lilly) sous forme de prix publics recommandés. En publiant leurs recommandations, ces entreprises auraient ainsi pris part à un accord illicite au sens de l'art. 5 al. 1 en lien avec l'art. 5 al. 4 de la loi sur les cartels (LCart). Dans son analyse des rapports de concurrence en cause, le TAF conclut que, vu l'incidence psychologique du "facteur honte" sur les patients concernés, les conditions-cadres de la législation sur les médicaments (produits soumis à

ordonnance et interdiction de publicité destinée au public) sont à même d'éliminer la concurrence sur les prix intramarque au niveau des points de vente, de sorte qu'il convient d'admettre une réserve légale au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. La loi sur les cartels n'étant pas applicable à la constellation litigieuse, les décisions attaquées sont dépourvues de base légale. La COMCO et le département ont recouru auprès du Tribunal fédéral contre ce jugement.

Le TAF a rejeté les recours du fabricant d'Elmex, GABA International SA (Gaba) et de sa preneuse de licence autrichienne Gebro Pharma Sàrl (Gebro) contre la décision de la COMCO du 30 novembre 2009 prononçant une sanction. Une sanction d'un montant de 4.8 millions CHF avait été imposée à Gaba et de 10'000 CHF à Gebro. Le TAF considère une clause dans le contrat de licence qui liait les deux entreprises jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2006 comme un accord vertical illicite au sens de la LCart. Il confirme l'interprétation de la COMCO, selon laquelle une clause écrite interdisant les ventes passives depuis l'Autriche et par conséquent les importations parallèles en Suisse (interdiction des exportations) constitue un accord restreignant la concurrence de façon notable. La justification d'un tel accord par des motifs d'efficacité économique restait possible. Les conditions requises à cette fin ne sont toutefois pas remplies en l'occurrence. Le TAF approuve le point de vue de la première instance, selon lequel ce type d'accords est soumis à l'article 49a LCart et doit donc être sanctionné en vertu de cette norme. Les parties qui ont succombé ont déposé un recours au Tribunal fédéral.

## 3 Activités dans les différents secteurs

### 3.1 Construction

#### 3.1.1 Accords de soumission

En janvier 2013, le secrétariat a ouvert une enquête préalable concernant les systèmes d'annonce des fédérations cantonales des entrepreneurs. Comme constaté dans les enquêtes sur les routes et le génie civil dans les cantons d'Argovie<sup>1</sup> et de Zurich, de tels systèmes d'annonce des Fédérations d'entrepreneurs cantonales peuvent faciliter les accords de soumission. Le secrétariat s'est procuré une vue d'ensemble, pour savoir quelles fédérations connaissent encore un tel système. Pour une utilisation sans risque de violation de la loi sur les cartels, le secrétariat a proposé en été 2013, notamment que le nom des entreprises ayant notifié leur intérêt pour une soumission ne soit pas révélé aux autres entreprises avant le délai de remise des offres. L'enquête préalable sera probablement clôturée au deuxième trimestre 2014.

Le 30 octobre 2012, le secrétariat a ouvert une enquête construction en **Engadine inférieure** contre diverses entreprises de construction actives dans les routes, le génie civil et la construction ainsi que les marchés en amont et a effectué des perquisitions. Le secrétariat dispose d'indices selon lesquels les entreprises ont passé des accords pour coordonner les soumissions et se répartir les projets ou les clients. En raison des informations obtenues des investigations, cette enquête a été étendue à d'autres entreprises le 22 avril 2013 ainsi qu'à l'ensemble du canton des grisons. Des perquisitions ont été à nouveau effectuées. L'analyse des données et documents saisis est en cours.

Le 5 février 2013, le secrétariat a ouvert une enquête sur le **nettoyage des tunnels** contre trois entreprises actives dans plusieurs régions et a effectué des perquisitions. Le secrétariat dispose d'indices selon lesquels les entreprises ont passé des accords illicites pour coordonner les soumissions et se répartir les projets ou les clients. L'analyse des données saisies est en grande partie terminée. De plus, le secrétariat a effectué une analyse du marché approfondie auprès des adjudicateurs de ce type de travaux.

Le secrétariat a ouvert le 15 avril 2013 avec des perquisitions une enquête « **construction See-Gaster** » contre six entreprises actives dans le domaine des routes et du génie civil. Le secrétariat dispose d'indices selon lesquels les entreprises ont fait des accords illicites pour coordonner les soumissions et se répartir les projets ou les clients. Le 21 octobre 2013, le secrétariat a étendu l'enquête à deux entreprises supplémentaires dans la région cible. Des perquisitions ont été à nouveau effectuées. L'analyse des données saisies est quasiment terminée.

Dans l'enquête « **routes et génie civil dans le canton de Zurich** », des auditions ont eu lieu au printemps 2013. Par décision du 22 avril 2013, la COMCO a prononcé des sanctions contre diverses entreprises pour un montant total d'environ un demi-million de francs. Une entreprise n'a pas payé d'amende car elle s'est auto-dénoncée et a coopéré avec les autorités de concurrence. L'enquête a été close sans suite pour trois entreprises car aucune violation de la loi n'a pu être prouvée à leur égard. La décision est entrée en force en l'absence de recours. Dans cette enquête, il s'agissait d'accords dans le domaine des routes et du génie civil. Les entreprises déterminaient à l'avance quelle entreprise devait remporter le marché et s'entendaient sur les prix de leurs offres. La COMCO a pu prouver des accords illicites dans une trentaine de soumissions entre 2006 et 2009. Les amendes se basent sur le chiffre d'affaires réalisé avec les accords illicites, la gravité de la restriction à la concurrence et le nombre de participations à des accords illicites.

Les recours contre la décision de la COMCO sur des accords de soumission dans **le canton d'Argovie** sont encore pendants devant le Tribunal administratif fédéral.

---

<sup>1</sup> Cf. DPC 2012/2, p. 273 s., N 8 ss.

### 3.1.2 Autres thèmes

L'enquête „salles de bain“ ouverte le 22 novembre 2011 a été continuée. Après l'envoi de questionnaires et l'analyse des données physiques et électroniques saisies lors des perquisitions, de nombreuses auditions de parties et de témoins ont eu lieu en automne 2012. En 2013, le secrétariat a envoyé à nouveau des questionnaires aux parties et aux fabricants de sanitaires, a conduit des négociations avec l'Union des grossistes en sanitaires pour conclure un accord amiable et a conduit une dernière série d'auditions. Parallèlement, le secrétariat a travaillé à la rédaction de la proposition du secrétariat selon l'art. 30 al. 2 LCart.

En raison d'autres procédures jugées plus prioritaires, l'enquête des **ferrements pour portes** a été mise au deuxième plan pendant le premier semestre 2013 et a été à nouveau reprise au second semestre. Les informations recueillies en 2012 ont été analysées et la proposition du secrétariat est en cours d'élaboration.

Suite aux deux enquêtes sur les accords de soumission dans **les routes et le génie civil dans le canton d'Argovie** et le **canton de Zurich**, plusieurs maîtres d'ouvrages publics ont demandé accès aux actes de procédure concernant leurs soumissions affectées par un accord illicite. Ces demandes sont une conséquence de l'anonymisation dans les décisions de la COMCO (les projets concrets de construction touchés par les accords illicites ne sont pas nommés). La décision d'accepter ces demandes d'accès aux documents et dans quelle mesure est en cours.

Les recours interjetés contre les décisions de la COMCO concernant les **ferrements de fenêtres** sont toujours pendants devant le Tribunal administratif fédéral.

### 3.1.3 Thème spécial consortiums

Dans le cadre de la révision partielle de la LCart (cf. 3.8), en rapport avec l'interdiction partielle des accords les plus nocifs du point de vue la concurrence, certains affirment que les autorités de concurrence adoptent déjà aujourd'hui une position très restrictive envers les consortiums et que les consortiums seraient interdits si l'interdiction partielle est adoptée par le Parlement (cf. par exemple Gewerbezeitung du 4 octobre 2013; Handelszeitung du 24 octobre 2013, p. 18). Ces affirmations sont inexactes. La preuve en est que dans les pays avoisinants qui connaissent le principe d'interdiction des cartels, les consortiums sont toujours répandus et reconnus comme licites. Le Conseil fédéral, le groupe de travail sur la révision de la LCart ainsi que le secrétariat ont eu des discussions de « clarification » avec les associations, les entreprises de construction et l'administration. Il sied de souligner les points suivants :

- Les consortiums sont et restent en principe non problématiques du point de vue de la loi sur les cartels.
- L'objet des procédures de la COMCO jusqu'à présent était des cartels de soumission et non des consortiums.
- De nombreuses raisons qui conduisent à former des consortiums, ne sont pas problématiques du point de vue cartellaire.

**Les consortiums sont et restent en principe non problématiques du point de vue du droit des cartels.** Les consortiums sont certes des « ententes » au sens commun du terme. Ils ne sont dans la plupart des cas pas des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart car cela supposerait qu'ils aient pour but ou effet d'entraîner une restriction à la concurrence. Au contraire, les consortiums favorisent souvent la concurrence, dans la mesure qu'ils permettent aux entreprises (en particulier les PME) de pouvoir déposer une offre et de réaliser un projet. L'art. 5 LCart qui dispose quels accords sont illicites et qui contiendrait l'interdiction partielle, n'est applicable aux accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. La preuve d'un tel accord selon le droit actuel comme dans le droit à l'avenir est à la charge des autorités de concurrence. Seulement dans des exceptions, les consortiums restreignent la



concurrence et sont à qualifier comme des accords au sens de la LCart et à examiner de plus près.

**Les procédures jusqu'à présent concernaient des accords de soumission, pas des consortiums.** Dans les enquêtes des routes et du génie civil dans les cantons d'Argovie et de Zurich et des entreprises d'électricité bernoises, il s'agissait d'accords de soumission. Lors de ces accords, les entreprises convenaient entre elles à l'avance qui devait remporter le marché et les autres entreprises „protégeaient“ celle-ci en soumettant des offres de couverture. De tels accords sont manifestement nocifs pour la concurrence et constituent une violation cartellaire. Les consortiums ont été appréhendés seulement lorsqu'ils étaient partie à de tels accords. Dans le cas des entreprises d'électricité de Berne, par exemple, les entreprises formaient des consortiums entre elles pour certaines soumissions mais ne révélaient pas leur existence au maître d'œuvre. Au contraire, elles soumettaient des offres indépendantes, faisant croire à de la concurrence entre elles et ainsi « trompaient » le maître d'œuvre. Il ne s'agissait pas de consortiums au sens propre mais de cartels de soumission (appelés ou cachés sous la forme d'un consortium). De vrais consortiums n'ont jamais été poursuivis ou interdits par la COMCO parce qu'ils ne sont en principe pas problématiques.

**Les motifs licites pour former un consortium sont variés.** Il a été parfois affirmé que la COMCO ne considère les consortiums pas problématiques que lorsque les partenaires du consortium ne seraient pas capables de réaliser le projet seul. Cette affirmation est inexacte. La COMCO ne s'est jamais penché sur les consortiums mais a seulement défini ce qu'était un consortium. Elle n'a pas cité de manière exhaustive les motifs qui peuvent inciter à former un consortium qui ne sont pas problématiques par rapport à la loi sur les cartels. Souvent des consortiums sont formés afin de pouvoir être à même de soumettre une offre. Les raisons en sont diverses : manque de connaissances spécifiques, raisons financières, capacités insuffisantes ou risque de dépendance. Les consortiums peuvent permettre une offre économiquement plus avantageuse (meilleur rapport qualité/prix). De tels consortiums ne sont pas problématiques du point de vue du droit de la concurrence et la révision de l'art. 5 LCart ne va rien y changer.

## 3.2 Services

### 3.2.1 Services financiers

Dans le domaine des marchés financiers, le Secrétariat s'est employé à accélérer la progression des procédures en cours, en particulier l'enquête sur les accords de manipulation des taux de référence **Libor, Tibor** et **Euribor**. Dans ce cadre, l'obtention de données à l'étranger a occasionné des difficultés, surtout à l'égard des données d'entreprises situées en Angleterre, en France ou aux Etats-Unis, pays connaissant des lois nationales interdisant le transfert de données à la Suisse ou les soumettant à des conditions restrictives. Le Secrétariat a dû rendre deux décisions portant sur l'obligation de renseigner. Une à l'encontre de Interdealt-Broker ICAP qui invoquait son incapacité de transmettre des données en l'absence d'une décision expresse d'un tribunal sans risquer de violer le UK Data Protection Act de 1998 (DPA). Le Secrétariat a constaté qu'un droit étranger s'opposant à la livraison d'informations ne pouvait soustraire à l'obligation de renseigner selon l'art. 40 LCart. Dans le cadre du recours d'ICAP contre cette décision, le Tribunal administratif fédéral a considéré que le dommage d'ICAP n'était certes pas anodin, mais qu'il était cependant de moindre importance en comparaison à l'intérêt public à une procédure cartellaire rapide. Le Tribunal a dès lors contraint ICAP à remplir son obligation de renseigner. ICAP a considéré cet arrêt comme remplissant l'exigence selon DPA d'une décision d'un tribunal pour la livraison de données. Une seconde décision sur l'obligation de renseigner a été rendue à l'encontre de la filiale suisse d'un holding français. Cette entreprise refusait de répondre à un questionnaire du Secrétariat en se fondant sur l'argument que ce dernier aurait dû être adressé à la société mère en France. Le recours déposé à l'encontre de la décision constatatoire a été rejeté par le Tribunal administratif fédéral. Cette autorité a constaté que la filiale suisse était tenue de transmettre la décision à la réelle destinataire au sein du groupe de société, dans le cas d'espèce, à la maison mère française.

La deuxième enquête a concerné les commissions d'interchange bancaires pour les cartes de crédit. Au cours de l'année, de nombreuses données ont été récoltées et analysées. Une enquête préalable a concerné l'introduction d'une nouvelle taxe de MasterCard (**Preauthorization-Fee**). De plus, une enquête préalable supplémentaire portant sur un éventuel accord sur les **taux de change dans le commerce des devises** entre différentes banques a été ouverte.

### 3.2.2 Profession libérales et services professionnels

Dans le domaine des professions libérales, une procédure est actuellement menée dans le domaine du tourisme, concernant les conditions contractuelles de **plates-formes de réservation en ligne pour les hôtels**. L'enquête a été ouverte à l'encontre des entreprises Booking.com, HRS et Expedia. L'analyse porte sur la clause dite de « la garantie du meilleur prix », qui implique pour un hôtel de facturer à un client ayant réservé une chambre au travers d'une plate-forme de réservation internet le meilleur prix facturé. Une autre clause concerne les interdictions de contingent, qui impliquent qu'un hôtel doit systématiquement mettre à disposition d'une plate-forme l'ensemble de ses chambres disponibles. De telles clauses pourraient être problématiques au regard de la LCart et ont nécessité des mesures d'investigation approfondie au cours de l'année. D'autres autorités de la concurrence à l'étranger ont aussi décidé d'investiguer ces pratiques.

Une enquête préalable a été close, suite à un accord trouvé avec l'entreprise visée. Cette procédure concernait le système de distribution d'un **organisateur de croisières**. Ce dernier ne permettait pas aux entreprises membres de son réseau de distribution (des agences de voyage avec siège en Allemagne), de vendre des voyages de son catalogue allemand à des ressortissants n'habitant pas dans ce pays. En d'autres termes, il était impossible pour un client suisse de commander un voyage, vendu par une agence allemande et décrit dans un catalogue allemand, le tout au prix pratiqué en Allemagne. Après l'intervention des autorités de la concurrence, l'entreprise concernée a accepté d'adapter son comportement et d'autoriser à l'avenir les agences de son réseau de distribution à vendre également leurs voyages organisés à des clients habitant en Suisse.

Le domaine de **l'informatique**, programmes et matériel, a nécessité également un grand nombre de clarifications. Une procédure a concerné la problématique de la maintenance d'une catégorie particulière d'équipement informatique. Selon certaines plaintes reçues à son encontre, une entreprise abuserait de sa position dominante pour coupler l'achat de mises à jour du software nécessaire à l'exploitation du matériel informatique qu'elle commercialise, avec des contrats de maintenance. Dans cette même procédure, ainsi que dans une autre, la problématique de la maintenance étrangère a également dû être analysée. Selon certaines informations, des éditeurs de logiciels informatiques rendraient plus difficile, pour le consommateur final, le fait de conclure un contrat de maintenance avec une autre entreprise que celle prévue par l'éditeur du produit concerné. Enfin, régulièrement, des plaintes ont été formulées à l'encontre de différentes entreprises, en raison des prix pratiqués, plus élevés en Suisse qu'à l'étranger. Certaines de ces procédures sont toujours en cours. Les autres ont pu être terminées sans suite.

Enfin, régulièrement en début de saison de ski, le Secrétariat est saisi de plaintes **d'écoles de ski** quant au comportement prétendument abusif de certaines entreprises de remontées mécaniques. Sont invoqués à cet égard les avantages dont bénéficieraient les écoles « traditionnelles » de ski, dans certaines stations, au détriment de nouvelles écoles concurrentes ou installées plus récemment. Dans la mesure où il s'agit de conflits privés, le Secrétariat invite généralement le plaignant à recourir au juge civil.

### 3.2.1 Marchés de la santé

Les investigations concernant l'enquête relative à la **commercialisation d'informations médicales** électroniques nécessaires à la distribution, la remise et la facturation de médicaments en Suisse se sont poursuivies en 2013. Des questionnaires ont été envoyés à plus de trois cents entreprises en Suisse. Les réponses sont en cours d'examen.

L'enquête préalable relative à la **convention** proposée par **santésuisse**, cosignée par les assureurs-maladie, concernant la **publicité aux assurés** (fixation des commissions pour les agents et pour les intermédiaires à un maximum de CHF 50.--, boycott des CallCenter) a mis en lumière des indices, qu'il pourrait constituer un accord au sens de l'art. 5 al. 3 let. a et b LCart et affecter la concurrence entre les assureurs-maladie de façon notable. Même si la mesure prévue par la convention et visant à améliorer la qualité des prestations des intermédiaires n'a pas posé problème du point de vue de la LCart, compte tenu de ces résultats, santésuisse a décidé de supprimer la convention au cours du mois de février 2014. Les autorités de la concurrence sont d'avis que les assureurs-maladies doivent pouvoir disposer d'instruments d'information qui permettent de maintenir une concurrence efficace entre les acteurs du marché, conformément à la volonté du législateur. Grâce à l'information, les assurés peuvent bénéficier des meilleures offres lors du choix de leur assureur-maladie. Une réduction coordonnée de la publicité et de l'information aux assurés aurait pu avoir des effets négatifs sur les primes et sur la transparence du marché. L'enquête préalable étant restée sans objet, elle a été clôturée sans suite.

L'examen du marché des **appareils auditifs** a pu être achevé au cours de l'année 2013. L'analyse des données relatives à la période suivant l'introduction du nouveau système forfaitaire de remboursement des dépenses pour ces appareils a permis de clore cette enquête préalable. Au regard des prises de position sur le rapport intermédiaire ainsi que sur différents questionnaires, il n'a pas été possible de confirmer que les recommandations de prix sur les listes d'appareils auditifs de même que sur les listes de fabricants, publiées à l'intention des acousticiens, sont à imputer aux producteurs d'appareils auditifs. Il en ressort que l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a eu une influence déterminante sur la publication ainsi que sur la forme concrète des prix de vente recommandés publiés sur la liste des appareils auditifs. Il n'a dès lors pas été possible de déterminer si, dans le cas concret, un acousticien se serait orienté sur la recommandation de prix de vente sur cette liste, voulue par les autorités ou sur celle figurant sur la liste des producteurs, étant donné que les prix sur les deux listes correspondaient largement. Dans le but d'encourager la concurrence sur le marché des appareils auditifs, le secrétariat serait favorable à une séparation des prestations de services des acousticiens et de la vente d'appareils. Une telle séparation pourrait réduire des mauvais incitants pour les acousticiens.

Dans le cadre de l'enquête préalable relative à la **distribution de moyens auxiliaires dans le canton de Vaud**, le Secrétariat a rendu son rapport final d'enquête préalable en automne 2013. Le Secrétariat estime que les mesures entrées en force le 1<sup>er</sup> janvier 2013 permettent de classer la procédure sans suite. Ces mesures prises par l'Association Vaudoise d'Aide et de Soins à Domicile (AVASAD) prévoient notamment la fin des recommandations tarifaires, un approvisionnement libre pour les centres de moyens auxiliaires et la création d'une liste de fournisseurs distribuée aux professionnels.

### 3.3 Infrastructure

#### 3.3.1 Télécommunication

Le 18 juillet 2013, la COMCO a ouvert une enquête contre Swisscom (Schweiz) AG. Il s'agit de déterminer si Swisscom a abusé de sa position dominante **dans le domaine de l'Internet à haut débit** pour la clientèle commerciale, de sorte à entraver les concurrents en matière d'appels d'offres. Concrètement, il s'agit d'une procédure d'appel d'offres de la Poste relative à l'installation d'un accès Internet à haut débit pour l'ensemble de ses sites en Suisse, à laquelle Swisscom ainsi que deux autres fournisseurs de services de télécommunications ont participé. En ce qui concerne les deux autres fournisseurs de services, l'élaboration d'une offre pour la Poste dépendait de prestations intermédiaires fournies par Swisscom. Il existerait des indices selon lesquels Swisscom aurait fixé les prix pour ces prestations intermédiaires à un niveau empêchant les autres fournisseurs de formuler des offres de manière concurrentielle à l'égard de la Poste.

L'enquête **Demande de réexamen Tele 2 vs. Swisscom** a été close par décision du 18 mars 2013. Swisscom avait requis, en vertu de la possibilité prévue par le droit des télécommunications de « facturation du raccordement au réseau fixe », la levée de l'interdiction d'envoi de matériel publicitaire à l'occasion de la facturation du raccordement des abonnés, convenue avec la COMCO. Il apparaissait qu'aucune modification fondamentale des rapports juridiques et effectifs n'était intervenue qui aurait indiqué une révision de l'accord à l'amiable. La requête de réexamen a donc été rejetée. .

En plus, la COMCO a procédé au contrôle de deux **fusions d'entreprises** dans le domaine des télécommunications, qui déjà au stade de l'examen préalable ont été jugées non problématiques.

### 3.3.2 Médias

Dans l'enquête **Prix du livre en Romandie**, la COMCO conclut dans sa décision du 27 mai 2013 qu'entre 2005 et 2011, dix grossistes de livres en langue française avaient empêché les libraires suisses de s'approvisionner en livres à l'étranger à des prix plus bas, particulièrement en France. À cet effet, les grossistes ont élaboré un système de distribution qui a permis de restreindre la concurrence sur le marché de l'approvisionnement pour les livres en langue française. Ainsi, entre 2005 et 2011 il n'a pu être effectué pratiquement aucune importation parallèle, les tentatives des libraires de se faire livrer à moindre coût directement depuis l'étranger échouant systématiquement. Ce cloisonnement du marché a permis aux grossistes de maintenir en Suisse un niveau de prix excessivement élevé pour les livres. La COMCO a prononcé contre les dix grossistes des sanctions pour un montant total d'environ CHF 16.5 millions pour des accords illicites en matière d'attribution de territoires. La majorité des entreprises sanctionnées ont déposé des recours auprès du Tribunal administratif fédéral. .

L'enquête ouverte contre l'Agence Télégraphique Suisse (ATS), **Politique en matière de prix et autres pratiques**, a été poursuivie pendant l'année de référence comme prévu. Elle doit permettre de déterminer si l'ATS a abusé de son éventuelle position dominante pour entraver des concurrents et désavantager des clients. Une enquête préalable a révélé des indices que la politique de remises de l'ATS ainsi que l'octroi de rabais d'exclusivité pourraient avoir comme but une restriction de la concurrence ainsi qu'une barrière à l'entrée sur le marché.

L'enquête préalable **Goldbach Group commercialisation de médias radiotélévisés** a beaucoup avancée. Elle traite de la question de l'abus d'une éventuelle position dominante dans le domaine de la commercialisation de médias radiotélévisés par Goldbach Group. Sont concernés en particulier la pratique de fixation des prix, l'octroi de différents types de remises et la mise en œuvre d'une éventuelle stratégie d'éviction à l'encontre des concurrents.

En avril 2013, la COMCO a ouvert l'enquête **Retransmission du sport en direct dans le domaine de la télévision payante**. Il doit être déterminé si CT Cinetrade AG a illégalement refusé certaines prestations à des fournisseurs de plateformes TV concurrentes de Swisscom et si Cinetrade a discriminé certains fournisseurs de plateformes TV ainsi que certains clients. En effet, l'offre Teleclub peut être reçue à meilleur prix sur Swisscom TV que sur d'autres plateformes TV, ce malgré le fait que l'offre sportive sur Swisscom TV soit plus importante. En outre, il doit être déterminé dans le cadre de l'enquête, si le fait d'obliger les clients à recevoir l'offre sportive conjointement avec l'offre de base constitue une transaction couplée illicite sous l'angle du droit des cartels. En mai 2013, trois opérateurs de câble ont présenté une requête de mesures provisionnelles et requis en particulier la mise à disposition du contenu de certains programmes ainsi que des possibilités d'approvisionnement pour de tels programmes. Les requêtes ont été rejetées par la COMCO par décision du 8 juillet 2013. La procédure de recours y relative est encore pendante.

En 2013, la COMCO a également dû procéder au contrôle de plusieurs **fusions d'entreprises** : lors du projet de fusion Tamedia / Ringier / Jobsuchmaschine, Tamedia AG et

Ringier AG ont cherché à prendre communément contrôle de Jobsuchmaschine AG. Dans Tamedia / PPN AG, Tamedia a annoncé la prise de contrôle exclusive de l'entreprise PPN Schweiz AG, jusque-là contrôlée communément par Neue Zürcher Zeitung AG, Ringier et cXense AS. Dans Tamedia / Schibsted / SCMS / piazza.ch / car4you, Tamedia et Schibsted Classified Media NV projettent de prendre communément le contrôle de Schibsted Classified Media Switzerland AG et d'acquérir des parts dans l'entreprise piazza.ch et car4you. Dans Tamedia / Starticket, Tamedia a annoncé son intention de reprendre exclusivement le contrôle de Starticket AG. En outre, Tamedia a annoncé la reprise de la majorité du capital-actions et du contrôle de la Ziegler Druck- Verlags AG. Dans PubliGroupe / S1TV a été annoncée la prise de contrôle commune de S1TV AG par PubliGroupe S.A. et sa filiale ainsi que les fondateurs de S1TV. Dans Mediaspectrum, Inc. / Publigroupe S.A. / xentive SA, Mediaspectrum, Inc. ainsi qu'une partie tierce choisie à la discrétion de Mediaspectrum ont prévu d'acquérir une participation de 51% dans xentive SA, qui était jusque-là sous le contrôle exclusif de Publigroupe. Après l'exécution de la fusion, Xentive sera donc contrôlée communément par Mediaspectrum et Publigroupe. Enfin, dans Orell Füssli / Thalia, a été annoncée la fondation d'une entreprise commune de plein exercice active dans la vente de livres et de produits complémentaires à une clientèle en Suisse. Toutes ces opérations ont reçu le feu vert de la COMCO à la suite d'une évaluation dans le cadre de la procédure d'examen préalable.

### 3.3.3 Energie

En rapport avec une procédure d'opposition, en février 2013 une enquête préalable a été ouverte contre la société coopérative VSG ASIG (VSG) et ses membres. Dans le cadre de l'enquête préalable, il a dû être établi si les conventions dénommées **convention de la branche et l'accès au réseau pour le gaz naturel** notifiées par l'ASIG et ses membres constituaient des restrictions illicites à la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 3, de l'article 4 et/ou de l'article 7 LCart. La convention de branche est un règlement de droit privé qui a été conclu entre l'ASIG (en tant que représentant de l'exploitant du réseau) et le groupement d'intérêts relatif au gaz naturel ainsi que le groupement des branches à forte consommation énergétique (en tant que représentant des consommateurs de gaz naturel, respectivement des utilisateurs du réseau) dans lequel sont définies les conditions d'acheminement de gaz naturel à des clients industriels par des tiers. En décembre 2013, le Secrétariat avait informé les parties dans un rapport final détaillé – et notamment expressément quant à l'existence de la menace de sanctions – de ses réserves quant à la conformité au droit des cartels du règlement précité, en particulier certains critères d'accès au réseau. L'économie gazière a en revanche prévu des adaptations d'une grande partie des clauses, tenant ainsi compte au cours de l'enquête préalable déjà des réserves émises par le Secrétariat.

En mars 2013, le Secrétariat a ouvert l'enquête préalable **Stratégie propriétaire ewb**. L'enquête préalable vise à établir, si Energie Wasser Bern (ewb) a abusé de sa prétendue position dominante sur les marchés de l'approvisionnement pour les marchés en aval et adjacents, restreignant pour les entreprises actives sur ces marchés l'accès à et l'exercice de la concurrence. Au premier plan de l'enquête figuraient notamment le traitement préférentiel de la filiale d'ewb au moyen de subventions croisées issues du monopole, l'éventuelle utilisation de données du marché et de clients et /ou d'autres informations issues du monopole, ainsi que des possibles transactions couplées ou entraves techniques.

Enfin, dans le secteur de l'énergie, la COMCO a été invitée à prendre position dans diverses procédures de consultation. Il convient ici de mentionner en particulier les révisions partielles de la loi sur l'approvisionnement en électricité et de l'ordonnance sur l'énergie. Le Secrétariat a été consulté à ce sujet pour des questions de droit de la concurrence concernant l'accord sur l'électricité avec l'Union européenne.

### 3.3.4 Autres secteurs

Dans l'enquête **fret aérien** la COMCO est arrivée par décision du 2 décembre 2013 à la conclusion qu'entre 2000 et 2005, plusieurs compagnies aériennes ont convenu de certains éléments de la définition des prix. Il s'agit en l'occurrence des taux de fret, de surtaxes de carburant, de surtaxes pour le risque de conflit armé, de surtaxes de dédouanement pour les États-Unis et de la perception de surtaxes. Parallèlement à la loi suisse sur les cartels, la COMCO a dû appliquer une multitude d'accord en matière de transport aérien conclus avec d'autres États et entres autres celui conclu avec l'Union européenne (UE). La COMCO a sanctionné 11 compagnies aériennes concernant des accords horizontaux sur les prix pour un montant total avoisinant les 11 millions. La Deutsche Lufthansa AG (ainsi que sa filiale Swiss Airlines AG), qui dont l'auto-dénonciation permis l'ouverture de la procédure, a profité d'une exonération totale de sa sanction. De même, les sanctions de 5 autres compagnies s'étant auto-dénoncées ont été réduites substantiellement. En plus de la COMCO, la Commission UE et l'US Department of Justice ont également sanctionné le comportement des compagnies aériennes.

En Juillet 2013, la COMCO a ouvert l'enquête **systèmes de prix concernant les envois postaux pour la clientèle commerciale**. La Poste accorde des conditions spéciales à ses clients commerciaux à partir d'un chiffre d'affaire annuel de plus de CHF 100'000. L'enquête doit établir si la Poste a entravé ses concurrents sur le marché par l'élaboration et l'application du système de prix, dans la mesure où ce dernier revient à compliquer, voire à empêcher la possibilité de recours par des clients commerciaux aux services des concurrents de La Poste. La suite de l'enquête vise à déterminer si la Poste a discriminé ou d'une autre manière désavantagé certains clients déterminés.

Dans le secteur du transport ferroviaire, la COMCO a **évalué l'opération de fusion notifiée BLS AG / BLS Cargo AG**. Selon la notification, BLS AG a modifié la convention d'actionnaires avec la Deutsche Bahn Schweiz Holding AG portant sur le contrôle en commun de BLS Cargo AG, le contrôle en commun par BLS et DB Holding étant transféré à BLS exclusivement. La notification de fusion a été jugée comme ne comportant aucun risque dans le cadre de la procédure d'examen préalable.

## 3.4 Industrie et produits

### 3.4.1 Industrie des biens de consommation et marché de détail

Le Secrétariat a poursuivi ses investigations, dans l'enquête sur les **pianos à queue et pianos** ouverte le 27 novembre 2012. Cette enquête a été ouverte suite à un appel d'offres de la Haute Ecole des arts de Zürich, au Toni-Areal, qui a révélé des indices de distorsions de la concurrence. Il existe, en particulier, de sérieux indices d'ententes sur le cloisonnement de certains territoires et d'ententes sur la fixation des prix. En outre, il se peut qu'en Suisse, les importations parallèles et directes depuis les pays voisins soient entravées, voire empêchées.

Le 3 juillet 2013, les autorités de la concurrence ont ouvert, sur plainte d'un revendeur, une enquête contre Musik Olar AG et ont procédé à une perquisition. Cette enquête a pour objet d'examiner si des accords verticaux sur la fixation des prix ont été conclus dans le cadre de la distribution **d'instruments à cordes** (guitares et basses) et d'accessoires.

Par décision du 21 octobre 2013, la COMCO a décidé de clore l'enquête sur les **produits cosmétiques**, qui sont vendus avant tout par des instituts de beauté. Les restrictions à la concurrence ayant fait l'objet de l'enquête (accords de protection territoriale, interdictions du commerce online et recommandations de prix) n'ont pas affecté la concurrence de manière notable. La COMCO est arrivée à cette conclusion en considérant notamment les parts de marché très peu importantes des entreprises visées par l'enquête, la faible concentration du marché et les différences de prix plutôt faibles au niveau international. Les entreprises visées par l'enquête ont en outre adapté de leur plein gré les clauses contractuelles qui s'étaient ré-

vélées problématiques, ont déclaré expressément que les recommandations de prix en cause n'étaient pas contraignantes et en ont informé leurs clients en conséquence.

Le Secrétariat a poursuivi ses investigations, dans une enquête en cours contre **Jura Elektroapparate AG**. L'enquête avait été ouverte en date du 26 octobre 2011, dans le cadre de la non transmission des avantages de cours de change. Cette enquête doit déterminer si Jura Elektroapparate AG fixe des prix de revente minimums ou fixes et/ou procède à une attribution de certains territoires, de façon contraire à la loi.

S'agissant des accords verticaux, les recours suivants, déposés contre certaines décisions de la COMCO, étaient encore pendants au Tribunal administratif fédéral, à la fin de l'année 2013 : **Nikon, BMW, articles de sport/Roger Guénat SA**. Le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours déposé dans le cas GABA/Elmex, par arrêt du 19 décembre 2013 (voir chiffre 2 ci-dessus). La cause est désormais pendante devant le Tribunal administratif fédéral.

Le Secrétariat a examiné, lors d'une enquête préalable, dans quelle mesure les **gains de change dans le commerce de détail d'articles de marque** ont été répercutés sur le niveau suivant de la chaîne de distribution, soit sur les clients finaux suisses. Il a également été question d'examiner si une éventuelle non transmission des avantages de cours de change pouvait s'expliquer par l'existence de restrictions illicites à la concurrence. Le Secrétariat a questionné les trois commerces de détail en alimentation Coop, Denner et Migros, ainsi que 22 importants fournisseurs d'articles de marque, en particulier sur les avantages de cours de change qu'ils avaient répercutés sur les prix des trois produits de leurs cinq marques les plus importantes, où le chiffre d'affaires le plus élevé avait été réalisé. La plupart des fournisseurs d'articles de marque interrogés a accordé de meilleures conditions aux commerces de détail. Selon les données qu'ils ont eux-mêmes transmises, les commerces de détail ont permis, dans la plupart des cas, à leurs propres clients d'en bénéficier pleinement. De nombreux fournisseurs ont confirmé que les commerces de détail avaient bel et bien répercuté les avantages de cours de change. Les réponses aux différentes questions posées aux acteurs du marché concernés n'ont laissé apparaître aucun indice sérieux d'accords horizontaux ou verticaux sur la fixation des prix, qui auraient été illicites. Elles n'ont pas révélé non plus d'indices suffisants, selon lesquels des interdictions d'importations parallèles, qui seraient problématiques du point de vue du droit des cartels, auraient existé. De même, aucun indice d'abus de position dominante d'une entreprise n'a pu être identifié. Il n'y avait dès lors pas lieu d'ouvrir une enquête contre la Coop, Denner, la Migros ou l'un des 22 fournisseurs d'articles de marque.

Une enquête préalable a été ouverte dans le domaine des **articles de voyage**. Le Secrétariat a examiné s'il existait des indices d'ententes de protection territoriale et d'ententes sur la fixation des prix. Cet examen s'est concentré sur les entraves au commerce électronique transfrontalier.

Dans le cadre d'une observation de marché, le Secrétariat a examiné les différences de prix des articles de sport des marques **adidas** et **NIKE**, sur le plan international. Lors de ses recherches, il a constaté que les consommateurs finaux avaient le choix d'acheter les articles de sport concernés dans les magasins spécialisés ou en ligne, en Suisse ou à l'étranger et de profiter ainsi de canaux de distribution plus favorables. En outre, les deux entreprises ont confirmé par écrit que les fournisseurs suisses agréés selon le système de distribution sélective en place pouvaient acheter, sans autre, des articles de sport aux grossistes ou fournisseurs se trouvant à l'étranger, aux conditions qui y étaient pratiquées.

Le 20 décembre 2012, la Fédération des coopératives Migros et Denner AG (ci-après : les requérantes) a déposé une demande, afin que les conditions fixées dans la décision **Migros/Denner** par la COMCO (DPC 2008/1, p. 129 ss), soient annulées, et ce avant le terme initialement prévu. Après avoir sondé le marché de façon approfondie, le Secrétariat a envoyé aux requérantes, en date du 18 avril 2013, sa proposition à la COMCO pour prise de position. Par courrier du 10 juin 2013, les requérantes ont retiré leur demande. Les conditions, qui valent aujourd'hui, restent ainsi encore en vigueur, comme prévu, jusqu'au 3 sep-

tembre 2014 – sauf la condition 6 sur l'interdiction des contrats d'exclusivité conclus avec les fournisseurs, qu'on a décidé d'appliquer indéfiniment.

### 3.4.2 Industrie horlogère

Par décision du 21 octobre 2013, la COMCO a clos l'enquête ouverte contre **The Swatch Group AG** sur l'arrêt des livraisons de mouvements mécaniques et assortiments (ensemble des pièces qui composent les organes réglant la montre mécanique) que cette société prévoyait. Cette enquête a été ouverte en date du 6 juin 2011 et devait déterminer, si la mise en œuvre de la nouvelle politique de livraisons prévue pouvait constituer un abus de position dominante contraire à la réglementation sur les cartels. Dans le cadre de l'ouverture de cette enquête, la COMCO a décidé, en se basant sur un accord amiable conclu avec le Swatch Group, de prononcer des mesures provisionnelles, afin que les entreprises actives dans l'industrie horlogère ne rencontrent aucune difficulté de planification. Elle a décidé, en date du 7 mai 2012, d'appliquer ces mesures durant une année de plus, jusqu'à la fin de l'année 2013. Un accord amiable entre le Secrétariat et le Swatch Group a été conclu au printemps 2013, en se basant sur une étude de marché, où l'on a examiné, en particulier, si des sources d'approvisionnement alternatives au Swatch Group existaient et dans quel délai de telles sources pourraient en tous les cas être mises en place. Cet accord prévoyait une diminution des livraisons de mouvements mécaniques et assortiments, de façon échelonnée. Le 8 juillet 2013, la COMCO a décidé de refuser cet accord, car elle a considéré qu'une réduction des livraisons des assortiments (composants essentiels) était prématurée, au vu de la situation que connaissait le marché. Après de nouvelles négociations avec le Swatch Group, un nouvel accord amiable a été présenté à la COMCO. Il a mis en œuvre les points importants prédéfinis par la COMCO. Celle-ci l'a approuvé en date du 21 octobre 2013. Ce nouvel accord prévoit une réduction échelonnée des livraisons de mouvements mécaniques jusqu'au 31 décembre 2019, où l'on fera face aux restrictions à la concurrence suite à l'arrêt des livraisons, au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart. L'obligation de livrer des assortiments de Swatch Group est encore valable provisoirement.

Par ailleurs, on a mis fin à la suspension de l'enquête sur les mouvements mécaniques ouverte contre **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (une société fille détenue à 100% par le Swatch Group ; ci-après : ETA). Cette enquête porte sur l'augmentation des prix et les modifications des conditions de paiement qu'ETA a imposées à ses clients. Cette suspension s'est imposée, dans la mesure où la situation sur le marché des mouvements mécaniques a dû être examinée, suite à l'enquête sur l'arrêt des livraisons de Swatch. Cette enquête doit déterminer si le comportement d'ETA représente un abus de position dominante contraire au droit des cartels.

### 3.4.3 Secteur de l'automobile

Suite à l'ouverture de l'enquête contre différents concessionnaires suisses des marques du **groupe Volkswagen** (VW, Audi, Skoda, Seat), en date du 22 mai 2013, la COMCO examine les informations recueillies sur l'existence d'éventuels accords sur la fixation des prix entre ces concessionnaires. Ces accords ont porté sur la fixation de rabais et déductions forfaitaires lors de la vente au détail de nouveaux véhicules des marques susmentionnées.

Au cours de l'année 2013, le Secrétariat a reçu de nombreuses **dénonciations de citoyens** sur les garanties et assurances octroyées lors de l'achat d'un véhicule à l'étranger (dans l'EEE) et sur les entraves aux importations parallèles ou directes. Il y a répondu en s'appuyant sur les dispositions du droit des cartels qui traitent des accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile). Il en ressort en résumé que cette communication est largement appliquée en Suisse.

L'enquête préalable ouverte en novembre 2011 contre **Harley-Davidson** a été close sans suite. Cette enquête préalable a été ouverte suite aux dénonciations de citoyens, selon lesquelles Harley-Davidson avait probablement pris certaines mesures et ainsi contribué à cloisonner le marché suisse de la distribution des produits Harley-Davidson. Les importantes investigations réalisées ont démontré toutefois qu'il n'existait pas d'indice suffisant de fixation



de prix de revente ou d'entrave au commerce en ligne en Suisse contraires à la loi. Le Secrétariat a estimé que l'interdiction d'exporter des produits Harley-Davidson des Etats-Unis en Suisse ne constituait pas une restriction notable de la concurrence.

### 3.4.4 Agriculture

Le Secrétariat s'est exprimé dans le cadre d'environ 40 procédures de **consultation des offices** sur les modifications de loi et ordonnance, ainsi que sur les différentes interventions parlementaires. Il s'est à nouveau prononcé en faveur de la suppression de la protection douanière.

En outre, le Secrétariat a mené différentes observations de marché, comme par exemple dans le domaine des **pommes** (structure de distribution) ou des **outils** (cloisonnement du marché). La COMCO a rédigé aussi une expertise dans le domaine de l'**Emmentaler** et a pris position sur une requête d'autorisation exceptionnelle (art. 8 LCart) d'un comportement que le Tribunal fédéral avait qualifié d'illicite. Cette requête a toutefois été retirée, avant que le Conseil fédéral ne rende sa décision.

## 3.5 Marché intérieur

### 3.5.1 Notariat

Le 26 mars 2013, la COMCO a ouvert une enquête, au sens de la Loi sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02), portant sur la libre circulation des notaires. Elle a invité les cantons à prendre position dans le cadre d'une consultation. En vertu du droit cantonal, les notaires suisses n'ont pas la possibilité de faire reconnaître leur certificat de capacité dans un autre canton. Leur activité est limitée au territoire d'un canton. En revanche, les notaires en provenance de l'Union européenne peuvent requérir, sur la base de l'Accord sur la libre circulation et de la Loi sur les qualifications professionnelles (Loi fédérale portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications, LPPS, entrée en vigueur le 1er septembre 2013), la reconnaissance de leurs qualifications professionnelles en Suisse, ce qui aboutit à une discrimination à rebours pour les notaires suisses. C'est précisément cela que la LMI cherche entre autres à éviter. Elle garantit aux actifs suisses des droits identiques à ceux qui sont accordés par la Suisse à des personnes étrangères dans les accords internationaux.

L'enquête a débouché sur la Recommandation de la COMCO du 23 septembre 2013 à l'intention des cantons et du Conseil fédéral. En substance, la COMCO a recommandé aux cantons de reconnaître les formations équivalentes des notaires indépendants (exerçant dans le cadre du notariat latin) provenant d'autres cantons. Cela faciliterait grandement la mobilité professionnelle des notaires indépendants. Des mesures de restriction telles que l'obligation de domicile, les clauses de réciprocité ou les exigences de nationalité devraient être abrogées. De plus, dans leurs offres d'emploi, les cantons qui connaissent le notariat officiel devraient également ne pas exclure les notaires formés dans un autre canton.

Dans le même temps, la COMCO a recommandé au Conseil fédéral d'adopter la base légale, prévue dans le cadre de l'actuelle révision du Code civil (dispositions du Tit. fin. CC relatives à l'instrumentation d'actes authentiques), qui permet aux notaires d'instrumenter et de faire inscrire au registre foncier des actes authentiques dans le domaine immobilier pour toute la Suisse. Actuellement, un contrat concernant une affaire immobilière doit impérativement être instrumenté par un notaire du canton du lieu de situation de l'immeuble. Avec une reconnaissance intercantonale des actes authentiques en matière immobilière, les clients pourraient profiter d'une plus grande offre et choisir leur notaire en fonction de leurs besoins en termes de qualité, de prestation et de prix sur tout le territoire suisse.

L'introduction d'une reconnaissance intercantonale des qualifications professionnelles et des actes authentiques en matière immobilière recommandée par la COMCO ne touche pas à la compétence des cantons d'organiser le notariat en fonction de leurs besoins. Les institutions

du notariat officiel et du notariat latin ne sont pas remises en question par les recommandations de la COMCO.

### 3.5.2 Activités dans d'autres domaines

Dans le domaine de l'**accès intercantonal au marché**, le Centre de compétence Marché intérieur s'est principalement concentré sur la libre circulation des notaires (cf. 5.3.1), les agents d'affaires brevetés et les services de sécurité privés.

Sur la base de la LMI, les offreurs ont le droit d'exercer leur activité dans d'autres cantons conformément aux prescriptions applicables à leur lieu de provenance. En application de ce principe, des agents d'affaires brevetés vaudois ont déposé des requêtes d'accès au marché dans les cantons de Genève et de Berne. Ces deux requêtes ont été rejetées. La COMCO a fait recours contre ces deux décisions négatives. Ces recours sont actuellement pendants par-devant les instances cantonales.

Dans le domaine des services de sécurité privés, l'accès intercantonal au marché et l'application de la LMI fonctionnent de manière insuffisante. C'est pourquoi le Centre de compétence Marché intérieur a fourni des conseils à plusieurs cantons, en matière de conformité des prescriptions d'accès au marché, dans le domaine des services de sécurité. La COMCO a interjeté deux recours contre des décisions du canton d'Argovie refusant l'accès au marché à des fournisseurs de prestations de sécurité. Le Tribunal administratif du canton d'Argovie a admis les deux recours. Dans le premier jugement, le Tribunal administratif a retenu que l'activité de contrôle de places de parking privées (mise à ban) ne constituait pas un service de sécurité et pouvait, contrairement à la pratique de l'administration, être exercée sans autorisation. Dans la deuxième procédure, la question se posait de savoir si un service de sécurité lucernois bénéficiant d'une autorisation du canton de Lucerne avait le droit de fournir des prestations dans le canton d'Argovie, alors que ce service ne disposait pas du brevet fédéral ASS exigé par ce canton. Selon le Tribunal administratif, l'administration cantonale n'a pas apporté la preuve que l'expérience professionnelle acquise, ainsi que la formation du service de sécurité lucernois, ne garantissaient pas le même niveau de sécurité visé par le canton d'Argovie (art. 3 al. 2 let. d LMI). Par ailleurs, l'exigence de la possession du brevet fédéral ASS n'est en principe pas nécessaire à la préservation d'intérêts publics prépondérants et n'est ainsi pas proportionnelle.

Dans le domaine des **marchés publics**, la COMCO a interjeté trois recours. Dans le cadre d'un appel d'offres pour des travaux d'étanchéité d'un dépôt d'ordures ménagères, la COMCO a fait valoir que les critères d'aptitude avaient été mal appliqués et prévus d'une manière telle qu'un seul offerant pouvait les remplir. Le Tribunal administratif n'a pas suivi cette argumentation ; les considérants de ce jugement n'ont pas encore été rendus. Par la suite, la COMCO a fait recours contre l'adjudication d'un marché pour la livraison de sacs-poubelles taxés aux détaillants, ainsi que le prélèvement et la gestion de la taxe au sac. Le Tribunal administratif a reconnu que l'adjudication du marché au-dessus des seuils pertinents, par le biais d'une procédure sur invitation, violait l'article 5 LMI, mais qu'en raison de motifs d'urgence, elle était justifiée au sens de l'article 3 LMI. La COMCO a fait recours contre cette décision par-devant le Tribunal fédéral. Finalement, la COMCO a fait recours contre l'adjudication, à la suite d'une procédure de gré à gré, d'un marché visant la construction d'un centre d'accueil pour requérants d'asile. Ce centre sera financé par des investisseurs privés avant d'être loué au canton. Selon l'appréciation de la COMCO, ce marché aurait dû faire l'objet d'un appel d'offres public, conformément à l'article 5 LMI. Le recours est pendant devant le Tribunal administratif cantonal.

Dans le domaine des **transmissions de l'exploitation de concessions**, le Centre de compétence a constaté des manquements de quelques communes, dans le domaine de l'octroi d'autorisations d'usage du domaine public aux forains, pour les marchés annuels et leur a conseillé de concéder ces droits, à l'avenir, par le biais d'appels d'offres.

Le Tribunal fédéral peut, sur la base de l'article 10 al. 2 LMI, entendre la COMCO dans une procédure en cours. Pendant l'année sous revue, le Tribunal fédéral a invité la COMCO à

prendre position dans deux cas. Le premier concernait l'admissibilité d'une obligation de domicile pour les notaires (2C\_335/2013) ; le second avait pour objet l'interdiction de participer à des marchés publics pendant plusieurs mois (2C\_315/2013). Les deux jugements n'ont pas encore été rendus.

### 3.6 Investigations

En 2013, des perquisitions ont eu lieu auprès de 25 entreprises au total dans le cadre de 5 interventions. La mise en œuvre de deux interventions en avril 2013 qui se sont suivies immédiatement a été particulièrement exigeante.

D'un point de vue juridique, l'entrée en force de l'art. 46 al. 3 DPA (1 mai 2013) devrait fortement améliorer **la protection de la correspondance avec l'avocat**. Les documents qui résultent de la relation avec un avocat sont protégés indépendamment de l'endroit où ils sont déposés ou de la date à laquelle la perquisition et la saisie ont eu lieu, c'est-à-dire même lorsqu'ils se trouvent en possession de l'entreprise. Le Tribunal pénal fédéral a déjà eu à se prononcer sur une procédure de levée des scellés, dans laquelle il a été précisé que la protection ne s'étendait pas aux documents qui n'avaient pas été initialement destinés à l'intention de l'avocat (notamment une correspondance préexistante avec des tiers), même si ceux-ci étaient notifiés à l'avocat par la suite en la forme d'annexes.

### 3.7 Relations internationales

Afin d'assurer une meilleure application de leur droit de la concurrence, la Suisse et l'UE ont signé un accord de coopération dans le domaine de la concurrence (cf. en détails ci-après chapitre 5). De plus, les autorités de concurrence ont participé comme d'habitude aux différents travaux des organisations internationales.

**OCDE:** Des représentants de la COMCO et du secrétariat ont participé aux trois réunions annuelles du comité de la concurrence. En coopération avec le SECO, différentes contributions ont été écrites et présentées. En 2013, les deux thèmes stratégiques „coopération internationale“ et « l'évaluation de l'activité et des décisions des autorités de concurrence » ont été notamment approfondis. La révision de la recommandation de 1995 sur la coopération a été commencée. La procédure d'adhésion de la Russie a été continuée et celle de la Colombie a débuté.

**ICN:** Le groupe de travail Cartel I (Legal Framework) a conduit plusieurs webinars (audioconférences avec présentation de slides). Le thème en a été le programme de clémence avec en particulier les preuves que le candidat au programme de clémence doit fournir et la coopération continue à apporter avec les autorités de concurrence. Le groupe de travail Cartel II (Enforcement) a revu en 2013 le manuel de lutte contre les cartels et les tableaux récapitulatifs des autorités membres. Celui de la Suisse a été entièrement remis à jour. Au Cartel workshop en Afrique du Sud, les autorités ont discuté des méthodes alternatives de détection des cartels et de la structure des enquêtes. Le groupe de travail „Agency Effectiveness“ a été consacré au développement de best practices dans le domaine du management du personnel et la gestion du transfert de savoir au sein d'une autorité. Enfin, la COMCO a été représentée à la conférence annuelle.

**CNUCED:** La COMCO et le secrétariat ont participé à la 13<sup>ème</sup> conférence des „Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy“. Le thème de la rencontre a été en particulier la coopération internationale dans les procédures cartellaires. Dans le cadre du programme COMPAL, qui a pour but de former des autorités de concurrence, une stagiaire colombienne et un stagiaire de l'Equateur ont été reçus à la COMCO pour une durée de trois mois chacun ainsi qu'une stagiaire égyptienne pour une durée d'un mois.

**UE:** L'accord de coopération avec l'UE est traité en thème spécial (cf. chapitre 5).

### 3.8 Révision LCart – Etat des travaux

Le 22 février 2012, le Conseil fédéral avait adopté, à l'attention du Parlement, son message sur la révision de la LCart et sur la loi fédérale sur l'organisation de l'autorité de la concurrence. Le message s'est fondé, d'une part, sur l'évaluation de la LCart, qui est prévue par la loi et, d'autre part, sur les résultats de trois procédures de consultation. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-E), qui en était chargée, a examiné la totalité du paquet de réformes proposé et l'a transmis, au début du mois de mars 2013, au Conseil des Etats. Celui-ci a certes accepté le projet du Conseil fédéral en date du 21 mars 2013. Il a toutefois décidé de s'en écarter sur certains points.

La principale modification porte sur l'organisation institutionnelle des autorités de la concurrence. Le Conseil fédéral a prévu de son côté, suivant le modèle des tribunaux, d'instaurer une autorité de la concurrence et un tribunal de la concurrence, qui serait rattaché au Tribunal administratif fédéral, afin de bien séparer les étapes de l'enquête et de la décision, tout en accélérant la procédure jusqu'à la décision de dernière instance. En revanche, le Conseil des Etats n'a décidé qu'une légère révision, en se basant sur le modèle institutionnel déjà existant : la COMCO doit passer de 11-15 à 5 membres, n'être composée que d'experts indépendants (ce qui signifie plus aucun représentant/e d'associations) et rendre ses décisions en respectant un délai d'ordre de 12 mois, à l'instar du Tribunal administratif fédéral.

Le Conseil des Etats a largement suivi le Conseil fédéral pour ce qui est du droit matériel. En particulier, il a décidé d'adapter l'article 5 LCart : désormais, il n'est plus nécessaire de prouver que les accords horizontaux sur la fixation des prix, les restrictions quantitatives et la répartition géographique, ainsi que les ententes verticales sur les prix et le cloisonnement géographique – qui constituent les cinq formes de cartels durs, pouvant déjà faire l'objet aujourd'hui de sanctions directes – affectent de manière notable la concurrence, dans un cas donné, et ce en raison de leurs effets particulièrement dommageables ; il est toutefois toujours possible de démontrer l'existence de motifs justificatifs de nature économique. Par ailleurs, le Conseil des Etats a précisé la proposition du Conseil fédéral, en adoptant une règle traitant explicitement du fardeau de la preuve de ces motifs justificatifs, ainsi qu'une norme spéciale pour « ARGE », ce qui a déjà constitué un thème important lors des délibérations de la CER-E. De plus, il a ajouté une « règle de minimis », selon laquelle les autorités de la concurrence n'examinent pas les restrictions n'ayant qu'un impact négligeable sur la concurrence.

Suivant le message, le Conseil des Etats a décidé d'améliorer le volet civil du droit des cartels (élargissement du droit de porter plainte aux clients/-tes finaux/-ales, interruption de la prescription durant les enquêtes administratives LCart et prise en compte des versements de dommages-intérêts en droit civil lors du calcul de la sanction), le contrôle des concentrations (introduire le test SIEC moderne, éviter d'examiner une nouvelle fois certaines fusions, qui l'ont été au niveau de l'UE et adapter les délais suisses à ceux de l'UE), ainsi que les procédures d'opposition (raccourcissement du « temps de réaction » pour ouvrir une procédure de 5 à deux mois, possibilité de ne prononcer des sanctions qu'à partir de l'ouverture d'une enquête, ainsi que possibilité de se conformer à la réglementation, sans risquer de se voir infliger une sanction pendant une « phase de test »).

Suite à la motion Schweiger, le Conseil des Etats a décidé d'adopter une règle, selon laquelle certaines mesures propres à faire respecter les dispositions du droit des cartels (ce que l'on nomme programme de mise en conformité), doivent avoir pour conséquence de diminuer le prononcé de sanctions administratives. En revanche, il a renoncé à l'introduction de peines contre les personnes physiques ayant participé à des ententes.

En fin de compte, il a décidé, en s'appuyant sur la motion Birrer-Heimo, – contre l'avis du Conseil fédéral –, d'introduire une nouvelle obligation de livrer (art. 7a du projet LCart). Il doit être interdit de refuser de vendre à l'étranger : indépendamment des éventuels accords conclus et de leur position sur le marché, les entreprises sont obligées de donner suite, dans les Etats de l'OCDE, aux commandes des clients suisses, et ce aux conditions qui sont pratiquées dans ces pays.

Depuis l'été 2013, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-N) est chargée d'examiner ce projet. Celui-ci sera traité vraisemblablement au printemps ou en été 2014 en séance plénière.

## 4 Organisation et statistiques

### 4.1 COMCO et Secrétariat

En 2013, la COMCO a tenu 15 séances plénières d'un jour. Les statistiques font état (voir chiffre 4.2) du nombre de décisions rendues suite aux enquêtes et procédures de concentrations selon la LCart, ainsi qu'en application de la LMI. L'année passée, la composition de la Commission n'a subi aucune modification.

A la fin de l'année 2013, le Secrétariat occupait 85 collaborateurs et collaboratrices (l'année précédente 83) (plein temps ou temps partiel), dont 43% de femmes (l'année précédente 39%). Cela correspond en tout à 75.8 (l'année précédente 72.6) postes à temps plein. Le personnel se composait ainsi : 58 collaborateurs et collaboratrices scientifiques (y compris la direction), ce qui correspond à 52.4 postes à temps plein ; l'année précédente 51.1 ; 13 (l'année précédente 11) stagiaires scientifiques, ce qui correspond à 13 (l'année précédente 11) postes à temps plein ; 14 collaborateurs et collaboratrices du Service des ressources et de la logistique, ce qui correspond à 10.4 (l'année précédente 10.5) postes à temps plein.

Le Secrétariat a collaboré à la mise en œuvre d'un rapport du Seco portant sur les mesures prises contre le franc fort et les résultats atteints, à l'attention de la Commission des finances. En résumé, on peut retenir ce qui suit pour ce qui est du domaine de compétence de la COMCO :

Le parlement a accordé à la COMCO et à son Secrétariat un budget supplémentaire de CHF 600'000 pour chacune des années 2012 et 2013, afin de faire face aux nombreuses dénonciations sur le franc fort et de pouvoir mener à bien les différentes procédures visant à lutter contre la cherté en Suisse. Le Secrétariat a affecté l'intégralité de ces nouvelles ressources à l'engagement de personnel et a ainsi pourvu 5 à 6 postes supplémentaires<sup>2</sup> en 2012 et 2013. Ces personnes ont œuvré de la façon suivante :

D'une part, le Secrétariat a mis en place une task-force en été 2011, afin de faire face aux nombreuses dénonciations. Cette task-force était chargée avant tout d'examiner les dénonciations qui lui parvenaient. Il s'agissait d'y répondre et en particulier de déterminer les faits qui relevaient du droit des cartels (trriage). Lorsque les faits à la base de la dénonciation relevaient du droit des cartels (soupçon d'accord horizontal/vertical ou abus de position dominante), le cas était en principe transmis pour traitement au service compétent du Secrétariat (observation de marché, enquête préalable ou enquête). D'autre part, grâce aux moyens supplémentaires à disposition, les services en cause ont bénéficié de personnel pour mener à bien les diverses procédures concernées.

De juillet 2011 à la fin de l'année 2013, le Secrétariat a reçu au total 485 dénonciations en rapport avec le franc fort, qui ont été traitées par la task-force. A la fin de l'année 2013, sur ces 485 dénonciations, 431 (89%) avaient obtenu une réponse, 43 (9%) avaient été transmises au Surveillant des prix et 11 (2%) étaient encore en cours de traitement.

47 dénonciations sur 485 ont occasionné l'ouverture d'une procédure (7 enquêtes, dont 5 closes ; 14 enquêtes préalables, dont 9 terminées ; 26 observations de marché, dont 21 terminées). Dans ce contexte, les faits à la base de ces dénonciations ont été établis d'office, afin de déterminer s'ils étaient pertinents, soit illicites.

---

<sup>2</sup> Le nombre de postes supplémentaires pour les années 2012 et 2013 est de 5 ou 6, en raison du nombre variable d'employés et de la différence entre les salaires des personnes en cause.

Dans le cadre de ces différentes procédures, la COMCO a rendu trois décisions en matière d'entraves aux importations parallèles (NIKON, BMW et IFPI Schweiz), en prononçant des sanctions élevées. Ces décisions et sanctions (BMW CHF 156 millions [pas entrée en force de chose jugée] ; NIKON CHF 12.5 millions [pas entrée en force de chose jugée] ; IFPI Schweiz CHF 3.5 millions) ont certainement eu un effet dissuasif important sur les entreprises actives sur le plan international. Il a pu être constaté, dans le cadre de nombreuses enquêtes préalables et observations de marché, que le marché suisse était ouvert et que les importations tant parallèles que directes étaient possibles. On a aussi constaté parfois des obstacles techniques au commerce, qui ont pu entraver les importations parallèles. Du point de vue des autorités de la concurrence, il serait judicieux de supprimer, dans la mesure du possible, ces obstacles, afin de continuer à renforcer la libre circulation des marchandises et à intensifier la pression concurrentielle venant de l'étranger.

En fin de compte, le Secrétariat de la COMCO arrive à la conclusion que la somme supplémentaire de CHF 1.2 millions, mise à disposition pour les années 2012/2013, a permis d'atteindre les objectifs qu'elle devait justement réaliser.

## 4.2 Statistiques

Enquêtes	2013	2012
Menées durant l'année	24	22
reprises de l'année précédente	17	15
ouvertes durant l'année	7	7
Décisions	7	5
dont accord amiable	1	3
dont décision de l'autorité	2	0
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	3	5
Décision de procédure	4	4
Mesures provisionnelles	0	0
Procédure de sanction selon les art. 50ss LCart	0	1
<b>Enquêtes préalables</b>		
Menées durant l'année	27	33
Reprises de l'année précédente	18	18
Ouvertes durant l'année	9	15
Clôtures	11	17
dont ouverture d'enquêtes	3	4
dont adaptation du comportement	1	7
dont sans suite	7	6
<b>Autres activités</b>		
Annonces selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	7	10
Conseils	20	25
Observations de marchés	76	58
Dénonciations de non répercussion des gains de change	18	96
Autres demandes	547	680
<b>Concentration</b>		
Notifications	32	28
Pas d'intervention après examen préalable	26	28
Examens	0	0
Décisions de la COMCO	0	1
après examen préalable	0	1
après examen	0	0
Exécution provisoire	0	0
<b>Recours</b>		
Total des recours auprès du TAF et du TF	14	13

Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	4	1
dont succès des autorités de la concurrence	3	1
dont succès partiel	0	0
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	1
dont succès des autorités de la concurrence	1	1
dont succès partiel	0	0
Pendants à la fin de l'année (auprès du TAF et du TF)	13	11
Avis, recommandations et prises de position etc.		
Avis (art. 15 LCart)	1	1
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Avis (art. 47 LCart, 5 al. 4 LSPr ou 11a LTV)	1	2
Suivi des affaires	1	1
Communications (art. 6 LCart)	0	1
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	217	250
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	5	8
LMI		
Recommandations / Enquêtes (art. 8 LMI)	1	1
Expertises (art. 10 I LMI)	2	1
Conseils (Secrétariat)	36	45
Recours (art. 9 al. 2 <sup>bis</sup> LMI)	6	3

Les chiffres de cette statistique sont comparables à ceux des années passées. Le nombre des enquêtes closes, ainsi que celui des procédures pendantes ont augmenté. Le Secrétariat consacre la majeure partie de son temps à ces deux activités. Le Tribunal administratif fédéral a rendu, en 2013, un arrêt suite à la décision finale de la COMCO (médicaments hors liste), ainsi que deux arrêts suite aux décisions incidentes dans l'enquête du LIBOR. Le nombre de procédures de recours pendantes devant le Tribunal administratif fédéral reste comme auparavant très élevé. Le nombre d'annonces d'opérations de concentration d'entreprises a un peu augmenté, mais aucune de ces annonces n'a fait l'objet d'une enquête approfondie. Comme auparavant, le nombre d'observations de marché, de conseils, de toutes autres demandes, ainsi que de préavis, dans le cadre de procédures de consultation des offices, demeure élevé. Le Secrétariat a donc dû faire face à une charge importante de travail. Dans le cadre de la loi sur le marché intérieur, la COMCO a déposé davantage de recours pour lutter contre les obstacles cantonaux à l'accès au marché, ainsi qu'en matière de marchés publics.

## 5 L'accord de coopération avec l'UE

### 5.1 Introduction

Dans l'application de la LCart, la COMCO et son Secrétariat ne peuvent compter en grande partie que sur eux-mêmes. Il n'existe pas d'accord avec d'autres autorités de concurrence qui permette une coopération formelle dans l'application et mise en œuvre du droit en cause. Certes, l'autorité de concurrence peut, dans le cadre du comité de la concurrence de l'OCDE ou dans le cadre de l'International Competition Network (ICN), échanger de manière informelle des informations ou des expériences avec d'autres autorités de concurrence. Cependant, toutes les informations qui sont protégées par le secret de fonction ne peuvent être échangées en l'absence de base légale. Dans son rapport annuel 2010, la COMCO a défini, comme une de ses priorités, la lutte contre les cartels internationaux et a salué le mandat de négociation octroyé par le Conseil fédéral pour signer un accord de coopération dans le domaine du droit de la concurrence avec l'UE.<sup>3</sup>

Après la fin des négociations, le Conseil fédéral a signé le 17 mai 2012 l'accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (ci-après l'accord) et a adopté, le 22 mai 2013, le message adressé au Parlement y relatif.<sup>4</sup> Selon le Conseil fédéral,<sup>5</sup> l'absence de coopération avec l'UE (et d'autres autorités de concurrence) entrave « *la mise en œuvre effective de la législation suisse en matière de concurrence dans le cas des pratiques anticoncurrentielles transfrontières car elle rend difficile l'accès aux moyens de preuve situés hors du territoire suisse. Elle génère également une duplication du travail et un manque de cohérence s'agissant de décisions portant sur les mêmes faits.* »

Le Conseil national a approuvé, à une importante majorité, l'accord lors de sa session d'automne 2013. La Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats (CER-CE) a suspendu le traitement de l'accord à sa séance du 7 novembre 2013, afin de clarifier le rapport avec la révision parallèle en cours de la LCart.

### 5.2 Contenu de l'accord

Dans le paragraphe suivant, les dispositions et le contenu de l'accord sont présentés brièvement. Un chapitre séparé (5.3) est consacré aux dispositions sur l'échange d'informations et les dispositions associées (art. 7-10 de l'accord).

#### 5.2.1 Préambule, définitions et but

L'accord règle principalement la coopération entre les autorités suisses et européennes de la concurrence. C'est un accord de nature procédurale et qui ne prévoit pas d'harmonisation du droit matériel. En raison de l'absence de dispositions matérielles communes et d'un aspect d'accès au marché, la question d'institutions communes ne s'est pas posée. A l'exception de l'échange d'informations confidentielles, qui confère à cet accord le caractère d'un accord de 2<sup>ème</sup> génération, l'accord s'inspire largement de l'accord entre l'UE et la Corée du Sud resp. entre l'UE et le Japon.

Le préambule cite quelques principes qui ont régi la négociation et la signature de l'accord. Il fait référence en particulier à la recommandation de 1995 sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux.<sup>6</sup> L'affirmation la plus importante du point de vue de l'autorité suisse est que « *les systèmes d'application des règles de la concurrence de l'Union et de la Suisse reposent sur*

<sup>3</sup> DPC 2011, 21 ss.

<sup>4</sup> Voir le texte de l'accord et le message y relatif : <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/3501.pdf>.

<sup>5</sup> Message, BBI 2013 3680 ss.

<sup>6</sup> Cf. <http://acts.oecd.org/Instruments/ListByCommitteeView.aspx> Competition Committee C(95) 130/Final.



*les mêmes principes et prévoient des règles similaires.»* Ainsi le principe de l'équivalence entre les deux ordres juridiques, aussi bien sur le plan procédural que sur les normes matérielles, est reconnu.

Dans la disposition traitant du but (art. 1), il est rappelé quels sont les buts des mandats de négociation des deux parties signataires et que ces buts ont été atteints. Le but de l'accord est « *de contribuer à l'application efficace du droit de la concurrence de chaque partie par la coopération et la coordination, y compris l'échange d'informations, entre les autorités de concurrence des parties et d'éviter les conflits entre les parties pour toutes les questions touchant à la mise en œuvre du droit de la concurrence de chaque partie, ou de réduire la possibilité que de tels conflits surviennent.* »

Les définitions principales sont contenues à l'art. 2, comme celle des « autorités de concurrence ». Ainsi, « les autorités de concurrence » des deux parties contractuelles, le « droit de la concurrence » appliqué par ces autorités, ainsi que ce qu'on entend par « actes anticoncurrentiels », par « mesures d'application », par « informations obtenues au cours de la procédure d'enquête », par « informations obtenues dans le cadre de la procédure de clémence » et par « informations obtenues dans le cadre de la procédure de transaction » sont définis.

### **5.2.2 Notifications et mise en oeuvre des mesures d'application**

Les autorités de concurrence d'une partie se notifient mutuellement par écrit les mesures d'application qui peuvent affecter des intérêts importants de l'autre partie (art. 3 de l'accord). Une liste exemplative de cas, qui doivent faire l'objet d'une notification, est donnée (art. 3 al. 2), ainsi que le moment de la notification dans les cas de concentrations d'entreprises et les autres cas (art. 3 al. 3 et 4). Ces notifications correspondent à la pratique vécue déjà aujourd'hui par les autorités.

Cette disposition sur les notifications ne concerne pas la notification d'actes de puissance publique. En raison des difficultés connues dans le passé, lorsque des décisions des autorités européennes ont été directement notifiées à des entreprises ayant leur siège en Suisse, les parties avaient l'intention de clarifier aussi ce point. Vu que dans le cas contraire, la notification de la COMCO à des entreprises ayant leur siège dans l'UE tombe dans la sphère de compétence des Etats membres, cette question n'a pas pu être clarifiée dans l'accord même. Toutefois, un échange de notes a eu lieu lors de la conclusion de l'accord le 17 mai 2013<sup>7</sup>, qui régit la notification d'actes de puissance publique (dans la mesure du possible). La Commission européenne notifiera à la COMCO les décisions destinées à des entreprises suisses n'ayant pas d'adresse sur le territoire de l'UE, qui les transférera aux entreprises concernées. Les documents dépourvus du caractère de puissance publique, comme des demandes de renseignements, peuvent être, sur une base volontaire, comme jusqu'à présent, envoyés aux entreprises directement à leur adresse suisse. L'UE ne pouvait pas offrir une solution similaire à la Suisse pour les notifications à des entreprises ayant leur siège dans l'UE. Elle s'est cependant engagée dans l'échange de notes à informer les pays membres de la solution convenue avec la Suisse et à les inviter à considérer une solution similaire pour la notification des actes de puissance publique de la COMCO.

L'art. 4 al. 1. de l'accord crée la base légale pour coordonner les mesures d'application concernant des questions liées. Ainsi, cette disposition permet par exemple de coordonner des perquisitions ou les conditions/charges pour une concentration d'entreprises. Jusqu'à présent, cela était seulement possible avec la permission („waiver“) de la ou des entreprises concernées. L'al. 2 désigne les éléments à prendre en compte lors de la décision de coordonner ou pas certaines mesures d'application. Sur la base de l'application autonome de son droit, chaque autorité peut réduire la coordination et décider de mettre en œuvre seule des mesures d'application (al. 3).

---

<sup>7</sup> Message, BBI 3479 et 3484 s.

### 5.2.3 Courtoisie passive et active

Le principe de prévention des conflits (courtoisie passive) est contenu à l'art. 5 de l'accord. L'autorité de concurrence d'une partie doit prendre en considération les intérêts importants de l'autre partie contractuelle dans l'application de son droit de la concurrence afin d'éviter les conflits.

En revanche, le principe de courtoisie active contenu à l'art. 6 de l'accord permet à une autorité de concurrence de requérir de l'autorité de l'autre partie qu'elle prenne certaines mesures. L'autorité requise n'a aucune obligation de prendre les mesures demandées en vertu de la courtoisie active. Chaque autorité requise a plein pouvoir discrétionnaire sur la décision de prendre ou non les mesures demandées et sous quelle forme. Ainsi, il n'est pas possible, qu'en application de la courtoisie active, la Commission européenne demande à la Suisse d'effectuer des perquisitions en Suisse, pour y saisir des moyens de preuve.

Les deux dispositions sur la courtoisie négative et positive sont formulées de manière non contraignante, de telle sorte qu'elles seront principalement appliquées dans le domaine de la coopération informelle. La question de savoir à partir de quel moment et dans quelle mesure une autorité fera appel et agira sur la base de ces dispositions est laissée à sa propre discrétion.

### 5.2.4 Dispositions finales

Les art. 11 à 14 de l'accord contiennent les dispositions finales (usuelles). Ainsi, les parties contractuelles peuvent sur demande se consulter sur toutes les questions qui concernent l'application de l'accord, sur les possibilités de développer la coopération, sur les développements de leur droit de la concurrence respectifs (art. 11 al. 1 et 2 de l'accord). Les autorités de concurrence des parties contractuelles peuvent se rencontrer sur demande au niveau approprié pour discuter des thèmes évoqués à l'art. 11 al. 3 de l'accord.

Les communications sur la base de cet accord se font en langue anglaise et les autorités de concurrence désignent un point de contact pour le transfert de communications (art. 12 de l'accord).

Les deux autorités de concurrence conservent leur pleine autonomie dans l'application de leur droit respectif. L'accord ne doit pas être interprété de manière contraire au droit respectif de chaque partie (art. 13 de l'accord). L'art. 14 règle enfin l'entrée en vigueur de l'accord et les éventuelles modifications de celui-ci.

## 5.3 Échange d'informations en particulier

Les art. 7 à 10 de l'accord traitent de l'échange d'informations entre les autorités de la concurrence et des divers mécanismes de protection, qui interviennent dans le cadre de l'utilisation et de la transmission d'informations confidentielles. Par informations confidentielles, il faut comprendre principalement, au sens de l'accord, les moyens de preuve à disposition d'une autorité, qui pourraient être utilisés par une autre autorité de la concurrence, lors d'une procédure parallèle.

L'échange d'informations et de moyens de preuve prévu dans l'accord ne figure pas dans les accords de coopération de l'UE conclus jusque-ici. L'accord entre la Suisse et l'UE devient ainsi un « second generation agreement », qui permet de façon notable aux deux autorités de la concurrence de mieux coopérer et dans une plus large mesure.

### 5.3.1 Échange d'informations

L'échange d'informations, tel qu'il est prévu à l'art. 7 de l'accord, est conçu en cascades<sup>8</sup>. Plus l'information à communiquer nécessite d'être protégée, plus les conditions requises

---

<sup>8</sup> En détail à ce sujet, Message BBI 2013, 3970 ss.

pour sa transmission sont strictes (en partant d'une transmission informelle jusqu'à la possibilité de la refuser).

Le principe de l'échange d'informations est prévu à l'art. 7 par. 1 de l'accord. Pour atteindre le but fixé par l'accord, les autorités suisses de la concurrence et celles de l'UE peuvent « *Auffassungen und Informationen über die Anwendung des jeweiligen Wettbewerbsrechts austauschen* ». Sont réservées les conditions, qui doivent être remplies, de l'art. 7 de l'accord et expressément les art. 8 à 10, qui portent sur la protection et l'utilisation des informations échangées.

Le premier niveau de la cascade autorise les autorités de concurrence à discuter de toutes les informations non confidentielles qu'elles ont obtenues au cours d'une procédure ou en dehors de celle-ci (art. 7 par. 2 de l'accord). Cela concerne également les informations qui sont couvertes par le secret de fonction, telles que les informations sur une procédure en cours ou qui interviennent avant l'ouverture d'une enquête. Il s'agit cependant exclusivement d'informations que les autorités se sont communiquées oralement, l'échange de documents/moyens de preuve étant réservé selon les par. 3 et 4.

Le deuxième niveau porte sur l'échange de documents/moyens de preuve. Les autorités de concurrence peuvent échanger de telles informations, si les entreprises, qui les ont fournies, ont donné expressément leur consentement (par écrit ou waiver) (art. 7 par. 3 de l'accord). Les entreprises, qui ont consenti à l'échange, renoncent ainsi à la confidentialité des informations en cause et autorisent les autorités de concurrence à les communiquer. Dans la pratique, il est question ici d'opérations de concentrations d'entreprises notifiées à deux parties plutôt que d'enquêtes sur d'éventuelles ententes en matière de concurrence. Lorsque les documents échangés contiennent des données à caractère personnel, celles-ci ne peuvent être transmises que si l'autre autorité de concurrence enquête sur des faits identiques ou connexes<sup>9</sup>. Sinon, ces données, qui doivent être protégées, doivent être caviardées, de sorte qu'on ne puisse pas en prendre connaissance.

Le troisième niveau de la cascade traite du cas où l'entreprise concernée par l'échange de documents ou de moyens de preuves n'a pas donné son consentement. Dans ce cas, une autorité de concurrence ne peut transmettre les informations en cause qu'aux trois conditions suivantes et sur demande de l'autre autorité (art. 7 par. 4 de l'accord). Dans la pratique, ce type d'échange d'informations interviendra essentiellement dans le cadre de cartels internationaux ou d'abus de positions dominantes ayant des effets sur le plan mondial.

- Premièrement, les informations ne peuvent être transmises que si les deux autorités de concurrence enquêtent sur des comportements identiques ou connexes (par. 4 let. a). Cela doit en particulier exclure le risque de « fishing expeditions ». De plus, seules les informations déjà disponibles peuvent être transmises ; une requête visant à rechercher des informations supplémentaires est exclue.
- Deuxièmement, la requête doit satisfaire à certaines conditions formelles. Elle doit être présentée par écrit, contenir une description de l'état de fait faisant l'objet de l'enquête et mentionner les dispositions légales pertinentes applicables. De plus, les entreprises faisant l'objet de l'enquête et dont l'identité est disponible au moment du dépôt de la requête doivent être désignées (par. 4 let. b).
- Troisièmement, les autorités de concurrence peuvent déterminer, en se concertant, quelles sont les informations pertinentes en leur possession qui peuvent être transmises (par. 4 let. c). Les entreprises se concertent en principe par oral. Il s'agit d'éviter que l'autorité requise ne doive consacrer un temps trop important à la requête.

Indépendamment du consentement des entreprises concernées, aucune des deux autorités de concurrence n'est tenue de discuter ou de transmettre à l'autre autorité des informations

---

<sup>9</sup> Le message, BBI 2013, 3972 renvoie à ce sujet à l'art. 4 al. 2 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; SR 235.1).

obtenues au cours de l'enquête, notamment si cette discussion ou cette transmission s'avérait incompatible avec ses intérêts importants ou indûment compliquée (art. 7 par. 5 de l'accord). Des considérations d'ordre tactique peuvent constituer un tel intérêt important dans le cadre d'investigations, lorsque la transmission prématurée de l'information pourrait porter préjudice au bon déroulement de l'enquête.

Le quatrième niveau de la cascade concerne des informations et documents qui requièrent une protection particulière, par exemple les informations obtenues en vertu des procédures de clémence et celles qui sont transmises à une autorité dans le cadre de la négociation d'un accord à l'amiable. De telles informations ne peuvent être transmises que si l'entreprise, qui les a fournies, a donné expressément son consentement par écrit (art. 7 par. 6 de l'accord). Cette réserve est nécessaire pour que ces deux institutions juridiques, qui sont très importantes, ne soient pas vidées de leur sens, au cas où les entreprises ne pourraient plus compter sur un traitement confidentiel de ces informations. Dans le cadre des programmes de clémence, seule l'annonce en tant que telle nécessite toutefois une protection particulière. Les moyens de preuve accompagnant l'annonce, comme la correspondance ou d'autres moyens de preuve, qui auraient également pu être saisis lors d'une perquisition, peuvent être transmis selon l'art. 7 par. 3 et 4 de l'accord.

Au cinquième niveau de la cascade, l'autorité ne peut échanger des informations, lorsque l'utilisation de ces dernières est interdite en raison des principes de l'état de droit (art. 7 par. 7 de l'accord ; principe de la « double barrière », respectivement double barrier). Il s'agit avant tout des principes de l'état de droit applicables lors de l'obtention d'informations, comme la protection du secret professionnel des avocats (legal privilege), le principe de non-auto-incrimination ou d'autres principes relatifs à l'administration des preuves.

Les ordres juridiques des deux parties ont mis en place un système qui protège, dans une large mesure, les informations lorsque celles-ci sont récoltées. Dans le même sens, le par. 7 interdit la transmission d'informations dans certaines circonstances. Les informations transmises sont en outre suffisamment protégées lors de leur utilisation (accès au dossier, droit d'être entendu, droit de faire administrer des preuves, droit de recours contre une décision finale). Pour ces raisons, l'accord ne prévoit aucune voie de droit pour s'opposer à la transmission d'informations confidentielles. La transmission en tant que telle n'est pas une décision au sens de l'art. 5 PA, car elle ne crée, ni ne modifie aucun droit ou obligation des parties. Les parties concernées sont cependant informées, lorsque des documents sont transmis.

Si l'autorité de concurrence s'aperçoit que l'un des documents transmis contient des informations incorrectes, elle en informe immédiatement l'autre autorité de concurrence qui les corrige ou les supprime (art. 7 par. 8 de l'accord).

### **5.3.2 Utilisation des informations**

L'autorité de concurrence ne peut utiliser les informations qui lui sont transmises selon l'art. 7 de l'accord comme bon lui semble. L'art. 8 de l'accord lui impose de respecter strictement certains principes.

En premier lieu, les informations dont l'autorité de concurrence discute avec l'autre autorité ou qu'elle lui transmet ne peuvent être utilisées que par celle-là et que pour l'application du droit de la concurrence (par. 1). La transmission aux autorités pénales ou fiscales n'est par exemple pas autorisée. Aucune information discutée ou transmise au sens de l'accord ne peut être utilisée dans le cadre d'une procédure pénale ouverte contre une personne physique (par. 4).

Deuxièmement, les informations obtenues au cours de la procédure d'enquête et transmises à l'autre autorité ne sont utilisées par celle-ci que pour l'application de son droit de la concurrence ou en cas d'états de faits identiques ou connexes (par. 2).

Troisièmement, les informations, qui ont été transmises selon l'art. 7 par. 4 de l'accord, sans le consentement de l'entreprise concernée, ne peuvent être utilisées que dans le but défini dans la demande (par. 3).

Quatrièmement, l'autorité de concurrence peut exiger que les informations transmises ne soient utilisées que sous certaines conditions qu'elle précise. L'autorité destinataire ne peut utiliser ces informations, d'une manière contraire à ces conditions, sans le consentement préalable de l'autorité de concurrence les ayant transmises (par. 5).

### **5.3.3 Protection et confidentialité des informations**

Certains principes régissent expressément la protection et la confidentialité des informations qui sont transmises selon l'art. 7 de l'accord (art. 9 de l'accord). Ils permettent de tenir compte du secret de fonction qui s'applique au sein des deux autorités de concurrence et de préserver les secrets d'affaires.

Selon le par. 1, il convient de traiter, de façon confidentielle, le fait qu'une demande qui tend à ce que certaines informations soient transmises, a été introduite. Seules les parties à la procédure sont informées à ce sujet, afin que les garanties constitutionnelles soient respectées. Les informations obtenues sont couvertes par les secrets de fonction et d'affaires et ne peuvent être divulguées à des tiers ou à d'autres pouvoirs publics (tribunaux civils et pénaux, autres services de l'administration). Des exceptions ne sont prévues que dans le but d'obtenir un mandat de perquisition (let. a), lorsque la divulgation de ces informations permet de garantir le respect du droit d'être entendues des parties à la procédure (let. b), en cas de divulgation dans le cadre de procédures de recours (Tribunal administratif fédéral et Tribunal fédéral en Suisse ; let. c), ainsi qu'en cas de divulgation, lorsque celle-ci est indispensable à l'exercice du droit d'accès aux documents officiels en vertu du droit d'une partie (let. d). Dans tous ces cas de figure, les autorités destinataires doivent garantir que les secrets d'affaires soient pleinement protégés.

Si l'autorité de concurrence s'aperçoit que des informations ont été utilisées ou divulguées d'une manière contraire aux dispositions qui visent à les protéger, elle en informe sans délai l'autre autorité. Elles mènent rapidement des consultations sur les mesures à prendre pour minimiser tout préjudice résultant d'une telle utilisation ou divulgation et pour veiller à ce que cette situation ne se reproduise pas (par. 2). Si les informations devaient être par exemple utilisées, de façon contraire à l'accord, dans une procédure civile (procédure en dommages et intérêts), les deux autorités devraient prendre les mesures nécessaires pour qu'une telle situation ne se reproduise pas à l'avenir.

Selon le par. 3, les parties à l'accord garantissent la protection des données à caractère personnel, conformément à leurs législations respectives.

### **5.3.4 Transmission au sein de l'UE et de l'EEE**

La Commission UE a, en vertu de son droit, le devoir de fournir certaines informations aux autorités compétentes des États membres, ainsi qu'à l'Autorité de surveillance AELE, lorsqu'intervient une procédure d'enquête. L'art. 10 de l'accord précise quels sont les devoirs à remplir pour appliquer cet accord. La Commission UE est ainsi tenue de consulter les autorités compétentes des États membres avant de rendre une décision et de leur faire parvenir une copie des moyens de preuve les plus importants (art. 11 et 14 du Règlement 1/2003<sup>10</sup>)<sup>11</sup>.

Les informations communiquées aux autorités de concurrence des États membres ou à l'autorité de surveillance AELE ne peuvent être utilisées à d'autres fins que l'application du droit de la concurrence de l'UE par la Commission UE et ne peuvent pas non plus être divul-

---

<sup>10</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 Décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 [aujourd'hui 101 et 102], JO. L 1 du 4.1.2003, 1 ss.

<sup>11</sup> Voir les explications détaillées dans le Message, FF 2013, 3976 s.

guées (par. 2). La COMCO rappellera aux autorités de concurrence UE que celles-ci doivent remplir ces obligations, lorsque des informations sont transmises. Si certains doutes subsistent sur le fait que les informations seront protégées, la COMCO peut renoncer à les transmettre, et ce tant qu'elle n'aura pas reçu les assurances nécessaires. Si des informations devaient être transmises de façon contraire à ces obligations, il serait procédé sans délai aux consultations et corrections nécessaires, conformément à l'art. 9 par. 2 de l'accord.

## 5.4 Appréciation

L'accord instaure désormais un système d'échange d'informations, qui permet aux autorités de concurrence en cause (ici la Suisse et l'UE) d'améliorer leur coopération, de mieux appliquer les droits de la concurrence et de mener plus efficacement les procédures concernées. L'accord permet ainsi une mise en œuvre plus efficace des droits de la concurrence en Suisse et dans l'UE. Aujourd'hui déjà, les entreprises peuvent se coordonner, notamment préparer leur défense dans les enquêtes en droit des cartels, et ce à l'échelle mondiale. Les autorités de concurrence européennes et suisses, à l'instar des entreprises, pourront désormais elles aussi se coordonner lors de la mise en œuvre de leurs droits de la concurrence.

Le principal intérêt de cet accord ne réside pas cependant seulement dans la possibilité d'échanger des informations confidentielles ou des moyens de preuve, au sens de l'art. 7 de l'accord. Cet échange n'interviendra en réalité que dans une minorité de cas. L'intérêt de cet accord réside bien plus dans la possibilité pour les autorités de concurrence d'avoir accès, dans leur travail quotidien, à des informations qui étaient jusque-là couvertes par le secret de fonction<sup>12</sup>. En plus, l'accord prévoit le principe de l'équivalence des deux droits de la concurrence.

S'agissant de la Suisse et des autorités de concurrence suisses, le nouvel accord constitue, sans aucun doute, un progrès considérable en matière de coopération internationale. Il n'existait en effet jusqu'ici aucune réelle possibilité de coopérer de façon formelle. Une telle coopération avec l'UE apparaît jusqu'ici, sur le plan mondial, comme étant unique en son genre.

---

<sup>12</sup> De même, la NZZ du 18.5.2013, 27.