



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 2018 de la Commission de la concurrence (COMCO) (selon l'art. 49, al. 2, de la loi sur les cartels)

Table des matières

1	Préface du président	3
2	Décisions les plus importantes en 2018	4
2.1	Décisions de la COMCO	4
2.2	Jugements des tribunaux	5
3	Activités dans les différents secteurs	7
3.1	Construction	7
3.1.1	Accords de soumission	7
3.1.2	Gravier et décharges pour matériaux inertes	8
3.1.3	Autres domaines.....	9
3.2	Services	9
3.2.1	Services financiers.....	9
3.2.2	Santé.....	9
3.2.3	Services des professions libérales et autres domaines professionnels	11
3.3	Infrastructures	11
3.3.1	Télécommunications.....	11
3.3.2	Médias.....	11
3.3.3	Energie	12
3.3.4	Autres domaines.....	12
3.4	Produits.....	13
3.4.1	Accent sur les accords verticaux.....	13
3.4.2	Industrie des biens de consommation et commerce de détail	13
3.4.3	Industrie horlogère.....	14
3.4.4	Secteur automobile.....	14
3.4.5	Agriculture	16
3.4.6	Autres domaines.....	16
3.5	Marché intérieur	16
3.6	Investigations	17
3.7	Relations internationales	17
3.8	Législation.....	19
4	Organisation et statistique	20
4.1	COMCO et Secrétariat	20
4.2	Statistique	22
5	Accords de soumission	25
5.1	Contexte.....	25
5.2	Prévention et information.....	25
5.3	Détection, y compris par les méthodes statistiques (« screening »).....	26
5.4	Poursuite.....	27
5.5	Conclusion	30

1 Préface du président

L'influence que la pratique des autorités de la concurrence et des tribunaux exerce sur la réalité de la concurrence et du marché intérieur est déterminante. Les décisions de la COMCO résultent de l'analyse complète de volumineux dossiers, de la consultation approfondie des parties et de discussions intensives au sein de la Commission. En 2018, la COMCO a clôturé quatre enquêtes dans divers marchés et elle a contrôlé en détail trois concentrations de médias. La plupart des décisions prises sont entrées en force.

Mentionnons pour 2018 la décision « Engadin I », qui visait de nombreux accords de soumission en Basse-Engadine, les enquêtes approfondies concernant trois concentrations d'entreprises (AZ Medien / NZZ, Tamedia / Goldbach et Tamedia / Basler Zeitung), la décision visant les accords sur les prix et la répartition de clients pratiqués par Husqvarna et Bucher pour l'essence Aspen destinée aux appareils, la décision relative à l'interdiction illicite de RIMOWA d'exporter des valises à roulettes et la décision concernant les « KTB-Werke » sur des comportements illicites dans la branche du gravier et du béton dans la région de Berne. Il convient de relever le rôle légal de la COMCO s'agissant des trois concentrations d'entreprises dans le domaine des médias : elle doit examiner si les concentrations constituent ou renforcent une position dominante de marché susceptible d'éliminer la concurrence efficace. La COMCO n'a pas pour mandat de protéger directement la diversité des médias, puisque le législateur lui a prescrit un cadre de droit de la concurrence et non pas un cadre de politique médiatique.

La décision « Engadin I », communiquée en avril 2018, a soulevé des vagues. Cette décision, qui s'inscrivait dans un total de dix enquêtes sur des accords de soumission passés dans le canton des Grisons, concerne un nombre élevé d'achats concertés en Basse-Engadine. Les entreprises se sont entendues pour déterminer qui obtiendrait telle ou telle soumission et à quel prix. Dans certains cas, ces accords ont fonctionné systématiquement pendant de nombreuses années, alors dans d'autres cas, ils étaient spécifiques à un projet de construction. Le volume d'achats en cause des acteurs publics et privés de l'Engadine dépasse nettement 100 millions de CHF. Le dommage économique causé par les accords de soumission est important. C'est notamment pourquoi la COMCO a fait de la lutte contre les accords de soumission l'une de ses priorités au cours des dix dernières années.

Les efforts déployés vont au-delà de l'application de la loi sur les cartels et de la loi sur le marché intérieur dans les cas d'espèce. Les nombreuses manifestations d'information et de sensibilisation, notamment celles qui impliquaient et visaient les services d'achat de la Confédération et des cantons, ont également revêtu de l'importance. De fait, quiconque connaît les accords de soumission et parvient à les identifier peut largement les empêcher. Il faut aussi souligner la mise sur pied d'un outil statistique visant à déceler les faits remarquables dans le comportement des soumissionnaires. Un tel instrument permet aux autorités de la concurrence de mettre activement les cartels en évidence et d'améliorer ainsi l'efficacité préventive de la loi sur les cartels. Cet instrument de détection développé par le Secrétariat de la COMCO (« screening »), qui n'a pas été utilisé qu'en Suisse, a suscité un écho et de l'intérêt sur le plan international.

Une concurrence effective représente un important facteur de prospérité économique. L'application diligente des dispositions de la loi sur les cartels et de la loi sur le marché intérieur est donc dans l'intérêt du bon fonctionnement et de la vigueur de l'économie suisse. Dans le cadre des discussions menées au sein de la société et de la classe politique, le droit en vigueur et son application sont parfois jugés trop sévères et parfois trop cléments. Le nombre relativement élevé d'interventions politiques en témoigne notamment. La protection de la concurrence effective, un domaine de tâches institutionnellement couvert par la COMCO, est une composante essentielle d'une politique économique durable. La COMCO agit dans l'esprit de la concurrence et, à cet effet, elle participe également aux discussions publiques sur les thèmes

concernant ce sujet. Mais sa principale tâche réside dans l'application du droit en vigueur. Le présent rapport annuel témoigne de la complexité des activités requises à cet effet.

Prof. Andreas Heinemann
Président de la COMCO

2 Décisions les plus importantes en 2018

2.1 Décisions de la COMCO

La COMCO a clôturé le 29 janvier 2018 l'enquête menée contre Husqvarna et Bucher, qu'elle avait ouverte le 31 mai 2016 sur la base d'une autodénonciation d'Husqvarna. L'enquête a montré l'existence, entre Husqvarna et Bucher, d'un accord horizontal illicite de 1998 à 2016 sur la fixation des prix et la répartition de clients dans la commercialisation d'**essence pour appareils** de la marque **Aspen**. Les deux entreprises se sont engagées, dans le cadre d'accords à l'amiable passés avec les autorités de la concurrence, à renoncer à de telles ententes à l'avenir. Husqvarna a été exemptée de la sanction parce qu'elle a permis l'ouverture d'une enquête en informant les autorités de la concurrence de l'accord en cause. L'attitude coopérative de Bucher a entraîné une réduction considérable de l'amende à environ 610'000 CHF. La décision est entrée en force.

Le 9 avril 2018, la COMCO clôturait définitivement l'enquête menée à l'encontre de l'entreprise allemande **RIMOWA GmbH** par un accord amiable assorti d'une amende. L'enquête a démontré que RIMOWA GmbH a convenu d'une interdiction illicite d'exporter ses produits en Suisse dans les contrats de concessions conclus avec ses partenaires commerciaux allemands du 25 janvier 2012 au 13 novembre 2013. De ce fait, une amende de 134'943 CHF lui a été infligée. RIMOWA s'est engagée, dans le cadre d'un accord amiable avec les autorités de la concurrence, à renoncer à de tels accords à l'avenir. L'attitude coopérative de l'entreprise a eu pour effet d'atténuer la sanction.

Par sa décision du 26 mars 2018 « **Engadin I** », la COMCO a sanctionné plusieurs entreprises de construction, au titre de nombreux accords de soumission en Basse-Engadine, en leur infligeant une amende d'environ 7,5 millions de CHF. La COMCO clôturait ainsi la huitième de dix enquêtes au total concernant des accords de soumission dans le canton des Grisons (cf. point 3.1.1). Par cette décision, la COMCO a constaté que des entreprises de construction regroupées en divers cartels ont passé des accords pour plus de 400 appels d'offres dans le secteur du bâtiment et du génie civil, selon une estimation modérée. Le volume d'achats concerné par les accords dépasse nettement les 100 millions de CHF. Les entreprises de construction visées ont déterminé pendant des années entre elles celle qui devait obtenir l'adjudication. Généralement, elles définissaient simultanément le prix de l'offre auquel le « gagnant » désigné exécuterait le projet pour le service d'achat. Ces entreprises de construction grisonnes ont maintenu systématiquement une partie des cartels pendant plusieurs années. Certains de leurs accords ont été passés lors des réunions préalables organisées par le Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV). Les cartels visaient des appels d'offres émanant du canton des Grisons ainsi que de communes et de personnes privées de la Basse-Engadine. La valeur des travaux adjugés sous couvert d'accord est comprise entre quelques dizaines de milliers de CHF et plusieurs millions de CHF. Comme le GBV a partiellement organisé les cartels, la COMCO lui a infligé le paiement d'une partie des coûts de procédure.

Dans le domaine des médias, la COMCO a dû approfondir son examen des trois concentrations d'entreprises **AZ Medien / NZZ**, **Tamedia / Goldbach** et **Tamedia / Basler Zeitung**. L'analyse approfondie de la concentration **AZ Medien / NZZ** a certes permis de constater des éléments indiquant que la création d'une entité commune entre AZ Medien et NZZ pourrait constituer ou renforcer une position dominante sur le marché des lecteurs dans les régions de Soleure et d'Argovie de même que sur le marché publicitaire des magazines pour la technique

du bâtiment. En outre, des éléments montrent qu'une position dominante sur le marché des lecteurs de quotidiens serait créée ou renforcée dans la région bâloise en cas de concentration de Tamedia et de la Basler Zeitung, tandis que la concentration du groupe Tamedia et du groupe Ringier aurait le même effet sur le marché des lecteurs de journaux dominicaux. Toutefois, il n'y a pas lieu de s'attendre à ce que la création d'une entreprise commune ouvre aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence effective des marchés cités, parce que de puissants concurrents demeurent et que la concentration n'entraîne pas de changement important quant à la situation de concurrence sur le marché des journaux dominicaux. L'examen approfondi de la reprise de **Goldbach par Tamedia** a montré que le projet de concentration n'aboutirait pas à des modifications déterminantes des conditions de marché. De plus, il est improbable que les effets de portefeuille engendrés par la concentration induisent une suppression de la concurrence effective. S'agissant de **Tamedia/Basler Zeitung** également, l'analyse approfondie a révélé des éléments selon lesquels la reprise de la Basler Zeitung pourrait constituer ou renforcer, conjointement avec le groupe NZZ/AZ et le groupe Ringier, une position dominante sur le marché des lecteurs des quotidiens dans la région bâloise et sur divers marchés des annonces par rubriques, tant dans la région de Bâle qu'ailleurs en Suisse alémanique. La COMCO est parvenue à la conclusion que le changement de propriétaire de la Basler Zeitung ne modifierait guère les conditions de marché et que la reprise de ce titre ne supprimerait aucunement la concurrence effective. L'évaluation de ces trois concentrations dans le cadre de l'examen approfondi a débouché sur leur validation par la COMCO en août et en octobre de cette année. Notons à cet égard que la COMCO ne fait pas de politique médiatique : dans son examen des concentrations, elle n'est pas autorisée à tenir compte des aspects de politique médiatique tels que la diversité des médias.

La COMCO a terminé son enquête visant « **KTB-Werke** » par sa décision du 10 décembre 2018. Cette décision reposait sur l'examen engagé le 12 janvier 2015 à l'encontre d'entreprises de gravier et de décharges pour matériaux inertes dans le canton de Berne (cf. point 3.1.2). La COMCO a notifié sa décision aux parties début 2019 et elle a informé le public par voie de communiqué de presse. Les groupes Kästli et Alluvia se sont entendus pendant plusieurs années, dans le domaine du gravier et du béton, sur les prix et les éléments de prix et elles se sont réparti les territoires dans l'espace de la ville de Berne et de ses environs. Elles ont considérablement limité la concurrence entre elles et ont abusé de leur position dominante commune dans la région bernoise pour empêcher des concurrents d'entrer sur le marché. Ces entreprises ont formé recours contre la décision auprès du TAF.

2.2 Jugements des tribunaux

Le 3 mai 2018, le TAF a décidé de ne pas entrer en matière sur le recours de **Ticketcorner** contre l'interdiction de concentration avec **Starticket**. Pour l'essentiel, le Tribunal a justifié sa décision par le fait que Tamedia, la société mère de Starticket, a renoncé à former recours et qu'elle a fait publiquement savoir son intention de développer Starticket par ses propres moyens. Ainsi, en l'absence d'un intérêt (actuel et pratique) digne de protection à la levée ou à la modification de la décision de la COMCO, Ticketcorner n'était pas légitimée à former recours. La décision du TAF a été attaquée. S'agissant de savoir si, en cas d'interdiction de concentration, les deux parties à l'opération doivent procéder ensemble contre la décision, le TAF retient deux aspects qu'il juge pertinents. Premièrement, Ticketcorner pourrait prolonger artificiellement l'état actuel de nullité pendant du contrat de concentration à l'encontre des intérêts de Starticket s'il était licite qu'une seule des parties à la concentration puisse former recours contre la décision d'interdiction. Ticketcorner pourrait également, de cette manière, différer unilatéralement une garantie de sécurité juridique et, en particulier, un arrêt exécutoire quant à sa position sur le marché. Deuxièmement, le TAF argumente que Ticketcorner et Tamedia constituent une communauté d'intérêts quant à cette concentration. Comme l'une et l'autre entreprise étaient soumises à l'obligation de communiquer, elles auraient dû faire conjointement appel contre l'interdiction de concentration en raison de la solidarité fondée dans leur communauté d'intérêts.

Par jugement du 18 mai 2018 en l'affaire **Altimum SA / articles de sport de montagne**, le TF a partiellement accepté le recours du DEFR et de la COMCO à l'encontre du jugement du TAF du 17 décembre 2015. Ce faisant, il confirmait la décision de la COMCO du 20 août 2012, qui qualifiait la fixation de prix de vente minimaux pour des articles de sport de montagne, pratiquée par Altimum SA envers ses revendeurs, d'accords verticaux illicites sur les prix. Le TF a notamment expliqué que les commerçants passent un accord avec le fabricant s'ils concluent avec celui-ci un contrat de distribution qui les obligent de respecter des prix de vente minimaux lors de la revente et les exposent au risque de ne plus être fournis s'ils ne respectent pas cette clause. Il suffit que l'accord vise une restriction de la concurrence et il n'est pas nécessaire que les effets, c'est-à-dire la mesure du respect de l'accord, soient contrôlés. S'agissant du degré d'importance, le TF a confirmé sa jurisprudence GABA/Elmex. Selon le TF, il aurait été possible de justifier des prix minimaux si ceux-ci avaient été nécessaires pour permettre aux revendeurs d'assurer une concurrence sur la qualité du conseil à la clientèle, afin de remédier à la problématique du « resquillage » (obtention de conseils en magasin avant d'acheter auprès d'un autre offreur à moindre prix). Une telle nécessité n'a pas été présentée en l'occurrence. Pour des raisons de procédure, le TF n'a pas infligé de sanction contre Altimum SA.

La COMCO s'en est prise à des accords de soumission dans sa décision du 16 décembre 2011 sur les **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**. 14 entreprises de construction actives en Argovie ont été sanctionnées de quelque 4 millions de francs parce qu'elles se sont rendues coupables, entre 2006 et 2009, d'accords de soumission illicites sur les prix et la répartition des marchés. Quelque 100 projets de construction privés et publics étaient concernés. Quatre entreprises ont attaqué la décision de la COMCO. La procédure est restée pendante durant près de six ans et demi auprès du TAF. Le 25 mai 2018, le TAF a confirmé en majeure partie la décision de la COMCO à l'encontre des entreprises de construction argoviennes. Le Tribunal a confirmé la qualification juridique des comportements examinés, qualifiés d'accords horizontaux durs sur les prix et d'ententes sur la répartition des marchés en fonction des partenaires commerciaux au sens de la loi sur les cartels. Par ses prononcés, le TAF a clarifié d'importantes questions de base, notamment la question des exigences juridiques minimales posées à l'administration et à l'appréciation des preuves dans le cadre d'enquêtes en droit des cartels et la question de la gestion des informations d'entreprises qui se sont autodénoncées et ont coopéré avec les autorités de la concurrence. En outre, le TAF a clarifié des questions liées à des violations présumées du droit de la procédure par les autorités de la concurrence, il a confirmé le caractère répréhensible des violations du droit des cartels (pour une part sans chiffre d'affaires) et la licéité de la méthode concrètement appliquée par la COMCO pour fixer les sanctions. Se fondant sur une appréciation des faits partiellement différente des considérations de la COMCO, le Tribunal a réduit les sanctions. L'une des entreprises de construction a fait appel du jugement du TAF devant le TF.

Le 22 novembre 2016, la COMCO adressait trois recours contre la loi tessinoise sur les exploitations artisanales (**Legge sulle imprese artigianali, LIA**) au Tribunal cantonal administratif. La LIA prévoyait un enregistrement complet et fastidieux des entreprises artisanales. Un enregistrement supposait l'envoi de plus de dix documents et la présentation de preuves. La LIA entravait l'accès au marché tessinois tout particulièrement pour les entreprises domiciliées hors du canton. Le Tribunal cantonal administratif a accepté les recours de la COMCO par ses prononcés du 27 février 2018. Il a jugé que les exigences de la LIA limitaient le libre accès au marché et constituaient une violation de la loi sur le marché intérieur (LMI). Dans son arrêt du 11 octobre 2018, en raison de la légitimation insuffisante des recourants, le TF n'est pas entré en matière sur les recours formés ultérieurement par certaines associations tessinoises de la branche et par des entreprises artisanales. Les jugements du Tribunal cantonal administratif sont alors entrés en force.

Le TAF a également rendu des décisions concernant les **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**. Une fois clôturée (en date du 16 décembre 2011) la procédure

principale relative aux accords de soumission et publié le prononcé de la sanction, les organes d'achat du canton d'Argovie adressèrent deux **demandes de consultation** de la décision non caviardée de la COMCO et des documents y relatifs. Cette procédure a été suspendue dans un premier temps. Puis, la suspension étant levée, la COMCO a rendu ses décisions le 11 décembre 2017 : elle a accepté en partie les demandes de consultation en exprimant son intention de conférer un droit de regard limité aux requérants ou de les renseigner. Certaines parties ont formé recours contre ces décisions. Le 23 octobre 2018, le TFA rendait trois jugements acceptant les recours. L'appréciation différente du TAF provient de son interprétation de l'art. 19, al. 1, let. a, de la Loi sur la protection des données (LPD) plus restrictive que celle de la COMCO. Conformément à l'art. 19, al. 1, let. a, LPD, les données demandées ne peuvent être publiées que si elles sont indispensables au requérant dans l'exécution de sa tâche légale. Le TAF est d'avis que les conditions d'indispensabilité ne sont réunies que si, premièrement, une décision de sanction exécutoire a été rendue et que, deuxièmement, cette décision constate une violation correspondante du droit des cartels. Au contraire, la COMCO a jugé qu'il n'est pas nécessaire d'attendre l'entrée en force de ladite décision. Le DEFR, conjointement à la COMCO, a formé recours devant le TF contre deux des trois jugements du TAF. L'arrêt du TF sera déterminant pour le traitement de diverses demandes de consultation actuellement pendantes auprès de la COMCO.

Enfin, d'importants **jugements concernant la publication de décisions** de la COMCO ont été rendus dans le cadre de diverses procédures. Les tribunaux ont pour la plupart jugé que ces publications étaient licites (cf. points 3.3.2, 3.3.4 et 3.4.4).

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Accords de soumission

La COMCO a rendu, dès 2017, diverses décisions relatives à des **accords de soumission dans le canton des Grisons**. Ces décisions trouvaient leur origine dans l'enquête sur des travaux de construction en Basse-Engadine ouverte le 30 octobre 2012 à l'encontre de diverses entreprises actives dans le bâtiment, le génie civil, les travaux routiers et de revêtement de même que sur les marchés amont. Le Secrétariat de la COMCO (ci-après le Secrétariat) a étendu cette enquête en avril 2013 à l'ensemble du canton des Grisons et à d'autres entreprises, avant de l'étendre une fois encore en novembre 2015 à des entreprises supplémentaires. En novembre 2015, pour des raisons d'économie de procédure, il divisait l'enquête en dix.

La COMCO a clôturé la première enquête par sa décision du 10 juillet 2017. Elle y arrête définitivement que des entreprises du bâtiment et du génie civil se sont entendues dans plus de 100 appels d'offres entre 2004 et 2012 dans le **val Münstair** (GR) (cf. rapport annuel 2017). La COMCO a traité le 17 septembre 2018, par une décision séparée qui, attaquée, est actuellement pendant devant le TAF, la demande du canton des Grisons de consulter la décision non caviardée et les documents y relatifs. Le 2 octobre 2017, la COMCO rendait **six autres décisions** sur des accords de soumission concernant le bâtiment et le génie civil dans le canton des Grisons. Ces accords de soumission visaient certaines acquisitions en Engadine. Deux de ces décisions sont exécutoires, quatre étant pendantes devant le TAF. En 2018, la COMCO a clôturé la huitième de ces dix enquêtes par sa décision « **Engadine I** » (cf. point 2.1). Trois entreprises ont fait appel de cette décision devant le TAF.

Les deux dernières décisions sont prévues pour l'été 2019. L'une de ces deux enquêtes, qui concerne le bâtiment et le génie civil, sera de moindre importance, à l'instar des décisions du 2 octobre 2017. L'autre enquête, plus développée, concerne la **construction des routes** du canton des Grisons dans son ensemble. La conclusion de cette enquête a été différée parce

qu'une décision incidente de mai 2016 était pendante durant deux ans devant le TAF. Cette décision comprenait la question juridique de savoir si un ancien membre d'une partie à la procédure peut être entendu ou non comme témoin. Le TAF ayant rendu sa décision en septembre 2018, les derniers actes d'instruction ont pu avoir lieu.

Le 8 juillet 2016, la COMCO a arrêté que, dans les districts de **See-Gaster (SG)**, **March et Höfe (SZ)**, entre 2002 et 2009, huit entreprises de construction de route et de génie civil ont illicitement convenu des prix et déterminé quel serait l'adjudicataire lors de plusieurs centaines d'appels d'offres. La décision de la COMCO est pendante devant le TAF depuis que certaines entreprises l'ont attaquée. Par ailleurs, une partie des entreprises est d'avis que la décision de la COMCO ne devrait pas être publiée. Une partie a formé recours auprès du TAF contre les deux décisions de publication de la COMCO du 30 octobre 2017, ce qui a entraîné plusieurs décisions incidentes auprès du TAF et du TF, qui appuient en principe les positions de la COMCO. Une publication provisoire a ainsi eu lieu depuis lors. La décision principale à ce sujet est encore à venir.

Quatre parties ont attaqué la décision de la COMCO du 16 décembre 2011 concernant les **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**. Le TAF a confirmé en majeure partie la décision de la COMCO à l'encontre des entreprises de construction du canton d'Argovie (cf. point 2.1). Dans le cadre de la même affaire, le 11 décembre 2017, la COMCO a rendu sa décision concernant deux **demandes** soumises par des entités organisatrices du canton d'Argovie qui souhaitaient **consulter** la décision non caviardée de la COMCO du 16 décembre 2011 et les documents y relatifs. La COMCO a octroyé un accès limité à ces entités. Mais des parties à la procédure ont attaqué ces décisions devant le TAF, qui a accepté ces recours en octobre 2018. Le DEFR, associé à la COMCO, a porté deux de ces trois décisions devant le TF (cf. point 2.1).

Le Secrétariat a mené des **campagnes de sensibilisation** auprès de cinq cantons romands ainsi qu'au Tessin au sujet des accords de soumission et de la législation sur le marché intérieur (cf. point 5.2).

3.1.2 Gravier et décharges pour matériaux inertes

Le 12 janvier 2015, le Secrétariat a ouvert une enquête et réalisé des perquisitions contre diverses entreprises du canton de Berne dans le domaine **Gravier et décharges pour matériaux inertes**. Ces entreprises sont soupçonnées de s'être entendues sur les prix, les quantités et les territoires. Par ailleurs, des indices portent à penser que ces entreprises disposent d'une position dominante de marché et qu'elles en ont abusé notamment en refusant des relations d'affaires avec des entreprises tierces, en discriminant des partenaires commerciaux et en soumettant la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires. Le 19 mai 2015, l'enquête relative au grief d'accords sur les prix, les quantités et les territoires a été étendue à une entreprise supplémentaire. L'enquête doit permettre d'examiner si des restrictions illicites à la concurrence ont eu lieu.

Pour des raisons d'économie de procédure, l'enquête dans le secteur **Gravier et décharges pour matériaux inertes** a été divisée en deux procédures en novembre 2016 : l'enquête « **KTB-Werke** » et l'enquête « **Baustoffe und Deponien Bern (KAGA)** ». S'agissant des KTB-Werke, l'enquête visait des accords sur les prix et les territoires dans la région bernoise et l'abus d'une position de marché collectivement dominante, puisque les entreprises visées ont empêché les tiers d'accéder au marché en recourant à des conditions spéciales communes. Les **investigations** pour l'une et l'autre enquête ont été largement achevées en 2017. La COMCO a clôturé l'enquête « **KTB-Werke** », de moindre ampleur, par sa décision du 10 décembre 2018 (cf. point 2.1).

3.1.3 Autres domaines

En février 2017, le Secrétariat ouvrait une **enquête préalable** à l'encontre de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) et de ses membres. En septembre 2017, il lui communiquait son évaluation préliminaire en droit des cartels. L'accent porte sur les formules de calcul des honoraires d'architectes et d'ingénieurs, les directives relatives au calcul des honoraires liés aux mandats attribués dans le cadre de concours et la charte « Honoraires équitables pour des prestations qualifiées ». En 2018, le Secrétariat et la SIA ont discuté des impulsions du Secrétariat visant à modifier des comportements de la SIA et de ses membres en tenant compte des préoccupations relevant du droit des cartels. Conformément à ces impulsions, la SIA a élaboré pour certains règlements concernant les prestations et honoraires (RPH) une solution transitoire, tandis qu'elle en retirait d'autres. En outre, la SIA œuvre à une solution pour le long terme.

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Les enquêtes en cours dans le domaine des **services financiers** (procédure IBOR, Forex, métaux précieux et services de leasing) ont progressé, de sorte que des décisions devraient être prononcées en 2019. Dans le cadre de l'enquête sur les cours de change des devises (Forex), le Secrétariat a publié avec un membre de la présidence, au sujet de la publication de chiffres d'affaires pour le calcul des sanctions, une décision sur l'obligation de renseigner. Le recours formé à l'encontre de cette décision a été rejeté par le TAF.

La dernière enquête de la COMCO à l'encontre de plusieurs établissements financiers suisses porte sur un **boycott supposé de solutions de paiement mobiles proposées par des prestataires internationaux** comme Apple Pay et Samsung Pay. L'enquête doit établir si plusieurs établissements financiers suisses se sont entendus pour ne pas soutenir les solutions de paiement mobiles de prestataires internationaux comme Apple Pay et Samsung Pay. On soupçonne que des établissements financiers suisses ont passé un accord pour favoriser la solution suisse TWINT en ne libérant pas leurs cartes de crédit pour l'utilisation avec Apple Pay et Samsung Pay.

Le Secrétariat, qui s'est mis d'accord avec **Apple** dans le cadre d'une enquête préalable pour une solution **TWINT** favorisant la concurrence, a classé la procédure contre Apple. Les faits visés par l'enquête préalable concernaient Apple Pay, une solution de paiement mobile destinée aux appareils Apple. Ces appareils et l'app sont configurés de manière à ce qu'Apple Pay démarre automatiquement pour permettre le processus de paiement par Apple Pay lorsque l'appareil d'Apple est maintenu à proximité d'un terminal de paiement. Les paiements TWINT aux terminaux de paiement impliquent que le client scanne avec son téléphone mobile un code QR sur l'écran du terminal de paiement. A ce stade, le risque existe qu'Apple Pay ne s'ouvre automatiquement pendant ce processus et qu'il n'interrompe l'app TWINT. Apple s'est engagée envers le Secrétariat de mettre immédiatement à la disposition de TWINT la possibilité technique d'empêcher le démarrage automatique d'Apple Pay pendant le processus de paiement avec l'app TWINT.

3.2.2 Santé

Hirslanden AG a demandé, conjointement à la clinique Stephanshorn, que des mesures provisionnelles soient prises dans le cadre de la planification hospitalière du canton de Saint-Gall pour la durée d'une enquête visant un abus de position dominante du marché. Le Conseil d'Etat du canton de Saint-Gall devait notamment être tenu de faire figurer la clinique Stephanshorn sur la liste hospitalière « Akutsomatik 2017 » pour certains groupes de prestations.

La demande a été rejetée au motif que les conditions requises pour édicter des mesures provisionnelles (en particulier des prévisions décisionnelles claires et un inconvénient difficilement réparable) n'étaient pas réunies.

Dans le domaine de la chirurgie viscérale et de la gastroentérologie, l'**hôpital St. Clara** de Bâle et l'**Hôpital universitaire bâlois** créent «Clarunis», un centre de médecine abdominale. Les deux établissements, qui engageront conjointement le personnel médical hautement spécialisé nécessaire aux interventions, visent à fournir par ce centre de médecine abdominale des prestations médicales communes dans les domaines des soins simples, spécialisés et hautement spécialisés et à contribuer ensemble à l'enseignement et à la recherche universitaires. Les hôpitaux parties prenantes à ce projet ont déposé une annonce de restriction à la concurrence au sens de l'art. 49a, al. 3, let. a, LCart. Bien que le pilotage des patients dans un des domaines de la médecine hautement spécialisée ait été potentiellement problématique, les autorités de la concurrence ont renoncé à ouvrir une procédure parce que, dans le domaine hautement spécialisé de la chirurgie viscérale, le pilotage des patients est intervenu en conséquence du processus de concentration engagé à l'échelle nationale.

Divers assureurs-maladie ont déposé, dans le cadre d'une annonce de restriction à la concurrence, un **accord sectoriel « Intermédiaires externes »** qu'ils ont l'intention de conclure. Conformément à l'art. 19, al. 3, de la Loi sur la surveillance de l'assurance-maladie (LSAMal) et à l'art. 31a de la Loi sur la surveillance des assurances (LSA), cet accord vise à améliorer la qualité du conseil et des contrats d'assurance, à limiter les frais liés aux intermédiaires externes à une juste mesure et à empêcher le démarchage téléphonique. La principale question de cette annonce était donc de savoir si des prescriptions sont réservées au sens de l'art. 3 LCart. En outre, la question de la faculté à annoncer revêtait une importance spéciale, puisque des conventions correspondantes sont actuellement en vigueur. L'exigence posée à la formation des intermédiaires externes et le montant de l'indemnité dans le domaine de la Loi sur le contrat d'assurance (LCA) auraient pu s'avérer problématiques. Ce point a été signalé aux assureurs sans qu'une procédure ne soit ouverte.

Trois cas ont concerné le marché des **prestations Spitex** dans les cantons de Bâle-Ville, Fribourg et Thurgovie. Dans ces cas, les problématiques sont similaires et se résument, d'une part, par le manque de procédure d'appel d'offre par les pouvoirs publics lors du choix des entreprises auxquelles confier le mandat pour ce type de prestations. D'autre part, ces cas se caractérisent par les plaintes des entreprises privées qui se sentent discriminées par les communes et les cantons. La pomme de discorde touche au système d'octroi des subventions pour des prestations d'utilité publique. Ce système semble favoriser outre mesure les entreprises Spitex qui jouissent de telles subventions. L'approfondissement de ces deux problématiques de la part des autorités de la concurrence est encore en cours.

Au cours de l'année, de nombreuses questions ont été posées au Secrétariat par des citoyens dans le domaine des marchés de la santé. Certaines de ces questions ont conduit à l'ouverture de procédures d'observation du marché qui sont encore en cours.

Enfin, le Secrétariat a été impliqué dans une centaine de procédures de consultation, en majorité concernant des actes parlementaires, qui touchaient aux assurances sociales et aux marchés de la santé. Dans le cadre de cette activité de conseil (« advocacy »), de nombreuses prises de position ont été adressées aux autorités fédérales compétentes.

Par sa décision du 2 novembre 2009 sur les **médicaments hors-liste**, la COMCO a qualifié d'accords verticaux durs en matière de concurrence les prix publics recommandés (PPR) fixés par les producteurs de médicaments contre les dysfonctionnements érectiles. Elle les a déclarés illicites et a sanctionné les entreprises pharmaceutiques concernées. Le TAF a accepté les recours formés à l'encontre de cette décision. La COMCO a interjeté appel devant le TF contre ce jugement. Le TF a suivi la COMCO et a renvoyé l'affaire au TAF le 12 février 2015.

Dans ses cinq prononcés du 19 décembre 2017, la TF parvient à la conclusion que la publication des recommandations de prix n'ont pas limité la concurrence. Les recommandations de prix plafonds ont plutôt empêché une progression excessive des prix. Le TAF a levé les sanctions à l'encontre des fabricants de produits contre l'impuissance. Le DEFR, en coopération avec la COMCO, a formé recours contre ces jugements auprès du TF à la fin de janvier 2018.

3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels

Au cours de l'année 2018, deux enquêtes ont été ouvertes par des perquisitions dans le domaine des professions libérales et services professionnels. La première enquête concerne **l'installation et les services électriques à Genève**. Les perquisitions menées auprès de plusieurs entreprises ont été accompagnées d'un grand nombre d'interrogatoires de la première heure. Les éléments récoltés sont en cours d'analyse afin de déterminer si les entreprises parties à l'enquête se sont entendues sur les prix de certains appels d'offres privés et publics dans le domaine de l'installation et des services électriques.

Le 5 mars 2018, les autorités de la concurrence ont ouvert une enquête contre l'**association des moniteurs de conduite du Haut-Valais (FVO)** et ses membres actifs en procédant à des perquisitions. L'enquête se concentre sur des indices selon lesquels les personnes visées par l'enquête auraient passé des accords sur les tarifs des heures d'auto-école et les cours de sensibilisation au trafic. On examine à présent, sur la base des indices réunis et des documents confisqués lors des perquisitions, si l'association des moniteurs de conduite du Haut-Valais et ses membres actifs ont effectivement conclu des accords illicites en matière de concurrence. La COMCO rendra probablement sa décision au début de 2019.

Pour le surplus, les domaines de la maintenance d'ascenseurs, la problématique des écoles de ski, et enfin la question du marché des taxis ont également retenu l'attention du service.

3.3 Infrastructures

3.3.1 Télécommunications

Le 11 décembre 2017, la COMCO a infligé une sanction d'environ 3,6 millions de CHF à Naxoo dans le cadre de l'enquête **Supermédia**. Il est en effet apparu que Naxoo disposait dans son domaine d'activité, en particulier en ville de Genève, d'une position dominante sur le marché des raccordements par câble et qu'elle a abusé de cette position d'une part en fixant des conditions commerciales inappropriées dans ses contrats de raccordement par câble avec les propriétaires fonciers et, d'autre part, en faisant obstacle aux tiers. Naxoo a formé recours contre cette décision.

L'enquête préalable concernant l'**interconnexion à haut débit des sites d'entreprises** (connexion WAN) s'est poursuivie.

3.3.2 Médias

Le 29 janvier 2018, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de Les éditions des 5 frontières SA contre la décision du Tribunal administratif fédéral du 25 avril 2017, qui prévoyait la publication de la décision matérielle relative au **marché du livre en français** dans l'organe de la COMCO DPC/RPW. Les éditions des 5 frontières SA demandait au Tribunal fédéral d'arrêter que les passages de texte contenant des références à ses locaux et à son organisation interne ainsi que les données des contrats cités soient intégralement caviardés dans la décision citée.

L'enquête engagée par la COMCO en mai 2017 contre UPC Suisse SARL, en raison d'indices d'abus de position dominante sur le marché de la diffusion de **hockey sur glace à la télévision payante**, a été poursuivie. En été 2016, UPC a acquis de la Fédération suisse de hockey sur glace, pour cinq ans à partir de la saison 2017/18, les droits de diffusion des matchs de

hockey sur glace disputés dans les ligues supérieures suisses. L'enquête s'intéresse prioritairement à la question de savoir si UPC prive sans justification les fournisseurs de plateforme TV concurrents, en particulier ceux qui n'opèrent pas par le réseau câblé, de la diffusion de hockey sur glace.

Par ailleurs, dans le domaine des médias, la COMCO a examiné trois concentrations d'entreprises de manière approfondie. Son évaluation approfondie des concentrations d'entreprises **AZ Medien/NZZ, Tamedia/Goldbach et Tamedia/Basler Zeitung** a conduit la COMCO à valider ces opérations (cf. point 2.1.)

La COMCO a dû en outre évaluer les **concentrations d'entreprises suivantes** : le projet de concentration ATS/Keystone visait à fusionner l'ATS et Keystone en une agence suisse intégrée. Dans le cas de la concentration Tamedia/AXA/JV, Tamedia et Axa Assurances voulaient créer une entreprise commune de commerce en ligne de véhicules d'occasion. Après un examen préalable, la COMCO a donné son aval à tous ces projets de concentration.

3.3.3 Energie

Le Secrétariat a poursuivi deux enquêtes préalables dans le domaine du **gaz**. Dans le premier cas, l'enquête vise les divers comportements d'un gestionnaire de réseau local de gaz naturel, qui sont susceptibles d'induire des facturations de rétribution de l'utilisation du réseau différentes selon qu'il s'agit de clients finaux propres ou de ceux livrés par un fournisseur tiers. Dans le deuxième cas, l'enquête porte sur le refus de deux gestionnaires de réseau de gaz naturel à faire transiter du gaz. Dans l'un et l'autre cas, l'enquête préalable doit permettre de déterminer si des indices révèlent que le comportement des gestionnaires de réseau est abusif au sens de l'art. 7 LCart.

Dans le domaine de l'**électricité**, le Secrétariat et la COMCO ont été invités à plusieurs reprises à prendre position, dans le cadre de procédures de consultation des offices pour le premier, lors de procédures de consultation et d'auditions pour la seconde.

3.3.4 Autres domaines

Le recours dans le cas du **fret aérien** est toujours pendant devant le TAF. Plusieurs parties ont recouru contre la décision de la COMCO du 2 décembre 2013, qui clôturait l'enquête concernant le fret aérien et condamnait onze compagnies aériennes à payer au total environ 11 millions de CHF d'amende pour avoir conclu des accords horizontaux sur les prix. La question de savoir si et dans quelle mesure cette décision de la COMCO doit être publiée en l'occurrence est également litigieuse. Le 30 octobre 2017, le TAF a partiellement admis les neuf recours interjetés quant à l'ampleur de la publication. Suite au renvoi du dossier à la COMCO, celle-ci a décidé le 12 novembre 2018 de publier une version remaniée de la décision attaquée. Un nouveau recours peut être formé contre cette nouvelle décision.

La Poste a fait appel auprès du TAF contre la décision de la COMCO du 30 octobre 2017 relative au **système de tarification des envois de courrier postal pour la clientèle commerciale**. Par cette décision, la COMCO avait clôturé son enquête contre la Poste en lui infligeant une sanction de quelque 22,6 millions de CHF. Cette enquête visait le système de tarification appliqué par la Poste à l'endroit de sa clientèle commerciale dans le domaine des lettres adressées, par lequel la Poste a abusé de sa position dominante sur le marché.

Dans le domaine postal, la COMCO a dû évaluer la concentration d'entreprises **TNT Swiss Post / FedEx Express**. TNT Swiss Post avait l'intention de reprendre FedEx Express. Suite à l'enquête préalable, la COMCO a donné son aval à ce projet.

3.4 Produits

3.4.1 Accent sur les accords verticaux

Le 9 avril 2018, la COMCO a complété les explications relatives à la communication sur les accords verticaux en y ajoutant le jugement de référence rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur **les interdictions de plateformes tierces** dans l'affaire Coty. Auparavant, les notes explicatives relatives aux communications n'abordaient pas les interdictions de plateformes tierces ou les restrictions à la vente par l'intermédiaire des places de marché électroniques, puisque la pratique en la matière n'était pas établie. Désormais, les notes explicatives précisent qu'une interdiction de plateforme tierce telle que celle sous-jacente au jugement de la CJUE ne représente pas en principe une restriction grave à la concurrence. L'adaptation a posteriori de la note explicative relative à la communication verticale indique que la COMCO est en mesure d'adapter rapidement au besoin ses notes explicatives et qu'elle applique par analogie les règles européennes à la Suisse avec la conséquence voulue.

Tout comme en 2017, le Secrétariat a étudié en 2018 les exemples de prix excessifs de produits importés cités publiquement en lien avec l'**initiative pour des prix équitables** (« Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables »). Il s'agissait en majeure partie de cas où, des clients suisses ayant directement contacté le fabricant à l'étranger pour être livrés, celui-ci a renvoyé les clients à son importateur général ou à sa succursale ou filiale en Suisse. De tels faits ne remplissent pas les conditions constitutives d'un accord potentiellement illicite de répartition territoriale. Deux exemples soumis par une association au Secrétariat à la demande de ce dernier contenaient des indices d'accords potentiellement illicites d'attribution territoriale absolue au sens de l'art. 5, al. 4, LCart. Cependant, une clarification des faits n'a pas confirmé ces indices. Compte tenu de la situation juridique en vigueur, le Secrétariat a recommandé aux participants au marché d'adresser leurs demandes à un commerçant à l'étranger indépendant du fabricant et de contacter le Secrétariat au cas où ils rencontreraient des difficultés d'importer éventuellement dues à un accord correspondant en matière de concurrence (p. ex. entre un fabricant et un commerçant étranger indépendant de ce fabricant).

S'agissant de l'**îlot de cherté suisse**, le Secrétariat a procédé à plus de vingt observations du marché en raison de soupçon d'accords sur les prix, de verrouillage du marché et d'entrave au commerce en ligne. Dans certains cas, des corrections ont été recommandées et mises en œuvre pour clarifier la situation et pour éviter des malentendus. Certaines observations du marché concernaient d'éventuelles interdictions à l'exportation dans des contrats de distribution hors de l'Espace économique européen (EEE) et d'éventuelles interdictions d'importation en provenance de pays hors de l'EEE.

Selon la jurisprudence établie par le TF dans l'affaire Gaba/Elmex et par le TAF dans l'affaire Nikon, de telles interdictions sont illicites dans la mesure où l'efficacité économique ne les justifient pas. C'est pourquoi, tout en s'intéressant particulièrement à la raison d'être et au but de ces clauses contractuelles, le Secrétariat a signalé aux fournisseurs étrangers la situation juridique qui prévaut en Suisse. Eu égard au principe de proportionnalité, on a renoncé à ouvrir une procédure.

3.4.2 Industrie des biens de consommation et commerce de détail

Le 9 avril 2018, la COMCO clôturait son enquête contre l'entreprise allemande **RIMOWA GmbH** par un accord amiable et une amende (cf. point 2.1).

Lors de la délibération publique du 18 mai 2018 concernant **Altimum SA**, le TF est parvenu à la conclusion qu'Altimum SA violait la législation sur les cartels en prescrivant des prix de vente minimaux à ses revendeurs pour les articles de sport de montagne (cf. point 2.2). Le TF confirmait ainsi la décision du 20 août 2012 prise par la COMCO en la matière.

Le 22 octobre 2018, la COMCO ouvrait une enquête contre **Stöckli Swiss Sports SA**. L'enquête se concentre sur d'éventuels accords verticaux illicites sur les prix entre Stöckli Swiss Sports SA et ses distributeurs. Des éléments semblent indiquer que Stöckli Swiss Sports SA interdit à ses distributeurs le commerce en ligne des produits Stöckli et qu'elle ne leur permet pas de procéder à des livraisons croisées entre eux. L'enquête doit permettre d'examiner si Stöckli Swiss Sports SA a effectivement passé avec ses distributeurs des accords illicites au sens de l'art. 5 LCart.

3.4.3 Industrie horlogère

En août 2018 se clôturait l'enquête préalable visant le **service après-vente (SAV)** de divers fabricants de montres. La question essentielle de cette enquête préalable était de savoir si le refus de livrer des pièces de rechange aux horlogers indépendants représente ou non un problème en droit des cartels. Le fait qu'une procédure semblable était pendante dans l'Union européenne (UE) et qu'elle soulevait les mêmes questions quant aux mêmes fabricants de montres était central pour évaluer le cas présent en droit des cartels. La Commission européenne n'a qualifié ces systèmes SAV ni d'accords illicites ni d'abus de position dominante. Dans le cas présent, le Secrétariat de la COMCO a renoncé à mener une enquête parce que les investigations n'ont permis d'identifier aucun élément conduisant à une autre évaluation que celle de l'UE. Le Secrétariat a donc considéré que l'ouverture d'une procédure d'enquête ne serait pas proportionnée.

Le 13 novembre 2018, une procédure au sens de l'art. 30, al. 3, LCart a été ouverte dans l'affaire de l'**arrêt des livraisons du Groupe Swatch**. L'objet de cette procédure est l'accord amiable approuvé par la décision du 21 octobre 2013, qui permet à ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (ETA), une filiale de The Swatch Group SA, de réduire progressivement ses livraisons de mouvements mécaniques à ses clients actuels. L'accord amiable prévoit que l'obligation de livraison d'ETA disparaît à partir du 31 décembre 2019. L'enquête a été ouverte sur la base d'éléments indiquant que les sources d'approvisionnement alternatives pourraient ne plus suffire au-delà de 2020 pour répondre à la demande de mouvements mécaniques par les fabricants de montres. L'état actuel des connaissances ne permet pas d'évaluer si une annulation ou une modification de la décision prise à l'époque par la COMCO s'impose. Il faut à cet effet une analyse des conditions de marché et de concurrence actuelles. Cette analyse doit être réalisée dans le cadre de l'enquête qui a été ouverte.

3.4.4 Secteur automobile

Deux prononcés du TAF ont été rendus le 3 mai 2018 dans le cadre de la procédure **VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013**. Deux destinataires de la décision ont attaqué la **décision** de la COMCO du 6 juin 2016 sur l'**approbation de l'accord amiable** avec AMAG. Le TAF est d'avis que ces deux intervenants ne sont pas légitimés pour former recours contre la décision d'approbation, raison pour laquelle il n'est pas entré en matière sur leurs recours. Dans le cadre de la même procédure, par ses jugements rendus les 3 et 22 mai 2018, le TAF a rejeté deux recours formés contre la **décision de publication** rendue par la COMCO le 20 juin 2016. Le Tribunal est parvenu à la conclusion que les caviardages demandés par les recourantes ne sauraient être qualifiés de secrets d'affaires. Ce faisant, le Tribunal s'est inspiré du jugement rendu par le TF dans l'affaire Nikon et il a souligné qu'il n'est pas possible de protéger un secret comportant un contenu contraire au droit sur les cartels. Les faits prouvant un comportement contraire au droit sur les cartels ne sauraient bénéficier du secret.

Le 26 juin 2018, la COMCO a ouvert une enquête contre AMAG Automobiles et moteurs SA et contre d'autres distributeurs de véhicules de diverses marques du Groupe Volkswagen au Tessin (« **Concessionari Volkswagen** »). L'enquête est focalisée sur des indices d'accords de soumission commis lors d'appels d'offres publics visant des mandats de livraison de véhicules et de flottes de véhicules dans le canton du Tessin. Les distributeurs de véhicules de diverses marques du Groupe Volkswagen au Tessin se seraient entendus quant aux offres

soumises au canton du Tessin et aux communes tessinoises. L'enquête doit permettre d'examiner si des accords illicites en matière de concurrence ont effectivement été passés dans le sens indiqué.

En octobre 2018, le Secrétariat a informé le public de la clôture de l'enquête préalable concernant le **réseau de distribution d'AMAG**. L'enquête préalable a conclu que les partenaires de service d'AMAG qui sont simultanément aussi des partenaires commerciaux ont été privilégiés. La combinaison des services et de la distribution contredit les principes de la communication de la COMCO sur le traitement conforme au droit de la concurrence des accords verticaux dans le commerce des véhicules à moteur (Communication automobile). Dans ce contexte, le Secrétariat a recommandé à AMAG de coopérer à l'avenir également avec des partenaires de services qui ne sont pas actifs dans la distribution. S'agissant du grief de discrimination des concessionnaires indépendants par rapport aux détaillants (garages « retail ») appartenant au Groupe, le Secrétariat a pris acte du fait que le Groupe AMAG a séparé en deux entités juridiques distinctes les domaines d'affaires « Importation » et « Retail » depuis le 1^{er} janvier 2018 et que les mêmes conditions s'appliquent aux détaillants qui appartiennent au Groupe qu'aux concessionnaires indépendants. AMAG a ensuite résilié de nombreux contrats commerciaux et de services. Ces résiliations sont toutefois compatibles avec les principes de la Communication automobile relatifs à la résiliation des contrats. Pour autant qu'AMAG mette en œuvre les recommandations du Secrétariat, celui-ci renonce à ouvrir une enquête.

Le Secrétariat a ensuite effectué une série d'observations de marché dans le domaine automobile : outre AMAG, d'autres importateurs généraux suisses de véhicules neufs ont **résilié de nombreux contrats commerciaux et de services**. Le Secrétariat a contrôlé ces résiliations suite aux doléances transmises par des partenaires commerciaux et de services. Dans tous les cas, les principes de la Communication automobile régissant la résiliation des contrats ont été respectés.

De plus, le Secrétariat a clarifié les dénonciations émanant de clients finaux quant à la **limitation de la garantie du fabricant** pour les véhicules et camping-cars importés directement ou parallèlement en Suisse. Dans ces cas, le Secrétariat a confronté les fabricants ou importateurs d'automobiles aux reproches dont ils étaient l'objet et elle les a rendus attentifs aux principes de la Communication automobile. Les clarifications n'ont pas révélé d'indices de violation du droit des cartels.

La dénonciation d'un client final concernait la **restriction aux livraisons vers la Suisse imposée à un distributeur étranger de véhicules**. Selon les clarifications du Secrétariat, cet intermédiaire ne pouvait pas commercialiser de véhicules à moteur en Suisse en raison des dispositions émises par les fabricants au sujet de la première homologation. Cet état de fait constituait un indice d'accord illicite de répartition territoriale. Cependant, il existe aujourd'hui divers autres canaux par lesquels les clients finaux et les intermédiaires peuvent importer de nouvelles voitures en Suisse, directement ou parallèlement par l'intermédiaire d'un distributeur, afin de bénéficier des prix étrangers avantageux. Compte tenu de ces circonstances et eu égard au principe de proportionnalité, le Secrétariat a renoncé à l'ouverture d'une procédure.

Le Secrétariat a par ailleurs examiné diverses dénonciations de distributeurs et de réparateurs concernant la **restriction de la vente de pièces de rechange aux ateliers indépendants**. Il a attiré l'attention des fabricants et des importateurs d'automobiles visés par ces griefs sur les principes de la Communication automobile et leur a demandé de prendre position. Les investigations n'ont révélé aucun indice d'accord illicite en matière de concurrence.

Enfin, le Secrétariat a répondu régulièrement à des demandes de distributeurs, de réparateurs et de consommateurs finaux. Ces demandes concernaient notamment le refus du fabricant de fournir les prestations sous garantie, la résiliation d'un contrat commercial et/ou de services,

les exigences posées à l'accès au réseau de distribution et de services, les entraves aux importations directes et/ou parallèles et l'**accès aux informations techniques** de divers constructeurs ou marques automobiles. Le Secrétariat a répondu à ces demandes en se basant sur les principes contenus dans la Communication automobile et les notes explicatives relatives à la Communication automobile de la COMCO.

3.4.5 Agriculture

Le Secrétariat a participé à quelque 40 consultations des offices relatives à l'agriculture, notamment s'agissant de modifications d'ordonnance, d'interventions parlementaires et de développement de la politique agricole. Il s'est entre autres prononcé à plusieurs reprises pour la réduction des protections douanières. En outre, le Secrétariat a reçu nombre de demandes concernant des thématiques agricoles, qui ont généré des discussions, des délibérations et des observations de marché.

3.4.6 Autres domaines

Le 29 janvier 2018, la COMCO a clôturé par un accord amiable et une amende d'environ 610 000 CHF l'enquête sur l'**essence pour appareils** menée à l'encontre de Bucher AG Langenthal et Husqvarna Suisse SA (cf. point 2.1).

3.5 Marché intérieur

La **loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)** garantit la libre circulation intercantonale de même que la publication des projets de concessions et des marchés publics cantonaux.

S'agissant de la législation sur le marché intérieur, le cas le plus important a été la **loi tessinoise sur les entreprises artisanales (Legge sulle imprese artigiane, LIA)**. Le Tribunal administratif du Tessin a accepté les recours de la COMCO (cf. point 2.2). Les entreprises artisanales d'autres cantons pouvaient donc se référer à la LMI pour obtenir au Tessin un accès au marché sans inscription dans le registre de la LIA. La COMCO a reçu plus de 50 demandes d'entreprises non tessinoises concernant la LIA. Elle a communiqué activement l'état actuel de la situation juridique, notamment par le jeu des questions et réponses sur sa page web. La COMCO, qui entretenait également le contact avec les autorités tessinoises, a contribué à une rapide mise en œuvre des jugements rendus. Le 6 novembre 2018, le Grand Conseil tessinois votait l'abrogation de la LIA.

Le TF a rendu le 12 octobre 2018 un jugement concernant les **Soins à domicile (Spitex) d'Aarburg**. Matériellement, il s'agissait en particulier de savoir dans quelle mesure l'attribution de mandats de prestations de soins à domicile à des organisations privées doit faire l'objet d'un appel d'offre public. Cette question a été longuement débattue dans la pratique et la littérature. Accordant plus de poids au déploiement commercial du mandat de prestations qu'au caractère d'intérêt public de l'organisation prestataire, le TF a considéré que l'attribution de tels mandats de prestations relève du droit des marchés publics. Dans le cadre de cette procédure, la COMCO a soumis une prise de position que le TF a matériellement retenue.

Dans son jugement du 22 février 2018, le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall a accepté le recours formé par la COMCO dans un cas concernant la **Ville de Wil**. Celle-ci a attribué un plan de réorganisation de son administration municipale de gré à gré, soit sans passer par un appel d'offres public. La Ville de Wil a présenté plusieurs raisons pour justifier cette adjudication de gré à gré. Le Tribunal administratif cantonal n'en a retenu aucune. Une adjudication de gré à gré illicite constitue une violation de l'art. 5 LMI.

La COMCO a déposé une prise de position dans le cadre d'une procédure de recours auprès du TF concernant le luxueux **Hôtel Métropole Genève**. Le litige porte en particulier sur la question de savoir si l'attribution de l'exploitation de l'Hôtel Métropole à des privés requiert un appel d'offres public. L'existence d'une tâche publique, qui justifierait l'assujettissement au

droit des marchés publics, parle en faveur d'un appel d'offres public, alors que la qualité de patrimoine financier associé à l'Hôtel Métropole constitue un argument contraire. Le TF n'a pas encore rendu son verdict.

Le Secrétariat a pris position dans une procédure de surveillance du **canton de Fribourg** quant à l'**attribution de concessions pour des affiches publicitaires**. La LMI prévoit que l'attribution à des privés de l'utilisation de monopoles communaux implique le recours à un appel d'offres public non discriminatoire. Le TF a arrêté en 2016 que la concession de l'affichage doit reposer sur une procédure d'appel d'offres publique conforme à l'art. 2, al. 7, LMI.

Les **campagnes de sensibilisation** des cantons quant aux accords de soumission et aux dispositions du droit sur le marché intérieur, menées dans cinq cantons romands où elles ont suscité l'intérêt, contribuent notamment à une meilleure prise en compte de la législation sur le marché intérieur.

3.6 Investigations

Au cours de l'année écoulée, le Centre de compétences « investigations » a organisé des perquisitions dans le cadre de quatre nouvelles enquêtes. Ces perquisitions se sont déroulées dans les trois régions linguistiques de la Suisse. L'année a débuté par une première opération d'importance menée dans le canton de Genève, dans le cadre de l'enquête ouverte dans le domaine de l'installation et des services électriques. Elle s'est clôturée par une grande opération menée au sein d'établissement financiers suisses, dans le cadre de la procédure Boycott Apple Pay.

Lors de chaque perquisition, une grande quantité de données électroniques ont été saisies comme potentiels moyens de preuve. Il s'ensuit que le Centre de compétences « investigations » a été fortement mis à contribution pour le triage de ces données, étape préalable destinée à exclure les informations couvertes par le secret professionnel de l'avocat ou à supprimer les informations d'ordre privé. Le Centre de compétences « investigations » a aidé les différents services responsables de ces procédures à analyser ces données électroniques.

Chaque perquisition a été soutenue par des interrogatoires de témoins et de parties, que ce soit sur place au cours de l'opération ou dans les jours qui ont suivi. De telles auditions dites « de la première heure » visent à clarifier rapidement l'état de fait et à éviter les risques de collusion entre les personnes impliquées dans la supposée violation de la loi. Dans le cadre d'une enquête particulière, les entreprises visées par la procédure ont mis en œuvre des moyens de droit afin de s'opposer auxdits interrogatoires. Des recours assortis de requêtes superprovisionnelles ont été déposés auprès du Tribunal administratif fédéral. De tels procédés ont un effet dilatoire et diminuent l'impact important qu'une audition peut avoir dans le cadre de l'enquête. Le Centre de compétences a été fortement sollicité dans le cadre de ces recours également, afin de présenter les arguments du Secrétariat au TAF sous la forme de mémoires préventifs. Le TAF a finalement tranché en faveur des autorités de la concurrence.

3.7 Relations internationales

UE : l'accord de coopération en matière de concurrence entre la Suisse et l'UE, entré en force au 1^{er} décembre 2014, a fait ses preuves. Les autorités de la concurrence de Berne et de Bruxelles sont en contact régulier. L'accord favorise les échanges d'expériences et permet de coopérer et de se coordonner étroitement lors des enquêtes, y compris en échangeant des informations confidentielles. La COMCO a déjà contacté lors de diverses procédures d'enquête les équipes en charge des cas (« case teams ») de la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne (DG COMP), afin de discuter des questions de procédure et d'évaluation matérielle. En cas d'autodénonciation, la prise de contact visant à clarifier les aspects matériels et procéduraux n'intervient que si les entreprises concernées y ont consenti par écrit. Dans les cas de concentration impliquant des communications parallèles en Suisse

et dans l'UE, le Secrétariat ne doit plus obtenir l'aval des parties pour discuter les questions matérielles et techniques avec les collaborateurs de la DG COMP. De tels échanges ont aussi lieu régulièrement afin de prévenir des contradictions évitables entre les procédures parallèles. Les observations de marché et les enquêtes préalables donnent lieu à des contacts réguliers dans le but de clarifier si un problème relevant du droit des cartels se pose également du point de vue de la Commission européenne ou pour obtenir des informations supplémentaires dans la perspective de la procédure à venir. Globalement, l'accord facilite l'application du droit des cartels en Suisse lorsque des faits relèvent aussi du droit UE de la concurrence.

REC : un représentant du Secrétariat a participé aux séances du sous-groupe « Banking and payment » du Réseau européen de la concurrence (REC). Il a régulièrement informé sur l'état de la mise en œuvre de l'accord amiable visant à abaisser les commissions d'interchange (« interchange fees ») en Suisse.

Allemagne : au début de 2018, le Conseil fédéral a donné le mandat de négocier en vue d'un accord bilatéral avec l'Allemagne sur une coopération dans le domaine de la concurrence. Les négociations avec l'Allemagne commenceront prochainement. L'Allemagne étant de loin le plus important partenaire commercial de la Suisse à l'échelle mondiale, la COMCO est d'avis qu'un accord en matière de concurrence avec l'Allemagne serait bienvenu.

OCDE : des représentants de la COMCO et du Secrétariat ont participé à Paris à la réunion bisannuelle du Comité de la concurrence de l'OCDE, qui traitait d'aspects de la politique de la concurrence dans l'économie numérique concernant les domaines chaîne de blocs (« blockchain »), prix personnalisés, commerce en ligne et services de taxi. Les questions de concurrence sur les marchés de la santé, par exemple les prix de médicaments inadéquatement élevés, commencent à devenir prioritaires. La COMCO a présenté son expérience de détection fructueuse des accords de soumission grâce aux méthodes statistiques (« screening ») dans le cadre d'ateliers organisés par l'OCDE sur les thèmes de la détection des cartels et de la gestion des cas de cartel complexes.

RIC : les autorités de la concurrence suivent les développements internationaux du droit de la concurrence dans le cadre du Réseau international de la concurrence (RIC). Le groupe de travail « Agency Effectiveness » (efficacité de l'agence de la concurrence) a publié en 2018 deux nouveaux produits présentant des conseils pour les procédures d'investigation (« Guidance on Investigative Process ») et les principes directeurs de l'équité procédurale (« Guiding Principles for Procedural Fairness »). Le groupe de travail sur les cartels a organisé plusieurs webinaires auxquels le Secrétariat a participé. Le thème des incitations et dissuasions par l'indulgence (« Leniency Incentives and Disincentives ») a fait l'objet de discussions. Le responsable du Centre de compétences « investigations » a en outre pris part, à Tel Aviv, à l'atelier du groupe de travail sur les cartels intitulé « How To Crack A Cartel Step By Step » (« Comment démanteler un cartel étape par étape »). Un autre membre des autorités a participé à l'atelier du groupe de travail « Unilateral Conduct » en Afrique du Sud, dont les thèmes comprenaient notamment la détermination d'une position dominante sur le marché, la pratique des prix d'éviction et les contrats d'exclusivité.

Le groupe de travail « Merger » a publié en 2018 une version remaniée des « Principes directeurs et pratiques recommandées pour la notification et l'examen des fusions » publiés par le RIC. En janvier 2018, le Secrétariat a rempli un questionnaire du groupe de travail « Vertical Mergers » et il a pris part en cours d'année à plusieurs conférences téléphoniques. Une délégation de la COMCO était à New Dehli en mars 2018 pour assister à la Conférence annuelle du RIC. Le groupe de travail suisse a régulièrement pris part aux conférences téléphoniques concernant divers projets et ateliers de défense et promotion (« advocacy »). En outre, le groupe de travail a participé à une enquête sur la perception des amendes et il a étudié l'évolution de l'activité de défense et de promotion sur les marchés numériques dans divers Etats membres du RIC.

CNUCED : le directeur du Secrétariat a participé, dans le cadre de la Conférence annuelle de la CNUCED, à la présentation du rapport d'évaluation du programme de coopération COMPAL. La clôture de la phase III du programme COMPAL, financé par le SECO, termine un engagement de plusieurs années du Secrétariat grâce auquel 23 collaborateurs et collaboratrices, principalement venus des autorités de la concurrence d'Amérique latine, ont effectué un stage auprès du Secrétariat.

3.8 Législation

L'état actuel des **interventions parlementaires** encore pendantes qui ont été déposées en septembre 2014 suite à l'échec de la révision ponctuelle de la LCart se présente comme suit :

- L'**initiative parlementaire Hans Altherr** du 25 septembre 2014 « Prix à l'importation surfaits. Supprimer l'obligation de s'approvisionner en Suisse » (14.449), à laquelle les commissions des deux Chambres ont donné suite, est en suspens jusqu'à l'automne 2019.
- La **motion Hans Hess** du 18 juin 2015 « Pour une application effective du principe du Cassis-de-Dijon » (15.3631) a été classée en mars, respectivement en juin 2018 par les deux Chambres sur la base d'un rapport du Conseil fédéral (17.050).
- La **motion Bischof** du 30 septembre 2016 « Interdire les contrats léonins des plateformes de réservation en ligne dont l'hôtellerie fait les frais » (16.3902) a été acceptée par les deux Chambres. Le DEFR élaborera un projet correspondant destiné à la consultation probablement d'ici à l'automne 2019.
- La **motion Fournier** du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence » (16.4094) demande que des délais soient imposés aux tribunaux, qu'une allocation de dépens soit accordée aux parties, que des sanctions plus clémentes soient prévues pour les PME et que les décisions ne soient publiées qu'à leur entrée en vigueur. Elle a été acceptée par le Conseil des Etats. Puis, le 5 mars 2018, le Conseil national en a accepté les deux premiers points mentionnés et rejeté les deux autres. Le DEFR s'emploie à élaborer un projet de consultation.
- En date du 8 mars 2018, le Conseil national a accepté la **motion CER-N** du 14 août 2017 « Création d'un instrument efficace pour lutter contre les prix inappropriés des revues » (17.3629). Le Conseil des Etats ne l'a pas encore traitée.
- L'**interpellation Pfister** du 14 décembre 2017 « Cloisonnement abusif du marché automobile suisse » (17.4151), qui vise les importations directes et parallèles de véhicules, a été traitée par le Conseil national le 14 décembre 2018.
- La **motion Pfister** du 27 septembre 2018 « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile » (18.3898) exige du Conseil fédéral qu'il édicte une ordonnance visant à protéger les consommateurs et les PME contre les pratiques biaisant la concurrence dans le commerce automobile. Le Conseil fédéral propose le rejet de la motion. Les deux Chambres ne l'ont pas encore traitée.
- L'**interpellation Vogler** du 28 septembre 2018 « Accélérer les procédures de la COMCO » (18.4058), qui vise la durée des procédures, a été traitée par le Conseil national le 14 décembre 2018.
- La **motion Nantermod** du 12 décembre 2018 « Des procédures efficaces et équitables en droit de la concurrence » (18.4183), qui exige une adaptation des règles de procédure quant à la consultation des dossiers et l'exemption des frais et émoluments au stade de l'enquête préalable, n'est pas encore traitée.

- La **motion Français** du 13 décembre 2018 « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » (18.4282), qui exige une adaptation de l'art. 5 LCart, n'est pas encore traitée.
- La **motion Bauer** du 14 décembre 2018 « Enquêtes de la COMCO. La présomption d'innocence doit prévaloir » (18.4304) exige la suppression de l'art. 28 LCart, en vertu duquel l'ouverture d'une enquête est communiquée et mentionne le nom des parties. Elle n'est pas encore traitée.

Quant à l'**initiative pour des prix équitables** (« Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables »), lancée en décembre 2017, le Conseil fédéral a formulé un contre-projet indirect prévoyant l'introduction d'une norme sur les cartels qui vise la puissance relative sur le marché tout en limitant les contraintes aux entreprises engagées dans la concurrence transfrontalière. Le DEFR rédige actuellement un rapport sur la procédure de consultation menée jusqu'à la fin de 2018, le message relatif à l'initiative pour des prix équitables et le contre-projet indirect du Conseil fédéral.

L'élaboration des projets de révision au niveau de l'administration relève de la compétence du SECO. Le Secrétariat participe aux travaux.

4 Organisation et statistique

4.1 COMCO et Secrétariat

La **COMCO** a organisé 14 séances plénières d'une journée ou d'une demi-journée en 2018. Lors de ces réunions, elle rend ses décisions au sens de la loi sur les cartels et en application de la loi sur le marché intérieur. Ces décisions sont présentées dans la statistique suivante (cf. point 4.2).

Les changements de personnel suivants sont survenus en 2018 au sein de la COMCO :

- **Andreas Heinemann** succède à Vincent Martenet comme président depuis le 1^{er} janvier 2018.
- **Danièle Wüthrich-Meyer** est devenue vice-présidente au 1^{er} janvier 2018.
- **Isabel Martínez** a pris la succession de Daniel Lampart comme membre de la COMCO au 1^{er} janvier 2018.
- Le Conseil fédéral a nommé deux nouveaux membres de la COMCO le 9 mars 2018 : **Clémence Grisel Rapin** et **Nicolas Diebold**, qui sont entrés en fonction respectivement le 1^{er} juillet 2018 et le 1^{er} avril 2018.

Des changements de personnel sont survenus en 2018 dans les positions clés suivantes du Secrétariat :

- **Rafael Corazza**, directeur du Secrétariat, a pris sa retraite le 31 juillet 2018 à l'âge de 67 ans.
- En date du 23 mai 2018, le Conseil fédéral a nommé **Patrik Ducrey** au poste de directeur du Secrétariat. Directeur suppléant à ce stade, le nouveau directeur a pris ses fonctions le 1^{er} août 2018.
- La COMCO a nommé **Andrea Graber Cardinaux** le 17 septembre 2018 au poste de vice-directrice du Secrétariat. Elle est entrée dans cette nouvelle fonction le 1^{er} octobre 2018.

- **Frank Stüssi** assume depuis le 1^{er} octobre 2018 la responsabilité de la communication. Le 14 décembre 2018, le Conseil fédéral l'a promu du rang de vice-directeur à celui de directeur suppléant dès le 1^{er} janvier 2019.

En sa qualité de directeur, **Rafael Corazza** a marqué le Secrétariat de son empreinte pendant quelque douze ans. Il a étudié à l'Université de Saint-Gall (HSG) et à l'Université de Madrid. Il obtient la licence en sciences économiques (lic. oec. HSG) en 1976 et le doctorat de l'Université de Saint-Gall en 1985. Il effectue des stages dans des entreprises privées et occupe un poste d'assistant au sein de la Communauté de recherche pour l'économie nationale de la HSG. Parallèlement à ses études, il travaille comme consultant indépendant. Rafael Corazza entre en 1984 au service de la Confédération comme secrétaire de la Commission des cartels. Il dirige ensuite, de 1987 à 2006, le Bureau de la Surveillance des prix en tant que sous-directeur, directeur et suppléant du Surveillant des prix. Le 9 juin 2006, le Conseil fédéral le nomme directeur du Secrétariat dès le 1^{er} octobre 2006.

Durant le mandat de Rafael Corazza, la COMCO a rendu une série de décisions de principe. Nombre de projets et développements importants ont été initiés durant son mandat. Il était aussi membre de diverses commissions d'experts. Soulignons deux projets marquants : l'évaluation de la loi sur les cartels et les travaux qui en sont issus ainsi que la détection systématique (« screening ») comme méthode statistique de mise en évidence des accords en matière de concurrence.

Durant l'hiver 2006/2007, à peine était-il entré en fonction que l'ex-Conseillère fédérale Doris Leuthard, alors en charge du Département fédéral de l'économie (DFE, aujourd'hui DEFR), le mandatait pour **évaluer la loi sur les cartels**. En effet, selon l'art. 59a de la loi révisée sur les cartels, le Conseil fédéral veille à ce que l'exécution de la loi sur les cartels et l'efficacité des mesures prises fassent l'objet d'une évaluation, il présente un rapport au Parlement et lui soumet des propositions quant à la suite à donner à l'évaluation. Pour s'acquitter de cette vaste tâche, Rafael Corazza engagea le groupe d'évaluation de la loi sur les cartels, qui était largement étayé et qu'il présida. L'évaluation de la loi sur les cartels comprenait un rapport de synthèse basé sur 15 rapports et études (au total environ 1000 pages de documentation). Le rapport de synthèse contenait un état des lieux concernant les effets et le fonctionnement de la loi sur les cartels, il désignait les mesures à prendre et se concluait par une série de recommandations à l'attention du législateur et des pouvoirs exécutifs (Conseil fédéral, DFE, COMCO et son Secrétariat).

Les recommandations à l'endroit de la COMCO et de son Secrétariat ont débouché sur une nouvelle organisation de la COMCO et de nombreux travaux de développement de l'organisation. La COMCO a opté pour un modèle de présidence où les cinq unités constituant la Commission (présidence, trois chambres, plénum) faisaient place à deux unités (présidence et plénum), ce qui permit de réduire les coûts de délimitation, d'information et de coordination. La COMCO et le Secrétariat ont élaboré dans quatre groupes de travail (travail de la Commission, gestion et conduite du Secrétariat, processus centraux, informatique) diverses mesures visant à améliorer les processus décisionnels de la COMCO, sa performance et sa conduite, à orienter les processus du Secrétariat et à amender la coordination entre la Commission et le Secrétariat.

La recommandation adressée au législateur et au DFE, le Département fédéral de l'économie d'alors, a induit en particulier de vastes travaux législatifs et d'amples consultations. Même si la révision a finalement échoué au Parlement, les travaux correspondants ont constitué la base des discussions qui ont suivi et des tentatives de révision ultérieures.

Dans son travail, Rafael Corazza a placé un deuxième accent sur le développement d'un instrument permettant de détecter activement les accords au moyen de méthodes statistiques. Certes, la COMCO et son Secrétariat reçoivent chaque semaine une série d'avis et de dénonciations concernant d'éventuelles infractions à la concurrence, qu'ils traitent continuellement.

Mais la question à laquelle Rafael Corazza s'est attaché et qu'il a contribué à résoudre était de savoir si les cartels peuvent être détectés activement au moyen de l'analyse des données. Il voulait ainsi notamment améliorer l'effet préventif de la loi sur les cartels. Comme la lutte contre les accords sur les prix dans le domaine des marchés publics représentait une priorité de la COMCO depuis 2008, Rafael Corazza lança le projet pilote « **Screening** », l'objectif étant d'analyser les données des appels d'offres publics et de développer des méthodes statistiques permettant de mettre en évidence les anomalies survenant pendant les appels d'offres. Il a engagé des collaborateurs pour travailler sur ce thème, s'est employé à convaincre les cantons de fournir les données des appels d'offres et a fait progresser les travaux qui ont abouti à un instrument de détection systématique par l'analyse des données (« screening-tool »).

L'analyse statistique des données requiert de bonnes connaissances des structures du marché, notamment des données relatives au comportement obligatoire des entreprises dans le cadre d'un appel d'offres. L'obtention des données représentait un point particulièrement délicat. Après que le canton de Saint-Gall eut mis les données d'appels d'offres à disposition, le Secrétariat a développé une méthode statistique capable d'identifier les anomalies liées aux accords en matière de concurrence survenant pendant les procédures d'acquisition. Deux indices étaient prioritaires : le coefficient de variation et la mesure de distance relative (cf. point 5.3).

Le développement de cet instrument de détection et l'analyse statistique correspondante des données à l'ouverture des offres, transmises par le canton de Saint-Gall, ont entraîné en avril 2013 l'ouverture d'une enquête sur les accords dans le domaine des travaux routiers et du génie civil pour la région de See-Gaster, où la COMCO constatait des centaines d'accords sur les prix en juillet 2016 (cf. points 3.1.1, 5.3 et 5.4). La clôture de cette enquête et l'utilisation fructueuse de l'instrument de détection marquaient une étape importante : l'analyse statistique des données sert à la mise en évidence active des cartels. Le bon fonctionnement de l'analyse a suscité un intérêt international pour cet instrument de détection de la part des autres autorités de la concurrence, de l'OCDE et d'importants services d'achats. Grâce à l'engagement inlassable de Rafael Corazza, le Secrétariat a gagné une réputation internationale dans la lutte contre les accords de soumission.

Rafael Corazza a dirigé le Secrétariat avec enthousiasme et clairvoyance. Il a su motiver ses collaborateurs et apprécier leur travail à sa juste valeur. Travailleur infatigable, il ne cherchait pas à se mettre en évidence et préférait toujours relever le travail des autres pour leur dédier les compliments. Lui-même se concentrait sur la suite à donner à ses projets, sur l'engagement judicieux des collaborateurs et sur la progression de l'autorité. Durant les douze années où il était en fonction, Rafael Corazza a fait éclore les autorités de la concurrence tout en développant de manière décisive l'application du droit de la concurrence. Il a ainsi réalisé d'excellentes fondations qui permettent de poursuivre la construction. A ce titre, Rafael Corazza mérite notre profonde reconnaissance.

4.2 Statistique

Le **Secrétariat** comptait 68 collaborateurs à temps plein et à temps partiel à la fin de 2018 (72 l'année précédente), la proportion de femmes étant de 39,70 % (43 % l'année précédente). Ces effectifs correspondent au total à 58,1 équivalents plein temps (60,9 l'année précédente). L'effectif du personnel occupé à l'application de la loi sur les cartels et de la loi sur le marché intérieur, Direction comprise, atteint 51 (53 l'année précédente, soit 44,3 équivalents plein temps (46,1 l'année précédente). 12 collaborateurs (14 l'année précédente), soit 8,8 équivalents plein temps (9,8 l'année précédente), sont engagés au Service ressources et logistique où ils assurent l'appui nécessaire à toutes les activités de la COMCO et de son Secrétariat. En outre, le Secrétariat comprend 5 places de stage (5 l'année précédente). Les cinq stagiaires travaillent à plein temps.

La statistique des activités de la COMCO et de son Secrétariat se présente comme suit pour 2018 :

	2018	2017
Enquêtes		
menées durant l'année	24	30
dont reprises de l'année précédente	18	26
dont ouvertes durant l'année	6	4
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	0	0
Décisions	4	12
dont accords amiables	2	2
dont décisions de l'autorité	2	4
dont sanctions selon l'art. 49a, al. 1, LCart	4	11
dont décisions partielles	0	0
Décisions de procédures	0	1
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)	2	3
Mesures provisionnelles	0	1
Procédures où des sanctions ont été prononcées au sens des art. 50 ss. LCart	0	0
Enquêtes préalables		
menées durant l'année	15	18
reprises de l'année précédente	10	9
ouvertes durant l'année	5	9
Clôtures	7	7
dont ouvertures d'enquêtes	2	1
dont adaptation du comportement	3	3
dont sans suite	2	3
Autres activités		
Annonces traitées selon l'art. 49a, al. 3, let. a, LCart	2	2
Conseils	21	21
Observations de marché	72	63
Demandes LTrans	20	9
Autres demandes traitées	581	635
Concentrations		
Notifications	34	32
Pas d'intervention après examen préalable	27	27
Examens	3	3
Décisions de la COMCO après examen	3	3
Interdiction	0	1
Autorisation conditionnelle/soumise à des charges	0	0
Autorisation sans réserve	3	2
Exécution provisoire	0	0
Procédures de recours		
Total des recours auprès du TAF et du TF	37	31
Arrêts du Tribunal administratif fédéral (TAF)	7	7
dont succès des autorités de la concurrence	5	5
dont succès partiel	1	1
dont sans succès	1	1
Arrêts du Tribunal fédéral (TF)	1	2

dont succès des autorités de la concurrence	0	2
dont succès partiel	1	0
Pendantes en fin d'année (auprès du TAF et du TF)	33	21
Avis, recommandations et prises de position, etc.		
Avis (art. 15 LCart)	0	1
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0
Prises de position (art. 47 LCart, art. 5, al. 4, LSPr ou art. 11a LTV)	0	3
Suivi des affaires	0	0
Communications (art. 6 LCart)	0	1
Prises de position (art. 46, al. 1, LCart)	152	210
Consultations (art. 46, al. 2, LCart.)	8	8
LMI		
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	0	1
Avis (art. 10 LMI)	3	5
Conseils (Secrétariat)	94	73
Recours (art. 9, al. 2 ^{bis} , LMI)	0	0

La statistique 2018 et une comparaison avec les chiffres de 2017 révèlent ce qui suit :

- Le **nombre de décisions** rendues en 2018 a **baissé** par rapport à l'année précédente. Cette différence s'explique par le fait qu'en 2017, sept décisions sur douze concernaient des accords de soumission passés dans le canton des Grisons qui étaient initialement regroupés dans le cadre d'une vaste enquête avant d'être répartis en dix enquêtes distinctes au cours de la procédure (cf. point 3.1.1). Dans ce contexte, la COMCO a également infligé en 2018 moins de sanctions au sens de l'art. 49a, al. 1, LCart que l'année précédente.
- Le Secrétariat a mené en 2018 **un nombre d'enquêtes préalables supérieur** à celui de l'année précédente.
- En 2018, la COMCO a reçu un **nombre de notifications de concentration semblable** à celui de 2017. Elle a également approuvé en 2018 autant de concentrations qu'en 2017 au terme de l'examen préalable et après l'examen approfondi. En revanche, elle n'a pas dû interdire de concentration en 2018.
- Le nombre de **procédures de recours pendantes** devant les tribunaux a **augmenté** en 2018 par rapport à 2017.
- Le Secrétariat a clôturé davantage d'**observations de marché** en 2018 que l'année précédente. Le Service Produits, notamment, a évalué de nombreuses dénonciations dans le cadre des observations de marché, par exemple concernant l'« îlot de cherté suisse » (cf. point 3.4.1) et dans le secteur automobile (cf. point 3.4.4).
- En 2018, le Secrétariat a dû fournir **plus de conseils sur la LMI** que l'année précédente. Cette hausse s'explique principalement par le nombre important de demandes soumises par des entreprises artisanales concernant la LMI (cf. point 3.5). Les trois avis de droit relatifs à la LMI concernent des prises de position dans le cadre de procédures de recours devant le Tribunal fédéral.

5 Accords de soumission

5.1 Contexte

Selon une enquête menée en 2004 par le Secrétariat de la Commission des achats de la Confédération (CA), environ la moitié des répondants ont une expérience pertinente liées aux accords. Le 4 avril 2005, le Secrétariat ouvrait, d'entente avec un membre de la Présidence, l'enquête « Cartels de l'asphaltage des routes au Tessin », qui a débouché le 19 novembre 2007 sur une décision de principe de la COMCO. En 2006, le Secrétariat établissait un rapport sur le thème de la concurrence et des marchés publics (« Wettbewerb und Vergaberecht ») dans le cadre des travaux conduits à l'époque pour réviser le droit des marchés publics. Ce rapport le conduisit à étudier en particulier le risque constitué par les accords de soumission et à proposer, dans l'optique de la révision du droit des marchés publics, une série de mesures visant à renforcer la concurrence. En raison de ces travaux et expériences, parmi d'autres, la lutte contre les accords de soumission représente depuis 2008 un thème prioritaire de la COMCO.

Dans ce contexte, la COMCO a considéré que les accords de soumission ont généralement des conséquences telles qu'une hausse des prix, le maintien des structures et un affaiblissement des incitations à l'efficacité et à l'innovation pour les entreprises. L'OCDE évalue que la hausse des prix induite par les accords de soumission est comprise entre 10 et 20 %. Dans son enquête déjà citée sur les « Cartels de l'asphaltage des routes au Tessin », la COMCO a constaté que les prix des offres pour les travaux de revêtement routier étaient en moyenne d'environ 30 % inférieurs après la période des cartels que durant leur activité. Des études empiriques récentes montrent que les prix augmentent d'environ 25 à 45 % du fait d'accords sur les quantités et sur les prix de même qu'en raison d'accords de soumission par rapport à une situation dénuée d'accords. Les accords de soumission portent donc atteinte à l'économie. Ils engendrent des dépenses excessives de la part des pouvoirs publics, qui se répercutent directement ou indirectement sur la charge fiscale en Suisse. Eu égard au volume d'achats publics (Confédération, cantons, communes) supérieur à 40 milliards de CHF pour les constructions, les marchandises et les services, le potentiel de dommage inhérent aux accords de soumission apparaît d'autant plus important.

Le travail de la COMCO et de son Secrétariat se déploie à trois niveaux :

- prévention des accords de soumission et information à ce sujet ;
- détection « passive » et « active » des accords de soumission et
- poursuite des accords de soumission.

5.2 Prévention et information

Il est plus efficace d'empêcher les accords de soumission en les tuant dans l'œuf que de se borner à mener des procédures soumises au droit des cartels. Des organes d'achat informés et formés contribuent fortement à lutter contre les accords de soumission. C'est pourquoi, dès 2007, le Secrétariat a organisé le module « Sicherstellung des Wettbewerbs im öffentlichen Beschaffungswesen » (« Garantir la concurrence dans les marchés publics ») dans le cadre de la formation et de la formation continue du Centre de compétence des marchés publics (CCMP) destiné à l'administration fédérale et aux entreprises publiques de la Confédération. Simultanément, le Secrétariat s'est tourné vers les cantons pour leur proposer des **manifestations de sensibilisation** visant à lutter contre les accords de soumission et à appliquer la loi sur le marché intérieur. Des manifestations d'une journée ou d'une demi-journée ont ainsi été organisées dans les cantons de Suisse alémanique en 2009 et 2014 surtout (d'autres y sont planifiées pour 2019), en Suisse romande en 2012 et en 2018 et au Tessin en 2018. L'intérêt des cantons pour ces manifestations a augmenté au fil du temps. L'accent porte sur

la problématique des accords de soumission du point de vue de l'économie et sous l'angle du droit cartellaire, sur la démarche et les décisions de la COMCO et sur la détection des accords de soumission et les mesures visant à les empêcher. Au terme d'une manifestation de sensibilisation, les acheteurs qui ont participé devraient être en mesure de répondre aux questions suivantes :

- Qu'est-ce qu'un accord de soumission en droit des cartels ?
- Comment les organes d'achat peuvent-ils identifier et empêcher les accords de soumission ?
- Quelle est la pratique de la COMCO ?
- Comment la COMCO peut-elle soutenir l'organe d'achat lorsqu'une suspicion d'accord de soumission se présente ?
- Que signifie pour l'organe d'achat l'ouverture par la COMCO d'une enquête selon le droit cartellaire ?
- Quels sont les instruments de la COMCO contre les cartels de soumission ?

Outre ces manifestations, la COMCO et son Secrétariat donne des conférences lors de symposiums, que ce soit auprès d'associations, d'entreprises de la Confédération ou de hautes écoles. Tandis que les autorités de la concurrence transmettent leurs expériences et connaissances, elles découvrent continuellement des problèmes pratiques susceptibles de se présenter dans le cadre d'acquisitions.

La sensibilité accrue des organes d'achat n'est pas seulement liée aux formations, elle l'est aussi aux décisions rendues par la COMCO. L'onde de choc des premières enquêtes et décisions importantes sur des cartels de soumission dans les cantons du Tessin, d'Argovie et de Zurich a traversé la branche. Cet impact ne concerne pas seulement les organes d'achat, il est aussi perceptible dans les entreprises et auprès des personnes concernées. C'est ainsi que les demandes et les communications de soupçons ont continuellement augmenté. Ces dernières ont mené à certaines des procédures récentes exécutées par les autorités de la concurrence dans le domaine des achats. Une interaction existe donc entre les piliers que sont la prévention et l'information, d'une part, et la poursuite, d'autre part.

L'engagement des autorités de la concurrence dans le cadre des travaux de révision du **droit des marchés publics** s'inscrit aussi dans les mesures de prévention et d'information. Les autorités de la concurrence peuvent apporter leurs expériences et connaissances, que ce soit dans le cadre de groupes de travail internes à l'administration fédérale, sous forme de prises de position dans les procédures de consultation ou de recommandations et rapports.

5.3 Détection, y compris par les méthodes statistiques (« screening »)

Chaque semaine, le Secrétariat reçoit diverses indications, communications et dénonciations relatives à d'éventuelles violations du droit sur les cartels. Ces informations proviennent notamment d'entreprises concernées par des accords en matière de concurrence ou qui s'y trouvent impliquées (il s'agit alors d'autodénonciations), de citoyennes et de citoyens, de lanceurs d'alerte et d'organes d'achat. Le Secrétariat analyse systématiquement ces données, qui sont importantes pour le travail des autorités de la concurrence et la détection des violations du droit de la concurrence.

Le Secrétariat s'est donné pour but de détecter les accords de soumission non seulement sur la base des informations reçues, mais aussi proactivement en régie propre. En conséquence, il a commencé d'analyser les données des appels d'offres publics et de développer des méthodes statistiques destinées à révéler les anomalies dans le schéma de comportement des

soumissionnaires. L'attention porte principalement sur deux indices : le coefficient de variation et la mesure de distance relative. Ainsi, la variance des prix de l'offre durant les appels d'offres joue un rôle crucial dans l'analyse des données de l'offre. La dispersion des prix de l'offre durant les phases d'entente, qui diffère de celle en situation non cartellisée, peut être quantifiée par le coefficient de variation. En outre, le Secrétariat a découvert que les différences entre les premiers et les deuxièmes prix de l'offre, de même que les prix de l'offre ultérieurs durant les phases d'entente se présentent autrement qu'en dehors des ententes cartellaires. Ces différences peuvent être évaluées au moyen de la mesure de distance relative. Les deux indices du coefficient de variation et de la mesure de distance relative constituent la base de l'instrument de détection statistique (« screening ») du Secrétariat.

L'analyse statistique des données à l'ouverture des offres, transmises par le canton de Saint-Gall, a conduit en avril 2013 à l'ouverture d'une enquête sur les accords dans le domaine des travaux routiers et du génie civil pour la région de See-Gaster. La COMCO a clôturé cette enquête par sa décision du 8 juillet 2016, dans laquelle elle constatait que huit entreprises de travaux routiers et de génie civil des districts de See-Gaster (SG), March et Höfe (SZ) se sont entendues sur les prix entre 2002 et 2009, lors de plusieurs centaines d'appels d'offres, et qu'elles ont convenu qui obtiendrait l'adjudication (cf. point 3.1.1). Une étape importante était ainsi franchie : l'instrument de détection statistique (« screening ») développé par le Secrétariat fonctionnait. Cet instrument sert à la détection active des accords de soumission, ce qui accroît l'effet préventif de la loi sur les cartels. Les entreprises qui passent des accords de soumission doivent s'attendre à ce que leur comportement soit détecté en raison de leur mode de fixation des prix dans le cadre des appels d'offres.

La COMCO et le Secrétariat présentent cet instrument de détection et son emploi fructueux lors de diverses manifestations en Suisse et à l'étranger, notamment auprès de l'OCDE, d'autorités de la concurrence et d'organes d'achat étrangers (cf. point 3.7). Un tel instrument de détection suscite un vif intérêt. La méthode, qui a été présentée également dans des contributions de recherche, accède désormais à la recherche et à la littérature économiques.

5.4 Poursuite

Au cours de la dernière décennie, la COMCO a rendu une série de décisions importantes sur les cartels de soumission et elle a développé une pratique pertinente en la matière. Le tableau synoptique ci-après présente les sanctions infligées par la COMCO entre 2007 et 2018 dans des cas d'accords de soumission.

Décision de la COMCO	Année de la décision	Durée du cartel	Accord global / accord spécifique	Montant total de la sanction (en CHF)	Entrée en force de la décision
Cartels de l'asphaltage des routes au Tessin	2007	1999–2003, en partie jusqu'en 2005	Accord global	0 (possibilité de sanction directe à partir de 2004 seulement)	Oui
Entreprises d'installations électriques, région de Berne	2009	2006–2008	Accords spécifiques	1,2 million de CHF	Oui
Travaux routiers et génie civil, canton d'Argovie	2011	2006–2009	Accords spécifiques	3,8 millions de CHF	En partie pendante devant le TF
Travaux routiers et génie civil, canton de Zurich	2013	2006–2009	Accords spécifiques	489 000 CHF	Oui
Nettoyage de tunnel	2015	2008–2013	Accord global	161 000 CHF	Oui
Travaux de construction, région de See-Gaster	2016	2002–2009	Accord global	5 millions de CHF	En partie pendante devant le TAF
Fanoux de signalisation Eflare	2016	2015	Accord vertical de répartition territoriale	33 000 CHF	Oui
Bâtiment et génie civil dans le val Mustair	2017	2004–2012	Accord global	0 (autodénonciations et faillite d'une entreprise)	Oui
Bâtiment et génie civil en Engadine III–VIII	2017	2009–2012	8 accords spécifiques	1 million de CHF	2 décisions entrées en force, 4 décisions pendantes devant le TAF
Bâtiment et génie civil en Engadine I	2018	1997–2012	Plusieurs accords globaux, 11 accords spécifiques	7,5 millions de CHF	En partie pendante devant le TAF

Les deux dernières décisions (sur un total de dix) visant les accords de soumission dans le canton des Grisons sont prévues pour l'été 2019 (cf. point 3.1.1). Des enquêtes relatives à des accords de soumission supposés dans le domaine de l'électricité à Genève sont également en cours (cf. point 3.2.3) de même que d'autres concernant d'éventuels accords de soumission passés lors d'appels d'offres publics organisés par le canton du Tessin et des communes tessinoises pour la livraison de véhicules (cf. point 3.4.4).

Les décisions rendues à ce stade ont permis à la COMCO d'asseoir sa pratique concernant les accords de soumission et de clarifier des questions fondamentales. Relevons les points suivants :

- Les accords de soumission par lesquels les entreprises impliquées conviennent de l'entreprise censée recevoir l'adjudication et/ou qui fixent le montant des offres doivent être typiquement qualifiés d'**accords sur les prix et/ou sur les partenaires commerciaux**. Il s'agit de cartels horizontaux durs qui réunissent normalement les éléments constitutifs du délit visés à l'art. 5, al. 3, LCart. Ils doivent être en principe sanctionnés.
- Une entreprise est en règle générale également passible de sanction pour avoir participé à un accord de soumission même si elle ne génère pas de chiffre d'affaires à partir de l'appel d'offres visé (« **infraction sans chiffre d'affaires** »). Un tel cas se présente notamment si l'entreprise soumet une « offre de couverture » ou si un « dispositif de protection » est resté infructueux. Le TAF a confirmé, dans ses arrêts sur le cas des travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie (cf. point 3.1.1) que même les infractions sans chiffre d'affaires doivent être sanctionnées. Selon les récentes décisions rendues par la COMCO dans les cas Engadine I et Engadine III-VIII, le chiffre d'affaires déterminant pour calculer la sanction est celui que l'entreprise au bénéfice d'une protection aurait dû réaliser conformément à l'accord.
- Enfin, il est particulièrement important en pratique de **distinguer les accords globaux des accords spécifiques**. Dans le cas d'un accord global, les entreprises parties à l'accord coordonnent leur comportement lors des appels d'offres pour l'ensemble d'un projet. En revanche, s'il s'agit d'un accord spécifique, les entreprises qui y sont parties ne coordonnent leur comportement de soumissionnaire que pour un appel d'offres déterminé. Par exemple, les accords globaux peuvent prendre la forme de cartels de rotation, de cartels de quotas ou d'accord de répartition territoriale. La distinction entre accord global et accord spécifique n'est pas sans effet sur l'administration des preuves et la sanction. S'agissant d'un accord global, la COMCO ne doit pas nécessairement prouver quels appels d'offres concrets l'accord a faussés. En outre, l'ensemble du chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné est déterminant pour fixer la sanction, même si la concurrence n'a pas été supprimée ou restreinte pour tous les appels d'offres. La COMCO a par exemple dû évaluer des accords globaux dans les cas suivants : cartels de l'asphaltage des routes au Tessin, nettoyage de tunnel, travaux de construction dans la région de See-Gaster, bâtiment et génie civil dans le val Mustair ainsi que bâtiment et génie civil Engadine I.
- Jusqu'ici, les procédures de la COMCO ont concerné des accords de soumission et non pas des **communautés de travail (CT)**. La COMCO ne s'intéresse pas aux CT parce qu'elles ne constituent fondamentalement pas des accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4, al. 1, LCart. Typiquement, elles stimulent la concurrence en permettant à des entreprises (en particulier des PME) de soumettre une offre pour un projet déterminé et d'exécuter celui-ci. La COMCO a dirigé ses procédures contre des CT lorsqu'elles servaient à déguiser des accords de soumission. Dans le cas des entreprises d'installations électriques de la région de Berne, par exemple, les entreprises constituaient des CT pour certaines soumissions spécifiques sans en faire état aux maîtres d'ouvrage. Parallèlement, les partenaires de la CT soumettaient des offres séparées pour créer l'apparence de la concurrence et tromper les maîtres d'ouvrage.

Dans de tels cas, les partenaires ne constituaient pas des CT au sens propre, ils formaient des cartels de soumission qu'ils déguisaient en CT et désignaient comme telles.

5.5 Conclusion

La protection de la concurrence sur les marchés publics représente une priorité dans les activités de la COMCO et de son Secrétariat. La concurrence contribue à l'allocation efficace des ressources et à l'optimisation de la prospérité économique. Par contre, les accords de soumission portent préjudice aux acquéreurs privés et publics. Ces dix dernières années, en poursuivant systématiquement les cartels de soumission, en échangeant avec les organes d'achat, en présentant des exposés et en développant un instrument de détection statistique (« screening »), les autorités de la concurrence ont contribué de manière déterminante à combattre les accords de soumission.