



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 2014 de la Commission de la concurrence (COMCO)

(selon l'article 49 al. 2 LCart)

Indice

1	Préface du Président.....	3
2	Décisions les plus importantes en 2014.....	4
3	Activités dans les différents secteurs.....	6
3.1	Construction.....	6
3.1.1	Accords de soumission.....	6
3.1.2	Autres procédures.....	6
3.2	Services.....	7
3.2.1	Services financiers.....	7
3.2.3	Marchés de la santé.....	9
3.3	Infrastructures.....	9
3.3.1	Télécommunications.....	9
3.3.2	Médias.....	10
3.3.3	Energie.....	11
3.3.4	Autres domaines.....	12
3.4	Marchés de produits.....	12
3.4.1	Industrie des biens de consommation et marché de détail.....	12
3.4.2	Industrie horlogère.....	13
3.4.3	Secteur automobile.....	13
3.4.4	Agriculture.....	14
3.5	Marché intérieur.....	14
3.6	Investigations.....	16
3.7	Relations internationales.....	16
3.8	Aucune révision de la loi sur les cartels.....	17
4	Organisation et statistiques.....	18
4.1	COMCO et Secrétariat.....	18
4.2	Statistique.....	19
5	L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence.....	21
5.1	Qu'est-ce que l'advocacy ?.....	21
5.2	Moyens et instruments de l'advocacy.....	22
5.1	L'activité d'advocacy dans la pratique.....	23
5.1.1	Exemple en matière de soumissions.....	24
5.1.2	Exemple en matière d'agriculture.....	26
5.1.3	Exemple en matière d'infrastructures.....	27
5.1.4	Exemple domaine de la santé.....	28
5.2	Conclusions.....	28

1 Préface du Président

La principale tâche des autorités de la concurrence consiste à mettre au jour et à interdire les restrictions illicites à la concurrence dans des cas particuliers. Par ailleurs, les autorités de la concurrence sont appelées, de manière générale, à intervenir en se faisant « les avocats de la concurrence ». Cette activité des autorités de la concurrence qu'on désigne par le terme « d'advocacy » est beaucoup moins bien comprise du public que le fait de rendre des décisions dans des cas d'espèce. Le présent rapport annuel traite donc, comme thème principal, de ce rôle d'advocacy des autorités de la concurrence, afin de mieux le présenter.

Les instruments prévus par la loi sur les cartels en matière d'advocacy, dont peuvent se servir les autorités de la concurrence (consultations, consultations des offices, avis, informations au public, ainsi qu'observations de marché et conseils du Secrétariat), sont pour l'essentiel de nature informelle. Ils permettent en particulier à la COMCO et à son Secrétariat d'expliquer en quoi consistent les restrictions à la concurrence, de relever les entraves de droit public à la concurrence qui sont inutiles et de répondre par des avis aux questions du droit de la concurrence demeurant ouvertes. Ils permettent aussi, de manière générale, de renseigner le public sur les activités des autorités de la concurrence et l'importance de la concurrence du point de vue économique. Les autorités de la concurrence assument la même fonction s'agissant des entraves cantonales à l'accès au marché. Elles ont recours à cet égard aux instruments prévus par la loi sur le marché intérieur (LMI) (recommandations, enquêtes, avis et conseils). En pratique, l'activité d'advocacy est devenue un instrument important aboutissant ex ante à des résultats convaincants, qui permet d'éviter des éventuelles restrictions à la concurrence.

L'instrument le plus efficace de l'advocacy est et restera celui de la communication au public, en temps utile, des décisions de la COMCO et de leur publication intégrale. Sanctionner un cartel de soumission ou une entreprise, qui a empêché les importations parallèles en Suisse et communiquer aux médias les décisions s'y rapportant, en mentionnant le nom de l'entreprise en cause et les amendes qui lui sont infligées, permet, de façon notable, de dissuader les entreprises et les consommateurs/trices d'agir de la sorte et de les renseigner sur ces points. Il est plus aisé pour les autorités de la concurrence d'informer les personnes concernées sur le sens et le but d'une intervention de la COMCO et sur les conséquences d'une entrave à la concurrence, lorsqu'elles prononcent des décisions et traitent de cas d'espèce. Ces personnes comprennent également mieux ce dont il est question à ces occasions.

L'année passée, les autorités de la concurrence ont également rendu des décisions qui pouvaient être comprises du public. Elles ont ouvert de nouvelles procédures. Elles ont notamment sanctionné l'Agence Télégraphique Suisse SA (ATS) qui avait écarté un concurrent, ouvert une nouvelle enquête sur les manipulations dans le négoce de devises et dans le domaine du leasing automobile.

En septembre 2014, la révision de la loi sur les cartels n'a pas abouti au parlement. Le projet de révision traitait certes des questions de l'interdiction partielle des cartels ou de la modernisation de la procédure de contrôle des concentrations, qui auraient pu contribuer à davantage de sécurité du droit et faciliter le travail des autorités de la concurrence. La COMCO ne considère toutefois pas que ce résultat soit vraiment négatif. En effet, la loi sur les cartels en vigueur prévoit déjà les instruments nécessaires à mettre au jour et éviter les restrictions à la concurrence. En outre, les autorités de la concurrence fonctionnent bien en principe. Ces deux constatations ressortent de l'évaluation de la loi sur les cartels de 2009. Et elles sont, pour l'essentiel, toujours d'actualité. Les autorités de la concurrence continueront donc d'assumer les tâches que leur confère la loi, en rendant des décisions et en exerçant leur activité d'advocacy de façon ciblée.

Prof. Dr. Vincent Martenet
Président COMCO

2 Décisions les plus importantes en 2014

Par décision du 30 juin 2014, la COMCO a clos son enquête ouverte contre **Jura Elektroapparate AG** (Jura). Il existait un accord entre la société Jura et ses distributeurs prévoyant de renoncer au commerce en ligne de machines à café Jura. Conformément à la décision de principe de la COMCO dans le domaine du commerce en ligne du 11 juillet 2011 (Elektrolux AG/V-Zug AG), Jura s'est engagée, dans le cadre d'un accord amiable, à permettre en principe la vente par internet aux revendeurs de machines à café agréés selon le système de distribution sélective en cause.

La COMCO, par décision du 14 juillet 2014, a approuvé un accord amiable passé entre son Secrétariat et l'**Agence Télégraphique Suisse SA** (ATS) et infligé à cette dernière une amende d'un montant de 1,88 million de francs. L'ATS s'est engagée dans l'accord amiable à ne plus conclure d'accords d'abonnement exclusifs avec ses clients. De plus, l'ATS s'est engagée à appliquer un système de rabais transparent et à garantir un accès non-discriminatoire à ses services. Il devrait ainsi être assuré que tous les médias en Suisse soient traités de manière égale par l'ATS et que la concurrence sur les marchés des médias et de la publicité en aval ne soit pas faussée. L'enquête a révélé que l'ATS, entre la fin de l'année 2008 et le début de l'année 2010, avait conclu des contrats d'abonnement assortis de rabais exclusifs avec un cercle choisi d'entreprises de Suisse alémanique. Ces rabais étaient liés à la condition que les entreprises concernées aient exclusivement recours au service de base pour les actualités de l'ATS et sans s'abonner simultanément au service correspondant d'AP Schweiz. Grâce à l'octroi de rabais exclusifs, l'ATS a abusé de sa position dominante et illicitement entravé sa concurrente d'alors, AP Schweiz, dans son accès à la concurrence.

La COMCO avait ouvert, au printemps 2009, en raison de plaintes, l'enquête contre **ETA SA Manufacture Horlogère Suisse** (ETA). Les reproches en cause portaient sur le fait qu'ETA désavantageait ses clients hors groupe par rapport aux sociétés du Swatch-Group, en augmentant ses prix et en modifiant ses conditions d'achat à leur détriment. Cette enquête a été suspendue du mois de juin 2011 au mois de novembre 2013, durant la durée de l'enquête portant sur la diminution échelonnée des livraisons de mouvements mécaniques. La COMCO a clos l'enquête ouverte contre ETA par décision du 14 juillet 2014, dans la mesure où il n'existait pas suffisamment d'indices, selon lesquels ETA aurait agi de manière discriminatoire ou aurait été guidée par des motifs étrangers. En effet, ETA a augmenté ses prix et modifié ses conditions d'achat de la même manière pour tous ses clients. En outre, dans sa décision du 21 octobre 2013, la COMCO a approuvé la diminution échelonnée des livraisons de mouvements mécaniques résultant d'un accord amiable. Cet accord contient aussi, entre autres, des dispositions sur les conditions d'achat et de prix, valables jusqu'à ce qu'ETA n'ait plus l'obligation de livrer, le 31 décembre 2019.

Par sa décision du 8 août 2014, la COMCO et un des Vice-présidents ont approuvé l'accord amiable conclu entre le Secrétariat et **AMAG Automobil- und Motoren AG** et clos la procédure menée contre cette partie. L'enquête ouverte en mai 2013 en raison d'éventuels accords en matière de concurrence était dirigée contre différents concessionnaires suisses des marques du groupe Volkswagen, soit VW, Audi, Škoda et Seat; parmi ceux-ci figurait aussi AMAG. L'enquête portait sur une éventuelle détermination de rabais et de réductions forfaitaires lors de la vente au détail de véhicules neufs des marques en question. Par cet accord amiable, AMAG s'est engagée à ne mettre en œuvre aucun accord sur la détermination de rabais et de réductions forfaitaires et à n'échanger aucune information sensible sur les prix avec ses concurrents. Dans la mesure où AMAG s'était auto-dénoncée, aucune sanction ne lui a été infligée. Les autres parties à la procédure ont interjeté recours contre cette décision.

Le **Tribunal administratif fédéral** (TAF) a annulé, par arrêt du 23 septembre 2014, les décisions et sanctions prononcées par la COMCO en date du 18 octobre 2010 contre SFS unimarket AG, Siegenia-Aubi AG et Paul Koch AG. Ces entreprises s'étaient entendues, lors d'une entrevue le 22 septembre 2006, pour déterminer le montant des augmentations de prix des ferrements de fenêtres et pour déterminer à quel moment de telles augmentations interviendraient. La COMCO a considéré que cet accord sur les prix était illicite. Le Tribunal arrive pour l'essentiel à la conclusion qu'on ne peut pas répondre à la question de savoir, si la restriction à la concurrence résultant de l'accord conclu lors de l'entrevue en cause serait uniquement à l'origine d'un accord horizontal sur les prix entre entreprises ou découlerait des indications sur les prix des producteurs européens ou des deux états de faits. Par conséquent, il n'a pas été prouvé qu'on pouvait bel et bien reprocher à l'entreprise d'avoir conclu un accord illicite sur les prix au sens de l'art. 5 al. 3 let. a LCart. A la demande de la COMCO, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) a interjeté au Tribunal fédéral un recours en matière de droit public contre deux des trois arrêts concernés.

L'enquête dans le domaine des **ferrements pour portes** a été close par décision du 17 novembre 2014. La COMCO a sanctionné cinq revendeurs suisses de ferrements pour portes (poignées, serrures et charnières) en leur infligeant des amendes d'un montant total de 185'000 francs. L'un des vendeurs a bénéficié d'une réduction totale de sanction, dans la mesure où il s'est dénoncé le premier aux autorités de la concurrence. L'enquête contre le fabricant a été classée sans suite, car aucune infraction à la loi sur les cartels n'a pu être prouvée à son encontre. Dans ce cas, cinq revendeurs suisses de ferrements pour portes se sont rencontrés annuellement entre 2002 et 2007 pour déterminer les marges minimales à respecter lors de la revente de quantités importantes de ferrements pour portes. Une autre entreprise a participé en 2007 à cette rencontre annuelle du cartel. Un tel accord sur les prix constitue un cartel horizontal dit « dur ».

La COMCO a mis un terme à son enquête sur le marché des cartes de crédit par un accord amiable en date du 1^{er} décembre 2014. Cet accord prévoit une réduction de la commission d'**interchange** moyenne à 0,44 % (actuellement de 0,95 %) **pour les cartes de crédit** MasterCard et Visa. Toutes les parties impliquées dans l'enquête ont signé l'accord amiable avec la COMCO. Ces dernières sont d'une part les entreprises qui émettent des cartes de crédits (ci-après: Issuers) et, d'autre part, les entreprises qui s'occupent de recruter des commerçants pour l'acceptation de cartes de crédits et qui concluent avec eux des contrats spécifiques (ci-après: Acquirers). La réduction concerne la commission d'interchange applicable en Suisse. Il s'agit de la commission versée par l'Acquirer à l'Issuer au moment où un achat est fait au moyen d'une carte de crédit suisse auprès d'un commerçant suisse. Comme en 2005, la COMCO est arrivée à la conclusion que ces commissions d'interchange constituent un accord cartellaire, dans la mesure où elles sont déterminées en commun et mises en œuvre par les acteurs du marché. La COMCO part cependant du principe que ces accords peuvent être justifiés, si ces commissions d'interchange sont fixées à un niveau où le moyen de paiement utilisé par le client (cash ou carte de crédit) ne joue plus aucun rôle pour le commerçant. La baisse des commissions d'interchange va intervenir en deux étapes: une première baisse à 0,7 % le 1^{er} août 2015 et une seconde baisse à 0,44 % le 1^{er} août 2017. En comparaison avec la situation actuelle, le marché devrait pouvoir économiser 50 à 60 millions par année. Les cartes de débit, particulièrement le système Maestro qui continue de fonctionner sans commission d'interchange, ne font pas l'objet de la procédure et de l'accord amiable.

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Accords de soumission

En août 2014, le Secrétariat a clos l'enquête préalable ouverte en 2013 concernant le système d'annonce des fédérations cantonales d'entrepreneurs. Le Secrétariat s'est procuré une vue d'ensemble, pour savoir quelles fédérations disposent encore d'un tel système et sous quelle forme. Il a analysé les effets de ces systèmes et a conclu que ces systèmes d'annonce favorisaient les accords de soumission entre entreprises de construction et qu'ils pouvaient entraver la concurrence. Par conséquent, le Secrétariat a proposé aux fédérations cantonales notamment que les autres participants à ce système ne puissent plus voir quelles autres entreprises envisagent de faire une offre avant le délai de remise des offres.

Le 30 octobre 2012, le Secrétariat a ouvert une enquête dans la 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.

Le 5 février 2013, le Secrétariat a ouvert une enquête concernant 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. Une analyse des données saisies et des offres ainsi qu'une analyse du marché approfondie auprès des adjudicateurs de ce type de travaux ont été effectuées. Le Secrétariat a laissé parvenir sa proposition à la COMCO au sens de l'art. 30 al. 2 LCart aux parties pour prise de position en novembre 2014.

Le Secrétariat a ouvert le 15 avril 2013 une enquête «construction See-Gaster» avec des perquisitions 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 à nouveau été effectuées. L'analyse des données saisies est terminée. Les parties ont eu accès au dossier en décembre 2014.

Comme mentionné dans la partie concernant l'Advocacy (voir ci-après 5), la sensibilisation des adjudicataires constitue un instrument important pour lutter contre les accords de soumission. En 2014, une campagne de sensibilisation a eu lieu dans les cantons de Bâle-ville, Bâle campagne, Berne, Glarus, Lucerne, Schaffhouse, Soleure, Thurgovie et Zurich. Dans ce cadre, le Secrétariat a participé à diverses rencontres, a tenu des présentations et a participé à des débats avec des entreprises, des avocats et des représentants de l'exécutif.

3.1.2 Autres procédures

Dans le cadre de l'enquête ouverte le 22 novembre 2011 concernant les grossistes en sanitaires, le Secrétariat a fait parvenir en novembre 2014 à la COMCO sa proposition et les prises de position des parties.

La COMCO a sanctionné par décision du 17 novembre 2014 les membres de revendeurs dans le domaine des éléments pour portes. Cinq revendeurs suisses de poignées, de serrures et de charnières pour portes (ferrements pour portes) se sont rencontrés chaque

année entre 2002 et 2007 pour la fixation de marges minimales pour la vente de ferrements en grande quantité. Une autre entreprise a participé en 2007 à la rencontre annuelle. Les marges minimales concernaient les produits de l'entreprise Glutz AG et devaient être appliquées lors de la revente de ferrements pour portes aux fabricants de portes (par ex. les menuisiers). La COMCO a jugé que cet accord était illicite et a sanctionné les revendeurs par une amende totale de 185'000 francs. L'enquête a été classée envers le fabricant Glutz AG car aucune infraction à la loi n'a pu être prouvée à son égard.

Suite aux deux enquêtes concernant les accords de soumission sur les routes et le génie civil dans le canton d'Argovie et de Zurich, plusieurs maîtres d'ouvrages publics ont demandé accès aux actes de procédure concernant leurs soumissions affectées par un accord illicite. Ces demandes découlent de l'anonymisation des décisions de la COMCO (les projets concrets de construction touchés par les accords illicites ne sont pas nommés). Le 6 août 2014, la COMCO a suspendu les demandes concernant la décision du canton d'Argovie, car les recours contre celle-ci sont encore pendants devant le Tribunal administratif fédéral (TAF). Le 8 septembre 2014, la COMCO a pris une décision concernant l'accès à la décision sur le canton de Zurich (accès partiel aux pièces de la procédure). Deux entreprises ont fait recours au TAF contre l'accès partiel accordé aux maîtres d'ouvrages.

Le TAF a donné droit aux trois recours contre les décisions de la COMCO concernant les ferrements pour fenêtres en septembre 2014. La COMCO et le DEFR ont décidé après une longue réflexion de faire recours contre deux des jugements (Paul Koch AG; Siegenia Aubi AG) devant le Tribunal fédéral. Selon le TAF, il n'est pas prouvé au-delà de tout doute qu'un accord sur les prix a été passé. Concernant ce point, la COMCO fait valoir en particulier une violation du droit fédéral, parce que le TAF fixe des exigences légales trop élevées à la preuve de l'existence d'un accord horizontal sur les prix (cartel). Les questions de preuve encore ouvertes sur un accord sur les prix n'existent pas selon la COMCO. Contre le jugement concernant SFS AG, la COMCO a renoncé à faire recours, car la non-participation de SFS selon le TAF à l'accord en question est une question de faits qui ne peut être soulevée devant le Tribunal fédéral

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Dans le domaine des services financiers, l'enquête relative aux commissions d'interchange pour les cartes de crédit a été clôturée moyennant un accord amiable, approuvé par la COMCO le 1^{er} décembre 2014. Cet accord amiable prévoit l'abaissement des commissions d'interchange domestiques à 0,44 % (actuellement 0,95 %). Comme en 2005 (cf. RPW 2006/1, S. 65 ss), la COMCO est d'avis que les commissions d'interchange représentent un accord en matière de concurrence parce qu'elles sont fixées et appliquées en commun par les entreprises. Elle a retenu que cet accord peut être justifié si les commissions se situent à un niveau auquel il ne joue pas de rôle pour le commerçant que le paiement intervienne en espèces ou par carte de crédit, c'est-à-dire lorsque le commerçant est indifférent au regard du moyen de paiement. Ce « Merchant Indifference Test » (ou « Tourist Test ») est économiquement fondé et se base sur une publication de Jean Tirole¹, lauréat du prix Nobel d'économie en 2014. L'accord amiable a été signé par tous les destinataires de l'enquête, c'est-à-dire par tous les Issuers et Acquirers. Cet accord prévoit un abaissement en deux étapes: la première pour le 1^{er} août 2015 à 0,7 %, la deuxième pour le 1^{er} août 2017 à 0,44 %. La résiliation de l'accord amiable est possible le 1^{er} août 2019 au plus tôt. En sus, l'accord amiable contient un mécanisme d'adaptation dynamique: la valeur absolue des

¹ JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Must-take cards: Merchant discounts and avoided costs, in: Journal of the European Economic Association, 9(3), p. 462 ss., 2011.

augmentations et des diminutions de la limite supérieure des commissions d'interchange pour les cartes de crédit dans l'Union européenne - actuellement de 0,3 % - est reprise en Suisse (si p.ex. le taux dans l'UE venait à être abaissé à 0,2 %, le taux en Suisse baisserait à 0,34 %). Le mécanisme d'adaptation dynamique est censé assurer que l'accord amiable subsiste à long terme. Finalement, l'interdiction de la « Non-Discrimination-Rule » (NDR), introduite en 2005, a été levée. Ceci signifie que les Acquirers peuvent réintroduire une clause dans leurs contrats avec les commerçants interdisant à ces derniers de demander des prix différents selon les moyens de paiement. La levée de l'interdiction est en lien avec l'abaissement considérable des commissions d'interchange qui devrait avoir pour résultat que l'acceptation de cartes de crédit ne conduise pas, chez le commerçant, à des coûts supplémentaires par rapport à un paiement en espèces.

En outre, le Secrétariat poursuit son enquête relatives aux accords en relation avec les manipulations sur les taux de référence Libor, Tibor et Euribor ainsi que sur les produits dérivés s'appuyant sur ces taux. L'autorité suisse de la de concurrence a demandé pour la première fois, sur la base de la Convention de La Haye en matière civile ou commerciale (cf. RPW 2014/2, S. 450 ss), l'entraide judiciaire à la France qui le lui a accordée via le ministère de la justice français qui l'a ensuite transmise pour décision à deux tribunaux français.

Durant l'année considérée, deux autres enquêtes ont été ouvertes dans le domaine des services financiers. La première concerne de possibles accords illicites entre différentes banques en relation avec la fixation de divers taux de change (Forex): l'échange d'informations confidentielles, coordination générale à des niveaux de prix concertés en relation avec des transactions avec d'autres participants du marché, actions coordonnées afin d'influencer le WM/Reuters Fix ainsi que coordination de l'achat et de la vente de devises.

La seconde enquête concerne le leasing automobile. L'enquête a été ouverte en raison d'indices, selon lesquels des sociétés financières appartenant à des groupes de fabricants d'automobiles, respectivement d'importateurs (« Captives financières ») auraient échangé des informations sensibles relatives aux taux de leasing et financement de véhicules automobiles et auraient ainsi conclu des accords sur les prix. Plus particulièrement, ces entreprises auraient échangé des informations relatives notamment aux taux d'intérêt, aux conditions contractuelles, au montant des commissions versées aux concessionnaires, ainsi que sur des frais divers.

3.2.2 Professions libérales et services professionnels

Une enquête préalable concernant des services de maintenance et de support pour des appareils de réseau Cisco Systems a pu être clôturée grâce à des engagements portant sur des ajustements de la communication vis-à-vis des clients finaux. L'enquête préalable a été ouverte sur la base d'une plainte d'une entreprise indépendante de Cisco Systems offrant des services de maintenance et de support. Selon cette plainte, Cisco Systems disposerait d'une position dominante pour certains appareils de réseau, notamment les routeurs et les switches. L'abus de position dominante consisterait dans le fait que l'achat des mises à jour des systèmes d'exploitation serait possible seulement dans le cadre de packages onéreux de maintenance et de support. Durant l'enquête préalable, Cisco Systems a indiqué plusieurs possibilités pour les clients finaux d'acheter des mises à jour de systèmes d'exploitation indépendamment de services additionnels de maintenance et de support de Cisco System ou même de les obtenir gratuitement. De plus, Cisco Systems permet en principe le transfert de licences de software de systèmes d'exploitation entre clients finaux – soit directement, soit par des parties tierces – au sein de l'espace économique européen et en Suisse. L'enquête a pu être clôturée car Cisco System a confirmé les éléments mentionnés par écrit et a également proposé de prendre des mesures concernant la communication envers les clients finaux.

L'enquête en cours contre Booking.com, Expedia et HRS dans le domaine des plateformes de réservation d'hôtels en ligne se situe à un stade avancé. Dans le cadre de cette enquête, le TAF a décidé que l'association d'hôtels Hotelleriesuisse n'avait pas la qualité de partie, confirmant ainsi la décision incidente du Secrétariat. Au courant de l'année 2014, des auditions de parties ont encore eu lieu.

3.2.3 Marchés de la santé

La COMCO a déposé un recours contre la décision du TAF concernant le cas des médicaments hors-liste. L'arrêt du TAF est d'une importance fondamentale car il nie l'application de la loi sur les cartels dans ce domaine et parce que, du point de vue des autorités de la concurrence, il est incorrect.

Dans le domaine de l'enquête relative à la commercialisation d'informations médicales électroniques nécessaires à la distribution, la remise et la facturation de médicaments en Suisse, le Parlement est en train de discuter des informations médicales en rapport à l'art. 57a de la loi sur les agents thérapeutiques (RS 812.21) qui est en révision. La question de fond est de savoir si la plateforme sur les médicaments (AIPS) créé par swissmedic continuera à être la référence pour la publication d'informations médicales ou si cette tâche devrait être assumée par les entreprises pharmaceutiques en collaboration avec les fournisseurs de prestations.

Dans l'enquête préalable concernant le niveau de concurrence sur l'ensemble des échelons impliqués dans la distribution de médicaments en Suisse l'activité des Pre-Whole-Saler (PWS), c'est-à-dire des entreprises qui offrent des services d'entrepôt aux entreprises pharmaceutiques qui désirent déléguer (out-sourcing) ce type d'activités, était au centre des investigations. La distribution de médicaments en Suisse est marquée, d'une part, par la quasi impossibilité d'importer des médicaments de façon parallèle et, d'autre part, l'intégration verticale croissante dans la distribution de médicaments. Dans ce contexte, certaines prestations financières (p.ex. acceptation du du croire) des PWS font l'objet d'un examen particulier.

Pour ce qui concerne le secteur hospitalier, les autorités judiciaires ont pris des décisions centrales en faveur de la concurrence. D'une part, le TAF a statué que dans le cadre du système de financement actuel, les hôpitaux sont sensés pouvoir faire des bénéfices aussi dans le domaine de l'assurance-maladie de base ce qui est décisif pour que la concurrence indirecte voulue par le législateur déploie ses effets positifs. Cette conclusion a été aussi souvent défendue par les autorités de la concurrence. D'autre part, les cantons sont tenus aussi lors de la planification intercantonale de la médecine hautement spécialisée de respecter un certain nombre de principes. Comme la COMCO l'a souligné dans le préavis sur la planification hospitalière, ces principes doivent permettre de garantir d'une part, une égalité de traitement entre les établissements publics et privés et d'autre part, l'utilisation d'une méthode de choix des offreurs qui préserve un système orienté à la concurrence.

3.3 Infrastructures

3.3.1 Télécommunications

Sur mandat du Conseil fédéral, la COMCO a établi une expertise relative aux propositions d'adaptations de l'Ordonnance sur les services de télécommunication (OST). Dans ce cadre, elle a pris position sur quelques questions controversées de politique de concurrence comme les conséquences de la proposition de réglementation du TAL sur la motivation à investir, le projet d'interdire la pratique du ciseau tarifaire en tant que concrétisation de l'interdiction de discrimination sectorielle, ou encore la réalisation d'une adaptation de prix linéaire prenant en compte des technologies plus efficaces, par exemple en matière d'interconnexions ou d'accès aux lignes louées.

Concernant l'enquête dirigée contre Swisscom dans le domaine de l'Internet large bande pour la clientèle commerciale, le Secrétariat a bouclé les actes d'enquête en décembre 2014 avec la notification de la proposition à Swisscom pour avis au sens de l'art. 30 al. 2 LCart.

En outre dans le domaine des télécommunications, la COMCO a été amenée à examiner la concentration des entreprises Directories SA/search.ch SA. Suite au rachat de PubliGroupe SA, Swisscom et Tamedia prévoient en effet de créer une entreprise commune avec leurs filiales local.ch et search.ch. L'examen préalable effectué par la COMCO a révélé fin novembre 2014 que la concentration pourrait créer ou renforcer une position dominante dans le domaine des annuaires. En conséquence, un examen du projet de concentration va être mené au sens de l'art. 10 LCart et va s'étendre jusqu'à fin mars 2015.

Au surplus, la COMCO a établi une expertise pour l'OFCOM relative à une éventuelle position dominante de Swisscom dans le domaine de l'interconnexion IP. Par l'interconnexion IP, l'interopérabilité entre les ordinateurs connectés à Internet est assurée.

Dans le cadre de la procédure de recours ouverte auprès du Tribunal administratif fédéral et relative à l'affaire de politique des prix ADSL, la COMCO a pris position à l'occasion d'un échange d'écritures sur une liste de questions auxquelles Swisscom avait répondu.

3.3.2 Médias

Par décision du 14 juillet 2014, la COMCO a clos l'enquête ouverte à l'encontre de l'Agence Télégraphique Suisse SA (ats) relative à sa politique de prix et autres pratiques, et a approuvé l'accord amiable conclu entre le Secrétariat et l'ats. L'enquête a révélé qu'entre fin 2008 et début 2010, l'ats a conclu des contrats d'abonnement assortis de rabais exclusifs avec un cercle choisi d'entreprises suisses alémaniques du secteur des médias. Ces rabais étaient liés à la condition que les entreprises concernées aient exclusivement recours aux services de base de l'ats pour les actualités, sans s'abonner simultanément aux services correspondants d'une agence concurrente. Par ce procédé, l'ats a abusé de sa position dominante et illicitement entravé les sociétés concurrentes. Dans l'accord amiable, l'ats s'est engagée à ne plus conclure d'accords d'abonnement exclusifs avec ses clients. De plus, l'ats s'est engagée à appliquer une politique de rabais transparente et à garantir aux différents médias un accès non discriminatoire à ses services. Cela permet ainsi d'assurer que tous les médias en Suisse soient traités de manière égale par l'ats et que la concurrence sur les marchés des médias et de la publicité situés en aval ne soit pas faussée. Une amende d'un montant de 1,88 million de francs a été prononcée à l'encontre de l'ats.

L'enquête ouverte en avril 2013 relative à la diffusion de sport en direct via Pay-TV a été bloquée, pendant l'année écoulée, essentiellement par des décisions incidentes provoquées par les parties puis déferées aux instances supérieures. Le recours du câblo-opérateur en lien avec la requête de mesures provisoires concernant la libération de contenu de programmes ainsi que les possibilités d'acquisitions a été rejeté par décision entrée en force du TAF du 9 juillet 2014. Par décision du 2 octobre 2014, le TAF n'est pas entré en matière sur le recours interjeté contre la décision du 24 février 2014 relative à la qualité de partie. La décision du 2 octobre 2014 a été portée devant le Tribunal fédéral.

L'enquête préalable dans l'affaire Goldbach Group TV-/Radiovermarktung a été classée par rapport final du 12 novembre 2014. Cela est en particulier dû au fait que le Goldbach Group a pris des engagements envers le Secrétariat concernant le futur comportement de ses filiales en matière de commercialisation, respectivement de cession de temps de publicité télévisuelle et radiophonique. Dans la déclaration d'engagement mentionnée ci-dessus et en matière de vente de fenêtres publicitaires dans les domaines TV et radio, le Goldbach Group a en particulier confirmé que ses filiales ne feraient pas dépendre l'octroi de rabais, respectivement de freespace du fait que l'ensemble ou une grande partie du volume de

publicité dans une autre catégorie de médias (TV, radio, adscreen, online, etc.) soit commandé auprès d'une entreprise appartenant au Goldbach Group.

En 2014 également, la COMCO a été amenée à examiner plusieurs concentrations d'entreprises dans le domaine des médias: dans le projet de concentration Tamedia SA/branche d'activité B2C de Ticketportal SA, Tamedia a fait part de son intention de reprendre la branche d'activité B2C de Ticketportal par le biais de sa filiale Starticket SA. Concernant Aurelius/Publicitas, Aurelius SA avait l'intention de reprendre les activités media sales de PubliGroupe. Concernant Ringier/Le Temps, Ringier SA avait l'intention d'acquérir le contrôle exclusif de la société ER Publishing SA; cela aurait pour conséquence que Ringier acquerrait le contrôle exclusif de la société Le Temps SA. Concernant Thomas Kirschner/Valora Mediaservices SA, Thomas Kirschner a fait part de son intention de prendre indirectement le contrôle de la Schweizer Pressegrossistin Valora Mediaservices SA par l'entremise de la société Brilliant Media Services GmbH qu'il contrôle. Par la suite concernant Thomas Kirschner/A et B XY/Valora Mediaservices SA, il a été annoncé le contrôle commun de Valora Mediaservices par Thomas Kirschner et les époux XY, ces derniers agissant via la société ATLAS Beteiligungen GmbH & Co. KG. Concernant Swisscom (Suisse) SA/PubliGroupe SA, Swisscom a fait part de son intention de prendre le contrôle exclusif du groupe de sociétés PubliGroupe dans le cadre d'une offre publique d'achat. Concernant Tamedia / home.ch, Tamedia envisageait de prendre le contrôle exclusif de la branche d'activité home.ch. Pour toutes ces concentrations, l'examen préalable a abouti au feu vert de la COMCO.

Suite à la procédure de concentration dans la cause Ringier/Le Temps et par décision du 8 septembre 2014, la COMCO a en outre levé les charges fixées par décision du 20 octobre 2003 dans la cause Edipresse/Ringier – Le Temps. Les charges avaient été fixées en raison du contrôle commun de ER Publishing et donc Le Temps par Ringier et Tamedia, cela afin d'assurer l'indépendance du Temps et de pouvoir contrôler les effets de la coopération dans d'autres marchés de médias. Avec la prise de contrôle exclusif de Ringier sur Le Temps, les charges avaient perdu leur raison d'être et ont ainsi été levées.

Concernant la décision de la COMCO relative au prix de livre écrit en français en Suisse romande, des recours sont pendants auprès du TAF. Était également litigieux dans cette affaire la question de l'étendue de la publication de la décision du 27 mai 2013. Une décision de la COMCO concernant cette question a fait l'objet de recours au TAF par la partie concernée.

3.3.3 Energie

L'enquête préalable Eignerstrategie ewb a été classée par rapport final du 10 janvier 2014. Suite à une rencontre avec le Secrétariat en décembre 2013, ewb a spontanément adapté trois points éventuellement problématiques (invitations écrites aux contrôles périodiques des installations électriques, recommandation de la filiale Energie-Check Bern SA sur le site Internet de ewb pour des contrôles de sécurité, recommandation de l'ancienne filiale Bären Elektro SA pour les éventuelles superpositions de compteurs électriques dans le cercle de clientèle de ewb en cas de vacance). En conséquence, au moment de l'examen et en lien avec les échanges possibles ou l'utilisation d'informations commerciales entre les branches monopolistiques et les branches concurrentielles du groupe ewb, il n'a pas été constaté d'indices suffisants permettant de retenir une restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart.

Dans le domaine de l'électricité, le Secrétariat a à nouveau été invité plusieurs fois à prendre position dans le cadre de consultations des offices, respectivement la COMCO dans le cadre de procédures de consultations et d'auditions. Sont en particulier à mentionner l'Arrêté fédéral relatif à la deuxième étape de l'ouverture totale du marché de l'électricité, ainsi que différentes révisions partielles de l'Ordonnance sur l'énergie.

3.3.4 Autres domaines

Pendant l'année écoulée, plusieurs parties ont interjeté recours au TAF à l'encontre de la décision du 2 décembre 2013 qui a clos l'enquête portant sur le fret aérien (Lufffracht) et qui a sanctionné 11 compagnies aériennes pour entente horizontale sur les prix avec une amende totale de près de 11 millions de francs. Est aussi litigieuse dans ce cas la question de savoir si la décision du 2 décembre 2013 va être publiée, et si oui dans quelle étendue. Un recours est également pendant au TAF sur ce point.

L'enquête ouverte en juillet 2013 relative au système de prix des envois de la poste aux lettres pour la clientèle commerciale est très avancée. L'enquête porte en particulier sur la question de savoir si la Poste entrave les concurrents sur le marché par la façon qu'elle a d'appliquer le système des prix, ce qui complique ou empêche la clientèle commerciale d'acquiescer des prestations auprès de concurrents. Il devra par la suite être examiné si la Poste discrimine certains clients ou les défavorise de toute autre manière.

3.4 Marchés de produits

3.4.1 Industrie des biens de consommation et marché de détail

Par décision du 30 juin 2014, la Commission de la concurrence (COMCO) a clos son enquête ouverte contre Jura Elektroapparate AG (Jura). Elle a approuvé un règlement amiable, par lequel Jura s'est engagée à permettre en principe la vente par internet à ses distributeurs. Pour le surplus, la COMCO a mis un terme à l'enquête ouverte contre Jura. Un accord entre la société Jura et ses distributeurs a existé. Il prévoyait qu'il était renoncé au commerce en ligne de machines à café Jura. Conformément à la décision de principe de la COMCO dans le domaine du commerce en ligne du 11 juillet 2011 (Elektrolux AG/V-Zug AG), Jura s'est engagée, dans le cadre d'un accord amiable, à permettre en principe la vente par internet aux revendeurs de machines à café agréés selon le système de distribution sélective en cause. Les indices existant initialement de restriction illicite à la concurrence, en raison des prestations de garantie limitées offertes par Jura et de sa politique de prix, ne se sont pas confirmés. La COMCO a clos la procédure sur ces points.

Le Secrétariat a largement mis un terme à ses investigations dans ses deux enquêtes sur les instruments de musique. D'une part, il s'agit de l'enquête sur les pianos à queue et pianos. Cette enquête a été ouverte le 27 novembre 2012. Il existait en effet des indices révélant l'existence d'accords horizontaux et verticaux sur les prix, sur le cloisonnement de certains territoires et sur le fait que les importations parallèles et directes depuis les pays voisins étaient entravées, voire empêchées. D'autre part, il est question de l'enquête sur les instruments à cordes (guitares et basses) et d'accessoires, qui a été ouverte en date du 3 juillet 2013. Cette enquête a en particulier eu pour objet d'examiner si des accords verticaux sur la détermination des prix avaient été conclus dans le cadre de la distribution de guitares et accessoires.

S'agissant des accords verticaux, à la fin de l'année 2014, les recours suivants interjetés contre les décisions de la COMCO étaient pendants devant le Tribunal administratif fédéral: Nikon, BMW, articles de sport de montagne/Roger Guénat SA. Le TAF a rejeté le recours dans le cas GABA/Elmex en date du 19 décembre 2013. Le cas est pendant devant le Tribunal fédéral.

Le Secrétariat a ouvert, en date du 21 août 2014, une enquête préalable au sens de l'art. 26 LCart, dans la cause sur l'importation par les commerces de détail en Suisse de produits Coca-Cola. Il examine si Coca-Cola a entravé, en Suisse, les importations parallèles de Denner et d'autres clients et a ainsi violé les art. 5 et/ou 7 LCart.

Dans le domaine des valises à roulettes, le Secrétariat examine, dans le cadre de son enquête préalable, les informations qui lui sont parvenues, selon lesquelles il existerait des cloisonnements territoriaux et des prix imposés. Cet examen porte avant tout sur l'existence d'éventuelles entraves au commerce en ligne transfrontalier.

Depuis le 3 septembre 2014, les conditions qu'avaient fixées la COMCO en 2007 dans la procédure de concentration Migros/Denner ne valent désormais plus, sous réserve d'une exception. Cette exception concerne l'obligation – qui s'applique de façon durable – de Migros, qui ne doit conclure en principe aucun contrat d'exclusivité avec ses fournisseurs. Les conditions fixées avaient d'une part pour but que d'autres fournisseurs actifs sur le marché puissent remplir le même rôle qu'avait auparavant Denner, qui était le plus important concurrent de Migros. Ces conditions visaient d'autre part à éviter que d'autres fournisseurs rencontrent davantage de difficultés à entrer sur les marchés en cause. Du point de vue de la COMCO, ces conditions ont atteint leur but; la mise en œuvre de ces conditions est intervenue sans irrégularité notable.

3.4.2 Industrie horlogère

Au début de l'année 2014, la COMCO a désigné, en rapport avec la décision qu'elle avait rendue en octobre 2013 dans la cause Swatch Group arrêt des livraisons, la société de révision, qui serait chargée, selon le chiffre 8 de l'accord amiable conclu avec Swatch Group, du contrôle du respect de cet accord. Le premier examen des conditions posées interviendra au printemps 2015. Au cours de l'année 2014, le Secrétariat n'a reçu aucune plainte selon laquelle Swatch Group ne respecterait pas l'accord amiable.

Au mois de juillet 2014, on a clos l'enquête ouverte au printemps 2009 contre ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (une société-fille détenue à 100 % par Swatch Group; ci-après: ETA). Cette enquête portait sur les modifications de prix et des conditions de vente des mouvements mécaniques qu'ETA avait décidé d'adopter unilatéralement et de mettre en œuvre en 2009. La COMCO a mis un terme à l'enquête ouverte contre ETA, dans la mesure où il n'existait pas suffisamment d'indices, selon lesquels ETA aurait agi de façon arbitraire ou aurait été guidée par des motifs étrangers. L'enquête a été suspendue du mois de juin 2011 au mois de novembre 2013 durant la durée de l'enquête dans la cause Swatch Group sur l'arrêt des livraisons.

Par ailleurs, à la fin du mois d'octobre 2014, une enquête préalable a été ouverte dans le domaine du service après-vente des montres. Dans cette enquête, le Secrétariat a examiné les indices d'éventuelles pratiques de différents fabricants de montres contraires à la loi sur les cartels.

3.4.3 Secteur automobile

Le Secrétariat a mis un terme, pour l'essentiel, à ses investigations dans l'enquête ouverte le 22 mai 2013 contre différents concessionnaires suisses des marques du groupe Volkswagen (VW, Audi, Škoda, Seat, AMAG), en raison d'éventuels accords en matière de concurrence sur les rabais et réductions forfaitaires, dans la vente au détail de véhicules neufs. La COMCO a approuvé, par décision du 8 août 2014, un accord amiable conclu entre son Secrétariat et AMAG et a clos la procédure contre cette partie. Dans cet accord amiable, AMAG s'est engagée à ne pas mettre en œuvre d'accords sur la détermination de rabais et de réductions forfaitaires et à ne pas échanger d'informations sensibles sur les prix avec ses concurrents. Dans la mesure où AMAG s'était auto-dénoncée, aucune sanction ne lui a été infligée. Toutes les autres parties ont interjeté recours contre cette décision. La procédure ordinaire de l'enquête continue contre les autres parties.

Le Secrétariat a procédé en 2014 à deux enquêtes préalables concernant l'importation de véhicules électriques et la distribution de pièces de rechange pour auto et y a mis un terme

sans prendre d'autres mesures. Deux nouvelles enquêtes préalables sur le système de distribution sélective des fournisseurs de voitures à moteur en Suisse ont été ouvertes et donnent encore lieu à certaines investigations.

Au cours de l'année 2014, le Secrétariat a reçu environ 50 demandes de particuliers portant sur les garanties des voitures acquises à l'étranger, dans l'EEE, ainsi que sur les entraves aux importations parallèles et/ou importations directes. On y a répondu en se référant à la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile)².

A la mi-juillet 2014, le Secrétariat a procédé à une consultation des milieux intéressés sur le sort de la Communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile). En novembre 2014, la COMCO a entendu six associations et leur a donné la possibilité de défendre oralement leur position et de répondre directement aux questions des membres de la COMCO. Sur cette base, la COMCO a rendu, en date du 15 décembre 2014, une décision de principe. Celle-ci prévoit de continuer d'appliquer la Communication automobile et d'en modifier certains points importants. Le Secrétariat a été chargé de préparer un projet de révision de la Communication automobile. La COMCO rendra probablement une décision sur la révision de la Communication automobile (après l'audition des milieux intéressés) au second trimestre 2015 et la communiquera à toute la branche.

3.4.4 Agriculture

Le Secrétariat s'est déterminé, à l'occasion d'environ 30 consultations d'offices, sur les modifications envisagées de diverses lois et ordonnances, ainsi que sur les interventions parlementaires, en matière d'agriculture. La réglementation de la protection douanière a fait l'objet de différentes consultations d'offices. Le Secrétariat s'est également prononcé sur la diminution de cette protection cette année. On peut mentionner notamment que Swisspatat a demandé à plusieurs reprises que les contingents tarifaires partiels des pommes de terre soient temporairement augmentés. Le Secrétariat s'est prononcé en faveur de chacune de ces demandes d'augmentations de contingents. Il a toutefois aussi souhaité que ces contingents soient augmentés de façon durable et que les consommateurs – et non seulement les représentants de la production, du commerce et de l'industrie de transformation – soient entendus en tant que milieux intéressés, lorsqu'il s'agirait de fixer ces contingents tarifaires partiels.

3.5 Marché intérieur

Dans le domaine de l'accès intercantonal au marché, le Centre de compétence Marché intérieur (CC LMI) s'est principalement concentré sur la suite de deux affaires relatives à des agents d'affaires brevetés vaudois qui cherchaient à obtenir l'accès au marché de la représentation en procédure civile (art. 68 al. 2 let. b du Code de procédure civile [CPC; RS272]) dans les cantons de Berne et Genève ainsi que sur la profession de prothésiste dentaire.

Sur la base de la loi sur le marché intérieur (LMI), les offreurs ont le droit d'exercer leur activité dans d'autres cantons conformément aux prescriptions applicables à leur lieu de provenance (principe du 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. Les instances cantonales ayant également rejeté ces recours,

² Communication de la Commission de la concurrence du 21 octobre 2002 concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile (Communication automobile), dans: DPC 2002/4, 770.

la COMCO a fait usage de son droit de recours pour soumettre ces cas à l'appréciation du Tribunal fédéral.

Le Secrétariat de la COMCO s'est approché de l'association faïtière des prothésistes dentaires afin de discuter des difficultés d'accès à la formation - qui n'est dispensée que dans le canton de Zurich comme profession indépendante (de celle de dentiste) - rencontrés par les offreurs sur le marché. Le CC LMI s'est également occupé du cas d'un prothésiste dentaire qui cherchait à avoir accès au marché d'un canton qui ne connaît pas cette profession, le principe du lieu de provenance s'appliquant même si la profession n'existe pas au lieu de destination (DPC 2013/4, 522).

Dans le domaine des marchés publics, la COMCO a interjeté deux recours. Dans le cadre de la passation d'un marché public dans le domaine des services informatiques, une commune zurichoise a eu recours à la procédure sur invitation alors que la valeur du marché dépassait le seuil à partir duquel la procédure ouverte est applicable, sans qu'une exception ne soit invoquée ou que les conditions en eurent été réunies. Sur recours d'un soumissionnaire, le Tribunal administratif zurichois a jugé que le recours n'était pas recevable. Sans s'attarder sur le motif de rejet, il sied de souligner que d'autres cantons, dans des circonstances identiques, cassent toutes les décisions d'adjudication prises à la suite d'un choix de procédure erroné. Ainsi, la COMCO a-t-elle accepté sur demande du CC LMI de faire usage de son droit de recours pour faire clarifier la question de savoir si l'application d'une procédure de passation erronée est une violation telle du droit des marchés publics - et par là de la LMI - qu'elle doit être retenue d'office, le cas échéant, même contre le gré de la recourante. Dans un autre cas, la COMCO, avertie par un canton, a fait recours contre une décision d'adjudication de gré à gré d'un marché dans le domaine des services informatiques pour un registre foncier au motif que le pouvoir adjudicateur se trouve en présence de motifs permettant le recours à la clause exceptionnelle d'urgence. Toutefois, la COMCO, tout comme le canton qui a porté ce cas à son attention, est d'avis que les conditions permettant l'application des clauses exceptionnelles invoquées ne sont pas réunies. Pour faire trancher cette question par le tribunal administratif du canton compétent, la COMCO a fait usage de son droit de recours.

Durant l'année sous revue, la COMCO a également été amenée à émettre des recommandations dans le domaine des marchés publics. Une concernait la société anonyme saint-galloise VRSG et répondait à la question de savoir si cette dernière était soumise au droit des marchés publics (DPC 2014/2, 442). Par ailleurs, la COMCO a également été approchée afin de réaliser une expertise pour un office fédéral. Celle-ci concernait à nouveau le droit des marchés publics et plus précisément les conditions auxquelles des pouvoirs adjudicateurs doivent répondre pour pouvoir collaborer au sein d'une entité ad hoc ayant pour but la fourniture de services aux collectivités publiques dans le domaine informatique (application de l'exception dite « in-state »; cf. DPC 2014/4, 785).

En lien avec la transposition en droit interne de la version révisée de l'Accord-OMC sur les marchés publics (GPA), le droit fédéral (LMP/OMP) et le droit des cantons (AIMP) des marchés publics doivent être adaptés. Un groupe de travail composé de représentants de la Confédération et des cantons s'est attelé à rédiger une proposition de projet de loi. Le Secrétariat a continué d'agir pour que dans le cadre de cette révision, la concurrence, les voies de droit et le droit de recours de la COMCO soient pris en compte.

La consultation relative au projet d'un accord intercantonal sur les marchés publics (p-AIMP) s'est terminée le 19 décembre 2014. Le projet de révision du droit suisse des marchés publics touche également à la fonction de surveillance que la COMCO exerce dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux. C'est pourquoi la COMCO a émis une recommandation à l'attention du Conseil fédéral et de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics. La COMCO tient une nouvelle fois à affirmer que la surveillance des

marchés publics cantonaux et communaux est menacée d'être affaiblie, ce qui n'a pas lieu d'être au regard de l'expérience acquise jusqu'à présent.

La LMI charge la COMCO du mandat de surveiller le respect des règles relatives aux marchés publics. Dans ce but, elle dispose de divers instruments de surveillance. Elle peut faire recours contre des appels d'offres, des décisions d'adjudication etc. pour faire constater qu'un marché public a été passé d'une manière contraire au droit. En plus, la COMCO peut faire des enquêtes, adresser des recommandations, établir des expertises, prendre position dans des procédures pendantes devant le Tribunal fédéral et publier des jugements. Les instruments de la COMCO, et en particulier le droit de recours, ont fait leur preuve et doivent être maintenus dans le droit révisé des marchés publics et être exercés par la COMCO.

Dans le domaine de la transmission de l'exploitation de concessions, une ville suisse a demandé de l'aide au CC LMI afin de concevoir une règlement sur l'octroi d'emplacement sur le domaine public en vue d'y exercer une activité lucrative qui soit conforme à la LMI, en particulier à son art. 2 al. 7. Au nombre des activités couvertes par ce règlement figurent notamment les marchés hebdomadaires.

En vertu de l'article 10 LMI, la COMCO peut être entendue dans une procédure en cours au sujet de l'application de la LMI. L'alinéa 2 de cette disposition octroie la même compétence au Tribunal fédéral. Pendant l'année sous revue, le Tribunal fédéral a justement invité la COMCO à prendre position à deux reprises dans des cas de marché public (arrêt 2C_62/2014 du 7 octobre 2014; arrêt 2C_315/2013 du 18 septembre 2014, in: DPC 2014/4, 775).

3.6 Investigations

En 2014, une grande perquisition a été menée dans le cadre de l'ouverture de l'enquête dans le domaine du leasing automobile. Huit entreprises ont été concernées par cette mesure.

Par ailleurs, les auditions de témoins et de parties menées dans diverses enquêtes ont pris toujours plus d'importance.

D'un point de vue technique, il convient de mentionner que le laboratoire d'analyse des données électroniques sécurisées a connu des améliorations, tant du point de vue du hardware (nouveau serveur) que du software (changement opéré pour le produit NUIX). Grâce aux investissements effectués, il est désormais possible de travailler parallèlement et de façon plus efficace sur plusieurs postes de travail..

3.7 Relations internationales

EU: l'accord entre la Suisse et l'UE sur l'application de leur droit de la concurrence est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2014. Grâce à cet accord, la coopération entre les autorités de la Suisse et de l'UE va être renforcée. L'intégration croissante de l'économie rend plus courant les pratiques anti-concurrentielles au-delà des frontières. Les autorités de concurrence de la Suisse et de l'UE enquêtent de plus en plus sur les mêmes états de faits ou des états de faits liés. C'est pourquoi, il paraît efficace si les deux autorités coopèrent et échangent des informations pour des procédures avec des effets transnationaux.

Dans ce contexte, le Conseiller fédéral Johann N. Schneider-Amman, Chef du DEFR et Joaquín Almunia, Vice-président de la Commission européenne et Commissaire pour la concurrence ont signé le 17 mai 2013 un accord pour la coopération de leurs autorités de concurrence. Cet accord donne la possibilité à la COMCO et à la Direction Générale de la concurrence de la Commission européenne de s'informer de manière réciproque sur les mesures d'application, de coordination et d'échange d'informations. Cet accord contient également des règles claires pour le respect des garanties procédurales pour les entreprises

concernées. L'accord est de nature procédurale et ne requiert pas d'harmonisation du droit matériel. La question de la reprise du droit communautaire ne s'est donc pas posée. En raison de la forte imbrication des économies de la Suisse et de l'UE, cet accord va contribuer aussi bien pour la Suisse que pour l'UE à une meilleure protection de la concurrence. Pour plus de détails sur l'accord, il est renvoyé au rapport annuel 2013 (voir DPC 2014/1, p. 35 ss).

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 2014, en particulier les deux thèmes stratégiques « coopération internationale » et « l'évaluation de l'activité et des décisions des autorités de concurrence » ont été abordés. La nouvelle recommandation de l'OCDE sur la coopération internationale dans les procédures de droit de la concurrence a été adoptée par le conseil des ministres le 16 septembre 2014. Celle-ci remplace la recommandation de 1995. Comme le rapport de l'ICN/OCDE sur la coopération internationale de 2013 l'a montré, la coopération internationale est devenue depuis 1995 avec la globalisation de l'économie beaucoup plus intense. La nouvelle recommandation a pris en compte ces développements et a été adaptée aux moyens électroniques de communication.

ICN: les groupes de travail sur les cartels *Legal Framework* (sous-groupe 1) et *Cartel Enforcement* (sous-groupe 2) ont effectué plusieurs webinars, c'est-à-dire des conférences à distance avec présentations de slides. Les thèmes abordés ont été par ex. les techniques d'audition, les méthodes pour la découverte de cartels et l'interface entre les autorités administratives et pénales de poursuite des cartels. Le sous-groupe 2 a envoyé un questionnaire pour la rédaction d'un nouveau chapitre sur les relations entre autorités de la concurrence et pouvoirs adjudicataires. Les points principaux de discussion du *cartels workshop* de cette année ont été la prévention de cartels de soumission, la collaboration avec les autorités de lutte contre la corruption et les méthodes innovatrices pour découvrir les cartels. Le groupe *Agency Effectiveness* a mis l'accent sur le traitement des informations confidentielles (échange entre autorités, divulgation à des tiers ou des parties, etc.). Le groupe de travail *Advocacy* a publié un document sur la méthode recommandée pour évaluer les effets de lois et politiques sur la concurrence (*recommended Practices on Competition Assessment*). La COMCO a été représentée lors de la conférence annuelle au Maroc.

CNUCED: Des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé à 14^e conférence des « Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy ». Les thèmes ont été la coopération informelle des autorités de concurrence et les stratégies de communication en tant qu'instrument d'une application efficace du droit de la concurrence.

3.8 Aucune révision de la loi sur les cartels

Conformément à l'article 59a de la LCart révisée en 2003, le Conseil fédéral prend soin d'évaluer l'efficacité et la mise en œuvre des mesures prévues par cette loi. La législation en vigueur a dès lors été évaluée en 2008/2009. Cette évaluation a démontré que la LCart et les nouveaux instruments prévus (sanctions directes, programme de clémence, perquisitions et procédures d'opposition) ont totalement fait leur preuve. Mais en même temps, elle a aussi indiqué que des modifications étaient nécessaires sur certains points. Il est ainsi apparu avant tout que l'organisation institutionnelle des autorités de la concurrence devait être modifiée, mais aussi toute une série de dispositions de droit matériel.

Le Conseil fédéral a présenté au parlement, en février 2012, un message sur la révision de la LCart. Dans ce message, le Conseil fédéral a tenu compte du besoin de révision qu'avait constaté le groupe d'évaluation, mais aussi d'autres préoccupations. Il a ainsi pris en considération, d'une part, la motion Schweiger, qui demandait l'examen du système des sanctions (Compliance-Defense et sanctions pénales pour les personnes physiques); il a

envisagé, d'autre part, certaines mesures dans le cadre de la réévaluation du franc suisse, afin de garantir la transmission des avantages de cours de change aux consommateurs finaux. S'agissant de la réforme institutionnelle, le Conseil fédéral a proposé de réduire le nombre de membres de l'autorité décisionnelle, de professionnaliser celle-ci et de garantir son indépendance. A cette fin, il a proposé qu'un Tribunal de la concurrence de première instance indépendant, qui serait rattaché au Tribunal administratif fédéral, rende les décisions dans les différentes causes, à la demande de l'autorité de la concurrence chargée de l'enquête. Du point de vue du droit matériel, le Conseil fédéral a requis, tout d'abord, que l'article 5 LCart soit amélioré, afin que des cartels durs (accords horizontaux sur les prix, quantités et de répartition territoriale, ainsi que des accords verticaux imposant des prix et cloisonnant le marché) soient en soi interdits par la loi, mais puissent être toutefois considérés comme étant justifiés. Ensuite, il a proposé, en rapport avec la procédure civile du droit des cartels, que la qualité pour agir soit aussi accordée aux consommateurs finaux et que les délais de prescription applicables soient prolongés. En troisième lieu, il a prévu de renforcer et de simplifier la procédure visant à contrôler les concentrations (changement du test SIEC et petites adaptations concernant les notifications UE et les délais). En quatrième lieu, il a souhaité, afin de donner suite à la motion Schweiger, qu'il soit tenu compte des programmes de compliance utiles lorsqu'il s'agissait de déterminer la sanction. En cinquième lieu, il a proposé de recourir à une procédure d'opposition améliorée et a finalement exposé différentes améliorations de la procédure de moindre importance.

Lors des débats parlementaires, le Conseil des Etats a accepté, en première lecture, en mars 2013, le projet du Conseil fédéral de révision de la LCart, en prévoyant certaines adaptations. En revanche, le Conseil national a décidé, en première lecture, en mars 2014, de ne pas entrer en matière sur cette révision. Le Conseil des Etats n'est ensuite pas revenu sur sa position en juin 2014. En revanche, le Conseil national n'est pas entré en matière sur la révision lors de la seconde lecture en septembre 2014. La LCart n'est ainsi, en fin de compte, pas modifiée.

De l'avis des autorités de la concurrence, le fait de ne pas être entré en matière sur la révision de la LCart constitue, d'une part, une occasion manquée de répondre au besoin de réforme auquel l'évaluation avait conclu. On a ainsi désormais renoncé à ce que diverses améliorations interviennent. Ces améliorations avaient déjà été acceptées par le Conseil des Etats et n'étaient pas contestées, contrairement à la réforme institutionnelle et aux améliorations des dispositions matérielles envisagées (article 5, 7a et la relative position dominante). Il était question d'améliorer la procédure visant à contrôler les concentrations, d'améliorer le volet civil du droit des cartels, la procédure d'opposition, ainsi que la procédure en général. D'autre part, le résultat obtenu lors des débats parlementaires n'enlève rien aux conclusions de la dernière évaluation, selon lesquelles la LCart, dans sa version révisée de 2003, fonctionne bien en principe.

4 Organisation et statistiques

4.1 COMCO et Secrétariat

En 2014, la COMCO a tenu 11 séances plénières d'un jour. Les statistiques font état du nombre de décisions rendues suite aux enquêtes et procédures de concentration selon la LCart et en application de la LMI (voir point 4.2). L'année passée, la composition de la Commission n'a subi aucune modification.

A la fin de l'année 2014, le Secrétariat occupait 75 collaborateurs et collaboratrices (l'année précédente 85) (plein temps ou temps partiel), dont 45 % de femmes (l'année précédente 43 %). Cela correspond en tout à 65,3 (l'année précédente 75,8) postes à plein temps. Le personnel se composait ainsi: 55 collaborateurs et collaboratrices scientifiques (y compris la direction; ce qui correspond à 48,8 postes à plein temps; l'année précédente 52,4);

6 (l'année précédente 13) stagiaires scientifiques, ce qui correspond à 6 (l'année précédente 13) plein temps; 14 collaborateurs et collaboratrices du Service des ressources et de la logistique, ce qui correspond à 10.5 (l'année précédente 10.4) plein temps.

Le Secrétariat déménagera en juin 2015, tout en restant à Berne. Il quittera la Monbijoustrasse 43 pour s'installer à la Hallwylstrasse 4.

4.2 Statistique

Enquêtes	2013	2014
menées durant l'année	24	21
reprises de l'année précédente	17	19
ouvertes durant l'année	7	2
Décisions	7	6
dont accord amiable	1	4
dont décision de l'autorité	2	0
dont sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart	3	2
Décisions de procédure	4	7
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier etc.)	-	10
Mesures provisionnelles	0	1
Procédure où des sanctions ont été prononcées au sens des art. 50 ss LCart	0	0
Enquêtes préalables		
menées durant l'année	27	20
reprises de l'année précédente	18	16
ouvertes durant l'année	9	4
Clôtures	11	11
dont ouvertures d'enquête	3	1
dont adaptation du comportement	1	8
dont sans suite	7	2
Autres activités		
Annonces traitées selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	7	2
Conseils	20	27
Observations de marché	76	61
Autres demandes traitées	547	594
Concentrations		
Notifications	32	30
Pas d'intervention après examen préalable	26	35
Examens	0	1
Décision de la COMCO	0	0
après examen préalable	0	0
après examen	0	0
Exécution provisoire	0	0
Procédures de recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	14	25
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	4	7
dont succès des autorités de la concurrence	3	3
dont succès partiel	0	1
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	0
dont succès des autorités de la concurrence	1	0

dont succès partiel	0	0
pendants en fin d'année (auprès du TAF et TF)	13	21
Avis, recommandations et prises de position etc.		
Avis (art. 15 LCart)	1	1
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Prises de position (art. 47 LCart, 5 al. 4 LSPR ou 11a LTV)	1	2
Suivi des affaires	1	6
Communications (art. 6 LCart)	0	0
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	217	254
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	5	5
LMI		
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	1	3
Avis (art. 10 I LMI)	2	1
Conseils (Secrétariat)	36	36
Recours (art. 9 al. 2 ^{bis} LMI)	6	5

Les chiffres qui ressortent de cette statistique et qui peuvent être comparés à ceux de l'année 2013 appellent les remarques suivantes :

- Le nombre d'enquêtes menées a légèrement diminué et en 2014 deux nouvelles enquêtes ont été ouvertes. Le nombre de clôtures est resté toutefois stable. L'objectif du Secrétariat a été de mettre un terme ou de mettre l'accent sur les enquêtes en cours. En outre, on a mis fin à une partie importante des enquêtes préalables, à la suite desquelles les intéressés ont modifié leur comportement, sans qu'une enquête soit nécessaire.
- La statistique tient compte désormais des « autres décisions ». Celles-ci concernent la publication et la répartition des coûts en-dehors des enquêtes ou les requêtes tendant à pouvoir accéder au dossier de l'enquête. L'investissement consacré à ces 10 décisions est considérable.
- Les conseils ont augmenté, comme les autres demandes qui ont été traitées. Le nombre d'observations de marché a diminué. L'investissement dans ces domaines est resté vraiment le même.
- Le nombre de notifications de projets de concentration est resté presque inchangé depuis l'année précédente. La différence dans la rubrique « pas d'intervention après l'examen préalable » découle du fait que quelques notifications sont parvenues aux autorités de la concurrence en décembre 2013, mais le fait qu'il n'y aurait pas d'autre intervention n'a été communiqué qu'au début de l'année 2014.
- Les procédures de recours devant le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral ont fortement augmenté, car en plus des décisions finales de la COMCO, davantage de décisions incidentes ou portant sur la publication des décisions ont été attaquées. Le nombre à la fin de l'année 2014 de procédures de recours pendantes est resté comme auparavant élevé.
- Le nombre de prises de position du Secrétariat lors de procédures de consultation des offices a encore augmenté, ce qui représente, sous l'angle des ressources, une part importante de l'activité d'advocacy des autorités de la concurrence (voir à ce sujet ci-dessous chiffre 5).
- Dans le domaine de la loi sur le marché intérieur, les activités des autorités de la concurrence suivent leur cours comme durant les années précédentes.

5 L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence

5.1 Qu'est-ce que l'advocacy ?

Les autorités suisses de la concurrence ont pour tâche principale, selon les dispositions matérielles de la loi sur les cartels, d'intervenir, en prononçant des décisions, contre les cartels illicites, les abus de position dominante et lors d'opérations de concentration d'entreprises, pouvant se révéler problématiques. Dans ce cadre, elles peuvent avoir recours à certains moyens de procédure incisifs (divers instruments d'investigation de la procédure administrative) et prononcer certaines mesures d'exécution (injonctions de faire, prononcés de sanctions). Cette activité des autorités de la concurrence revêt un caractère dissuasif et leur permet de mettre à exécution différentes mesures.

La loi sur les cartels attribue par ailleurs aux autorités de la concurrence « d'autres tâches et compétences » moins importantes aux articles 45-49: selon ces dispositions, les autorités de la concurrence ont pour tâche de **défendre la concurrence** (rôle d'advocacy/d'avocats). Les instruments déjà prévus par la LCart à cet égard (voir aussi ci-dessous chiffre 4.2) permettent aux autorités de la concurrence d'expliquer ce qu'on entend par restrictions à la concurrence, de signaler les restrictions de droit public à la concurrence, qui sont inutiles, de répondre par des avis aux questions du droit des cartels demeurant ouvertes. Ils leur permettent, d'une manière générale, de renseigner le public sur leurs activités et les bienfaits de la concurrence. Tous ces instruments n'impliquent pas que les autorités de la concurrence doivent obligatoirement intervenir, mais les chargent, de manière générale, de défendre la concurrence de nombreuses manières, en vertu de l'art. 96 de la Constitution fédérale. Cette fonction d'advocacy des autorités de la concurrence était déjà ancrée dans la loi sur les cartels de 1962 (art. 19). L'ancienne Commission des cartels avait déjà la possibilité d'adresser des recommandations aux autorités et d'établir des avis.

En revanche, au niveau international, ce n'est que ces dernières années que le rôle d'advocacy des autorités de la concurrence a pris davantage d'importance. D'autres autorités de la concurrence, comme par exemple la Direction générale de la concurrence de l'UE, se sont avant tout souciées, pendant longtemps, de mettre à exécution certaines mesures par la contrainte, et ce de façon pour ainsi dire exclusive. En effet, elles ont lutté contre les restrictions privées à la concurrence et en tout cas contre les subventions étatiques, qui ne pouvaient être admises. Cette activité d'advocacy, qui consiste à informer et à agir à titre préventif, n'a été reconnue comme étant apte à défendre la concurrence et n'a été mise en œuvre que beaucoup plus tard.

Lors de la création de l'International Competition Networks (ICN) en 2002, un groupe de travail en matière d'advocacy a notamment également été mis sur pied. Il avait pour tâche to « develop a toolkit to help you spread the gospel of competition »³. Le groupe de travail en matière d'advocacy de l'ICN a rempli cette fonction en adoptant différentes mesures⁴. Il s'agissait notamment d'établir des guides pratiques et d'échanger des informations entre autorités de la concurrence afin, d'une part, d'informer les consommateurs et consommatrices, ainsi que les entreprises sur la politique de la concurrence et, d'autre part, de traiter des restrictions de droit public à la concurrence. Le but principal de ces activités, qui n'est pas de mettre en œuvre certaines mesures par la contrainte, est de favoriser la concurrence en étant en contact avec d'autres services de l'Etat et de pouvoir convaincre ainsi davantage toutes les personnes concernées des bienfaits d'une concurrence efficace.

³ Voir Practical Techniques: A Toolkit for Advocacy, p. 1
(<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc433.pdf>).

⁴ Voir <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/advocacy.aspx>.

5.2 Moyens et instruments de l'advocacy

L'instrument le plus efficace de l'advocacy – qui n'est du reste pas désigné tel quel dans la loi – est la publication des **décisions de la COMCO**. Sanctionner un cartel de soumission ou une entrave aux importations parallèles, en infligeant une amende importante à l'entreprise en cause en la désignant et diffuser largement cette décision dans les médias, à la radio, à la télévision, sur internet et dans la presse permet d'informer les entreprises et les consommateurs/trices de façon optimale et revêt un effet dissuasif. D'une part, de telles décisions intéressent vivement les médias, dans la mesure où il est question de nouvelles importantes et où elles apparaissent, à certains égards, comme étant « spectaculaires ». D'autre part, il est vraiment plus aisé d'expliquer, par des exemples pratiques, quels sont le sens et le but des interventions de la COMCO et quel est l'impact des pratiques allant à l'encontre de la concurrence. Les destinataires concernés (entreprises, consommateurs/trices) ne saisiraient certainement pas aussi bien le fonctionnement de la politique de la concurrence, si on leur donnait des exemples théoriques de comportements allant à l'encontre de la concurrence, qui ne seraient pas tirés de la pratique.

La loi sur les cartels indique aux articles 45-49, sous le titre « autres tâches et compétences des autorités de la concurrence », quels sont les moyens et instruments auxquels les autorités peuvent avoir recours en matière d'advocacy. Il s'agit en particulier de :

- **L'observation de marché** (art. 45 al. 1 LCart): le fait d'examiner de manière constante différents rapports de concurrence est d'une importance capitale pour les autorités de la concurrence. Les connaissances acquises de cette façon constituent le point de départ d'une politique de la concurrence cible en Suisse. Le Secrétariat de la COMCO est chargé de cette tâche. Il tente en effet de clarifier certaines situations de façon autonome, apprécie les notifications et dénonciations des personnes physiques, entreprises, associations, médias etc. et détermine (triage) les cas dans lesquels il convient de mener une procédure prévue par la LCart. Une observation de marché donne lieu à de nombreux contacts avec les entreprises et les particuliers. C'est souvent à cette occasion que ces derniers ont leur premier contact avec l'autorité de la concurrence et apprennent en quoi consiste l'activité de cette autorité. Ces contacts individuels permettent aussi de les renseigner sur le rôle de l'autorité de la concurrence.
- **Les recommandations** (art. 45 al. 2 LCart): lorsque la COMCO constate qu'il existe une restriction de droit public à la concurrence, qui n'est pas utile ou qu'une telle restriction devrait apparaître, elle a la possibilité d'adresser aux autorités concernées des recommandations, afin de promouvoir une concurrence efficace. Tel est le cas notamment lorsqu'il s'agit de mettre en place et d'appliquer des règles de droit économique. La COMCO peut en particulier indiquer aux autorités compétentes des solutions alternatives, qui restreignent moins la concurrence, afin d'atteindre un certain but, qui est d'intérêt public.
- **Les prises de position** à l'occasion de la procédure législative (art. 46 LCart): cette disposition traite, d'une part, des procédures de **consultation des offices** et **co-rapport**, qui sont applicables à toute l'administration fédérale. Les projets de loi et d'ordonnance des offices fédéraux, qui peuvent influencer la concurrence, sont transmis préalablement, au sein de l'administration, au Secrétariat de la COMCO pour examen. Le Secrétariat de la COMCO soulève alors les éventuels problèmes qui peuvent se poser en droit des cartels et propose des solutions alternatives. Il expose son point de vue, en argumentant, mais n'a aucun pouvoir décisionnel ou droit de veto s'agissant de l'acte législatif envisagé. Lorsque des projets de loi ont pour effet de restreindre la concurrence ou ont un impact sur celle-ci d'une autre manière, la COMCO se prononce, d'autre part, dans le cadre d'une procédure de **consultation**. La COMCO examine le projet de loi sous l'angle de la concurrence et relève les éventuels problèmes qu'il soulève. Le législateur n'est pas tenu de suivre

cette prise de position. Il ne doit qu'apprécier les arguments, tout en pesant toutefois les intérêts en présence.

- **Les avis** (art. 47 LCart): la COMCO rédige des avis à l'attention des autres autorités sur des questions de concurrence qui revêtent une importance significative. Le Secrétariat reprend ses avis dans des cas de moindre importance. Certaines dispositions spéciales (art. 15 LCart, art. 5 al. 4 de la loi sur la surveillance des prix et art. 11a al. 2 de la loi sur les télécommunications) donnent également à la COMCO la compétence de rédiger de tels avis. Il est en effet souvent crucial d'examiner correctement les rapports de concurrence pour pouvoir déterminer ensuite la façon de réglementer, par exemple dans les domaines des télécommunications, de l'énergie ou de la santé.
- **La publication** des décisions et jugements (art. 48 LCart): la compétence des autorités de la concurrence de publier leurs propres décisions, ainsi que les arrêts des tribunaux conformément à la LCart, permet d'appliquer la loi sur les cartels de manière transparente. Elle garantit aux entreprises, ainsi qu'aux praticiens et à la doctrine une certaine sécurité du droit quant aux principales dispositions de la LCart, à la procédure et aux conséquences juridiques d'une violation de la loi, comme par exemple quant à l'étendue de la sanction.
- **Le devoir d'informer** (art. 49 LCart): les autorités de la concurrence communiquent au public en quoi consiste leur activité et remettent chaque année au Conseil fédéral leur rapport d'activité. Les informations transmises au public et le rapport annuel ne portent pas seulement sur la compétence de l'autorité de la concurrence de rendre des décisions. Ils doivent aussi, de manière générale, donner des informations sur les effets de la concurrence et doivent donc contribuer à promouvoir celle-ci au sens de l'art. 1 LCart.

Une autre activité du Secrétariat, qui entre également dans la notion d'advocacy, est de **conseiller les entreprises et services de l'Etat** en cas de questions sur la loi sur les cartels (art. 23 al. 2 LCart). De tels conseils jouent un rôle important, lorsqu'il s'agit d'éviter que des restrictions à la concurrence surviennent. Lorsque les entreprises sont informées des éventuels problèmes qui pourraient se poser en droit des cartels si elles adoptaient tel ou tel comportement, elles sont en mesure de renoncer à agir de la sorte en temps utile.

La loi sur le marché intérieur offre à la COMCO, en cas de restrictions à l'accès aux marchés cantonaux, des instruments comparables en matière d'advocacy (recommandations, avis, conseils, publication des décisions).

5.1 L'activité d'advocacy dans la pratique

Les ressources dont bénéficient les autorités de la concurrence sont davantage affectées à la réalisation de leur tâche principale, qui consiste à mettre au jour d'éventuelles restrictions illicites à la concurrence et à dissuader les intéressés d'agir dans ce sens, qu'à son activité d'advocacy. Cette constatation correspond du reste au mandat que confère la loi aux autorités de la concurrence, qui qualifie leur activité d'advocacy d'« autres tâches et compétences ».

Les statistiques figurant dans les rapports annuels de la COMCO contiennent quelques chiffres sur les instruments et moyens en matière d'advocacy précités. Ces chiffres absolus ne donnent toutefois aucune indication sur l'étendue des ressources qui sont en réalité affectées à cette activité d'advocacy. De 2010 à 2014, on a pu compter

- 29 décisions de la COMCO qui ont été publiées, dont 15 prononçant des sanctions directes;
- 344 observations de marché du Secrétariat;
- 4 recommandations de la COMCO (LCart et LMI);
- 1126 consultations des offices du Secrétariat;

- 31 consultations de la COMCO;
- 6 avis de la COMCO;
- 93 communiqués de presse des autorités de la concurrence;
- 167 conseils du Secrétariat soumis à émolument.

Dans les paragraphes qui suivent, figurent quelques exemples de l'activité d'advocacy des autorités de la concurrence de ces dernières années. La liste des exemples énoncés ci-dessous n'est pas exhaustive. En outre, ces exemples ne sont pas retranscrits dans toute leur ampleur.

5.1.1 Exemple en matière de soumissions

Les marchés publics, s'ils fonctionnent efficacement, permettent d'utiliser les deniers publics de façon rationnelle. Du point de vue de la politique de la concurrence, il convient de s'assurer du bon fonctionnement des marchés publics tant du côté des soumissionnaires potentiels que de celui des pouvoirs adjudicateurs. Tout d'abord, il s'agit de mettre en place un certain contexte, de façon à ce qu'une concurrence existe entre les différents soumissionnaires potentiels et à obtenir ainsi le meilleur rapport qualité-prix dans les offres. La loi sur les cartels permet de mettre en place un tel contexte, dans la mesure où elle vise à lutter contre les cartels de soumission, qui nuisent à la concurrence. Il convient ensuite d'inciter les pouvoirs adjudicateurs à privilégier le meilleur rapport qualité-prix, lorsqu'ils acquièrent certains biens ou ont recours à certains services, tout en mettant en place les réglementations propres à atteindre ce but. La loi sur le marché intérieur poursuit en particulier un tel objectif, dans la mesure où elle interdit notamment de désavantager les soumissionnaires provenant d'une autre région.

Il convient, dans les paragraphes qui suivent, de traiter de la **lutte contre les cartels de soumission** énoncée ci-dessus. Le Secrétariat de la COMCO considère ce thème comme important depuis 2008⁵. Selon un sondage de la Conférence des achats de la Confédération (CA) de 2004, environ la moitié des personnes interrogées ont vécu des expériences parlantes dans le cadre de tels accords⁶. Il semble que davantage de cartels de soumission aient existé auparavant. Les décisions de la COMCO, dont il ressort que des entreprises se sont systématiquement concertées depuis plusieurs années, dans le cadre de soumissions, démontrent également l'étendue des cartels de soumission de ces dernières années.⁷ Les cartels de soumission ont en principe pour conséquences que les prix sont plus élevés, les entreprises maintiennent les structures existantes et sont moins incitées à être efficaces et à innover. La COMCO a constaté, lors de son enquête sur les revêtements des routes au Tessin⁸, que les prix des offres sur les travaux de revêtements des routes étaient en moyenne environ 30 % plus élevés, lorsque l'accord était appliqué. Les cartels de soumission nuisent donc clairement à l'économie. Ils rendent les dépenses des pouvoirs publics trop importantes, ce qui influe directement ou indirectement sur la charge fiscale de la population et des entreprises. Etant donné que les marchés publics des pouvoirs publics (Confédération, cantons, communes) représentent par année une dépense d'environ 40 milliards de francs dans le secteur de la construction, des biens et des services, il est patent que les cartels de soumission peuvent être nuisibles.

⁵ Voir rapport annuel COMCO 2009, DPC 2010, p. 2.

⁶ BESCHAFFUNGSKOMMISSION DES BUNDES (BKB) und KOORDINATION DER BAU- UND LIEGENSCHAFTSORGANE DES BUNDES (KBOB), „Das geltende Vergaberecht aus Sicht der Praxis“, p. 40, Berne 2004. Dans le cadre de ce sondage, on a interrogé les pouvoirs adjudicateurs, les soumissionnaires et des tiers (organisations faitières et organisations de l'économie, des représentants des cantons et communes).

⁷ Voir *Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (N 12), Wettbewerbsabreden im *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (N 11) ainsi que Berne (DPC 2009/3, p. 196 ss.).

⁸ DPC 2008/1, p. 102 s. Réf. 139 ss.

L'activité du Secrétariat repose sur les trois piliers suivants:

- Le pilier « **prévention et information** » prévoit certaines mesures qui s'inscrivent dans une politique de sensibilisation, de prévention, d'information, d'échange de connaissances professionnelles et dans une politique qui vise à renforcer le rôle des autorités de la concurrence en tant qu'interlocuteur. Le Secrétariat présente des exposés et propose des formations, qui introduisent en particulier aux problématiques que soulèvent les cartels de soumission en droit de la concurrence et du point de vue économique. Ces exposés et formations permettent aussi d'expliquer quelle est la façon de procéder de la COMCO, ainsi que les décisions qu'elle rend en matière de soumission. Ils font en outre état des indices qui peuvent exister en cas d'ententes. Le Secrétariat a aussi organisé des discussions avec la plupart des cantons sur le thème des cartels de soumission, ainsi qu'une ou deux fois un module de formation. Dans le cadre de la formation et de la formation continue dans le domaine des marchés publics du Centre de compétences des marchés publics de la Confédération (CCMP), qui s'adressent à l'administration fédérale et aux entreprises de droit public de la Confédération, le Secrétariat a mis en place le module « Sicherstellung des Wettbewerbs im öffentlichen Beschaffungswesen » depuis 2007. Les avocats/avocates et les entreprises actives dans le domaine des marchés publics (soumissionnaires) ont aussi été informés grâce à ces formations et publications. En outre, les autorités de la concurrence font valoir leurs expériences et connaissances dans le cadre de la révision du droit des marchés publics (actuellement dans le cadre de la révision du droit des marchés publics au niveau fédéral et cantonal).
- Le pilier « **mise au jour** » concerne certaines mesures, qui doivent permettre de mettre au jour des cartels de soumission. A cette fin, le Secrétariat examine les données qui ressortent des décisions d'adjudication et recherche, au moyen des méthodes statistiques utiles, parmi les données concernant les soumissions, des éléments qui peuvent sembler curieux. Ce pilier rend également service aux pouvoirs publics adjudicateurs, qui jouent un rôle important lorsque des cartels de soumission sont découverts.
- Le pilier « **poursuite** » porte enfin sur le fait de mettre au jour des cartels de soumission, de prononcer ensuite des décisions à cet égard et de les sanctionner, en usant des moyens prévus par la loi sur les cartels. S'il existe des indices de cartels de soumission, les autorités de la concurrence interviennent en procédant à des observations de marché, en menant des enquêtes préalables et enquêtes. On renvoie à cet égard aux décisions de la COMCO sur les revêtements de routes au Tessin⁹, les électriciens dans le canton de Berne¹⁰, les routes et le génie civil dans le canton d'Argovie¹¹, ainsi que les routes et le génie civil dans le canton de Zurich¹². Trois enquêtes actuellement en cours portent sur une éventuelle coordination, dans le cadre d'appels d'offres, entre des entreprises de construction de routes: génie civil et construction de routes dans le canton de St-Gall¹³, génie civil, construction de routes et bâtiment dans le canton des Grisons, ainsi que nettoyage de tunnels¹⁴.

A plusieurs égards, l'on peut constater que le fait que les autorités de la concurrence s'investissent en permanence dans ce domaine depuis plusieurs années porte ses fruits. Les formations et exposés susmentionnés contribuent visiblement à ce que non seulement les

⁹ DPC 2008/1, p. 102 s. Réf. 139 ss.

¹⁰ DPC 2009, p. 196 ss. (entré en force).

¹¹ DPC 2012, p. 270 ss. (partiellement entré en force).

¹² DPC 2013, p. 524 ss. (entré en force).

¹³ Informations disponibles sous <<https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N7077030/N2013.07161124.pdf>>.

¹⁴ Informations disponibles sous <<https://www.shab.ch/DOWNLOADPART/N6992804/N2013.07063184.pdf>>.

pouvoirs publics adjudicateurs, au niveau fédéral, cantonal et communal, mais aussi les entreprises et les personnes concernées fassent preuve d'un savoir-faire en droit des cartels nettement plus important sur les points suivants:

- Qu'est-ce qu'un cartel de soumission et pourquoi celui-ci pose-t-il problème en matière de marchés publics ?
- Comment les pouvoirs publics adjudicateurs peuvent-ils reconnaître des cartels de soumission ? Quels sont les indices les plus importants ?
- Comment les pouvoirs publics adjudicateurs peuvent-ils réduire le risque de voir apparaître des cartels de soumission ?
- Comment concilier les procédures d'appels d'offres et de droit des cartels ?
- Comment le pouvoir adjudicateur peut-il favoriser la concurrence dans les procédures de marchés publics ?
- Quels dangers existent-ils si la concurrence est moins importante ?

Le personnel des pouvoirs adjudicateurs de la Confédération suit une formation, dans le cadre d'un module mis en place par les autorités de la concurrence depuis 2007. L'intérêt des cantons et désormais des communes est devenu constamment et nettement plus important ces dernières années. Lors de ces formations, les participants posent des questions plus pertinentes que lors des premiers cours de sensibilisation donnés par les autorités de la concurrence. Les autorités de la concurrence reçoivent aussi de plus en plus de questions de la part des pouvoirs adjudicateurs sur les procédures en cours.

Les pouvoirs adjudicateurs sont désormais plus sensibles à ces problématiques, non seulement en raison des formations qu'ils ont suivies, mais aussi en raison des différentes procédures qui ont été menées. Les enquêtes sur la construction de routes et le génie civil dans les cantons du Tessin, d'Argovie et de Zurich, ont vivement attiré l'attention de toute la branche, tant celle des pouvoirs adjudicateurs que celle des entreprises et des personnes concernées. Les demandes et les annonces qui parviennent aux autorités de la concurrence, selon lesquelles il existerait certains soupçons dans tel ou tel cas, ont été en constante augmentation. Suite à certaines de ces annonces, les autorités de la concurrence ont aussi ouvert récemment quelques-unes des procédures, dont elles se chargent en matière de marchés publics. Il existe dans ce contexte une interaction entre les piliers « prévention et information » et « poursuite ». Concernant le pilier « poursuite », il convient de souligner que les méthodes statistiques ont permis d'ouvrir récemment l'une des procédures en cours.

Concernant les pouvoirs adjudicateurs désignés ci-dessus, les autorités de la concurrence se sont également engagées, depuis plusieurs années, à ce que ces pouvoirs agissent, de sorte que la concurrence fonctionne lors des procédures de marchés publics et qu'ils obtiennent le meilleur rapport qualité-prix lorsqu'ils acquièrent des biens et ont recours à des services.¹⁵ Il est question d'un volet important de la politique de sensibilisation et de formation évoquée dans cette partie du rapport. L'application de la loi sur le marché intérieur, qui a constitué un thème important du rapport annuel de 2012, en fait également partie.

5.1.2 Exemple en matière d'agriculture

Le domaine de l'agriculture constitue un autre exemple illustrant bien le fait que les prises de position, informations et explications des autorités de la concurrence ont permis, au fil du temps, de mieux attirer l'attention des entreprises concernées et des autorités sur les principes de la politique économique. Les autorités de la concurrence ont participé de façon intensive aux discussions sur la libéralisation de l'agriculture (jusqu'à l'AP 2014-2017

¹⁵ Voir aussi à ce sujet l'analyse du point de vue de la politique de la concurrence du droit des marchés publics en Suisse, en particulier du droit des marchés publics de la Confédération, réalisée par le Secrétariat de la COMCO (DPC 2006/2, 392 ss.).

actuellement en vigueur). Elles ont toujours relevé les effets positifs d'une concurrence efficace et dénoncé les conséquences des restrictions de droit public à la concurrence, qui étaient pourtant admises.

L'Office fédéral de l'agriculture compétent en cette matière (OFAG) est en charge de nombreuses procédures de consultation des offices, qui ressortent des statistiques ci-dessus. Dans les années qui ont précédé le changement de millénaire, les autorités de la concurrence ont plutôt eu l'impression que cet office voulait protéger les exploitations agricoles d'une concurrence trop vive. Lors des dernières révisions de la loi sur l'agriculture et de ses ordonnances d'exécution, cet office a en revanche toujours cherché le soutien des autorités de la concurrence. Il s'agissait de tenir compte également, lors des discussions avec les représentants des milieux intéressés actifs dans la production, la transformation et le commerce, de la politique de la concurrence. Les autorités de la concurrence sont fréquemment intervenues auprès des milieux intéressés, qui ne s'y sont plus opposés par principe et l'OFAG, ainsi que les personnes compétentes du Secrétariat, ont entretenu de nombreux contacts, ce qui a clairement porté ses fruits. Les autorités de la concurrence doivent dès lors souvent répondre aux diverses questions qui sont soulevées en-dehors des procédures de consultation des offices. Les collaborateurs de l'OFAG ont en effet désormais conscience des éventuelles problématiques du droit de la concurrence qui peuvent apparaître.

Le fait que les autorités de la concurrence se préoccupent constamment de la politique agricole a également eu pour conséquence pour les entreprises et associations, qu'elles ne traitent plus seulement des comportements contraires au droit de la concurrence, en cas d'infraction. Ainsi, par exemple, la Fédération des producteurs suisses de lait a prévu, dans le cadre de la suppression du contingentement laitier étatique, que les grandes entreprises laitières livreraient désormais leur lait à une seule société de négoce du lait réunissant toutes les organisations de producteurs. Les grandes laiteries n'auraient ainsi pratiquement pas pu choisir auprès de quelle organisation de producteurs elles auraient pu acheter du lait et à quel prix. Une fois la société de négoce du lait commune en place, les quantités et les prix n'auraient plus été déterminés par l'Etat, mais par une entité privée. Les producteurs de lait ont reconnu que cette constellation pouvait entraver éventuellement la concurrence et ont demandé au Secrétariat de la COMCO d'établir un avis au sens de l'art. 23 al. 2 LCart. Le Secrétariat est parvenu à la conclusion qu'il existait de sérieux indices d'accord illicite en matière de concurrence, si l'on créait la société de négoce du lait susmentionnée, tout en mettant en place un système de commercialisation commune. Il a donc envisagé l'ouverture d'une enquête au sens de l'art. 27 LCart, au cas où ce projet devait être réalisé. Suite à cet avis, les producteurs de lait ont renoncé à mettre en place le système de commercialisation commune initialement envisagé.

5.1.3 Exemple en matière d'infrastructures

Un autre domaine typique, qui illustre bien l'activité d'advocacy des autorités de la concurrence, est un des domaines dont est en charge le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC). Il s'agit des marchés des infrastructures de l'internet qui soulèvent, en raison de leurs particularités, des questions portant sur la réglementation de l'accès et des tarifs, la neutralité concurrentielle et le service public etc. Un grand nombre de ces questions, ayant trait à la réglementation de domaines spécifiques, relèvent du droit général de la concurrence. Les autorités de la concurrence et les services compétents du DETEC s'entretiennent régulièrement sur ces questions. Il a ainsi fallu notamment clarifier, en se concertant avec l'Office fédéral de la communication (OFCOM) et la Commission de la communication (Comcom), ce qu'on entendait par une concentration des médias, qui pouvait s'avérer problématique, d'une part du point de vue de la politique des médias (art. 74 et 44 al. 1 let. g LRTV) et d'autre part, selon le droit de la concurrence.

Les procédures de consultation donnent lieu à de nombreux contacts entre les autorités de la concurrence et les offices du DETEC. Les différentes prises de position présentées en droit de la concurrence ont porté leurs fruits, en ce sens que les autorités de la concurrence sont également de plus en plus appelées à se déterminer sur des questions autres qu'ayant trait à la loi en tant que telle. Le DETEC a notamment requis, dans le cadre de la révision de l'ordonnance sur les services de télécommunication, que la COMCO rédige un avis sur les questions qui étaient controversées, du point de vue de la politique de la concurrence, au sein des différents départements impliqués. Dans un autre contexte, les nombreuses prises de position des autorités de la concurrence ont donné une toute autre dimension à la discussion politique sur le service public dans le domaine des médias. Diverses entreprises publiques ou parapubliques exercent depuis longtemps de nombreuses activités en faveur du service public. Lors de la révision des dispositions légales correspondantes, le rattachement de ces activités au service public et les mesures prises par l'Etat visant à les soutenir ont quelque peu été remis en cause. Les autorités de la concurrence ont souhaité à plusieurs reprises (notamment dans le domaine des médias) qu'une discussion politique sur les progrès technologiques et en tout cas sur le fait que les attentes des personnes concernées avaient changé soit menée. Elles ont aussi requis que les différentes mises en œuvre et questions traitées dans ce contexte soient reprises dans les messages du Conseil fédéral sur les révisions législatives en cause.

5.1.4 Exemple domaine de la santé

L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence a été et est encore aujourd'hui complexe et compliquée pour ce qui concerne le domaine de la santé dans lequel l'Etat intervient pour en réguler le fonctionnement. Depuis son entrée en vigueur, la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) cherche à mettre en place un système de concurrence encadré par des dispositions légales (regulierter Wettbewerb) qui devraient permettre le jeu de l'offre et de la demande tout en permettant de se prémunir contre d'éventuels effets pervers (Fehlanreize). En revanche, au fil des années, la solution à certaines problématiques a de plus en plus conduit cette loi vers la sur-régulation (Überregulierung), parfois vers des formes de régulation erronée (Fehlregulierung), en réduisant la marge de manœuvre pour que les mécanismes de la concurrence puissent apporter leurs effets positifs. Le domaine de la santé, même pour ceux qui défendent les principes d'une saine concurrence, semble devoir forcément être mis sous tutelle par les pouvoirs publics. Néanmoins, les autorités de la concurrence ont fait usage de leurs compétences et ont continué à œuvrer pour que le système de santé suisse conserve sa place et demeure orienté vers les règles du marché. Par exemple, depuis 2004, certaines propositions faites par la COMCO au regard de la révision partielle de la LAMal (p.ex. l'affinement du système de compensation des risques) ont été réalisées. D'autres n'ont, même après dix ans, toujours pas perdu leur actualité et sont régulièrement discutées dans le cadre des débats parlementaires et publics, comme par exemple la liberté de contracter, le financement hospitalier moniste ou encore l'introduction des prix de référence pour les principes actifs des médicaments remboursés. Ces mesures trouveront peut-être tôt au tard leur place dans la LAMal, eu égard aux défis que le domaine de la santé devra affronter en Suisse à l'avenir.

5.2 Conclusions

L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence ne peut déployer d'effets qu'à long terme. Il est rare d'obtenir rapidement des résultats, comme le démontrent du reste les exemples pratiques qui viennent d'être énoncés. Les instruments prévus à cet égard doivent être mis en œuvre de façon sérieuse et ciblée, afin d'être entendu des milieux concernés et de les sensibiliser aux questions qui sont soulevées en droit de la concurrence. Ce n'est que lorsque les autorités de la concurrence parviennent à convaincre les entreprises concernées et les autorités compétentes dans un certain domaine du bien-fondé des principes de la politique de la concurrence – qui viennent éventuellement s'ajouter à d'autres intérêts publics

–, que naît un rapport de confiance entre les autorités de la concurrence et les entreprises et autres autorités en cause. Celles-ci s'adressent alors spontanément aux autorités de la concurrence, afin de leur soumettre leurs questions. Lorsque l'on réussit à gagner, à un moment donné, une telle confiance, il convient de la préserver et d'agir également de la sorte, si possible, dans d'autres domaines. L'activité d'advocacy des autorités de la concurrence – qui vient s'ajouter à la tâche principale des autorités de la concurrence consistant à mettre au jour les restrictions illicites à la concurrence – nécessite du temps et des ressources, de sorte à « promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral » (voir article 1 LCart) et à contribuer à ce que le but de la loi sur les cartels soit atteint.