
À l'attention du Conseil fédéral

Rapport annuel 2020
de la Commission fédérale de la concurrence (COMCO)
(selon l'art. 49 al. 2 de la loi sur les cartels)

Table des matières

1	Préface du président	4
2	Décisions les plus importantes en 2020	5
2.1	Décisions de la COMCO	5
2.2	Jugements des tribunaux	6
3	Activités dans les différents secteurs	9
3.1	Construction	9
3.1.1	Accords de soumission	9
3.1.2	Matériaux de construction et décharges.....	10
3.1.3	Environnement et gestion des déchets	10
3.1.4	Sensibilisation aux accords de soumission	11
3.2	Services	11
3.2.1	Services financiers.....	11
3.2.2	Santé	12
3.2.3	Services des professions libérales et autres domaines professionnels	12
3.3	Infrastructures	13
3.3.1	Télécommunications	13
3.3.2	Médias	14
3.3.3	Énergie	14
3.3.4	Transports	15
3.3.5	Aides d'État	15
3.4	Produits.....	16
3.4.1	Accords verticaux	16
3.4.2	Industrie des biens de consommation et commerce de détail	16
3.4.3	Industrie horlogère.....	17
3.4.4	Secteur automobile.....	17
3.4.5	Agriculture	17
3.5	Marché intérieur	18
3.6	Investigations	19
3.7	Relations internationales	20
3.8	Législation.....	21
4	Organisation et statistique	22
4.1	COMCO, Secrétariat et statistique.....	22
4.2	Statistique	22
5	Thème spécial : la loi sur les cartels a 25 ans	25
5.1	La modernisation du droit suisse des cartels	25
5.1.1	La Suisse cartellaire et les conséquences du non à l'EEE	25
5.1.2	Révision de 1995.....	26
5.1.3	Peaufinage de la révision en 2003.....	26
5.2	Objectifs de la loi sur les cartels et de sa mise en œuvre	26
5.2.1	Objectifs de la loi sur les cartels et orientation de l'activité des autorités.....	26

5.2.2	Importations parallèles : ouverture aux marchés étrangers.....	28
5.2.3	Ouverture des marchés publics et accords de soumission.....	29
5.2.4	Ouverture des marchés d'infrastructures accompagnée par les autorités de la concurrence.....	30
5.2.5	Maintenir l'ouverture des marchés numériques.....	30
5.2.6	Défis en matière de droit procédural	31
5.3	Chantiers de la loi actuelle sur les cartels.....	32
5.3.1	Généralités	32
5.3.2	Contrôle des concentrations	33
5.3.3	Volet civil du droit des cartels.....	33
5.3.4	Révision 2021	34
5.4	Conclusion et perspectives.....	34

1 Préface du président

L'année 2020 a été marquée par la propagation du SARS-CoV-2 et par les bouleversements qu'il a engendrés dans la société, la politique et l'économie. Même si des mesures ont été prises rapidement et que l'économie de marché a démontré sa capacité à s'adapter rapidement, nous avons assisté, au premier semestre, à un effondrement sans précédent du produit intérieur brut. La crise a impacté certaines branches plus que d'autres, ce qui a notamment eu une incidence sur la concurrence : le besoin de coopération a été invoqué plus fréquemment. La COMCO a précisé publiquement que le droit des cartels s'appliquait aussi dans la situation de COVID-19. Simultanément, la COMCO a signalé qu'elle était prête, en conformité avec le droit des cartels, à accompagner l'aménagement des mesures visant à lutter contre la situation de COVID. Par exemple, les marges de manœuvre dont les entreprises disposent pour coopérer sont importantes en vue de développer des thérapies et des vaccins en commun ou pour venir à bout des difficultés d'approvisionnement.

Après que la « situation extraordinaire » eut été déclarée le 16 mars 2020, la COMCO a dû, comme les autres autorités, les entreprises et les organisations, changer ses méthodes du jour au lendemain. Les difficultés techniques ont été rapidement surmontées parce que l'Autorité avait déjà complètement numérisé son mode de fonctionnement, de sorte que les entreprises et les administrations ont pu contacter les collaborateurs en tout temps. S'agissant du respect des délais, une grande flexibilité a permis d'éviter des modifications de la loi. Les collaborateurs se sont engagés spécialement, par exemple lorsqu'il s'est agi de contrôler rapidement les aides apportées dans le domaine de l'aviation, de manière à ce que les acteurs soient rapidement au clair.

Malgré ces défis, la COMCO a fait progresser ses procédures. Outre le contrôle mentionné des aides étatiques allouées, la COMCO s'est en particulier consacrée à deux enquêtes. Dans le marché de l'horlogerie, elle a décidé que les obligations et restrictions de livraison imposées à Swatch pendant des années étaient échues, tout en maintenant la qualification juridique selon laquelle la filiale de Swatch, ETA, occupe une position dominante sur le marché des mouvements mécaniques. Par ailleurs, elle a rendu une décision de grande portée concernant le marché du gaz naturel en obligeant les propriétaires de réseaux en Suisse centrale de permettre le transit du gaz naturel. Depuis lors, les clients finaux peuvent librement choisir leur fournisseur de gaz naturel. Cette décision, importante pour l'ensemble du pays, conduit à la libéralisation complète du marché du gaz.

L'heure n'est certainement pas aux célébrations. Pourtant, un jubilé particulier s'approche : en 2021, la loi sur les cartels et la loi sur le marché intérieur, à l'instar de la COMCO elle-même, auront vingt-cinq ans. Le mandat de la COMCO demeure inchangé : protéger la concurrence. Le présent rapport annuel donne une idée du large éventail couvert par cette tâche.

Andreas Heinemann
Président de la COMCO

2 Décisions les plus importantes en 2020

2.1 Décisions de la COMCO

En date du 14 décembre 2020, la COMCO a pris des mesures provisionnelles à l'encontre de Swisscom et lui a interdit, avec effet immédiat, de développer son réseau de fibre optique de telle manière à ce que les tiers ne puissent pas accéder au niveau du Layer 1 à partir de ses centrales de raccordement. Simultanément, la COMCO a ouvert l'enquête sur la **stratégie de Swisscom concernant la construction du réseau**.

La COMCO lutte systématiquement contre les accords dans le domaine des marchés publics. En 2020, elle a enquêté pour la première fois sur un accord de soumission dans le domaine informatique. La Banque nationale suisse (BNS) est concernée par cet accord. En effet, elle exploite son propre réseau de données pour assurer sa communication de données (**réseau optique**). À cet effet, elle achète des composantes de réseau auprès d'entreprises informatiques. Lors d'une acquisition, les soumissionnaires et le fabricant de ces composantes ont coordonné les prix de l'offre. Toutes les entreprises ont coopéré au cours de la procédure, ce qui a permis de trouver une solution à l'amiable en moins de dix mois, ce qui a permis de réduire fortement l'amende à CHF 55'000.- au total. La décision du 16 novembre 2020 est exécutoire.

À la fin de 2016 et au milieu de 2019, la COMCO a rendu, dans le domaine financier, une série de décisions partielles, tout en infligeant des sanctions. En octobre 2020, la Chambre pour les décisions partielles de la COMCO a approuvé plusieurs accords amiables supplémentaires. D'une part avec NEX (anciennement la maison de courtage ICAP plc), dans le cadre de l'enquête sur les **produits dérivés sur taux d'intérêts en yen basés sur le Yen LIBOR** : bien que le comportement de NEX ne soit pas admissible en droit des cartels, il n'est cependant pas sanctionnable. Par ailleurs, la Chambre pour les décisions partielles a classé l'enquête contre NEX concernant les produits dérivés sur taux d'intérêt en euroyen basés sur l'Euroyen TIBOR. D'autre part, elle a approuvé l'accord amiable passé avec Crédit Agricole et HSBC France dans le cadre de l'enquête concernant les **produits dérivés sur taux d'intérêt en euro basés sur l'EURIBOR**, tout en imposant à Crédit Agricole une sanction d'environ 4,5 millions de CHF et à HSBC France, une sanction de presque 2 millions de CHF. Ces décisions sont entrées en force.

UPC a acquis pour la période de 2017 à 2022 les droits de retransmission exclusive des matchs du **championnat suisse de hockey sur glace**. De ce fait, elle détient une position dominante sur le marché pour la diffusion directe des matchs de hockey sur glace en télévision payante. UPC a abusé de cette position dominante en refusant à Swisscom toute offre de diffusion de hockey en direct jusqu'à l'été 2020. Par son comportement, UPC a illicitement entravé la concurrence efficace. Le 7 septembre 2020, en raison de ce comportement, la COMCO a infligé à UPC une amende de quelque 30 millions de CHF. UPC a attaqué cette décision devant le Tribunal administratif fédéral (TAF). Pour rappel, en mai 2016, la COMCO avait sanctionné Swisscom pour un comportement similaire concernant la transmission en direct du football et du hockey sur glace.

Par sa décision du 13 juillet 2020, la COMCO n'a imposé ni de nouvelle obligation de livraison ni de limitation des livraisons de **mouvements mécaniques fabriqués en Suisse à ETA**, une filiale du groupe Swatch. Cette décision est la suite d'anciennes décisions. À la fin de 2013, la COMCO avait approuvé un règlement amiable avec le groupe Swatch. Ce règlement prévoyait que sa filiale ETA devait livrer certaines quantités de mouvements mécaniques à sa clientèle de l'époque jusqu'à la fin de 2019. Cet accord devait inciter à la création d'une nouvelle forme de concurrence de sorte que la clientèle puisse prospecter différentes possibilités d'achat. Au terme de ce délai, l'obligation de livrer devait disparaître. Comme des indices indiquaient que le marché des mouvements mécaniques fabriqués en Suisse n'évoluait pas comme prévu, la

COMCO a ouvert, en novembre 2018, une procédure de réexamen. Les nombreuses clarifications de la COMCO ont montré que le marché réagissait aux incitations instaurées en 2013 et que les conditions de concurrence se réalisaient en grande partie comme prévu. Par exemple, les clients d'ETA diversifiaient leurs sources d'approvisionnement. Après avoir largement analysé la situation, la COMCO a conclu qu'il n'y avait plus lieu d'imposer des obligations à ETA. Par contre, elle a constaté que la filiale du groupe Swatch disposait toujours d'une position dominante sur le marché des mouvements de montre mécaniques fabriqués en Suisse. À ce titre, cette entreprise continue à être soumise à la surveillance des abus. Comme il n'y a pas eu de recours, la décision de la COMCO est entrée en force.

Par décision du 25 mai 2020, la COMCO a ouvert le **marché du gaz** en Suisse centrale. L'objet de l'enquête consistait à savoir si le refus d'énergie wasser luzern (ewl) et d'Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ) de donner accès au réseau aux tiers qui veulent fournir la clientèle finale par leurs réseaux de conduites constituait un refus illicite d'établir des relations commerciales. L'examen de la COMCO a permis de conclure qu'ewl et EGZ avaient abusé de leur position dominante sur le marché du transport et de la distribution de gaz naturel par les réseaux de conduites : en effet, ces deux entreprises avaient refusé d'accéder à la demande d'un fournisseur tiers d'acheminer du gaz pour fournir de la chaleur à des clients en ville de Lucerne. Par le passé, ewl et EGZ n'assuraient le changement de fournisseur que pour les grands clients de gaz de processus qui, raccordés à leurs réseaux, remplissaient les conditions de la convention d'association donnant accès au réseau. Par ce refus illicite d'établir des relations commerciales, ewl et EGZ ont pu réaliser l'ensemble de leur chiffre d'affaires provenant de la vente de gaz naturel à leurs clients finaux, de facto captifs, sans pression concurrentielle. En soustrayant à la concurrence la fourniture de la majeure partie des clients finaux de leur zone de desserte, ewl et EGZ se donnaient la possibilité de réaliser des rentes de monopole. Durant la procédure d'enquête, ewl et EGZ ont coopéré avec la COMCO : elles se sont engagées par un accord amiable de permettre à l'avenir le changement de fournisseur à tous les clients finaux raccordés à leurs réseaux. Dans le calcul de la sanction, la COMCO a tenu compte du fait qu'ewl et EGZ avaient ouvert leur zone de desserte de leur propre initiative. L'amende réduite a été fixée à environ 2,6 millions de CHF. Cette décision de la COMCO visant à ouvrir le marché du gaz est un signal comparable à celui de sa décision de 2001 à l'encontre des Entreprises Électriques Fribourgeoises (actuellement Groupe E), qui a ouvert le marché de l'électricité en Suisse à l'appui de la loi sur les cartels.

Le 23 mars 2020, la COMCO a approuvé la participation de Planzer et Camion-Transport dans **CFF Cargo** après avoir procédé à un examen détaillé de cette concentration. Planzer et Camion-Transport ont acquis une participation de 35 % dans CFF Cargo par l'intermédiaire de leur filiale commune Swiss Combi. Galliker et Bertschi en détiennent aussi 10 % chacune. Par cette concentration, Planzer et Camion-Transport entendent apporter leur expertise logistique à CFF Cargo afin d'optimiser les produits existants et d'en développer de nouveaux. Les CFF et ces entreprises de logistique entendent ainsi améliorer la rentabilité et la compétitivité de CFF Cargo. Si la concentration envisagée mène à une position dominante en matière de services de transbordement dans le transport combiné dans la région de Gossau/Saint-Gall, elle ne confère toutefois pas aux entreprises concernées la possibilité de supprimer la concurrence efficace. En conséquence, la COMCO a accepté cette concentration.

2.2 Jugements des tribunaux

En juillet 2019, la Chambre pour les décisions partielles de la COMCO a infligé des sanctions totalisant 30 millions de CHF à huit **entreprises de leasing automobile**. FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat) a déposé à l'encontre de cette décision de la Chambre pour les décisions partielles aussi bien une plainte qu'un recours auprès du TAF. Elle a demandé dans sa plainte que la décision partielle, de quelque 45 pages, soit abrégée à un maximum de 5 pages. Dans sa décision du 13 octobre 2020, le TAF n'est pas entré en matière sur ce point. Il doit

maintenant se prononcer sur le recours qui reproche à la décision de ne pas être assez motivée.

Le groupe Tamedia avait formé recours auprès du TAF à l'encontre des frais de 5000 CHF mis à sa charge à la fin de la procédure d'examen préliminaire de la COMCO concernant la **concentration Tamedia** (aujourd'hui TXGroup) / **Adextra**. Il demandait à être exonéré des coûts de la procédure en invoquant que la COMCO aurait interprété l'obligation de notifier de manière trop extensive en se fondant sur l'art. 9 al. 4 LCart et que ladite concentration ne serait pas soumise à une notification obligatoire. Dans son décision du 6 octobre 2020, le TAF a rejeté le recours et confirmé l'interprétation de la COMCO : les effets réels entre les marchés visés n'ont pas à être éclaircis au titre de l'obligation de notifier prévue à l'art. 9 al. 4 LCart, mais lors de la procédure d'examen matériel visée aux art. 32 s. LCart. Le groupe Tamedia a déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal fédéral (TF).

En 2011, la COMCO avait enquêté contre des accords de soumission concernant des **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie**. Quatorze entreprises de construction actives en Argovie avaient été sanctionnées à hauteur de quelque 4 millions de CHF pour avoir passé des accords de soumission illicites sur les prix et la répartition de marchés entre 2006 et 2009. Les soumissions arrangées concernaient une centaine de projets de construction publics et privés. Quatre entreprises ont attaqué la décision de la COMCO. La procédure est restée pendante pendant près de six ans et demi devant le TAF. Le 25 mai 2018, celui-ci a confirmé, en grande partie, la décision de la COMCO à l'encontre des entreprises de construction argoviennes. Ce faisant, le Tribunal a clarifié d'importantes questions de principe, par exemple : les exigences juridiques minimales posées à l'administration et à l'appréciation des preuves, la gestion des informations obtenues par auto-dénonciations ainsi que la punissabilité des infractions (pour certaines sans qu'un chiffre d'affaires ait été réalisé) à la législation sur les cartels. L'une des entreprises de construction a porté le jugement du TAF devant le TF. Ce dernier a jugé le recours infondé et l'a rejeté dans son arrêt du 3 août 2020, confirmant ainsi la décision rendue par le TAF.

Musik Hug avait interjeté recours auprès du TAF contre la sanction infligée par la COMCO dans sa décision du 14 décembre 2015 concernant la **vente de pianos**. Selon la recourante, cette sanction était disproportionnée et financièrement insoutenable. Tenant compte de la situation financière de Musik Hug, la COMCO avait déjà réduit la sanction, de CHF 1,3 million à l'origine, à CHF 445'000.-. Dans son arrêt du 2 avril 2020, le TAF a jugé que l'amende infligée par la COMCO était proportionnée, que l'estimation de la viabilité économique de la peine était fondée et que la réduction de la sanction n'était pas critiquable. Le TAF a donc rejeté le recours de Musik Hug. La décision est entrée en force.

Le 17 septembre 2018, la COMCO n'a accordé qu'un droit de regard partiel au canton des Grisons dans le dossier relatif à sa décision du 10 juillet 2017 sur des accords de soumission passés par des entreprises du bâtiment et du génie civil dans le **val Müstair**. Elle n'a notamment pas permis de consulter les données transmises dans le cadre du programme de clémence (autodénonciation). Le 24 octobre 2019, le TAF a rejeté le recours formé contre cette décision par le canton des Grisons. Ce dernier, qui avait interjeté recours devant le TF en date du 29 novembre 2019, a retiré son recours le 20 mars 2020, de sorte que le TF a classé la procédure.

Le 12 février 2020, le TF a confirmé que la **société anonyme Hallenstadion** avait contrevenu à la loi sur les cartels et que l'accord relatif à la billetterie qu'elle avait passé avec **Ticketcorner SA** était anticoncurrentielle. Cette affaire remonte à 2009, date à laquelle Hallenstadion et Ticketcorner avaient conclu un contrat de coopération qui octroyait à Ticketcorner le droit de distribuer au moins 50 % de l'ensemble des billets des manifestations organisées au Hallenstadion. En 2011, la COMCO avait classé une enquête ouverte dans ce contexte. Mais le TAF avait accepté en 2016 le recours formé par Starticket AG et par ticketportal AG à l'encontre de la décision de la COMCO. Le TAF est parvenu à la conclusion que la clause de coopération

relative à la billetterie constituait un accord anticoncurrentiel et que son application par Hallenstadion représentait un abus de position dominante sur le marché. Le TF a partiellement approuvé les recours interjetés par Hallenstadion et Ticketcorner à l'encontre de la décision du TAF. S'agissant de Hallenstadion, le TF a confirmé le jugement du TAF : Hallenstadion occupait globalement sur le marché une position dominante dont elle a abusé en appliquant aux organisateurs de manifestations la clause relative à la billetterie (transactions couplées). L'accord entre Hallenstadion et Ticketcorner constituait une violation du droit des cartels tant sur le marché des lieux de concerts de musique rock et pop (grands événements) que sur celui de sa billetterie. En revanche, comme le TF n'a pas pu évaluer sur la base des faits si Ticketcorner occupait une position dominante sur le marché et, le cas échéant, si elle en avait abusé, le TF a renvoyé l'affaire à la COMCO pour qu'elle fixe le montant des sanctions et des mesures nécessaires. La COMCO doit donc reprendre l'affaire et calculer le montant de la sanction à l'encontre du Hallenstadion et clarifier si Ticketcorner s'était rendue coupable d'un abus de position dominante sur lesdits marchés.

Le 16 décembre 2019, la COMCO a pris des mesures provisionnelles dans le cadre de la procédure de réexamen de l'arrêt des livraisons du Groupe Swatch, fondée sur l'enquête « **Swatch Group Lieferstopp** » (cf. rapport annuel 2019). Le Groupe Swatch avait fait recours. Dans une décision incidente du 13 mai 2020, le TAF s'est prononcé sur la question de savoir s'il fallait abandonner les mesures provisionnelles de la COMCO qui prévoyaient à l'encontre du groupe Swatch respectivement de sa filiale ETA des restrictions immédiates mais provisoires de livraison aux clients tiers. Le TAF a tranché par la négative, adoptant ainsi le point de vue de la COMCO. Il a justifié sa décision en invoquant notamment l'urgence, la nécessité objective et un intérêt public prépondérant à attendre les résultats de l'enquête engagée en novembre 2018 avant de laisser échoir les obligations et restrictions résultant de l'accord amiable de 2013. Suite à la décision de la COMCO du 13 juillet 2020 de ne pas imposer d'obligations supplémentaires au groupe Swatch (cf. point 2.1), celui-ci a retiré son recours contre les mesures provisionnelles. Celles-ci sont donc entrées en force.

Les tribunaux ont rendu d'autres jugements confirmant la pratique de la COMCO relative à la publication de ses décisions:

- Le TAF s'est prononcé sur les décisions du 12 novembre 2018 dans lesquelles la COMCO ordonnait une nouvelle fois (après le rejet par le TAF) la publication de la décision de sanction du 2 décembre 2013 sur le **fret aérien**. Huit des dix parties qui avaient demandé une décision de publication ont formé recours contre la décision de publication. Le TAF a alors rejeté sans réserve ces huit recours par ses jugements du 1^{er} septembre 2020. Les parties à la procédure ont fait appel devant le TF contre quatre de ces décisions.
- Le 21 septembre 2020, le TAF a statué sur le recours de Goldbach Media (Switzerland) AG contre la décision de la COMCO du 8 avril 2019 de publier sa prise de position concernant le projet de concentration « **Goldbach/Tamedia** ». Le TAF a confirmé presque intégralement les arguments de la COMCO. Goldbach a fait recours auprès du TF contre la décision du TAF.
- Le TF a décidé, dans son arrêt du 17 juillet 2020, de ne pas entrer en matière sur le recours déposé par l'entreprise concernée s'agissant de la **publication du rapport final d'une enquête préalable**. Selon les considérants, le jugement du TAF attaqué ne constitue pas une décision finale mais seulement une décision incidente au sens d'une décision de renvoi. Or, un recours ne peut être formé qu'exceptionnellement contre les décisions de renvoi, ce qui ne se justifie pas en l'occurrence. Suite à l'arrêt du TF, la décision de rejet rendue par le TAF en date du 30 janvier 2019 est entrée en force. À l'appui de cet arrêt de rejet, le Secrétariat a décidé une nouvelle fois dans l'intervalle, désormais de manière exécutoire, de publier le rapport final.

- Le 27 février 2020, le TAF a rendu une décision concernant la publication d'une décision incidente de la COMCO relative à la participation de Sunrise en qualité de tiers dans l'enquête **hockey sur glace via Pay-TV**. UPC avait attaqué la décision de publication de cette décision incidente auprès du TAF. Le TAF a rejeté sans réserve le recours interjeté par UPC contre la décision de publication du 23 septembre 2019 et il a confirmé la jurisprudence actuelle. Le jugement est exécutoire.
- Par son arrêt du 11 février 2020, le TF a précisé sa jurisprudence comme suit : une société qui n'existait pas encore au moment où la loi sur les cartels a été violée, mais qui a été contrainte de s'acquitter de la sanction infligée à l'une des entreprises partie au cartel au motif de la continuité d'entreprise, ne peut se prévaloir d'un droit à l'anonymisation et doit accepter d'être nommément citée dans la version publiée. Dès lors, la décision de sanction rendue par la COMCO le 8 juillet 2016 en l'affaire des **prestations de construction dans le district de See-Gaster** a pu être publiée.

3 Activités dans les différents secteurs

3.1 Construction

3.1.1 Accords de soumission

Des indices d'accords de soumission entre plusieurs entreprises ont conduit la COMCO à ouvrir une nouvelle enquête le 14 janvier 2020 et à effectuer des perquisitions. Les accords concernaient du matériel et des logiciels dans le domaine des **réseaux optiques** utilisés auprès des grands clients pour transmettre les données par fibre optique. La COMCO a clôturé cette enquête le 16 novembre 2020 par un règlement amiable et des sanctions (cf. point 2.1).

Durant l'été 2019, la COMCO a achevé les deux dernières enquêtes sur les dix qu'elle a menées au total dans le **canton des Grisons**, soit « **Engadin II** » et « **Strassenbau** » (prestations de construction aux Grisons). Sept des douze parties ont formé recours auprès du TAF (dont un recours concernait « Engadin II »). Parmi les autres procédures, « Engadin I » et cinq décisions mineures ont été attaquées devant le TAF par certaines des parties. Les échanges d'écritures devant le TAF sont en principe terminés. Les premières décisions du TAF devraient tomber en 2021.

En juin 2020, le Secrétariat a ouvert une enquête supplémentaire dans le canton des Grisons en raison d'indices d'accords de soumission entre plusieurs entreprises dans la région de **Moesa**. La COMCO avait reçu des indications du canton des Grisons. Les accords supposés concernent des soumissions de maîtres d'ouvrage publics et privés dans les domaines du bâtiment et du génie civil. La procédure, qui en est au stade de l'enquête, a été engagée à l'encontre des trois plus grandes entreprises de construction de la région.

Dans le contexte de l'enquête « Strassenbau », le soupçon que les entreprises de construction routière coopéraient dans le cadre de **communautés de travail durables** (« **Dauer-Arbeitsgemeinschaften** ») en vue de se répartir entre elles les projets de travaux routiers sur le long terme et pour fixer ensemble le montant des offres qu'elles soumettraient s'est confirmé. Par le passé, la COMCO avait souligné à plusieurs reprises que, normalement, ces communautés de travail ne soulevaient pas d'objection en droit des cartels et qu'elles stimulaient la concurrence. Dans l'enquête préalable terminée en 2020, le Secrétariat s'est intéressé à deux constellations plus particulières de communautés de travail durables, à savoir celles des entreprises qui, dans le cadre de projets d'achat, soumettent dans une large mesure et de manière répétée des offres en commun. En principe, les communautés de travail durables ne visent, ni ne génèrent, de restriction à la concurrence et, de ce fait, elles ne constituent pas des accords au sens de la loi sur les cartels dans la mesure où la soumission des offres est décidée de cas en cas. Les raisons qui justifient les communautés de travail durables et celles

décidées en fonction du projet sont multiples, par exemple : incapacité des partenaires de la communauté de travail de soumettre une offre à eux seuls, réflexions concernant les capacités ou les risques, raisons économiquement opportunes et commerciales, supériorité évidente de l'offre conjointe des partenaires de la communauté de travail à leurs offres individuelles. Les communautés de travail durables peuvent s'avérer problématiques si, malgré une offre commune, un nombre disproportionné de projets sont exécutés individuellement ou si la décision de soumettre une offre commune ne survient pas au cas par cas mais qu'elle est liée par exemple à des types de projet ou à des régions déterminées indépendamment du projet visé.

Les recours à l'encontre de la décision de la COMCO de juillet 2016, visant huit entreprises de construction routière et de génie civil qui, dans les districts de **See-Gaster (SG), de March et de Höfe (SZ)**, se sont illicitement entendus sur les prix et ont déterminé qui recevrait l'adjudication dans le cadre de plusieurs centaines d'appels d'offres entre 2002 et 2009, sont encore pendants devant le TAF. Une part des entreprises a en outre considéré que la décision de la COMCO ne devrait pas être publiée. Le TF a rejeté le recours encore pendant (cf. point 2.2).

Par son arrêt du 3 août 2020, le TF a traité le dernier recours contre la décision de la COMCO du 16 décembre 2011 concernant des **travaux routiers et de génie civil dans le canton d'Argovie** (cf. point 2.2). La question reste pendante devant le TF de savoir dans quelle mesure les requérants peuvent, avant l'entrée en vigueur d'une décision de sanction, consulter la décision non caviardée de la COMCO et les dossiers correspondants en vue de faire valoir leurs droits en dommages-intérêts. La COMCO a suspendu le traitement d'une série d'autres demandes de consultation de dossiers dans l'attente de cette décision du TF.

3.1.2 Matériaux de construction et décharges

En janvier 2015, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de plusieurs entreprises de la branche des matériaux de construction et des décharges pour matériaux inertes dans la région de Berne. Après que l'enquête eut été divisée en deux procédures pour des raisons d'économie de procédure (« KTB-Werke » et « KAGA »), la plus petite procédure, **KTB-Werke**, a été clôturée le 10 décembre 2018 par une décision de sanction rendue par la COMCO. Cette décision est pendante devant le TAF et l'échange d'écritures est avancé. La plus grande des deux enquêtes, « **KAGA** », est en passe d'être achevée. La proposition du Secrétariat sera soumise à prise de position des parties en été 2021.

Le 5 mars 2019, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de **deux centrales d'enrobage** dans le canton de Berne et des actionnaires de l'une de ces centrales. Des indices portent à penser que ces deux centrales d'enrobage ont coordonné leur comportement sur le marché. L'enquête porte en outre sur une entente présumée entre les actionnaires de l'une des deux centrales, qui se seraient entendus pour ne pas concurrencer la centrale d'enrobage exploitée en commun. On a de plus relevé des indices selon lesquels l'une des centrales d'enrobage disposerait d'une position dominante sur le marché et qu'elle en aurait abusé. Cette enquête trouve également son origine dans l'enquête ouverte en 2015 (**KAGA**). Les investigations se sont achevées en 2020. Les parties à la procédure devraient recevoir la proposition du Secrétariat à la COMCO d'ici à l'été 2021 de manière à pouvoir prendre position. La décision de la COMCO est attendue pour le deuxième semestre de 2021.

3.1.3 Environnement et gestion des déchets

Les usines d'incinération des ordures ménagères (UJOM) suisses ont l'intention de construire et d'exploiter une **installation commune de traitement des boues d'hydroxyde**, un résidu issu de l'incinération des déchets et riche en métaux. SwissZinc SA, qui a été créée pour planifier cette installation (dite installation SwissZinc), a demandé une appréciation juridique du projet à la COMCO et elle a déposé une annonce dans la procédure d'opposition. L'enquête préalable ouverte le 29 octobre 2019 par le Secrétariat a révélé que SwissZinc SA détiendrait

avec ce projet une position dominante sur le marché dont l'entreprise pourrait potentiellement abuser. Les comportements suivants seraient entre autres potentiellement illicites : facturer des prix différents pour des prestations identiques ; imposer aux entreprises engagées dans le capital de SwissZinc SA une obligation de livraisons exclusives et une interdiction de concurrence pendant 15 ans ; créer une compensation des coûts de transport pour les actionnaires et donateurs impliqués et fixer le montant des coûts de transport ; habiliter le Conseil d'administration à fixer le montant des tarifs de prise en charge (« gate fee »). SwissZinc SA s'est déclarée prête à mettre en œuvre les mesures proposées par le Secrétariat, éliminant ainsi les éléments potentiels de restriction illicite à la concurrence. En conséquence, le Secrétariat a classé l'enquête préalable.

Le service a traité quelque 20 consultations des offices dans le domaine de l'environnement. La majeure partie d'entre elles concernait la poursuite des objectifs climatiques.

3.1.4 Sensibilisation aux accords de soumission

Les accords de soumission peuvent être détectés et empêchés. C'est pourquoi le Secrétariat veille depuis de nombreuses années à sensibiliser les employés des services d'achat. En 2020 ont eu lieu des présentations dans le cadre de la formation organisée par l'Office fédéral des constructions et de la logistique à l'intention des acheteurs de la Confédération, une sensibilisation des représentants communaux de la région de Moesa et des présentations dans le cadre des filières d'études CAS des universités de Berne et de Fribourg.

3.2 Services

3.2.1 Services financiers

Plusieurs décisions partielles ont été prises dans le cadre des enquêtes IBOR, relativement à l'**EURIBOR** et au **Yen LIBOR / Euroyen TIBOR** (cf. point 2.1). Les enquêtes Yen LIBOR / Euroyen TIBOR et EURIBOR, qui visent d'autres parties, se poursuivent.

Dans son rapport annuel 2019, la COMCO a indiqué avoir clôturé par des accords amiables deux enquêtes concernant des accords entre banques sur le **marché des opérations de change (FOREX)**, en particulier sur les chatrooms « Essex express » et « Three way banana split ». L'enquête à l'encontre de Credit Suisse se poursuit en procédure ordinaire.

Dans l'enquête sur le **leasing automobile**, FCA a porté la décision de la Chambre pour les décisions partielles devant le TAF, en déposant une plainte et un recours. Dans sa plainte, FCA a demandé que la décision soit raccourcie. Le TAF n'est pas entré en matière sur ce point (cf. point 2.2). Dans son recours, actuellement pendant devant le TAF, FCA demande l'annulation de la décision et subsidiairement la réduction de la sanction qui lui a été infligée. L'enquête visant Ford Credit Switzerland S.A.R.L. (Ford) se poursuit en procédure ordinaire.

L'enquête **Boycott Apple Pay** s'est poursuivie en 2020. Dans deux jugements rendus le 8 novembre 2019, le TAF a confirmé sa pratique selon laquelle les anciens organes ne peuvent être auditionnés comme témoins que de manière restreinte et ne sont pas tenus de répondre aux questions susceptibles d'incriminer l'entreprise concernée (principe « nemo tenetur »). Dans un autre jugement du 13 mars 2020, le TAF a décidé que les employés actuels d'une entreprise qui n'assument pas une fonction d'organe n'ont pas le droit de refuser de témoigner. Le TF n'est pas entré en matière sur le recours de l'entreprise contre le dernier jugement cité du TAF. En revanche, deux recours sont actuellement pendants devant le TF contre les décisions du TAF qui ont donné aux anciens organes d'une entreprise le droit de refuser de témoigner.

Une procédure d'opposition engagée à l'été 2020, en lien avec un produit virtuel de paiement de voyage entre entreprise (B2B) basé sur une solution de compte commercial d'utilisateur virtuel (solution **VUCA**, pour « virtual user commercial account »), a conduit en novembre 2020

à l'ouverture d'une enquête préalable. L'objet de cette procédure consiste prioritairement à déterminer si les commissions d'interchange perçues lors de paiements par le biais de la solution VUCA entrent dans le champ d'application de l'accord amiable conclu en 2014 par la COMCO avec divers émetteurs et d'acquéreurs dans le domaine des cartes de crédit.

3.2.2 Santé

Les investigations relatives à l'enquête ouverte en septembre 2019 par la COMCO contre plusieurs entreprises (suisse et étrangères) touchant à la production, à la distribution et à la vente du principe actif pharmaceutique **Scopolaminbutylbromide** sont toujours en cours. L'enquête a pour but de vérifier si les indices d'une coordination des prix de vente de ce principe actif au niveau international et une répartition des marchés mondiaux se confirment et, le cas échéant, s'ils violent la loi sur les cartels.

Fin 2020, le Secrétariat a clos sans suite l'enquête préalable relative aux médicaments biologiques (« **biologics** ») dans la mesure où il ne disposait pas, pour l'heure, d'indices d'une violation de l'art. 7 LCart contre l'entreprise pharmaceutique à qui un concurrent reprochait d'abuser de son éventuelle position dominante en entravant, voire en empêchant son entrée sur le marché.

En 2020, la question de la **convention entre assureurs-maladie** (convention de branche) touchant à l'interdiction des appels téléphoniques et aux indemnités des intermédiaires et courtiers pour l'acquisition de nouveaux assurés est redevenue d'actualité. À la demande du Parlement, le Conseil fédéral a, en effet, présenté un projet législatif censé notamment l'habiliter à déclarer obligatoire les solutions de branche relatives à la réglementation des commissions dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire et de l'assurance-maladie complémentaire. La COMCO avait déjà communiqué à tous les acteurs (Parlement, DFI/OFSP, santésuisse, curafutura, intermédiaires et courtiers), ses réserves relevant du droit de la concurrence quant à la convention de branche et à la réglementation prévue de ce domaine. La COMCO attend les résultats du processus législatif.

Les ressources du Secrétariat ont été fortement sollicitées par de nombreuses **demandes provenant des citoyens** et par plus de 150 **procédures de consultation**, la plupart relatives à des interventions parlementaires qui, liées à la pandémie de COVID, concernaient le domaine de la santé.

Par ailleurs, la COMCO a dû évaluer les **concentrations d'entreprises** suivantes dans le domaine de la santé : Medbase/HCH/SDH/Zahnarztzentrum, Medbase/Unilabs/Unilabs St. Gallen, Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer Midco UK 1 Limited. Sur la base de ses examens préalables, la COMCO a autorisé toutes ces concentrations.

3.2.3 Services des professions libérales et autres domaines professionnels

Dans son arrêt du 12 février 2020, le TF a confirmé que le contrat conclu en 2009 entre **Hallenstadion et Ticketcorner**, au terme duquel cette dernière recevait le droit de distribuer 50 % de tous les billets des manifestations organisées dans le Hallenstadion, représentait un accord illicite en matière de concurrence. Le TF a renvoyé l'affaire à la COMCO (cf. point 2.2). L'enquête est en cours.

L'enquête ouverte en 2018 à l'encontre de plusieurs **entreprises électriques genevoises** a été poursuivie. Des négociations en vue de la conclusion d'un accord amiable ont été menées au cours de l'année et une décision devrait être rendue à cet égard dans le courant de l'année 2021. Cette décision ne concernera que les entreprises qui auront décidé de signer un accord amiable.

Enfin, le Secrétariat a mené plusieurs procédures dans le **domaine sportif**. Dans le football, le Secrétariat a été saisi d'une demande de mesures provisionnelles de la part du FC Sion, à

l'encontre de la décision prise par la Swiss Football League (SFL) portant sur la reprise du championnat de Super League suite à l'arrêt du championnat prononcé en raison de la pandémie de coronavirus. Le Secrétariat a conclu que cette décision de la SFL ne contrevenait pas à la LCart. Partant, il n'a pas donné suite à cette demande de mesures provisionnelles.

Le Secrétariat a aussi été confronté à un éventuel accord sur les prix créé par la situation de la COVID-19. C'est pourquoi, en mars, les autorités de la concurrence ont clairement fait savoir qu'elles ne toléreraient pas que la situation soit utilisée pour restreindre la concurrence. Il n'est pas admissible que l'on abuse de la situation économique globale pour constituer des cartels et s'entendre sur les prix, même si les règles du droit des cartels fournissent une marge de manœuvre à une coopération efficace, que ce soit en temps normal ou en temps de crise. La question est de savoir si la coordination entre entreprises est justifiée au regard de la LCart ou si elle restreint la concurrence ? Une coordination sur les prix est illicite. Par contre, l'information mutuelle sur le niveau des stocks en temps de crise est licite car elle peut contribuer à empêcher une pénurie de l'offre de biens critiques. Il en va de même des accords de coopération en matière de recherche et développement visant à accélérer l'élaboration d'un vaccin urgent. Dans la mesure où des incertitudes existaient quant à la conformité à la LCart de certains comportements visant à lutter contre la COVID-19, la COMCO a aidé, comme dans d'autres domaines, à répondre aux questions des entreprises et à développer des solutions concrètes.

Enfin, des procédures ont été menées dans le **domaine du ski**. Elles mettaient en cause certaines relations privilégiées qui existaient entre des propriétaires de remontées mécaniques et des écoles de skis ou des hôtels, sur différents domaines skiables. Dans un cas, une école de ski se plaignait de différences de traitement opérées par une entreprise de remontées mécaniques à l'encontre des écoles de ski, portant notamment sur des mesures de publicité pour leurs activités et la mise à disposition de locaux dans le bâtiment des remontées mécaniques. Dans un autre cas, un hôtel s'est plaint du fait qu'une entreprise de remontées mécaniques favorisait des établissements d'hébergement lui appartenant, en leur permettant de faire des offres promotionnelles portant sur le prix de l'abonnement de ski pour les remontées de cette station. Enfin, une école de ski s'est plainte du fait que l'office du tourisme de sa région favorisait l'école de ski « traditionnelle » du lieu en orientant toute demande d'informations de la part de touristes vers cette dernière. Une intervention du Secrétariat dans ces trois cas a permis de clarifier la situation en rendant les différentes entreprises attentives à leur devoir de neutralité concurrentielle.

3.3 Infrastructures

3.3.1 Télécommunications

Le 24 août 2020, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre de Swisscom (Suisse) SA dans le domaine de la **connexion à large bande de sites d'entreprise (connexion WAN)**. Des indices portent à penser que Swisscom pourrait avoir abusé de sa position sur le marché. On présume que Swisscom a demandé des prix trop élevés à ses concurrents dans le cadre de divers appels d'offres concernant des projets de mise en réseau de sites d'entreprise. Ces concurrents (qui sont également des entreprises de télécommunication) dépendent de l'infrastructure de Swisscom pour de tels projets et ne sont pas en mesure de soumettre une offre concurrentielle à leurs clients si les prix que leur facture Swisscom sont trop élevés. La COMCO avait sanctionné Swisscom en 2015 pour un comportement semblable lors de l'appel d'offres concernant la mise en réseau des sites postaux. Ce cas est pendant devant le TAF.

La COMCO a ouvert une enquête visant la **stratégie de construction du réseau de Swisscom** en date du 14 décembre 2020 (cf. point 2.1). Des éléments semblent indiquer que Swisscom adopte, en sa qualité d'entreprise à position dominante sur le marché, un comportement illicite dans le développement du réseau de fibre optique. En effet, dans les zones où elle est seule à construire, Swisscom développe désormais son réseau de fibre optique selon

une structure en arborescence (architecture de réseau point-à-multipoints, P2MP) et elle invoque cet argument pour ne plus proposer aux tiers l'accès direct à une offre de ligne optique de Layer-1 ALO (« access line optical »). Les tiers doivent donc se rabattre sur l'offre de Layer-3 de Swisscom « BBCS ». La COMCO a en outre prononcé des mesures provisionnelles interdisant à Swisscom, avec effet immédiat, de développer son réseau de fibre optique de manière à empêcher les tiers d'accéder à la couche 1 à partir des centraux de raccordement de Swisscom.

L'enquête préalable ouverte en décembre 2019 dans l'affaire **Swisscom Directories** à l'encontre de Swisscom et de Swisscom Directories SA s'est poursuivie.

La COMCO a évalué deux concentrations dans le domaine des télécommunications. S'agissant de **Liberty Global / Sunrise**, elle a approuvé sans charges ni conditions l'achat de Sunrise par UPC (Liberty Global). La COMCO est parvenue à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu de conclure qu'UPC / Sunrise et Swisscom se coordonneraient à l'avenir, de sorte que la concurrence efficace n'était pas menacée de suppression. Les deux entreprises planifiaient une concentration dès l'année précédente (Sunrise projetant alors de reprendre UPC). La COMCO a examiné ce projet d'acquisition de manière approfondie et l'a approuvé. La fusion a toutefois échoué, la majorité des actionnaires l'ayant rejetée. Pour la fusion actuelle, la COMCO a de nouveau examiné les conditions du marché, qui sont restées largement inchangées. Quant au cas de **Swisscom Directories / OLMERO**, Swisscom Directories avait l'intention de reprendre d'OLMERO SA son domaine Renovero (www.renovero.ch), une plateforme d'artisans. Dans ce cas également, l'examen préalable du projet a débouché sur sa validation par la COMCO.

3.3.2 Médias

La COMCO a infligé à **UPC** une amende d'environ CHF 30 millions. Cette entreprise avait abusé de sa position dominante sur le marché de la **diffusion en direct de matchs de hockey sur glace via Pay-TV** en refusant à Swisscom, jusqu'à l'été 2020, toute offre de diffusion de hockey sur glace en direct. UPC a porté cette décision devant le TAF (cf. point 2.1). En outre, UPC avait attaqué auprès du TAF la publication de la décision incidente concernant la participation de Sunrise en tant que tiers. Par son jugement du 27 février 2020, le TAF a confirmé la jurisprudence actuelle et rejeté sans réserve le recours contre la décision de publication rendue par la COMCO en date du 23 septembre 2019. Le jugement est exécutoire (cf. point 2.2).

Dans le domaine des médias, la COMCO a évalué la **concentration d'entreprises Admeira / Ringier**, par laquelle Ringier SA visait la prise de contrôle complète d'Admeira SA, une entreprise appartenant à Swisscom. L'évaluation réalisée dans le cadre de l'examen préalable n'a pas fait apparaître de problème cartellaires.

Dans l'affaire de la **concentration Tamedia** (aujourd'hui TX Group) / **Adextra**, le TAF a rejeté le recours de TX Group en date du 6 octobre 2020, confirmant ainsi l'interprétation par la COMCO de l'art. 9 al. 4 LCart. Le jugement a été porté devant le TF (cf. point 2.2).

3.3.3 Énergie

Par sa décision du 25 mai 2020, la COMCO a clôturé l'enquête sur l'**accès au réseau gazier** menée à l'encontre de ewl et de EGZ. ewl et EGZ ont coopéré avec la COMCO et se sont engagées pour l'avenir, sur la base d'un accord amiable, à permettre le changement de fournisseur à l'ensemble des clients raccordés à leurs réseaux. L'amende infligée par la COMCO se monte à environ CHF 2,6 millions (cf. point 2.1).

En automne 2020, le Secrétariat a mis un terme à une enquête préalable qu'il avait ouverte en septembre 2019 à l'encontre d'un gestionnaire de réseau d'électricité en raison de l'**utilisation supposée de données provenant du domaine monopolistique aux fins d'autres activités menées sur d'autres marchés**. Les investigations avaient permis de conclure que l'utilisation de données monopolistiques sont, en principe, généralement susceptibles d'induire

des distorsions de la concurrence, notamment lorsque les données (p. ex. les coordonnées et les données qui renseignent sur les particularités, le comportement et les intérêts des clients) sont à la disposition exclusive de l'entreprise qui occupe une position dominante sur le marché et qu'elles peuvent être utilisées pour orienter les clients et influencer leur comportement d'achat. Toutefois, dans le cas d'espèce, aucun indice n'a conduit à penser que le comportement du gestionnaire de réseau électrique était de nature à fausser la concurrence illicitement au sens de la loi sur les cartels.

Dans le domaine de l'électricité, le Secrétariat (dans le cadre de consultations des offices) ou la COMCO (dans le cadre de procédures de consultation et d'auditions) ont été plusieurs fois invités à prendre position. En l'occurrence, la COMCO s'est en particulier engagée contre l'actuel système de subventions. Elle s'est positionnée en faveur d'un système plus proche de la réalité du marché et plus neutre du point de vue de la concurrence et des technologies, qui permettrait d'assurer le développement des énergies renouvelables. Par ailleurs, la COMCO a participé à la consultation relative à la nouvelle **loi sur l'approvisionnement en gaz**. Dans ce cadre, elle a surtout plaidé pour une ouverture complète du marché.

3.3.4 Transports

Dans le domaine du transport des marchandises, la COMCO a soumis le projet de concentration **CFF Cargo** à un examen approfondi. Cet examen a abouti à la validation de la transaction par la COMCO : désormais, CFF Cargo est contrôlé conjointement par les CFF, Planzer et Camion-Transport (cf. point 2.1).

La procédure de recours auprès du TAF dans l'affaire du **fret aérien** est toujours pendante. Plusieurs parties avaient recouru devant le TAF contre la décision du 2 décembre 2013 qui, clôturant l'enquête en matière de fret aérien, sanctionnait onze compagnies aériennes à hauteur de CHF 11 millions en raison d'accords horizontaux sur les prix. En juin 2020, une audition publique des parties a eu lieu. La question de savoir si et dans quelle mesure il est permis de publier la décision du 2 décembre 2013 est également controversée (cf. point 2.2).

3.3.5 Aides d'État

Au cours de l'année 2020, la COMCO a dû examiner, à l'appui de la loi sur l'aviation, deux cas concernant des **aides d'État** supposées **au sens de l'accord sur le transport aérien**. Dans de tels cas, la COMCO vérifie la compatibilité des mesures de soutien prévues avec l'accord sur le transport aérien. Les autorités compétentes pour arrêter la décision doivent tenir compte du résultat de cet examen pour décider de l'octroi de l'aide.

Dans le premier cas, la Confédération avait l'intention de soutenir l'aviation suisse, durement touchée par la pandémie de COVID, sous forme de garanties fédérales de prêts en faveur des **compagnies aériennes Swiss International Air Lines SA** et **Edelweiss Air**. La COMCO est parvenue à la conclusion, dans sa prise de position du 20 mai 2020, que les mesures de soutien annoncées étaient compatibles avec l'accord sur le transport aérien.

Dans le deuxième cas, l'intention de la Confédération était de soutenir les sociétés connexes des compagnies aériennes. Il s'agissait concrètement de **SR Technics Switzerland SA**, une entreprise principalement active dans les services d'entretien, de réparation et de révision destinés aux avions commerciaux, aux solutions de composants et aux solutions techniques pour les moteurs. Dans sa prise de position du 29 juin 2020, la COMCO a conclu que l'aide envisagée ne pouvait pas être qualifiée de compatible avec l'accord sur le transport aérien, essentiellement parce que l'entreprise en question se trouvait déjà en difficulté financière avant le 31 décembre 2019.

Finalement, dans le cadre d'une **demande de conseil**, le Secrétariat a dû évaluer si les mesures de soutien prévues par la Confédération en faveur de **Skyguide SA** étaient aussi soumises à une obligation de notification à la COMCO. Le Secrétariat est parvenu à la conclusion

que si une unité (comme Skyguide en l'occurrence) menait une activité relevant de la puissance publique d'une part et une activité entrepreneuriale d'autre part, seule la mesure de soutien au bénéfice de l'activité entrepreneuriale était obligatoirement soumise à l'examen de la COMCO.

Dans le cadre de la **consultation relative à l'ordonnance COVID-19 cas de rigueur**, la COMCO a constaté que les éventuelles mesures de soutien en faveur des **bureaux de voyage** n'entraient pas dans le domaine d'application de l'accord sur le transport aérien et que, par conséquent, elle n'était pas compétente pour examiner la compatibilité de ces mesures avec ledit accord.

3.4 Produits

3.4.1 Accords verticaux

S'agissant de l'« **îlot de cherté suisse** », le Secrétariat a procédé à plusieurs observations de marché en raison de soupçons d'accords sur les prix, de verrouillage du marché et d'entrave au commerce en ligne. Dans plusieurs cas, des contrats ont été adaptés et des circulaires ont été adressées aux partenaires de distribution afin de clarifier la situation et d'éviter des malentendus.

En août 2020, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre d'un fabricant de **produits du tabac**. Des éléments semblaient indiquer que des interdictions contractuelles d'exporter avaient existé entre le fabricant allemand et certains partenaires de distribution dans divers pays hors de la Suisse. Ces interdictions auraient éventuellement entravé les importations directes et parallèles de produits du tabac en Suisse.

3.4.2 Industrie des biens de consommation et commerce de détail

Dans le domaine du commerce de détail, les autorités de la concurrence se sont principalement intéressées aux marchés d'achat. Le 1^{er} septembre 2020, la COMCO a ouvert une enquête à l'encontre d'un éventuel **cartel d'entreprises commerciales**. L'enquête soupçonne que des grossistes et des détaillants coopèrent avec Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG, une entreprise active dans le trafic des paiements, pour exercer conjointement une pression sur les fournisseurs pour que ceux-ci règlent leurs factures par l'intermédiaire de Markant AG. Ces mesures supposées collectives vont jusqu'à la menace des grossistes et des détaillants de ne plus proposer certains produits de consommation courante dans leurs assortiments. Les conditions auxquelles les fournisseurs rémunèrent Markant pour la facturation, l'encaissement et d'autres prestations auraient été durcies ces dernières années et une partie de ces conditions en aurait été reversée aux revendeurs.

Au cours de l'année, le Secrétariat a reçu de nombreuses dénonciations de fournisseurs qui se plaignaient du fait que Coop coopérerait désormais avec Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG pour **régler le trafic des paiements**. Les plaintes des fournisseurs portaient en particulier sur le montant des conditions d'encaissement et d'autres prestations de Markant. Ces conditions sont calculées sur la base du chiffre d'affaires. Or, pour nombre de ces fournisseurs, Coop est l'un des plus grands et partant des plus importants canaux d'écoulement en Suisse en termes de volumes et de chiffre d'affaires. Le Secrétariat clarifie, dans le cadre d'une observation de marché, si des indices de violation de la loi sur les cartels apparaissent à cet égard.

3.4.3 Industrie horlogère

Par sa décision du 13 juillet 2020, la COMCO a clôturé la procédure de réexamen de l'arrêt des livraisons du Groupe Swatch, **Swatch Group Lieferstopp**, qu'elle avait ouverte en novembre 2018 (cf. point 2.1). Cette décision rend caduques les **mesures provisionnelles** édictées par la COMCO en date du 16 décembre 2019 (cf. point 2.2).

Entre 2014 et 2019, une société d'audit et les autorités de la concurrence ont fréquemment contrôlé le **respect** par le groupe Swatch, respectivement par ETA, de l'**accord amiable** approuvé en 2013 par la COMCO. Ces contrôles n'ont pas révélé de violations dudit accord.

3.4.4 Secteur automobile

Le Secrétariat a vérifié, dans le cadre de diverses observations de marché, le respect des **règles de la Communication automobile**. Lorsque cela s'avérait nécessaire, les entreprises ont adapté leur comportement à ces règles. En tout état de cause, l'intervention du Secrétariat a servi dans tous les cas à rappeler aux entreprises les principes contenus dans la Communication automobile. Dans divers cas, le Secrétariat a précisé que limiter les possibilités d'un membre d'un système de distribution d'acheter des pièces de rechange et d'équipement d'origine ou des pièces de rechanges de qualité équivalente auprès du fabricant ou d'un revendeur de ces marchandises de son choix et limiter ses possibilités d'utiliser de telles pièces pour remettre en état ou entretenir les automobiles est considéré comme une restriction qualitativement grave de la concurrence.

Le Secrétariat a notamment reçu des indications selon lesquelles un **revendeur d'automobiles** allemand aurait fait savoir à un client suisse que les véhicules d'une certaine marque devraient être immatriculés au moins pendant quatre mois à une adresse allemande, sans quoi il ne pourrait pas lui accorder de rabais. Il s'agirait d'une directive du constructeur. Le Secrétariat a investigué sur ces indications dans le cadre d'une observation de marché mais n'a pas trouvé d'indice d'un éventuel accord illicite sur le prix ou la protection territoriale. Outre les observations de marché qu'il a effectuées, le Secrétariat a répondu à une cinquantaine de demandes d'acteurs du marché relatives à la Communication automobile.

Le Secrétariat a reçu une dénonciation d'une association selon laquelle les importateurs automobiles répercutaient les **sanctions liées au CO₂** sur les revendeurs d'une manière illicite au regard du droit des cartels. Le Secrétariat a clarifié les faits dans le cadre d'une observation de marché et n'a trouvé aucun indice de répercussion abusive sur les revendeurs, au sens de la loi sur les cartels, des sanctions liées au CO₂. En effet, les majorations de prix peuvent être répercutées sur les clients finaux, ce qui correspond à l'objectif des sanctions liées au CO₂.

3.4.5 Agriculture

En 2020, la COMCO a participé à deux consultations dans le domaine de l'agriculture. Le Secrétariat a participé à une trentaine de consultations des offices en rapport avec l'agriculture. Plusieurs consultations des offices étaient liées à la **pandémie de COVID-19**. Celle-ci a entraîné en Suisse, d'une part, une baisse de la demande de certaines denrées alimentaires (p. ex. de vins suisses AOC), et d'autre part, une augmentation de la demande d'autres denrées alimentaires et, de ce fait, une demande de relèvement temporaire des contingents tarifaires partiels pour le beurre et les autres matières grasses du lait, pour les œufs de consommation et pour les pommes de terre de table. Le Secrétariat s'est déclaré favorable au relèvement temporaire demandé des contingents tarifaires partiels mentionnés.

Dans le cadre d'une observation de marché, le Secrétariat a contrôlé, dans le domaine de l'**économie de la forêt et du bois**, les comportements des représentants des propriétaires de forêts et de l'industrie du bois. Ces représentants ont échangé sur les prix des fournisseurs et des demandeurs de bois et sur les quantités de bois lors de rencontres organisées à des intervalles de quelques mois. Dans le prolongement de ces rencontres, des recommandations

de prix pour les fournisseurs et les demandeurs de bois ainsi que des recommandations sur l'opportunité de couper ou non du bois, ont été publiées. Le Secrétariat a qualifié ces comportements d'éventuellement problématiques sous l'angle du droit cartellaire et a recommandé aux représentants des propriétaires de forêts et de l'industrie du bois (en se référant à la pratique des autorités de la concurrence relative à la publication des honoraires, des tarifs, des prix et des recommandations correspondantes émises par les associations économiques et les organisations de branche) d'adapter leurs comportements pour les rendre conformes au droit des cartels. Les représentants ont alors mis fin aux comportements éventuellement problématiques selon le droit des cartels.

3.5 Marché intérieur

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) garantit le **libre exercice des activités lucratives** dans toute la Suisse. Celui-ci est assuré par le droit d'accès au marché selon les dispositions relatives au lieu de provenance, la mise au concours publique des concessions et le respect des exigences légales minimales dans le cadre des marchés publics cantonaux et communaux.

La **liberté d'accès au marché** prévue par la LMI comprend le principe du droit de proposer des marchandises et des prestations de travail sur l'ensemble du territoire suisse dès lors que l'exercice de l'activité lucrative visée est autorisé au **lieu de provenance**. Dans divers cantons, plusieurs organisations privées de soins hospitaliers externes (Spitex / Soins à domicile) ont fait part de leurs difficultés à obtenir, sur la base des dispositions de la LMI, les autorisations requises et, partant, l'accès au marché. Quelques cantons exigent aussi de la part des prestataires extra-cantonaux qu'ils apportent les preuves qui seraient nécessaires à une première autorisation, par exemple en requérant de nombreux documents. Suite aux interventions du Secrétariat auprès des autorités cantonales de la santé, celles-ci ont généralement adapté leurs exigences pour se conformer aux dispositions du droit sur le marché intérieur. Dans un cas concernant une sage-femme, la COMCO a déposé un recours contre la demande du canton qu'un extrait de casier judiciaire soit présenté. Le recours a été rejeté au niveau cantonal.

En cas de restrictions à l'accès au marché, la LMI prévoit une **procédure gratuite** simple et rapide. La vérification par les autorités des droits d'accès au marché ne doit donc pas entraîner de coûts. La majorité des autorités respectent ce principe de gratuité. Dans un cas concernant une entreprise de sécurité établie en Suisse romande, par contre, l'autorité cantonale chargée de l'exécution a facturé des émoluments pour la prolongation d'une autorisation, bien que l'entreprise concernée se référait à des autorisations existantes dans d'autres cantons de provenance et qu'elle invoquait la gratuité prévue par la LMI. Dans ce cas également, la COMCO a déposé un recours contre cette mise à charge des frais supposée contraire aux dispositions du droit sur le marché intérieur. L'affaire est pendante devant l'instance cantonale.

Dans le cadre d'une observation de marché, le Secrétariat a analysé, sous l'angle du droit sur le marché intérieur, les réglementations régissant les taxis en Suisse alémanique. À cet effet, il a mené des enquêtes auprès de treize villes et cantons. Le domaine d'activité des **taxis** se caractérise par des réglementations disparates, ce qui peut entraver la fourniture de services intercommunaux ou intercantonaux. L'observation de marché se concentrait d'une part sur la couverture réglementaire des commandes et courses de taxi effectuées par le biais d'applications. D'autre part, il s'agissait de contrôler que l'obligation de prévoir un appel d'offre transparent et non discriminatoire pour attribuer les permis de taxi, introduite en date du 1^{er} septembre 2017 par la jurisprudence du TF, soit respectée. Les premiers résultats ont montré que les dispositions du droit régissant le marché intérieur tendent à être bien respectées. En outre, dans certaines villes de Suisse romande et du Tessin, des contacts sont instaurés entre le domaine des taxis et la police du commerce chargée d'attribuer les permis, afin de conformer la pratique de l'octroi de permis à la législation relative au marché intérieur.

La LMI contient aussi des standards minimaux concernant les **marchés publics** cantonaux et communaux. Ces standards minimaux comprennent notamment une interdiction de discrimination. En outre, l'art. 2 al. 7 LMI prévoit que la transmission de l'exploitation d'un **monopole** cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres. De nombreux cas traités en 2020 présentaient un lien tant avec le droit des marchés publics qu'avec l'art. 2 al. 7 LMI. Cette situation s'explique, d'une part, par la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui soumet notamment au droit des marchés publics les situations apparentées aux concessions (p. ex. dans ses arrêts sur la location publique de vélos). D'autre part, à l'avenir, les concessions considérées d'intérêt public seront soumises au droit des marchés publics révisé. Ces questions de soumission au droit des marchés publics apparaissent aussi dans les **services de sauvetage**. Le TF a jugé le 21 août 2020 que l'attribution du service de sauvetage hélicoptère par le canton du Valais doit se faire à l'issue d'une procédure d'appel d'offres public. Dans ce cas, la COMCO avait soumis une prise de position à la demande du TF, que celui-ci a suivie dans sa décision. En outre, suite à une dénonciation d'un exploitant de garage, le Secrétariat a procédé dans deux cantons, à des observations de marché dans le domaine des **services de remorquage routier**. Pour attribuer les mandats de remorquage, les polices cantonales concernées se référaient aux structures associatives, qui ne garantissent pas l'accès non discriminatoire au marché. L'analyse juridique du Secrétariat a conclu que cette manière de procéder n'est pas conforme à la législation relative au marché intérieur, raison pour laquelle les deux cantons ont décidé d'organiser à l'avenir un appel d'offres public pour les services de remorquage.

Dans le cadre d'une procédure de recours devant le TF, la COMCO a déposé une prise de position concernant les conditions juridiques auxquelles la transmission de l'exploitation d'un **réseau de distribution électrique** doit être subordonnée (DPC 2020/2, p. 861). Une telle transmission pourrait être soumise au droit des marchés publics, couverte par l'art. 2 al. 7 LMI ou réglementée par la législation relative à l'approvisionnement en électricité. Compte tenu de l'issue de la procédure, le TF n'a pas eu à clarifier définitivement ces questions dans son arrêt du 17 août 2020.

Le Secrétariat est en outre représenté en qualité d'observateur au sein de la **Conférence des achats de la Confédération (CA)**. La CA est l'organe stratégique de l'administration fédérale pour l'achat de biens et de services. La CA accompagne et soutient le développement du droit fédéral en matière de marchés publics et l'harmonisation du droit des marchés publics au niveau national. Dans la perspective de l'entrée en vigueur de la révision du droit des marchés publics, d'importants documents de base relatifs aux marchés publics (directives, consignes, recommandations) devaient être révisés. Le Secrétariat s'est activement employé à trouver pour ces documents des formulations propices à la concurrence et conformes à la législation régissant les cartels et le marché intérieur.

3.6 Investigations

Trois perquisitions ont eu lieu en 2020. La première, intervenue en janvier de l'année sous rapport, concernait un accord passé dans la branche informatique (réseaux optiques, cf. point 3.1.1). Cette perquisition a constitué la pierre angulaire d'une procédure d'examen très rapidement expédiée en un an. La deuxième perquisition a eu lieu en juin, après la première vague de COVID, dans le cadre de l'enquête sur d'éventuels accords de soumission concernant le domaine de la construction, dans la région de Moesa (cf. point 3.1.1). En conséquence, cette action a été menée dans de difficiles conditions COVID-19. Pour protéger la santé des personnes concernées, y compris ses collaborateurs, le Secrétariat a élaboré un plan de protection applicable à l'exécution de ses mesures d'investigation. Ce plan de protection comporte notamment le port du masque ou le recours à des vitres en plexiglas lors des auditions. Le Tribunal pénal fédéral (TPF) a confirmé, dans le cadre d'une procédure de levée des scellés, la licéité des perquisitions effectuées dans la région de Moesa. Enfin, la troisième

perquisition a été menée en septembre à l'encontre d'un éventuel cartel d'entreprises commerciales (cf. point 3.4.2), également en observant les mesures de protection contre la COVID-19. L'une des entreprises concernées a fait mettre sous scellés une partie des documents confisqués. Une procédure de levée des scellés est pendante devant le TPF. Quant aux documents non placés sous scellés, l'entreprise a déposé un recours contre la perquisition auprès du TAF.

En mars, s'agissant de la question laissée ouverte de savoir quels collaborateurs et organes anciens et actuels d'une entreprise peuvent se prévaloir du principe « nemo tenetur », le TAF a précisé sa jurisprudence en notant que les collaborateurs actuels peuvent être auditionnés en qualité de témoins. La question du droit particulier des anciens organes de refuser de témoigner en qualité de témoin est actuellement pendante devant le TF (cf. 3.2.1).

Pour terminer, vers la fin de l'année 2020, un nouveau logiciel a été utilisé pour procéder à des prétrages et des analyses de données dans le laboratoire forensique du Secrétariat (Nux Investigate). Les collaborateurs et collaboratrices du Secrétariat ont été informés virtuellement sur les triages de données et les caractéristiques de ce nouveau logiciel. Dix collaborateur-trice-s ont été formés à l'utilisation du nouveau logiciel dans le cadre d'un cours d'une journée.

3.7 Relations internationales

UE : le Secrétariat de la COMCO a régulièrement échangé avec la Direction générale de la concurrence (DG) de la Commission européenne. Lors de concentrations annoncées parallèlement en Suisse et dans l'UE, les échanges ont notamment eu lieu entre les deux autorités de la concurrence dans le cadre de l'examen provisoire des effets en droit de la concurrence. Dans des procédures d'enquête sur des restrictions à la concurrence et pour des observations de marché, le Secrétariat a contacté la DG pour discuter, à un niveau abstrait, de questions relevant du droit de la concurrence, comme le prévoit l'art. 7 al. 2 de l'Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence. Par exemple, le Secrétariat a demandé à la DG comment elle évalue certaines questions relatives au commerce d'automobiles et de denrées alimentaires. Le Secrétariat s'est en outre renseigné auprès de la DG, dans la perspective de la révision de la Communication sur les accords verticaux et de la Communication automobile, sur l'état d'avancement de leurs projets de révision dans ces domaines. De leur côté, en vue du remaniement de leur Communication sur la délimitation du marché, nos collègues de la DG ont soumis au Secrétariat des questions concrètes concernant la pratique de la COMCO.

Allemagne : durant l'année sous rapport, les discussions se sont poursuivies en vue de négociations concernant un accord bilatéral avec l'Allemagne dans le domaine de la concurrence.

OCDE : cette année, les réunions de l'OCDE ont eu lieu virtuellement. Les manifestations virtuelles étaient un avantage pour le Secrétariat, car elles ont permis à plusieurs collaborateurs qualifiés techniquement d'y participer tout en économisant du temps. Les thèmes suivants ont en particulier fait l'objet des discussions lors des manifestations virtuelles de juin et de décembre 2020 : « Le rôle de la politique de la concurrence dans l'encouragement à la reprise économique », « Les marchés publicitaires numériques », « Durabilité et concurrence », « Criminalisation des cartels et des accords de soumission » et « La concurrence dans les marchés publics ». Le Secrétariat a fourni une contribution virtuelle sur ce dernier thème. En ce qui concerne les concentrations d'entreprises, les thèmes suivants ont été discutés : « Jeunes pousses, acquisitions assassines et seuils de contrôle d'une fusion » ainsi que « Effets congloméraux ». Parallèlement, l'OCDE a organisé plusieurs webinaires. Elle a aussi publié un guide visant à soutenir les autorités de la concurrence par temps de COVID-19. Les webinaires auxquels le Secrétariat a participé ont traité par exemple des thèmes suivants : « Coopération légitime de concurrents », « Ententes sur l'offre dans les marchés publics » et « Pratiques abusives, abus tarifaires ».

RIC : en 2020, le Secrétariat a remanié la forme et le contenu de la coopération avec les conseillers non gouvernementaux (NGAs, « non-governmental advisors »), qui sont désormais nommés pour trois ans. Les cinq NGAs nommés en 2020 ont une expérience d'avocats et d'enseignants. Lors d'une rencontre virtuelle, les autorités et les NGAs ont discuté leurs coopérations et stratégies futures. De plus, le groupe de travail responsable au sein des autorités de la concurrence en ce qui concerne le RIC a remanié son organisation et ses objectifs. Les membres de groupe font notamment suivre les informations issues des webinaires du RIC et les aide-mémoires de manière plus ciblée aux divers groupes d'intérêts. Ils ont aussi choisi les offres de formation RIC sur demande (« ICN-training-on-demand ») susceptibles d'être utilisées à l'avenir pour la formation interne des collaborateurs. En raison de la pandémie, la conférence annuelle RIC prévue au printemps à Los Angeles s'est tenue sous forme de conférence virtuelle journalière entre le 14 et le 17 septembre. Tant les représentants des autorités que les NGAs suisses ont pris part à des modules choisis de la manifestation. Les collaborateurs du Secrétariat membres des groupes RIC « Advocacy », « Cartel », « Merger » et « Unilateral Conduct » ont par ailleurs participé à plusieurs conférences téléphoniques traitant de thèmes qui ont finalement abouti ou aboutiront encore à divers aide-mémoires du RIC. Durant l'année sous rapport, une priorité était la réalisation et la publication d'un rapport du « Unilateral Conduct Working Group » intitulé « Dominance/Substantial Market Power In Digital Markets ». À cet effet, le groupe de travail a interrogé les autorités de la concurrence et les NGAs.

CNUCED : la 8^e Conférence d'examen des Nations Unies sur la concurrence et la protection des consommateurs s'est tenue en octobre 2020 tant virtuellement que physiquement à Genève. Dans le cadre de cette conférence d'examen, qui est organisée tous les cinq ans, ont été adoptées les « Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition » à l'élaboration desquelles les autorités de la concurrence et le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) ont contribué. La décision a en outre été prise d'instituer un nouveau groupe de travail sur les cartels transfrontaliers (« cross-border cartels »). Ces efforts visent à approfondir encore les coopérations internationales dans le domaine de la concurrence et à simplifier la coordination entre les autorités de la concurrence. Les autorités de la concurrence ont participé aux manifestations de la CNUCED sur les thèmes actuels « Leaving No One Behind in the Post COVID-19 World », « Combatting Cross-Border Cartels » et « Competitive Neutrality ».

3.8 Législation

L'état actuel des **interventions parlementaires** concernant la loi sur les cartels qui ont été déposées après l'échec de la révision prévue de la LCart en septembre 2014 se présente comme suit :

- 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. L'exigence de la motion doit être remplie en modifiant la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). La consultation y relative a été ouverte en novembre 2020.
- La **motion Fournier** du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence » (16.4094) demande des délais pour les procédures administratives relevant du droit des cartels, des allocations de dépens également dans les procédures administratives de première instance, des sanctions plus clémentes pour les PME et la publication des décisions seulement après leur entrée en vigueur. Après que le Conseil des États a accepté la motion, le Conseil national en a accepté les deux premiers points cités et rejeté les deux derniers. Le DEFR élabore un projet destiné à la consultation.

- La **motion Pfister** du 27 septembre 2018 « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile » (18.3898) exige que le Conseil fédéral crée une ordonnance pour protéger les consommateurs et les PME contre les pratiques biaisant la concurrence dans le secteur automobile. La motion ayant été acceptée par le Conseil national en septembre 2020, elle se trouve à présent au Conseil des États.
- La **motion Nantermod** du 12 décembre 2018 « Des procédures efficaces et équitables en droit de la concurrence » (18.4183) exige la modification des règles de procédure visant la consultation des dossiers et l'imposition de frais ou d'émoluments au stade de l'enquête préalable. Cette motion n'a pas encore été traitée par les Chambres.
- 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) exige une modification de l'art. 5 LCart. Le Conseil des États l'a acceptée en décembre 2020 et elle se trouve actuellement au Conseil national.
- 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, qui prévoit la publication des ouvertures d'enquêtes et la mention du nom des parties concernées. Les Chambres ne l'ont pas encore traitée.
- Le **postulat Molina** du 9 mai 2019 « Investissements directs étrangers. Renforcer le contrôle des fusions » (19.3491) n'a pas encore été traité par les Chambres.

Le 29 mai 2019, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (**initiative pour des prix équitables**) » et au contre-projet indirect (modification de la loi sur les cartels) (19.037; FF 2019 4665). Le Parlement a certes rejeté l'initiative populaire. Il a en revanche accepté le contre-projet indirect du Conseil fédéral qui prévoit d'introduire explicitement la notion de pouvoir de marché relatif, tout en reprenant largement les exigences de l'initiative. Lors des délibérations finales du 19 mars 2021, le Conseil des États et le Conseil national ont éliminé toutes les divergences.

Enfin, le Conseil fédéral prévoit une révision partielle de la loi sur les cartels. Les principaux points de cette révision sont la modernisation du contrôle des fusions, le renforcement du volet civil du droit des cartels et l'amélioration de la procédure d'opposition. En outre, deux exigences de la motion Fournier seront prises en compte dans les travaux de révision : les délais d'ordre et l'allocation de dépens dans les procédures de la COMCO.

La responsabilité d'élaborer les projets de révision au sein de l'administration incombe au SECO. Le Secrétariat de la COMCO participe aux travaux.

4 Organisation et statistique

4.1 COMCO, Secrétariat et statistique

En 2020, la **COMCO** a organisé 13 séances plénières d'une journée ou d'une demi-journée (dont 5 en ligne). Lors de ces réunions, elle a rendu 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).

4.2 Statistique

Le **Secrétariat** comptait 75 collaborateurs à la fin de 2020 (74 l'année précédente), la proportion de femmes étant de 45,3 % (41,9 % l'année précédente). L'effectif de 75 collaborateurs correspond à 64,1 équivalents plein temps (64,2 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 56 (57 l'année précédente), soit 49,8 équivalents plein temps (51,6 l'année précédente). 19 collaborateurs (17 l'année précédente), soit 14,3 équivalents plein temps (12,6 l'année précédente), sont engagés au Service ressources, où ils assurent l'appui nécessaire à toutes les activités de la COMCO et de son Secrétariat. En outre, le Secrétariat comprend 4 places de stage (5 l'année précédente). Les quatre stagiaires travaillent à plein temps.

La statistique des activités de la COMCO et de son Secrétariat se présente comme suit pour 2020 :

	2020	2019	2018
Enquêtes			
menées durant l'année	20	19	24
dont reprises de l'année précédente	13	16	18
dont ouvertes durant l'année	7	3	6
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	0	2	0
Décisions	6	11	4
dont accords amiables	4	9	2
dont décisions de l'autorité	1	2	2
dont sanctions selon l'art. 49a al. 1 LCart	4	10	4
dont décisions partielles	2	5	0
Décisions de procédure	2	2	0
Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)	1	6	2
Mesures provisionnelles	1	1	0
Procédures avec sanctions prononcées au sens des art. 50 ss LCart	1	0	0
Enquêtes préalables			
menées durant l'année	14	14	15
dont reprises de l'année précédente	13	8	10
dont ouvertes durant l'année	1	6	5
Clôtures	8	4	7
dont avec ouverture d'enquête	1	1	2
dont avec adaptation du comportement	4	3	3
dont sans suite	3	0	2
Autres activités			
Annonces traitées selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart	1	2	2
Conseils	24	28	21
Observations de marché clôturées	80	63	72
Demandes LTrans	18	7	20
Autres demandes traitées	565	488	581
Concentrations			
Notifications	35	40	34
Pas d'intervention après examen préalable	34	37	27
Examens	1	3	3
Décisions de la COMCO après examen	1	2	3
Interdiction	0	0	0
Autorisation conditionnelle/soumise à des charges	0	0	0
Autorisation sans réserve	1	2	3
Exécution provisoire	0	0	0
Procédures de recours			
Total des recours auprès du TAF et du TF	42	46	37

Arrêts du TAF	9	4	7
dont succès des autorités de la concurrence	6	1	5
dont succès partiel	2	2	1
dont sans succès	1	1	1
Arrêts du TF	7	6	1
dont succès des autorités de la concurrence	6	5	0
dont succès partiel	1	0	1
dont sans succès	0	1	0
Pendantes en fin d'année (auprès du TAF et du TF)	29	36	33
Avis, recommandations et prises de position, etc.			
Avis (art. 15 LCart)	0	0	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0	0
Avis et prises de position (art. 47 LCart, art. 5 al. 4 LSPPr ou art. 11a LTC)	0	2	0
Suivi des affaires	0	1	0
Communications (art. 6 LCart)	0	1	0
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	327	120	152
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	12	17	8
Contrôles des aides	2	-	-
LMI			
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	0	3	0
Expertises (art. 10 LMI)	1	2	3
Conseils (Secrétariat)	63	93	94
Recours (art. 9 al. 2 ^{bis} LMI)	2	0	0

La statistique 2020 et la comparaison avec les chiffres de 2019 et de 2018 révèlent pour l'essentiel ce qui suit :

- Enquêtes : les autorités de la concurrence ont mené en 2020 à peu près autant d'enquêtes que les deux années précédentes. En 2020, la COMCO a clôturé un nombre de procédures légèrement inférieur à la moyenne (deux des six décisions sont des décisions partielles de la Chambre compétente), mais elle a ouvert plus de procédures qu'en moyenne grâce aux ressources ainsi libérées.
- Enquêtes préalables et observations de marché : en 2020, le Secrétariat a conduit à peu près autant d'enquêtes préalables que les années précédentes. Cela vaut également pour les clôtures. Il n'a toutefois ouvert cette année qu'une seule nouvelle enquête préalable. Le nombre d'observations de marché, généralement déclenchées par des dénonciations et des signalements, a été en 2020 plus élevé qu'en moyenne.
- Concentrations : le nombre de concentrations examinées se situe dans le cadre habituel.
- Procédures de recours : si le nombre de procédures pendantes devant le TAF et le TF reste relativement élevé, il a légèrement baissé. Du point de vue de la COMCO, il est réjouissant de constater qu'elle obtient gain de cause, totalement ou partiellement, dans la plupart des cas.
- Avis, expertises, recommandations et prises de position : hormis deux avis pour la Surveillance des prix en 2019, la COMCO n'a pas émis de recommandation ni établi d'expertise ces trois dernières années. Par contre, le Secrétariat a été nettement plus souvent invité à prendre position dans le cadre de procédures de consultation des offices.

La cause de cette augmentation du nombre de procédures de consultation des offices réside principalement dans les nombreuses interventions et demandes politiques ainsi que dans les affaires liées à la COVID-19. Le nombre de prises de position de la COMCO dans le cadre de procédures de consultation est resté relativement constant.

- LMI : Le nombre de questions traitées en lien avec la loi fédérale sur le marché intérieur est du même ordre que les années précédentes. Seul le nombre de conseils est d'environ un tiers inférieur à celui de 2018 et de 2019.

5 Thème spécial : la loi sur les cartels a 25 ans

5.1 La modernisation du droit suisse des cartels

5.1.1 La Suisse cartellaire et les conséquences du non à l'EEE

Jusqu'à la fin des années 1980, la lutte contre les cartels et les autres restrictions à la concurrence avait peu d'importance en Suisse. Tout comme la loi sur les cartels de 1962, celle de 1985 visait prioritairement la protection de l'entreprise individuelle, qu'elle plaçait du moins au même niveau que la protection de la fonction, c'est-à-dire la protection de la concurrence efficace. Mais les instruments de la loi sur les cartels étaient lacunaires face aux cartels à combattre. La Commission des cartels devait, dans le cadre de la méthode du bilan, procéder à une pesée entre les intérêts de la protection de la concurrence et d'autres intérêts publics, des instructions comportementales claires à l'attention des entreprises faisaient défaut et la loi était seulement dirigée contre les cartels. Par ailleurs, l'application était insuffisante en raison de la sous-dotation du Secrétariat, la Commission ne pouvait émettre que des recommandations et non pas édicter des décisions, et la procédure était déficiente.

Il y avait à l'époque une récession, les taux d'inflation étaient élevés et une certaine léthargie économique se répandait. Les espoirs d'amélioration caressés par l'économie reposaient alors sur l'adhésion recherchée de la Suisse à l'Espace économique européen (EEE). Du point de vue du droit de la concurrence également, une telle adhésion aurait constitué un « dégagement » pour se libérer de la loi sur les cartels de 1985, qui était inappropriée. En adhérant à l'EEE, la Suisse aurait repris les règles de concurrence sévères alors en vigueur dans la Communauté économique européenne (CEE), l'actuelle Union européenne (UE), soit l'interdiction des cartels, l'interdiction d'abus pour les entreprises occupant une position dominante sur le marché, le contrôle des concentrations, et la jurisprudence y relative.

Cependant, le peuple suisse a rejeté de justesse son adhésion à l'EEE le 6 décembre 1992. Cet événement déterminant a engendré une politique de la concurrence inédite et moderne, basée sur les observations économiques. En effet, quelques jours seulement après la votation, le Conseil fédéral annonçait son programme de « revitalisation de son économie ». Ce programme devait compenser le manque d'impulsions en matière de politique de la concurrence que le Conseil fédéral associait à l'adhésion à l'EEE. Outre la révision de la loi sur les cartels, on élaborait la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), la loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC) et la loi fédérale sur les marchés publics (LMP). De plus, la Suisse adhéra en 1994 à l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Ces mesures et ces instruments ont conduit à l'ouverture des marchés dans des domaines économiques jusqu'à présent protégés et au respect obligatoire des principes de la concurrence.

5.1.2 Révision de 1995

Suite à l'annonce du Conseil fédéral, la révision de la loi sur les cartels a progressé rapidement. À peine trois ans plus tard, le Parlement acceptait la révision totale, qui revenait à un changement de paradigme. Il s'agissait d'une réforme du droit de la concurrence inspirée du modèle économiquement moderne et éprouvé de l'UE. Les dispositions matérielles visent les trois principales formes de restrictions à la concurrence (les accords, l'abus de position dominante sur le marché, les concentrations) et donnent aux entreprises des instructions comportementales claires. La protection de la fonction, c'est-à-dire la protection de la concurrence efficace est prioritaire. La nouvelle institution de la Commission de la concurrence est habilitée à prendre des décisions et elle est assistée d'un Secrétariat dont l'effectif du personnel est fortement étoffé.

5.1.3 Peaufinage de la révision en 2003

Le cartel des vitamines, sanctionné de plusieurs amendes élevées sur la scène internationale, a révélé une lacune importante de la loi. En 1999, la COMCO pouvait seulement constater les accords illicites en matière de concurrence et imputer les frais de procédure. Il n'était pas possible, en Suisse, de sanctionner directement ni de puiser dans le bénéfice des cartels. Le président de la COMCO à l'époque l'a bien résumé : « Le premier meurtre est gratuit ».

Plusieurs interventions parlementaires, une conception claire du Conseil fédéral et un large consensus au Parlement ont conduit en juin 2003 à la première révision de la loi sur les cartels. Dès lors, la COMCO pouvait sanctionner directement les plus graves violations du droit des cartels, le programme de clémence (possibilité de s'autodénoncer et de demander le bonus) facilitait la détection des cartels et le Secrétariat était habilité à procéder à des perquisitions et à confisquer des moyens de preuve. Le nouvel art. 5 al. 4 sur les accords verticaux, que le Conseil fédéral n'avait pas prévu, est venu s'insérer dans la loi sur les cartels à la faveur de discussions menées dans la salle des pas perdus du Parlement.

Cette révision avait pour objectif, en affûtant les instruments de la COMCO, d'accroître leur effet dissuasif et la probabilité que les violations soient détectées. Il s'agissait donc de peaufiner l'approche adoptée à ce stade. Cette révision a ainsi permis d'élever définitivement le droit suisse des cartels au niveau du droit de la concurrence de l'UE.

5.2 Objectifs de la loi sur les cartels et de sa mise en œuvre

5.2.1 Objectifs de la loi sur les cartels et orientation de l'activité des autorités

L'objectif fondamental de la loi sur les cartels consiste dans la protection de la « libre »¹ concurrence contre les abus de position dominante sur le marché, le cloisonnement des marchés et la réglementation excessive. C'est pourquoi la loi contient des règles relatives aux trois principaux comportements qui restreignent la concurrence : l'interdiction d'accords qui, sans être justifiables, suppriment ou réduisent considérablement la concurrence ; l'interdiction de l'abus de position dominante sur le marché ; l'intervention lors de concentration entraînant une position dominante sur le marché et qui permettent de supprimer la concurrence. En outre, la loi permet aux autorités de la concurrence (la COMCO et son Secrétariat) de se prononcer contre les réglementations étatiques qui entravent la concurrence.

Rapidement, la COMCO a fait savoir qu'elle **procéderait surtout contre les formes les plus préjudiciables de restriction à la concurrence**, notamment en considération des ressources

¹ Il n'existe pas de définition légale de la notion de concurrence, raison pour laquelle on la précise dans des expressions telles que « bon fonctionnement de la concurrence » ou « concurrence efficace ». Les avis concordent en ce qui concerne les effets que doit produire la concurrence, à savoir la mise à disposition de biens ou de services répondant aux besoins de la demande au meilleur rapport prix-qualité possible.

en personnel limitées de son Secrétariat. En conséquence, elle s'est concentrée sur la lutte contre les **trois formes d'accords horizontaux les plus dommageables en matière de concurrence** (accords sur les prix, les quantités et les territoires), contre les **deux principales formes d'accords verticaux** (prix de vente imposés et protection territoriale absolue) et contre les **abus de position dominante sur le marché**. Des exemples des décisions rendues par la COMCO dans ces domaines sont cités ci-après (cf. points 5.2.2 à 5.2.4).

En outre, au cours des premières années qui ont suivi la révision de 1995, la COMCO s'est énergiquement occupée de la concentration des marchés découlant des **concentrations d'entreprises**. Elle s'est donnée pour but d'empêcher l'émergence de positions dominantes sur le marché en raison de concentrations (et non pas en raison de l'innovation ou du succès sur le marché) dans l'économie suisse qui est de petite taille et fortement concentrée. Les entreprises dominantes issues de concentrations affaiblissent ou éliminent la concurrence. Cependant, les autorités de la concurrence ont été freinées en 2007 par le TAF, lorsque celui-ci conclut, selon une interprétation littérale et strictement juridique de l'art. 10 al. 2 let. a LCart, que la COMCO ne devait pas seulement prouver la position dominante sur le marché mais aussi la possibilité inhérente à cette position de supprimer la concurrence. Le seuil d'intervention, qui était déjà élevé de toute façon, a ainsi été sensiblement rehaussé par rapport à la pratique antérieure de la COMCO, à un niveau nettement supérieur à ce qui prévaut dans les autres pays. Compte tenu de cette situation, la COMCO a limité son allocation de ressources dans ce domaine, tout en signalant régulièrement la différence par rapport au test de l'UE, plus restrictif et plus judicieux économiquement, ainsi que le besoin de réformer le contrôle des concentrations (cf. point 5.3.2).

Les autorités de la concurrence ont joué un rôle important en ce qui concerne les **réglementations étatiques**. L'expérience montre qu'il vaut la peine de mettre en évidence de façon précoce les éventuelles conséquences restrictives de certaines réglementations sur la concurrence. Il arrive parfois qu'il faille répéter avec insistance les mises en garde pour les choses évoluent dans le bon sens. Dans ce cadre, il est essentiel que les autorités de la concurrence n'apparaissent pas comme un indésirable trouble-fête mais qu'elles soient perçues comme un partenaire crédible, fiable et indépendant des intérêts en présence. La COMCO et son Secrétariat ont acquis cette position grâce à leur travail au fil des années. En outre, les autorités de la concurrence ont accompagné cette prise de conscience par des interventions dosées relevant du droit des cartels dans des domaines économiques qui ont été progressivement ouverts à la concurrence (p. ex. marchés d'infrastructures, agriculture) et elles se sont engagées pour le maintien et le développement de la concurrence dans ces domaines.

Les interventions d'une autorité de la concurrence sont parfois considérées comme de lourdes intrusions dans l'autonomie des entreprises. Il est donc essentiel qu'elles satisfassent aux **garanties fondamentales d'un État de droit**. Il est par conséquent nécessaire que ces interventions soient vérifiables par les tribunaux, ce que garantissent en Suisse les instances judiciaires que sont le Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral. Même s'il arrive dans certains cas que les tribunaux corrigent les décisions de la COMCO alors qu'elle a dû faire acte de pionnière durant les premières années de son existence, les tribunaux confirment depuis de nombreuses années que les autorités de la concurrence gèrent les procédures conformément aux principes de l'État de droit et que les droits des parties sont entièrement garantis.

La globalisation de l'économie a laissé des traces également dans la législation en matière de concurrence. Les restrictions à la concurrence ne s'arrêtent pas aux frontières nationales. Les entreprises s'entendent à l'échelle continentale, voire intercontinentale pour restreindre la concurrence. La réaction **internationale** des autorités de la concurrence a été la création de nouveaux organismes leurs permettant d'échanger leurs expériences et leurs procédures, quand bien même les autorités continuent à appliquer les dispositions de leur droit national respectif qui diffèrent à certains égards. C'est ainsi qu'a été créé, en 2002, le Réseau international de la concurrence (RIC), dont font aujourd'hui partie plus de 120 autorités de la concurrence. Le

RIC et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sont devenus deux plateformes essentielles pour l'échange d'informations et d'expériences. Toutefois, au sein de ces organismes, les échanges demeurent informels. Par exemple, en raison des limitations imposées par le secret de fonction et les droits procéduraux des parties, l'échange d'éléments de preuve n'est pas possible. De tels échanges doivent se fonder sur des dispositions explicites d'une loi ou d'un traité. La Suisse et l'UE ont créé une telle base légale en signant en 2013 un accord de coopération. Cet accord permet aux autorités de la concurrence suisses et européennes d'échanger largement des informations, y compris la transmission mutuelle d'éléments de preuve dans le cadre de procédures parallèles.

Nous présentons ci-après quelques points forts tirés de la pratique qui montrent comment la COMCO a poursuivi les buts ancrés dans la loi sur les cartels et comment elle a mis en œuvre la volonté du législateur. Cette présentation ne prétend pas exposer la pratique de la COMCO au cours des 25 dernières années dans son intégralité. Il s'agit, en choisissant des décisions qui ont eu un fort retentissement, de mettre en lumière les priorités de l'activité des autorités de la concurrence (cf. points 5.2.2 à 5.2.5). Le droit procédural a également joué un rôle essentiel dans ce contexte (cf. point 5.2.6).

5.2.2 Importations parallèles : ouverture aux marchés étrangers

Un important objectif de la loi sur les cartels est de maintenir le marché suisse ouvert aux marchés étrangers environnants. La concurrence transfrontalière est une contribution importante au bon fonctionnement de la concurrence sur le marché intérieur de la Suisse. Le marché intérieur suisse, qui est de taille relativement petite avec ses quelque 8,5 millions d'habitants, est fortement concentré sur certains domaines économiques et présente de faibles volumes de marché dans certains cas. De ce fait, divers marchés ne donnent pas lieu à une lutte entre plusieurs entreprises fortes et fructueuses. En outre, pour plusieurs raisons, notamment à cause de diverses barrières commerciales, les prix sont élevés en Suisse. Les interventions des autorités de la concurrence ne peuvent que partiellement traiter une telle situation. Pour la Suisse, l'ouverture des marchés (envers l'étranger et sur le territoire national) constitue la meilleure forme de concurrence. De plus, des frontières ouvertes et la libre circulation des marchandises et des services compensent l'absence partielle de pression concurrentielle à l'intérieur du pays.

De tout temps et dans les limites de ses possibilités, la COMCO s'est occupée des entraves aux importations directes et parallèles de manière à fournir sa contribution à l'ouverture des marchés. La trilogie des décisions concernant GABA, BMW et NIKON a joué un rôle essentiel à cet égard. Dans l'affaire GABA, il s'agissait d'entraves aux importations parallèles du dentifrice « Elmex ». Assez insignifiant du point de vue économique, ce cas a donné lieu à un arrêt de principe du TF. Ce dernier a non seulement confirmé les décisions de la COMCO et du TAF, mais il a également précisé que les entraves aux importations parallèles doivent être par principe qualifiées d'atteintes notables à la concurrence, sans qu'il ne soit nécessaire d'en prouver les effets (comme c'est le cas pour les autres états de fait visés à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart). Ces atteintes sont également présumées illicites sous réserve d'une justification par des motifs d'efficacité économique. Les cas BMW et NIKON concernaient notamment des « clauses EEE » qui, dans des contrats de distribution étrangers, interdisaient aux revendeurs de livrer les produits concernés à des acheteurs en Suisse ou hors de l'EEE. Dans ces cas également, il est apparu que la loi sur les cartels était applicable à des états de fait extraterritoriaux dès lors qu'une restriction causée à l'étranger se fait sentir en Suisse. Dans le cas de BMW, il s'agissait d'un marché économiquement important. L'intervention de la COMCO a stimulé les importations directes et parallèles d'automobiles, ce qui a accru la pression sur les prix des importateurs et des revendeurs établis en Suisse.

5.2.3 Ouverture des marchés publics et accords de soumission

Les accords horizontaux classiques « durs » en matière de concurrence sont clairement préjudiciables. Ils entraînent notamment des prix plus élevés, réduisent la qualité et freinent l'innovation. Depuis toujours, les accords sur les prix ont caractérisé la Suisse. La COMCO les a poursuivis de manière constante et en grand nombre, tant dans les domaines économiques majeurs (p. ex. accords entre des banques et dans les marchés publics) que dans des marchés mineurs (p. ex. accords entre des écoles de conduite automobile). Les accords passés dans le secteur de la construction illustrent justement de manière spectaculaire le caractère dommageable des accords.

En adhérant à l'OMC en 1994, la Suisse s'est engagée à attribuer ses marchés publics, à partir de seuils déterminés, selon une procédure transparente empreinte d'esprit concurrentiel. Le principe de concurrence a ainsi été transposé dans un domaine auparavant fortement marqué par les intérêts propres des collectivités publiques et des personnes impliquées. Les conditions étaient donc réunies, du côté des pouvoirs publics, pour adjuger les marchés publics selon des critères de concurrence, ce qui a positivement influencé la gestion des ressources publiques.

En raison de cette nouvelle donne, les entreprises ont elles aussi dû se montrer prêtes à se réorienter : il leur a dès lors fallu se porter candidates pour des mandats qu'elles recevaient auparavant sans grand effort dans le cadre d'adjudications protectionnistes. Les procédures d'adjudication publique ont pour caractéristique qu'une entreprise doit s'imposer anonymement au sein de la concurrence. Dans ce jeu à un coup, l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix l'emporte. Pour certaines entreprises, il était donc tentant de déjouer le but du droit des marchés publics et d'influencer les adjudications à leur guise, comme à l'époque où fleurissaient les cartels, en désignant le « gagnant » et les « perdants » par la fixation conjointe des prix soumis dans les offres. Depuis la révision de 1995, les autorités de la concurrence ont reçu de multiples indications visant de tels accords de soumission. Après avoir décelé en 2007 un vaste cartel d'entreprises de revêtement routier au Tessin, la COMCO a déclaré en 2008 que les accords de soumission constitueraient une des priorités de son action.

Au cours des années qui ont suivi, la COMCO a clôturé plusieurs enquêtes avec succès : installations électriques dans la région bernoise en 2009, construction de routes et génie civil dans le canton d'Argovie en 2011, construction de routes et génie civil dans le canton de Zurich en 2013, nettoyage de tunnels en 2015, construction de routes et génie civil dans le district de See-Gaster (SG) en 2016. En octobre 2012, la COMCO s'est attaquée à une série complexe d'accords de soumission dans le canton des Grisons : alors que l'enquête initiale se limitait à des indices d'accords de soumission en Basse-Engadine, elle fut étendue à l'ensemble du canton suite à plusieurs autodénonciations et à des perquisitions supplémentaires, pour être ensuite répartie en dix enquêtes distinctes. Dans les dix décisions qu'elle a prises (Engadin « I-VIII », « Müntertal » et « construction de routes aux Grisons »), la COMCO a constaté que plus de 1150 projets de construction et de génie civil du canton, de commune et de privés, représentant un volume total de plusieurs centaines de millions de francs, avaient été manipulés par des accords de soumission. Les décisions, très attentivement couvertes par les médias, ont montré à un large public que les accords horizontaux sur les prix sont préjudiciables parce qu'ils poussent les prix à la hausse et qu'ils sclérosent les structures. Face aux cas complexes, la COMCO n'hésite pas à s'investir et poursuit les accords de soumission avec constance.

Outre la poursuite des accords de soumission, les autorités de la concurrence se sont beaucoup investies dans la prévention et à la sensibilisation. C'est ainsi qu'à maintes reprises, le Secrétariat a sensibilisé et informé les services d'achat des cantons et de la Confédération au thème des accords de soumission. Aujourd'hui, les services d'achat sont en mesure de découvrir eux-mêmes des indices et des éléments révélateurs. De plus, les autorités de la concurrence ont développé un instrument d'analyse statistique (« screening tool ») qui permet de

décèler de tels accords. Cet instrument, qui a été bien accueilli dans des pays étrangers, est utilisé par certains cantons. Ces diverses activités préviennent et empêchent la formation de cartels de soumission.

5.2.4 Ouverture des marchés d'infrastructures accompagnée par les autorités de la concurrence

La Suisse a commencé à libéraliser ses marchés d'infrastructures en 1998. Les monopoles étatiques sont entrés en concurrence avec de nouvelles entreprises. Une première vague a concerné les marchés des télécommunications, de la poste et du transport ferroviaire des marchandises. Après l'ouverture du marché des télécommunications, par exemple, de nouveaux prestataires ont rivalisé avec l'ancien monopoliste Swisscom. Celui-ci jouissait d'un monopole ou d'une position dominante sur le marché. La tâche des autorités de la concurrence a consisté en particulier à empêcher d'éventuels abus envers les nouveaux arrivants sur le marché, de manière à donner une chance à la concurrence. Comme dans d'autres pays, il est arrivé que certains anciens monopolistes entrent en conflit avec le droit des cartels. S'agissant du marché des télécommunications, les nombreuses enquêtes et décisions de la COMCO (qui ne sont pas toutes entrées en force) en témoignent. La décision ADSL II a été cruciale : la COMCO y constatait un écart illicite entre les coûts et le prix (« effet de ciseau »), c'est-à-dire une entrave tarifaire des concurrents dans le domaine des offres à large bande. Le TF a confirmé la violation du droit des cartels en condamnant Swisscom à verser une amende de CHF 186 millions. C'est la sanction exécutoire la plus élevée jamais infligée par la COMCO à une entreprise jusqu'à présent.

Pour d'autres marchés d'infrastructures, l'ouverture s'est faite attendre ; elle est intervenue grâce à la pression exercée par les décisions de la COMCO :

- Sur le marché de l'électricité, la COMCO a examiné le refus des Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) de mettre leur réseau à disposition pour conduire l'électricité provenant d'autres producteurs jusqu'au consommateur. En 2000, elle a qualifié ce refus d'abus de position dominante dans le domaine du réseau. Si le peuple a refusé en 2002 l'ouverture du marché au moyen d'une loi sur le marché de l'électricité (LME), la confirmation en juin 2003 par le TF de la décision rendue par la COMCO concernant les EEF correspondait en fait à une ouverture du marché de l'électricité à la concurrence. Au début de 2008, le législateur a substitué une ouverture régulée du marché (loi sur l'approvisionnement en électricité) à cette décision liée à un cas d'espèce.
- Après cette ouverture régulée du marché de l'électricité, le Conseil fédéral avait l'intention d'ouvrir également le marché du gaz. Mais les travaux relatifs à la loi sur le marché du gaz ont été régulièrement retardés. Simultanément, les plaintes d'acheteurs de gaz désirant choisir librement leur fournisseur se multipliaient. En juin 2020, la COMCO a rendu une décision essentielle concernant le marché gazier de la Suisse centrale. Elle a sanctionné les gestionnaires de réseau de gaz ewl et EGZ parce qu'ils refusaient illicitement de faire transiter du gaz. Ces deux entreprises se sont déclarées prêtes à faire transiter à l'avenir le gaz de fournisseurs tiers et elles ont conclu à ce sujet un accord amiable avec les Autorités de la concurrence. Ainsi, à l'instar du marché de l'électricité en 2003, le marché du gaz a été ouvert grâce à l'application de la loi sur les cartels dans un cas d'espèce.

5.2.5 Maintenir l'ouverture des marchés numériques

Dans la mouvance de la « numérisation », la diffusion en Suisse d'Internet et des raccordements à large bande à partir du début du XXI^{ème} siècle, aujourd'hui presque complète sur l'ensemble du territoire, a permis l'émergence de nouveaux marchés et l'érosion ou la disparition de certains autres. Cette mutation de l'économie a constitué et constitue des opportunités et des menaces pour la concurrence et de nouveaux défis pour les autorités compétentes en

la matière. Dans les marchés numérisés, les effets de réseau, les plateformes numérisées, la souveraineté des données et le comportement du côté de la demande entraînent souvent des positions de puissance sur le marché, dont l'évaluation est ambivalente au regard du droit de la concurrence. D'une part, sous l'angle économique, il peut arriver que ces positions de puissance représentent la solution la plus efficace, lorsque les marchés tendent vers des monopoles naturels et qu'il n'est pas possible autrement d'atteindre une haute qualité et des prix bas. D'autre part, les entreprises qui détiennent une puissance de marché dans les segments visés peuvent exploiter leur position au détriment des consommateurs et évincer la concurrence indésirable du marché, voire l'empêcher dès le départ, afin de protéger et de développer leur position.

Ces dernières années, les autorités de la concurrence se sont davantage occupées de tels marchés numériques ambivalents. Le Secrétariat a créé en 2014 un groupe de travail interne « Numérisation » dans le but de maintenir à jour les bases utiles à l'évaluation des marchés numériques. Ce groupe de travail soutient la COMCO dans sa prise de décision et suit l'évolution internationale et la jurisprudence dans ce domaine. En outre, en 2017, la COMCO a déclaré que la numérisation était pour elle un sujet prioritaire, signalant ainsi l'attention particulière qu'elle entend consacrer à ce domaine.

Outre cette réorientation organisationnelle et matérielle, les autorités de la concurrence ont mené une série de procédures dans lesquelles la numérisation jouait un rôle important. L'une des principales décisions concernait les plateformes de réservation en ligne de chambres d'hôtels, qui ont acquis une importance croissante sur le marché. Des plateformes comme Booking ont contraint les hôtels à des conditions restrictives. Dans sa décision de 2015, la COMCO a interdit aux plateformes de restreindre d'une façon générale leur politique d'offre des hôtels. Ces derniers doivent avoir la possibilité de proposer des prix plus bas ou un nombre de chambres supérieur en fonction des canaux de distribution. Une autre procédure a concerné Apple, qui ne permettait pas que ses iPhones puissent utiliser sans interférence l'utilisation de l'application TWINT comme solution de paiement numérique alternative à son application ApplePay. Il a fallu l'intervention du Secrétariat de la COMCO pour qu'Apple délivre le code nécessaire au bon fonctionnement de TWINT sur les iPhones. Une autre procédure concernant les solutions de paiement numériques est pendante. Elle touche au boycott des applications concurrentes de TWINT par plusieurs instituts financiers suisses. Les autorités suisses de la concurrence seront certainement encore appelées à se pencher sur de nouvelles questions liées à la numérisation.

5.2.6 Défis en matière de droit procédural

Le droit matériel ne déploie ses effets que s'il est correctement appliqué en termes de droit procédural. Tel était le défi des autorités de la concurrence en 1995 après l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels. Il a fallu commencer par élaborer les bases. Dans ce contexte, des erreurs sont survenues. En 1998, dans le cadre d'un jugement de principe en matière de droit procédural, la Commission de recours pour les questions de concurrence a formulé des instructions pour le déroulement correct d'une procédure conduite selon les principes de l'État de droit.

Sur cette base, le Secrétariat a introduit une gestion des processus qui uniformisait le déroulement des procédures au sein de l'Autorité, garantissait le respect des principes de l'État de droit et institutionnalisait un contrôle juridique et économique de la qualité. Une expertise externe demandée par le Département fédéral de l'économie de l'époque au sujet des procédures de la COMCO a confirmé en 2000 que des vices de procédure fondamentaux étaient apparus mais qu'ils avaient été éliminés depuis lors.

Suite à cette correction de la procédure, la discussion s'est concentrée sur les aspects matériels. Même si les parties font souvent valoir globalement une violation du droit d'être entendu,

le TAF a régulièrement confirmé la conformité de la procédure menée par la COMCO et son Secrétariat.

Un nouveau front a été ouvert en lien avec les premières décisions de sanction. Dans le cas « Publigroupe », la décision de la COMCO a été attaquée au motif que la procédure violait la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et que la sanction prononcée devait donc être levée. Le TAF et le TF ont confirmé, dans des arrêts de principe, que les procédures de sanction menées par la COMCO sont de même nature que celles relevant du droit pénal et que les principes de la CEDH s'appliquent. En référence à des jugements rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), le TAF et le TF ont répétés que les exigences liées aux dispositions de la CEDH sont satisfaites dès lors que la voie de droit prévoit qu'un tribunal indépendant avec plein pouvoir de cognition peut vérifier les décisions de la COMCO (ce qui est le cas en Suisse avec le TAF). Il est donc sans importance que la COMCO ne réponde pas, avec la présence en son sein de représentants de groupements d'intérêts, aux exigences d'un tribunal indépendant au sens de la CEDH.

Les perquisitions auxquelles le Secrétariat peut procéder depuis la révision de 2003 sont une histoire à succès. Elles permettent d'accéder à des moyens de preuve qui se trouvent dans les entreprises et auxquels on n'aurait pas accès avec les moyens d'investigation traditionnels tels que les questionnaires et les auditions. La première perquisition a eu lieu le 14 février 2006, après une formation soigneuse du personnel du Secrétariat. Au cours des années qui ont suivi, l'instrument a été amélioré, les collaborateurs ont continuellement gagné en expérience et de nouveaux instruments numériques ont été utilisés. Depuis lors, le Secrétariat a effectué plus de 40 perquisitions auprès de 150 entreprises. Les moyens de preuve confisqués ont généralement permis au Secrétariat d'assurer une bonne administration des preuves par rapport aux restrictions suspectées à la concurrence.

La Suisse a franchi une étape supplémentaire au niveau international lors de l'entrée en vigueur de l'accord de coopération avec l'UE, le 1^{er} décembre 2014. Il s'agit du premier accord au monde qui ne se limite pas à des échanges informels mais qui prévoit, dans certaines circonstances, un échange des moyens de preuve sans l'accord des entreprises concernées. L'accord permet aux autorités de la concurrence d'échanger leurs points de vue sur toutes les questions de droit de la concurrence, de coordonner leurs perquisitions en cas de procédures parallèles, de discuter entre elles des autodénonciations avec l'accord de l'entreprise concernée et de se transmettre mutuellement les moyens de preuve selon une procédure définie. Du point de vue de la Suisse en tout cas, la mise en œuvre de cet accord est très fructueux, parce qu'elle génère de multiples contacts et échanges extrêmement utiles dans la lutte contre les cartels internationaux et qu'elle permet une coordination procédurale et matérielle.

5.3 Chantiers de la loi actuelle sur les cartels

5.3.1 Généralités

Lors de la révision de 2003, le législateur a ancré l'obligation d'évaluer les nouveaux instruments de la loi sur les cartels (sanctions directes, autodénonciations, programme de clémence, etc.). Le Conseil fédéral s'en est acquitté en faisant vérifier de manière complète l'application de la loi sur les cartels et en produisant un rapport détaillé en 2009. Dans ce rapport, il a esquissé les lacunes qui subsistent, par exemple l'optimisation de la configuration institutionnelle de la COMCO, l'absence d'interdiction des formes d'accord les plus nocifs, le test matériel lors du contrôle des concentrations, la mise en œuvre du volet civil du droit des cartels et certains aspects du droit procédural.

La révision de la loi sur les cartels engagée sur cette base échoua en 2014, après que le Conseil national eut décidé par deux fois de ne pas entrer en matière. Des intérêts fortement divergents au Parlement expliquent cette décision pour l'essentiel : des majorités auraient pu

être trouvées pour certains points de la révision, mais non pas pour le paquet dans son ensemble.

Si l'interdiction des cartels durs est de fait en vigueur grâce à la jurisprudence du TF en l'affaire GABA, la réforme institutionnelle faisait débat. Il devrait être difficile à l'avenir également, malgré les critiques au niveau international, de former une majorité au Parlement pour professionnaliser et redimensionner la COMCO ou pour instituer une autorité de la concurrence du style de l'Office fédéral allemand des cartels (Bundeskartellamt, BKartA). Mais certains points faisaient largement l'unanimité et le besoin de révision demeure. Nous abordons brièvement ce point ci-après.

5.3.2 Contrôle des concentrations

Le contrôle des concentrations en Suisse et le seuil d'intervention élevé qui le caractérise (suppression de la concurrence) contraste avec le contrôle des concentrations sur la scène internationale, en particulier dans l'UE où il a été révisé en 2004 de sorte qu'une « diminution notable à la concurrence » suffit à justifier l'intervention de l'autorité de la concurrence. En contrepartie, le contrôle suisse des concentrations permet d'examiner les efficacités. Le droit suisse en matière de cartels se distingue en ce point sensiblement de celui de l'UE, alors qu'il le prend par ailleurs pour modèle dans presque tous les domaines et que ses dispositions se conforment à la jurisprudence européenne. Cette situation préjudicie l'évaluation uniforme des concentrations internationales. Pour les PME également, le test très permissif prévu par la loi suisse sur les cartels n'est guère favorable, puisqu'il permet aux grandes entreprises déjà puissantes sur le marché de poursuivre leurs opérations de concentration, ce qui entraîne des déséquilibres de pouvoir dans les domaines économiques concernés.

Depuis l'échec de la révision, le SECO a donné par deux fois le mandat d'étudier les différences entre les seuils d'intervention suisse et européen et d'examiner comment auraient été appliquées les dispositions européennes aux concentrations approuvées par la COMCO. La conclusion à tirer de ces études est claire : il faut reprendre le test européen car il permettrait mieux de remédier à la concentration croissante de l'économie suisse et prendrait compte de façon plus adéquate les considérations d'efficacité invoquées dans bien des opérations de concentration.

5.3.3 Volet civil du droit des cartels

Le travail de détection des accords de soumission est intensif (cf. point 5.2.3), si bien que la question se pose toujours plus de savoir comment les collectivités publiques et les privés lésés peuvent obtenir réparation de la part des entreprises impliquées dans des cartels pour la perte qu'ils ont subie en raison de prix trop élevés. Le droit des cartels actuel prévoit que les victimes de restrictions illicites à la concurrence peuvent revendiquer par la voie civile la réparation du dommage et du tort moral ainsi que la remise du gain réalisé indûment. Mais en fait, de telles actions ne sont guère engagées devant les tribunaux civils cantonaux, pour ne rien dire de leur taux de succès, car les obstacles sont excessivement élevés en Suisse pour faire valoir des revendications civiles en droit des cartels (cf. rapport annuel 2019 de la COMCO).

En raison de ces obstacles élevés, les actions privées (« private enforcement ») sont pratiquement inexistantes en Suisse, contrairement à ce que l'on observe dans l'UE où le cadre légal est sensiblement renforcé. On pourrait nettement accroître les incitations à engager des actions de droit civil en modifiant la loi sur les cartels conformément au système. Il convient de veiller aux risques, par exemple la menace qu'encourrait l'importante institution de l'autodénonciation (programme de clémence) en raison de l'accès facilité aux dossiers officiels. Il ne s'agit pas de renforcer le volet civil du droit des cartels au détriment de son volet administratif. Il s'agit plutôt d'assurer une meilleure application globale du droit des cartels. L'expérience acquise en Europe montre qu'il est possible d'augmenter l'attractivité de la voie de droit civil sans verser dans une culture excessive du procès. L'objectif devrait permettre aux personnes

touchées par les restrictions à la concurrence de prendre elles-mêmes l'initiative d'un procès civil de manière à ce que l'intervention ne soit plus seulement laissée à la seule discrétion de l'autorité administrative de la concurrence.

5.3.4 Révision 2021

Aux yeux de la COMCO, il est adéquat de traiter les chantiers de l'actuelle loi sur les cartels et d'en combler les lacunes dans le cadre d'une nouvelle révision. Le Conseil fédéral y souscrit. Il a annoncé qu'il mettrait en consultation une proposition de révision dans le courant du premier semestre 2021 pour autant que la situation COVID n'entraîne pas de retard. La révision visée doit comprendre le contrôle des concentrations, le volet civil du droit des cartels et d'autres points actuels d'importance secondaire. L'expérience engrangée lors des précédentes révisions de la LCart a montré qu'une révision sobre et limitée, comme celle de 2003, a de meilleures chances de susciter l'adhésion d'une majorité parlementaire. Surcharger la barque, comme lors de la révision de 2012, risque à nouveau de la faire chavirer. D'un point de vue juridique et économique, et compte tenu du succès de la COMCO ces dernières années, il importe qu'aucun élément étranger au système ne vienne s'insérer dans la loi sur les cartels et qu'aucun pilier central de la loi ne soit affaibli.

5.4 Conclusion et perspectives

La loi sur les cartels, qui fête ses 25 ans, constitue un pilier important de la politique économique de la Suisse. Elle joue bien son rôle. La COMCO et son Secrétariat ont combattu les accords sur les prix et le cloisonnement des marchés. Ils ont ouvert des marchés et renforcé le marché intérieur. Ce faisant, les autorités de la concurrence se sont concentrées sur les formes d'accords horizontaux les plus dommageables en matière de concurrence (accords sur les prix, accords sur les quantités et accords de répartition territoriale), sur les principales formes d'accords verticaux (prix de vente imposés et protection territoriale absolue) et sur l'abus de position dominante. Les précieux instruments qui lui sont confiés, comme les sanctions, le programme de clémence (autodénonciations) et les perquisitions, ont fait leurs preuves. Nous pouvons donc, douze ans après, reprendre à juste titre le message central du rapport d'évaluation de 2009 :

« Les études commandées sur l'analyse des effets [...] confirment qu'un droit des cartels moderne et une autorité en matière de concurrence dynamique et indépendante présentent de grandes vertus économiques pour la Suisse. Le législateur a donc opté pour la bonne voie. Le droit des cartels doit être incisif et l'autorité en matière de concurrence doit avoir les moyens de l'appliquer. »

« Dans l'ensemble, les nouveaux instruments mis en place par la révision de la loi sur les cartels (sanctions directes, régime de clémence, procédure d'opposition, perquisitions) se sont révélés utiles. Ils contribuent à prévenir ou à mettre au jour des entraves à la concurrence ainsi qu'à promouvoir la concurrence en améliorant l'effet préventif de la loi et la conformité des pratiques au droit des cartels.»

La politique suisse de la concurrence et sa mise en œuvre dans l'actuelle loi sur les cartels sont pertinentes et correspondent aux standards internationaux. Les chantiers encore à traiter sont identifiés et les mesures voulues sont engagées. En définitive, il incombe aux autorités de la concurrence de mettre en œuvre les dispositions de la LCart. La COMCO et son secrétariat peuvent, par leurs décisions, supprimer les violations du droit de la concurrence de manière à fournir une sécurité juridique et à générer un effet préventif suffisant. La COMCO est la garante d'une application moderne de la législation sur les cartels.