

L'entraide administrative

Évolution ou révolution?

Édité par

Etienne Poltier, Anne-Christine Favre
et Vincent Martenet

L'entraide administrative

Évolution ou révolution?

Édité par

Etienne Poltier, Anne-Christine Favre
et Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: ETIENNE POLTIER / ANNE-CHRISTINE FAVRE / VINCENT MARTENET (éds), *L'entraide administrative – Évolution ou révolution?*, collection « Pratique du droit administratif », Genève/Zurich 2019, Schulthess Éditions Romandes.

ISBN 978-3-7255-8697-4

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2019
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

	Avant-propos	7
ROBERT ZIMMERMANN	Entraide administrative et entraide judiciaire en matière pénale; délimitations, points de contact, convergences et divergences	9
STEPHAN BREITENMOSE	La protection juridique dans les procédures d'entraide administrative internationale en Suisse et dans l'Union européenne (UE)	27
ÉTIENNE POLTIER	L'entraide administrative interne	61
FABIEN MANGILLI / STÉPHANE WERLY	Entraide administrative et protection des données personnelles	103
VINCENT MARTENET	Entraide administrative et droit de la concurrence	137
CARLO LOMBARDINI	Entraide administrative internationale dans le secteur financier	163
ROBERT DANON / ALESSANDRO TURINA / BENJAMIN MALEK	La Directive UE 2018/822 concernant l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration Quel impact pour la Suisse?	189
THIERRY TANQUEREL	Conclusions générales	215

Entraide administrative et droit de la concurrence

VINCENT MARTENET*

*Professeur à l'Université de Lausanne,
ancien président de la Commission de la concurrence*

I. Introduction

L'entraide administrative revêt une grande importance en droit de la concurrence. La mise en œuvre effective de celui-ci dépend notamment d'une bonne coopération entre autorités. Trois raisons au moins permettent d'expliquer ce constat.

En premier lieu, les autorités de la concurrence interagissent souvent avec celles en charge de la régulation sectorielle. En effet, de nombreuses activités économiques sont régies à la fois par le droit de la concurrence et le droit de la régulation, lesquels s'inscrivent dans une optique de complémentarité. La régulation de telles activités ou d'un secteur économique peut d'ailleurs conduire à la mise en place de « réseaux entre des autorités demeurées autonomes, mais qui s'échangent des informations, se rencontrent, collaborent sur des dossiers communs », d'où la notion d'« interrégulation »¹. Des procédures portant sur le même état de fait se déroulent parfois en parallèle. Il arrive aussi qu'une seule procédure soit ouverte, mais que l'autorité qui la mène sollicite l'entraide d'autres autorités.

En deuxième lieu, le champ d'application du droit de la concurrence est large. Ainsi, la loi sur les cartels² « s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché

* L'auteur tient à remercier M. PATRIK DUCREY, Directeur du Secrétariat de la Commission de la Concurrence et professeur à l'Université de Berne, de ses précieuses remarques et M^{me} JULIA KAMHI, assistante diplômée à l'Université de Lausanne, de ses recherches et de sa relecture attentive du manuscrit.

1 Voir FRISON-ROCHE, sous « Interrégulation ».

2 Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart - RS 251).

ou participent à des concentrations d'entreprises » (art. 2 al. 1 LCart). La loi concernant la surveillance des prix³ « s'applique aux accords en matière de concurrence au sens de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels et aux entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit public ou du droit privé » (art. 2 LSPr). La loi sur le marché intérieur⁴ se rapporte en principe à « toute activité non régaliennne ayant pour but un gain » (art. 1 al. 3 LMI). En outre, même si elle ne contient aucun article définissant expressément son champ d'application, la loi contre la concurrence déloyale⁵ est également applicable à des entités publiques⁶. Il résulte notamment de ces quatre lois fédérales que le droit de la concurrence contribue à contrôler une partie de l'activité publique. S'il ne s'agit certes pas d'une forme de surveillance étatique au sens habituel du terme, il n'en demeure pas moins que ce droit tend à lutter contre diverses distorsions de la concurrence émanant, par hypothèse, de collectivités ou autres entités publiques. Il en va du reste de même de l'article 27 de la Constitution fédérale⁷, qui garantit entre autres l'égalité de traitement entre concurrents économiques⁸. Lorsqu'une collectivité ou entité publique détient des informations pertinentes pour les autorités en charge de l'application de ces lois, la question de l'entraide administrative se pose fréquemment. Lorsqu'une procédure est toutefois ouverte à l'encontre d'une collectivité par exemple, celle-ci devient partie à la procédure et est soumise aux exigences découlant de la législation applicable, laquelle prévoit souvent une obligation de renseignement. Il ne saurait alors être question d'entraide administrative dans ce contexte. Cependant, il arrive aussi que les autorités de la concurrence demandent à des collectivités ou entités publiques des renseignements sans qu'elles envisagent d'ouvrir une procédure menant à une décision. La loi sur le marché intérieur est symptomatique à cet égard, puisque l'article consacré à l'entraide administrative (art. 8a LMI) suit immédiatement celui se

3 Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance de prix (LSPr - RS 942.20).

4 Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI - RS 943.02).

5 Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD - RS 241).

6 Voir notamment MARTENET/PICHONNAZ, N 120 ss et les références.

7 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101).

8 ATF 143/2016 I 37, c. 8.2 et les références.

rapportant aux recommandations de la Commission de la concurrence (art. 8 LMI).

En troisième lieu, l'application du droit de la concurrence *stricto sensu* est, comme nous le verrons, sous-tendu par le principe des effets. Aussi la loi sur les cartels est-elle « applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger » (art. 2 al. 2 LCart). Lorsqu'une restriction de la concurrence s'est produite à l'échelon international, il est possible que des procédures soient menées dans plusieurs États ou dans l'Union européenne et un ou plusieurs États non membres de celle-ci. Même si une seule procédure est ouverte, en Suisse par exemple, elle nécessite éventuellement l'obtention de données se trouvant à l'étranger. Pour autant qu'elle soit permise, la coopération internationale en matière d'application du droit de la concurrence présente un grand intérêt dans ces différentes hypothèses.

La présente contribution porte sur l'entraide administrative interne (II) et internationale (III). Elle met en évidence les développements qui se sont produits ces dernières années en la matière et propose quelques réponses aux questions qui restent en suspens. Elle se termine par un appel au renforcement de l'entraide (IV).

II. Entraide administrative interne

Sur le plan interne, l'entraide administrative est répandue et prend différentes formes. Il existe tout d'abord une obligation d'entraide générale à la charge des collectivités et autres entités publiques, laquelle découle de l'article 44 Cst.; plusieurs normes fédérales rappellent d'ailleurs ce devoir général d'entraide (A). À celui-ci s'ajoutent des normes prévoyant une obligation spéciale d'entraide (B).

A. Entraide générale

En vertu de l'article 41 LCart, « [l]es services de la Confédération et des cantons sont tenus de coopérer aux recherches des autorités en matière de concurrence et de mettre à leur disposition les pièces nécessaires ». La loi sur le marché intérieur contient une règle similaire (art. 8a LMI) et un article entier de la loi sur la surveillance des prix est consacré à la collaboration (art. 5 LSPr). Le cœur de ces articles résulte déjà des principes inscrits à l'article 44 Cst. À notre sens, une entraide informelle

entre autorités, sans que des données personnelles ni des informations confidentielles ne soient échangées, peut se fonder directement sur cette disposition constitutionnelle, sans qu'une base légale spécifique ne soit nécessaire⁹. Cela suppose évidemment qu'aucun droit fondamental ne soit restreint par l'échange, auquel cas les conditions de l'article 36 Cst. trouveraient application¹⁰. À titre d'illustration, une autorité fédérale manquant de connaissances techniques dans le domaine des télécommunications devrait pouvoir solliciter des informations auprès de l'Office fédéral de la communication, même en l'absence d'une base légale expresse.

Une autorité telle que la Commission de la concurrence bénéficie de l'entraide dans certains cas et la fournit dans d'autres. L'ampleur de l'obligation d'entraide est déterminée au cas par cas, notamment en tenant compte des principes de la proportionnalité¹¹ et de la bonne foi.

Le secret de fonction n'est pas opposable à une demande d'entraide fondée, par ex., sur les articles 41 LCart ou 8a LMI. Une autorité ne peut ainsi pas invoquer ce secret pour refuser de coopérer avec la Commission de la concurrence ou de fournir à cette dernière les pièces nécessaires; elle n'est pas non plus autorisée à s'opposer à une demande au motif que les pièces en cause contiennent des secrets d'affaires ou des données personnelles. En effet, la Commission de la concurrence elle-même est tenue de respecter ces secrets (art. 25 LCart) et de protéger la confidentialité de telles données (art. 19 de la loi sur la protection des données¹²). Un recours contre la transmission d'informations contenant des données personnelles conduit, quand il est ouvert et dans la mesure où il est jugé recevable, à ce qu'une protection juridique existe sur ce point précis en matière d'entraide administrative interne¹³, contraire-

9 Voir WALDMANN/KRAEMER, N 28. Sur le principe de la base légale en matière d'entraide administrative interne, voir la contribution d'ÉTIENNE POLTIER dans le présent ouvrage (partie IV.B.1) ainsi que BELLANGER, p. 18 ss.

10 Voir SCHWEIZER, N 33; WALDMANN/KRAEMER, N 28.

11 Voir notamment JAAG/HÄGGI FURRER, N 15.

12 Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD - RS 235.1), en cours de révision.

13 Sur le rôle de la LPD en matière d'entraide administrative interne et sur les voies de droit concernant celle-ci, voir la contribution d'ÉTIENNE POLTIER dans le présent ouvrage (partie IV.B, V.A.3 et V.D).

ment à ce qui résulte de l'Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence¹⁴. Cette situation, en apparence paradoxale, peut s'expliquer par le fait que l'entraide résultant de cet accord est strictement encadrée, notamment par le principe de spécialité (art. 8 dudit accord; art. 42b al. 2 let. c LCart)¹⁵, alors que tel n'est pas le cas de l'entraide interne. Aussi les deux cas de figure ne sont-ils pas pleinement comparables.

Il convient en revanche de réserver les normes comportant un devoir spécial de confidentialité, à l'instar de l'article 16 de la loi sur la Banque nationale¹⁶ préservant le « secret statistique »¹⁷. L'article 40 de la loi sur la surveillance des marchés financiers¹⁸ mérite également une mention dans ce contexte. Il permet à la FINMA de « refuser de communiquer aux autorités de poursuite pénale et à d'autres autorités suisses des informations non accessibles au public ou de leur transmettre des documents » pour certains motifs; parmi ceux-ci figure le risque de « mettre en péril une procédure en cours » ou de « nuire à la surveillance des marchés financiers » (art. 40 let. b LFINMA). La FINMA semble considérer que la relation de confiance qu'elle entretient avec ses assujettis peut s'opposer à l'entraide judiciaire¹⁹ ou, *a fortiori*, administrative

¹⁴ RS 0.251.268.1. Voir *infra* III.C.3.

¹⁵ Voir notamment SCHLAURI, N 19 et 93.

¹⁶ Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (loi sur la Banque nationale, LBN - RS 951.11).

¹⁷ Sur ce point, voir PFPDT, p. 511: « Auf Grundlage der vorgenommen Interessenabwägung sind wir der Auffassung, dass das notenbankrechtliche Statistikgeheimnis gegenüber dem Amtshilfeanspruch der Weko zu schützen ist. Den Ausschlag gibt die eben besprochene Berücksichtigung der privaten Interessen. Während sich das Geheimhaltungsinteresse der SNB und das Informationsinteresse der Weko in etwa die Waage halten, spricht das Interesse der betroffenen Privaten eindeutig für die Position der SNB. ».

¹⁸ Loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA - RS 956.1).

¹⁹ FINMA, p. 3: « L'activité de surveillance ou les rapports de surveillance peuvent par exemple être menacés quand l'assujetti a livré l'information concernée à la FINMA en dehors de ses devoirs de collaborer, de renseigner et de communiquer fixés par la loi (par ex. information protégée par le secret professionnel de l'avocat) ou lorsqu'il a établi une appréciation globale des risques à l'intention de la FINMA. ».

dans certains cas. Cette relation ne saurait pour autant faire obstacle à toute entraide; une mise en balance des intérêts en présence est requise dans chaque cas.

La simple existence d'une norme de ce genre ne fait pas tomber l'obligation d'entraide. Chaque norme doit être interprétée selon les critères usuels d'interprétation, notamment en déterminant son but et en se demandant si l'entraide risque d'entraver la tâche en jeu.

Enfin, la protection de données personnelles ou de secrets d'affaires est susceptible de s'opposer à la transmission de données ou d'informations. L'article 19 LPD régit la communication de données personnelles par des organes fédéraux, y compris dans les situations relevant de l'entraide administrative interne. Une pesée des intérêts doit être effectuée dans chaque cas. La Commission de la concurrence accorde une protection étendue aux tiers et aux entreprises s'étant auto-dénoncées (art. 49a al. 2 LCart) qui sont parties à une procédure devant elle; en revanche, les autres parties à la procédure bénéficient d'une protection moins étendue. Cette différence de traitement entre les tiers et les parties à la procédure a été reprise par le Tribunal administratif fédéral²⁰, qui a toutefois laissé ouverte la question de savoir de quelle manière il convenait de traiter les entreprises bénéficiant de la disposition précitée de la loi sur les cartels²¹. Si la protection des entreprises s'étant auto-dénoncées ne va – il est vrai – pas de soi, elle s'explique toutefois par la volonté de préserver l'incitation à s'auto-dénoncer. Elle n'est pas pour autant absolue, si bien qu'une mise en balance des intérêts en présence se justifie dans chaque cas.

B. Entraide spéciale

La législation met parfois en place une entraide renforcée ou spéciale qui va au-delà de l'obligation générale que nous venons de présenter. En matière de droit de la concurrence, les interactions entre les autorités de la concurrence et le Surveillant des prix sont innombrables et sont facilitées par le fait que les premières peuvent communiquer au second « toutes les données nécessaires à l'accomplissement de sa tâche » (art. 25 al. 3 LCart). L'entraide entre les deux autorités est du reste

²⁰ ATAF 2016/22 du 23 août 2016, c. 12.4.1-2.

²¹ ATAF 2016/22 du 23 août 2016, c. 12.4.3.

indispensable pour assurer une répartition pragmatique des tâches entre ces deux autorités. Le droit applicable manque en effet de clarté. D'une part, les procédures fondées sur la LCart «en vue de l'appréciation des restrictions à la concurrence priment les procédures prévues par la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix, sauf décision contraire prise d'un commun accord par la Commission de la concurrence et le Surveillant des prix» (art. 3 al. 3 LCart). D'autre part, «[l]'examen du caractère abusif des prix convenus ou de ceux d'entreprises puissantes sur le marché est réservé au Surveillant des prix» (art. 16 al. 2 LSPr). L'action de celui-ci porte, en d'autres termes, sur les conséquences de certaines restrictions de la concurrence.

Dans un tel contexte normatif, des échanges et de l'entraide entre les deux autorités concernées dépendent la mise en œuvre effective de la législation fédérale et l'utilisation appropriée des ressources²². L'entraide administrative ainsi qu'une approche pragmatique de la part des deux autorités pallient, en quelque sorte, les carences législatives. Celles-ci montrent peut-être aussi qu'une fusion des deux autorités représente une piste à étudier, sachant que l'article 96 Cst. ne l'empêche pas²³. Dans cette optique, une forme d'entraide très dense est sinon une anti-chambre d'une fusion institutionnelle, du moins une invitation à s'interroger sur l'adéquation de l'architecture institutionnelle avec les tâches en jeu. Néanmoins, la surveillance des prix, telle qu'elle est conçue par la loi précitée, ne fait en principe pas partie des tâches d'une autorité de la concurrence. Dans cette optique, une fusion pourrait générer une grande incompréhension, sur le plan international notamment, quant aux fonctions assumées par la Commission de la concurrence.

Les autorités de la concurrence entretiennent souvent des relations nourries avec les autorités en charge du vaste domaine de la communication. La Suisse ne fait pas exception sur ce point. La loi sur les télécommunications²⁴ prévoit la consultation de la Commission de la concurrence respectivement par l'Office fédéral de la communication et la Commission de la communication en cas de litiges en matière d'accès aux

22 Voir notamment MARTENET/HEINEMANN, p. 134 s. et les références.

23 Voir notamment JACOBS, N 45, qui considère qu'un tel transfert serait souhaitable; UHLMANN, N 26.

24 Loi fédérale du 30 avril 1997 sur les télécommunications (LTC - RS 784.10).

ressources et services des fournisseurs occupant une position dominante (art. 11a al. 2 LTC) ou d'octroi d'une concession de radiocommunication (art. 23 al. 4 LTC). Le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) est, quant à lui, tenu de consulter la Commission de la concurrence dans le cadre de la procédure visant à l'adoption de mesures contre la mise en péril de la diversité de l'offre et des opinions (art. 74-75 de la loi sur la radio et la télévision²⁵). La consultation porte sur l'existence ou non d'une position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart (art. 74 al. 2 LRTV).

Dans ces différents cas, il s'avère très difficile de tracer une limite précise entre l'obligation de coordination et celle d'entraide²⁶. Une obligation de consulter, telle qu'elle figure aux articles 11a alinéa 2 LTC et 74 alinéa 2 LRTV, laisse plutôt penser que l'on est en présence d'une règle régissant la coordination des actes de deux ou plusieurs autorités dans une procédure complexe. Une faculté de consulter, telle qu'elle apparaît à l'article 23 alinéa 4 LTC, correspond plutôt à une forme d'entraide administrative. Dans ce contexte à tout le moins, la distinction conceptuelle entre la coordination et l'entraide paraît dépourvue de conséquences juridiques. En revanche, il va de soi que la violation d'une obligation de consulter, lorsqu'elle existe en vertu du droit applicable, n'équivaut pas au fait de ne pas utiliser une simple faculté prévue par une loi.

III. Entraide administrative internationale

L'entraide administrative internationale gagne en importance en droit de la concurrence également, notamment en raison de l'accroissement de l'« interdépendance économique internationale », entraînant une augmentation des affaires nécessitant une coopération internationale, de l'augmentation du nombre de pays qui appliquent des règles en matière de droit de la concurrence et du développement des activités des autorités de la concurrence²⁷. Elle s'explique, en bonne partie, par l'application du principe des effets par de nombreux États ainsi que par l'Union européenne (A) et revêt une intensité variable (B). L'Accord de coopéra-

²⁵ Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision (LRTV - RS 784.40).

²⁶ Sur cette distinction et d'autres délimitations, voir la contribution d'ÉTIENNE POLTIER dans le présent ouvrage (partie III.C).

²⁷ OCDE (2014a) p. 21 ss.

tion entre l'Union européenne et la Suisse représente une forme particulièrement aboutie d'entraide dans ce domaine (C).

A. Principe des effets et enjeux en matière d'entraide

La loi sur les cartels est basée sur le principe des effets, puisqu'elle « est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger » (art. 2 al. 2 LCart). Le Tribunal fédéral considère, à cet égard, qu'il n'est pas nécessaire d'établir que les effets ont atteint une certaine intensité dans un cas concret²⁸. La loi sur le droit international privé²⁹ retient également ce principe s'agissant du droit applicable aux prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale (art. 136 LDIP) ou sur une entrave à la concurrence (art. 137 LDIP).

Le principe des effets implique, spécialement pour le droit de la concurrence *stricto sensu*, que des procédures portant sur le même accord ou comportement ou encore sur la même opération de concentration se déroulent parfois en parallèle dans plusieurs États ou dans l'Union européenne et un ou plusieurs États non membres de celle-ci. Il n'explique cependant pas à lui seul l'importance de la coopération dans le domaine du droit de la concurrence. S'y ajoute une « communauté de vues [qui] repose sur une compréhension commune du droit et de l'économie de la concurrence et de leur rôle important dans le développement des relations de coopération entre les pays »³⁰.

L'existence de procédures parallèles portant sur une restriction de la concurrence produisant des effets dans plusieurs États soulève au moins trois enjeux fondamentaux. La liste qui suit n'est aucunement exhaustive; d'autres formes de coopération entrent aussi en ligne de compte, telles que l'obtention, pour le compte d'une autre autorité de la concurrence, de dispenses de confidentialité auprès des parties (*waivers*) ou la reconnaissance mutuelle des peines d'amende ou de prison³¹.

²⁸ ATF 143/2016 II 297, c. 3 et 8.

²⁹ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP - RS 291).

³⁰ OCDE (2014a), p. 30.

³¹ OCDE (2014a), p. 48.

Tout d'abord, il peut se justifier de coordonner formellement ces procédures, en particulier lorsque des perquisitions sont prévues par plus d'une autorité de la concurrence. Cette coordination tend notamment à prévenir la destruction des preuves³². Le Conseil de l'OCDE recommande que les enquêtes ou procédures portant sur des affaires de concurrence soient coordonnées lorsque les « autorités de la concurrence estiment qu'il serait dans leur intérêt de le faire »³³.

Ensuite, les preuves recueillies dans un État ou dans l'Union européenne sont susceptibles de présenter un intérêt dans les autres procédures³⁴. Un échange d'informations confidentielles entre alors en ligne de compte, si le droit applicable le permet. Le Conseil de l'OCDE recommande de le permettre, « lorsque cela est approprié et possible », dans le cadre d'enquêtes ou procédures portant sur des affaires de concurrence³⁵. La nature de cette entraide demeure administrative car les autorités de la concurrence relèvent en principe du pouvoir exécutif au sens large.

Enfin, l'application parallèle de règles entretenant une proximité matérielle soulève la question de la coordination matérielle. Celle-ci est directe lorsqu'elle se produit dans le cadre de procédures en cours en vue de parvenir à des décisions concordantes. Elle est indirecte lorsque les autorités de la concurrence élaborent en commun des *best practices* ou s'influencent réciproquement, voire lorsque l'une ou certaines d'entre elles influencent tout ou partie des autres.

B. Intensité variable de l'entraide

La coopération internationale dans le domaine du droit de la concurrence peut se limiter à des échanges informels et à l'établissement de *best practices*. Parler alors d'entraide administrative paraît exagéré de prime abord, même s'il s'agit bel et bien d'une forme d'entraide entre autorités administratives.

Une telle coopération se produit de manière bilatérale ou multilatérale dans le cadre notamment de la Conférence des Nations Unies sur le

³² OCDE (2014a), p. 48.

³³ OCDE (2014b), p. 5.

³⁴ OCDE (2014a), p. 48.

³⁵ OCDE (2014b), p. 5 s.

commerce et le développement (CNUCED), de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou du Réseau international de la concurrence (*International Competition Network, ICN*). Ce dernier « sert à partager des expériences et à échanger des points de vue sur des questions de concurrence liées à la mondialisation de plus en plus poussée de l'économie, ainsi qu'à favoriser la diffusion d'expériences et de meilleures pratiques dans ce domaine, à faire connaître le rôle de défenseur de la concurrence que peuvent jouer les autorités antitrust et à faciliter la coopération internationale »³⁶. Le Conseil de l'OCDE appelle, pour sa part, à une « coopération internationale efficace »³⁷.

Lorsque des autorités de la concurrence doivent échanger des informations concernant des procédures se déroulant en parallèle, elles se basent souvent sur des *waivers* signés par les parties. Dans le cadre du contrôle des concentrations, une telle façon de procéder est fréquente. Lorsqu'une enquête concerne un accord potentiellement illicite ou un éventuel abus de position dominante, seules les entreprises qui ont décidé de coopérer pleinement avec les autorités sont généralement disposées à signer de tels *waivers*.

En l'absence de *waivers*, l'échange d'informations confidentielles et la coordination des procédures entre différentes autorités ne sont pas autorisés, à moins qu'une base conventionnelle ou légale ne les permettent. Ce constat amène les autorités de la concurrence à souhaiter la conclusion d'accords de coopération en matière d'application du droit de la concurrence. Les accords de première génération ne permettent pas l'échange d'informations confidentielles sans *waivers*, contrairement à ceux de la seconde génération. Pour l'instant, il n'existe qu'un seul accord de ce type-ci, celui entre la Confédération suisse et l'Union européenne dont il sera question plus avant.

Enfin, le niveau de coopération et d'entraide le plus élevé est atteint dans l'Union européenne, par le biais du Réseau européen de la concurrence (*European Competition Network, ECN*). Au sein de celui-ci, la

³⁶ Glossaire établi par la revue *Concurrences* (<https://www.concurrences.com/fr/glossaire-des-termes-de-concurrence/reseau-international-de-la-concurrence-ric>, dernière consultation le 2 octobre 2018).

³⁷ OCDE (2014b), p. 3.

Commission européenne et les autorités nationales de la concurrence – généralement des autorités administratives indépendantes ou des entités comparables – collaborent de manière étroite et s’informent mutuellement. Ce réseau possède des vertus intégratrices et permet la coopération entre les autorités, leur consultation réciproque, la répartition des affaires ainsi que l’échange d’informations confidentielles entre elles³⁸. Il cherche à marier efficacité, homogénéité et, dans une certaine mesure, décentralisation, tout en augmentant les chances de convergence des pratiques de ces autorités³⁹. Il prévoit même, par le biais d’un comité consultatif, des interactions entre la Commission européenne et les autorités nationales de la concurrence lors de la prise de décisions⁴⁰, dans un souci d’harmonisation des pratiques et même des ordres juridiques⁴¹, ainsi que des interactions entre la première, les secondes et les juridictions nationales⁴², ce qui est cependant nettement plus délicat du point de vue de l’indépendance de la justice. Sur ce dernier point, on observera toutefois que la coopération entre la Commission européenne et les juridictions nationales est plutôt limitée et que le règlement 1/2013 ne restreint pas l’indépendance de ces dernières⁴³. Même s’il est perfectible, notamment quant à la transparence de certains aspects de son fonctionnement⁴⁴ ou au manque de convergence institutionnelle, procédurale et matérielle entre ses membres⁴⁵, et reste dominé par la direction

³⁸ Voir les ch. 15-18 du préambule ainsi que les art. 11 ss du règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du traité [art. 101 et 102 TFUE aujourd’hui] (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1); voir aussi la communication 2004/C 101/03 de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de la concurrence (JO C 101 du 27.4.2004, p. 43) ainsi que la déclaration commune du Conseil et de la Commission sur le fonctionnement du réseau des autorités de la concurrence.

³⁹ Sur ce dernier point, voir WISH/BAILEY, p. 299 s.

⁴⁰ Art. 14 du règlement 1/2003.

⁴¹ KURT LENNART RITTER in: IMMENGA/MESTMÄCKER, N 2 ad Art. 14 VO (EG) 1/2003; IDOUX, p. 294.

⁴² Art. 15 et 16 du règlement 1/2003.

⁴³ Voir PETIT, *Concurrence*, p. 642 ss; SZYDŁO, p. 947 s., qui cite les art. 14 à 16 du règlement 1/2003 en exemple susceptible de faire école dans le domaine de la régulation économique.

⁴⁴ Voir notamment CENGİZ, p. 674 ss.

⁴⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, p. 10 s., nos 30-34. Sur ce point, la Commission européenne propose désormais au Parlement européen et au Conseil d’adopter

générale de la concurrence (DG Concurrence) de la Commission européenne⁴⁶, ce réseau est, à juste titre, généralement considéré comme un succès⁴⁷. Il génère du reste des liens, voire une interdépendance sur les plans tant horizontal que vertical⁴⁸.

C. Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne

L'Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (ci-après l'Accord) a été conclu le 17 mai 2013 et est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2014. Il convient de le présenter brièvement ici (1), en mettant ensuite l'accent sur l'échange d'informations confidentielles (2) et le mécanisme prévu par l'article 42*b* LCart (3).

1. Présentation générale

L'Accord⁴⁹ prévoit tout d'abord des obligations de notification à la charge de la Commission européenne et de la Commission de la concurrence (art. 3) et permet la coordination des mesures d'application, notamment les perquisitions (art. 4). Il contient en outre des règles relatives à la prévention des conflits (courtoisie passive) et à la courtoisie active (art. 5 et 6).

Le cœur de l'Accord est formé par les articles 7 à 9 de celui-ci, relatifs respectivement aux échanges d'informations, à l'utilisation ainsi qu'à la protection et à la confidentialité de celles-ci. L'innovation principale qui résulte de l'Accord se trouve à l'article 7 paragraphe 4 de celui-ci, en ce sens que l'échange d'informations est possible sans l'accord des entreprises qui les ont fournies.

une directive visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur (proposition du 22 mars 2017, COM[2017] 142 final, en cours de discussion au sein du Conseil).

⁴⁶ Voir notamment SMITH, p. 306; MONTI, p. 203 s.

⁴⁷ Voir notamment IDOT, p. 791 ss et les nombreuses références.

⁴⁸ Voir DUBOS, p. 147; MONTI, p. 198 ss.

⁴⁹ Pour une présentation plus détaillée du contenu de l'Accord, voir DUCREY (2013a), N 14 ss; SCHLAURI, N 49 ss; COMMISSION DE LA CONCURRENCE, p. 36 ss. En anglais, voir DUCREY (2013b), p. 439 ss.

Enfin, l'Accord permet à la Commission européenne d'informer les autorités de concurrence des États membres et de l'Autorité de surveillance AELE (art. 10) et prévoit que les parties se consultent (art. 11) et communiquent entre elles (art. 12).

En revanche, l'Accord ne crée aucune institution commune et n'implique aucune harmonisation du droit matériel, contrairement à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et l'Union européenne – Communauté européenne à l'époque – sur le transport aérien⁵⁰. D'ailleurs, son art. 14 indique expressément qu'aucun élément de l'Accord « n'est interprété de manière à porter préjudice à la formulation ou à l'application du droit de la concurrence de l'une ou l'autre Partie ». Il n'en demeure pas moins que le droit européen et le droit suisse de la concurrence sont proches l'un de l'autre sur le plan matériel. Du reste, le préambule de l'Accord met en exergue le fait que « les systèmes d'application des règles de la concurrence de la Suisse et de l'Union reposent sur les mêmes principes et prévoient des règles similaires »⁵¹.

2. *Échange d'informations confidentielles*

L'Union européenne et la Suisse ont fait œuvre de pionnières en parvenant à un accord sur l'échange, l'utilisation, la protection et la confidentialité des informations en lien avec l'application du droit de la concurrence. L'échange d'informations entre autorités, tel que prévu par l'Accord, tend à améliorer la mise en œuvre et, conséquemment, l'effectivité de ce droit.

L'Accord met en place une « cascade » à trois niveaux. En premier lieu, la Commission européenne – sa Direction générale de la concurrence est en réalité visée – et la Commission de la concurrence, y compris son Secrétariat, « peuvent discuter de toute information, y compris celles obtenues au cours de la procédure d'enquête, si cela s'avère nécessaire pour assurer la coopération et la coordination prévues par le présent Accord » (art. 7 par. 2).

En deuxième lieu, la Commission européenne et la Commission de la concurrence sont habilitées à se transmettre des « informations en leur

⁵⁰ RS 0.748.127.192.68. Voir spécialement les art. 8 à 14 de cet accord.

⁵¹ Sur l'importance de ce passage, voir DUCREY (2013a), N 16.

possession lorsque l'entreprise qui les a fournies a donné expressément son consentement par écrit » (art. 7 par. 3, 1^{re} phrase). Cette faculté correspond au système éprouvé des *waivers* dont il a été question plus haut.

En troisième lieu, l'Accord permet l'échange d'informations confidentielles sans le consentement de l'entreprise qui les a fournies (art. 7 par. 4). Des conditions strictes encadrent néanmoins la transmission d'informations entre la Commission européenne et la Commission de la concurrence, étant noté que l'Accord ne les contraint aucunement de procéder à un échange mais leur en donne simplement la faculté (art. 7 par. 5). Premièrement, « les informations obtenues au cours de la procédure d'enquête ne peuvent être transmises que si les deux autorités de concurrence enquêtent sur un comportement ou une opération identique ou connexe » (let. a). Il s'agit en particulier d'éviter les *fishing expeditions*⁵². Deuxièmement, « la demande de telles informations s'effectue par écrit et inclut une description générale de l'objet et de la nature de l'enquête ou de la procédure sur laquelle porte la demande, ainsi que les dispositions légales spécifiques concernées » ; elle « identifie aussi les entreprises faisant l'objet de l'enquête ou de la procédure dont l'identité est disponible au moment de la demande » (let. b). Troisièmement, « l'autorité de concurrence requise détermine, en concertation avec l'autorité de concurrence requérante, quelles sont les informations pertinentes en sa possession qui peuvent être transmises » (let. c).

L'Accord fixe d'autres limites. Deux méritent une mention particulière. La transmission d'informations obtenues en vertu des procédures de clémence et de transaction n'est autorisée que si l'entreprise qui les a fournies y consent expressément par écrit (art. 7 par. 6). Cette règle protège le programme de clémence au sens de l'article 49a alinéa 2 LCart. Elle cherche, en d'autres termes, à préserver l'attractivité de cette procédure et la confiance entre les autorités de la concurrence et les entreprises, c'est-à-dire à éviter de dissuader ces dernières de s'auto-dénoncer et de coopérer pleinement avec les autorités de la concurrence⁵³. Par ailleurs, l'échange d'informations est prohibé lorsque l'utilisation de celles-ci est interdite par des garanties de procédure telles que le droit de ne pas s'auto-incriminer (art. 7 par. 7). Cette dernière restriction montre que

⁵² Voir notamment DUCREY (2013a), N 37.

⁵³ Voir notamment DUCREY (2013a), N 39.

l'Accord tient compte des droits procéduraux des parties dans les procédures fondées sur le droit de la concurrence⁵⁴.

Enfin, l'utilisation des informations échangées est elle-même strictement encadrée par l'Accord. Ces informations ne peuvent ainsi être utilisées que pour l'application du droit de la concurrence par l'autorité de la concurrence destinataire (art. 8 par. 1); si l'entreprise qui les a fournies ne consent pas à l'échange, l'utilisation par l'autorité destinataire est limitée au but de la demande (art. 8 par. 3). En outre, elle suppose une identité ou une connexité des comportements ou opérations qu'examinent tant l'autorité émettrice que l'autorité destinataire (art. 8 par. 2).

Les contacts entre la Direction générale de la concurrence au sein de la Commission européenne et le Secrétariat de la Commission de la concurrence sont en pratique très nourris. Pourtant, l'article 7 paragraphe 4 de l'Accord n'a jamais été invoqué en pratique. Cela ne démontre aucunement son inutilité, mais indique peut-être que cette disposition produit un certain effet préventif. En effet, les entreprises savent qu'une information obtenue par une autorité risque de parvenir à l'autre. Aussi sont-elles incitées à coopérer et à procéder elles-mêmes à la transmission.

3. *Mécanisme prévu par l'article 42b de la loi sur les cartels*

L'article 42b LCart reprend largement les principes sur lesquels repose l'Accord lui-même. La communication de données à une autorité étrangère en matière de concurrence suppose qu'un accord international, une loi ou le consentement des entreprises concernées la permette (al. 1). La transmission d'informations confidentielles, notamment des secrets d'affaires, sur la base d'un accord international n'est autorisée que lorsque « a. les pratiques faisant l'objet d'une enquête dans l'État destinataire sont également illicites selon le droit suisse; b. les deux autorités en matière de concurrence enquêtent sur des pratiques ou actes juridiques identiques ou connexes; c. les données sont utilisées par l'autorité étrangère uniquement en vue de l'application des dispositions du droit des cartels et à titre de moyens de preuve en ce qui concerne l'objet de l'enquête auquel se rapporte sa requête; d. les données ne sont pas utilisées dans le cadre d'une procédure pénale ou civile; e. les droits des parties et le secret de fonction sont garantis dans le droit de procédure

⁵⁴ Voir notamment SCHLAURI, N 86.

étranger; et f. les données confidentielles ne sont pas communiquées à l'autorité étrangère dans le cadre d'un accord amiable (art. 29) ou de la coopération à la mise au jour et à la suppression d'une restriction à la concurrence (art. 49a, al. 2) » (al. 2)⁵⁵. Ces conditions sont cumulatives. Enfin, les autorités en matière de concurrence sont tenues d'informer les entreprises concernées et de les inviter à prendre position avant de transmettre les données à une autorité étrangère (al. 3).

Une question particulièrement délicate porte sur l'éventuelle possibilité de recourir contre la transmission d'une information par la Commission de la concurrence à la Commission européenne. L'Union européenne et la Suisse ont exclu cette éventualité lors des négociations et l'Accord ne prévoit aucune voie de droit⁵⁶.

L'Assemblée fédérale a élaboré une solution de compromis à l'article 42b LCart. Une information préalable des entreprises est prévue et celles-ci ont la possibilité de prendre position avant le transfert. En revanche, aucune voie de recours n'est ouverte en vue de contester le transfert. Un recours irait à l'encontre de l'objectif d'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence, qui est au cœur de l'Accord et qui est d'ailleurs expressément mentionné dans le préambule et à l'article 1 de celui-ci. Les débats relatifs à l'article 42b LCart sont particulièrement clairs à cet égard:

« Das Kooperationsabkommen zielt darauf ab, dass grenzüberschreitende wettbewerbswidrige Verhaltensweisen wirksam – wirksam! – bekämpft werden können. Ein Rechtsmittel gegen die Übermittlung als solche würde das Funktionieren und den Nutzen des Informationsaustausches erheblich beeinträchtigen oder gar zunichtemachen. Ich will hier auch unmissverständlich klarmachen, dass die betreffenden Unternehmungen ohne Beschwerderecht bei der Informationsübermittlung ihre Interessen wahren können, denn in unserem Verfahrensrecht

55 Sur ces conditions, voir SCHLAURI, N 14 ss.

56 CONSEIL FÉDÉRAL, p. 3490: « La transmission par la COMCO d'informations déjà en sa possession à la Commission européenne, ou inversement, ne constitue pas une décision et n'est donc pas sujette à recours. Les entreprises concernées seront informées de la transmission des informations conformément à la législation sur la protection des données. Dans un domaine tel que le droit des cartels, l'efficacité des mesures d'application requiert un échange rapide et efficace, et une procédure de recours pouvant durer plusieurs mois reviendrait à vider l'accord de sa substance. ».

besteht ein Rechtsschutz bei der Beschaffung von Informationen. So können sich die Unternehmen zum Beispiel bei Hausdurchsuchungen gegen die Beschlagnahme von Beweismitteln wehren. Dasselbe gilt bei der Verwendung der Informationen, auch dort besteht ein Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Möglichkeit einer Beschwerde gegen den Entscheid ist also gegeben.»⁵⁷

Ces propos n'ont été démentis ou nuancés par aucun parlementaire⁵⁸. Un droit de recours ne découle dès lors ni de l'Accord ni de la loi sur les cartels. Au contraire, aucun de ces textes ne permet en réalité d'ouvrir une voie de recours⁵⁹.

Ni la Cour européenne des droits de l'homme ni le Tribunal fédéral n'interprètent l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁰ ou l'article 13 combiné avec l'article 8 CEDH comme conférant un droit de recours contre la seule transmission d'une information entre deux autorités non judiciaires. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁶¹ n'a pas encore influencé les juges de Strasbourg sur ce point⁶². Au demeurant, on rappellera qu'une voie de droit existe en principe aussi bien lorsqu'une information est collectée⁶³ que lorsqu'elle est utilisée par l'autorité destinataire de l'échange⁶⁴. En tenant compte également de l'article 42*b* LCart et de la nécessité de procéder à une appréciation *in globo* de l'équité d'une procédure⁶⁵, il semble que le mécanisme en place pourrait être jugé compatible avec

⁵⁷ BO 2014 CN 1004 (JOHANN SCHNEIDER-AMMANN, Conseiller fédéral).

⁵⁸ Voir BO 2014 CE 449 s.; BO 2014 CN 1004 s.

⁵⁹ S'agissant de l'Accord, voir DUCREY (2013a), N 41.

⁶⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101).

⁶¹ ACJUE *Berlioz Investment Fund SA c. Directeur de l'administration des contributions directes*, du 16 mai 2017, C-682/15. Sur ce point, voir la contribution de STEPHAN BREITENMOSER dans le présent ouvrage (partie III.B).

⁶² Voir, dans une optique générale, la contribution de STEPHAN BREITENMOSER dans le présent ouvrage (parties IV.B et V), qui plaide en faveur d'une « protection juridique efficace ».

⁶³ CONSEIL FÉDÉRAL, p. 3490 s. S'agissant des perquisitions, voir TSCHUDIN, p. 333.

⁶⁴ BO 2014 CE 449 s. (PIRMIN BISCHOF, rapporteur).

⁶⁵ Voir, par ex., ACEDH *Zubac c. Croatie*, du 5 avril 2018 (GC), n° 40160/12, § 82. Voir en outre COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (2014) N 167, 179 et 278-9 ainsi que (2018) N 51, 128, 241, 246, 274, 303 & 350.

l'article 6 CEDH, si l'application de celui-ci à la transmission d'informations selon l'Accord était un jour admise. L'article 29a Cst. s'inscrit, à certains égards, dans une même perspective, puisqu'il ne confère aucun droit de contester chaque acte d'une autorité dans le cadre d'une procédure⁶⁶.

Enfin, l'article 25a PA présente un certain intérêt dans le cadre de la problématique examinée ici. La transmission d'informations représente *a priori* un acte matériel⁶⁷. Si l'article 25a alinéa 2 PA prévoit que l'autorité statue par décision lorsque la licéité d'un acte est litigieuse, il ne saurait permettre aux entreprises d'obtenir systématiquement une décision⁶⁸ avant qu'une information ne soit transmise par la Commission de la concurrence à la Commission européenne. À défaut, le système mis en place par l'Accord et l'article 42b LCart serait dénaturé⁶⁹. En d'autres termes, ce dernier doit largement être considéré comme une norme spéciale par rapport à la norme générale que constitue l'article 25a PA⁷⁰, sans exclure pour autant de manière absolue que cet article-ci s'applique dans des situations très particulières laissant apparaître une protection juridique insuffisante⁷¹. Dans une telle hypothèse, il faudrait au moins admettre que la Commission de la concurrence puisse en principe retirer préalablement l'effet suspensif à un éventuel moyen de droit, conformément à l'article 39 lettre c PA. Le retrait de cet effet implique de procéder à une mise en balance de tous les intérêts en présence⁷²; or l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence, voulue par le législateur

66 Voir notamment WALDMANN, N 16 et les références.

67 Voir SCHLAURI, N 39. Sur ce point, voir en outre, dans une optique générale, la contribution d'ÉTIENNE POLTIER dans le présent ouvrage (partie V.D.3).

68 Sur cette problématique, voir, dans une perspective plus large, MOOR/POLTIER, p. 39 ss et les références.

69 Voir, dans une optique générale, ATF 140/2013 II 315, c. 3.1 et les références: « Der Anspruch auf eine Verfügung nach Art. 25a VwVG besteht nicht, wenn die Gesetzgebung den Rechtsschutz gegenüber dem Realakt bewusst ausgeschlossen hat. Auch entfällt das schutzwürdige Interesse dort, wo genügender Rechtsschutz auf andere Weise möglich ist [...]. ».

70 Voir également SCHLAURI, N 40-43. Dans une perspective plus large, voir HÄNER, N 56 et les références: « Die Gerichtspraxis schliesst die Anwendung von Art. 25a VwVG dann aus, wenn der Bundesgesetzgeber den Rechtsschutz gegen Tathandlungen ausdrücklich ausgeschlossen hat [...]. ».

71 Comp. SCHLAURI, N 43.

72 Voir notamment GÄCHTER/EGLI, N 28; KIENER, N 17; SEILER, N 96.

fédéral et résultant d'un engagement international de la Suisse approuvé par l'Assemblée fédérale et exposé au référendum facultatif⁷³, pèse d'un poids particulier. En d'autres termes, une telle solution réalise en effet un équilibre minimal entre, d'une part, l'Accord ainsi que l'article 42b LCart et, d'autre part, l'article 25a PA. Il est parfois soutenu, de manière peu convaincante cependant, que l'ouverture d'une voie de droit se justifierait lorsqu'une entreprise répond, par exemple, à un questionnaire ou fournit des renseignements oralement⁷⁴. Une protection suffisante existe toutefois dans ce cas⁷⁵ puisque cette entreprise peut refuser de répondre en s'appuyant sur le droit de ne pas s'auto-incriminer garanti expressément par l'article 14 paragraphe 3 lettre g du Pacte relatif aux droits civils et politiques⁷⁶ et implicitement par l'article 6 CEDH. En effet, une contrainte ou des pressions de la part des autorités de la concurrence violeraient, en règle générale, ces articles⁷⁷.

IV. Conclusion

L'entraide administrative interne et internationale est indispensable à une mise en œuvre efficace du droit de la concurrence. Pour autant, l'efficacité ne permet aucunement de s'affranchir des garanties de procédure, mais doit rimer avec équité. Lorsque tel est le cas, les différents intérêts en jeu, y compris ceux des entreprises parties à une procédure fondée sur le droit de la concurrence et ceux des consommateurs, sont équitablement pris en compte.

Les expériences résultant de l'Accord entre l'Union européenne et la Suisse sont nettement positives et ont permis de dissiper les craintes qui avaient été émises avant sa conclusion et, ensuite, avant son approbation par l'Assemblée fédérale. Les contacts sont très réguliers et ont lieu entre les personnes menant des enquêtes à Berne et à Bruxelles; ils per-

⁷³ L'Accord n'a fait l'objet d'aucun vote populaire, faute de demande de référendum.

⁷⁴ TSCHUDIN, p. 333.

⁷⁵ Voir également SCHLAURI, N 43, note 48. Sur le critère de la protection suffisante, voir ATF 140/2013 II 315, c. 3.1 et les références.

⁷⁶ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II - RS 0.103.2).

⁷⁷ S'agissant de l'art. 6 CEDH, voir notamment ACEDH *Chambaz c. Suisse*, du 5 avril 2012, n° 11663/04, § 52-58.

mettent un échange non seulement d'informations mais aussi et surtout des connaissances.

La prochaine étape consiste, pour la Suisse, à conclure des accords similaires avec ses pays voisins, notamment avec l'Allemagne et la France. Les raisons à la base de l'Accord avec l'Union européenne sont valables dans ce contexte également. Le développement des procédures civiles et pénales *stricto sensu* dans ces pays génère cependant des interactions nouvelles entre les autorités de la concurrence et les autorités judiciaires. L'entraide administrative conserve toute sa raison d'être, mais elle ne saurait ignorer cette évolution.

Au niveau international, si la coopération entre autorités de la concurrence se renforce à maints égards, elle reste – c'est un euphémisme – perfectible. L'OCDE a dressé la liste de diverses améliorations envisageables⁷⁸ :

1. « Améliorer la coopération bilatérale, par exemple pour permettre l'échange d'informations confidentielles entre les autorités de la concurrence » ;
2. « Élaborer des principes pour les cadres législatifs ou réglementaires qui permettraient l'échange d'informations et comporteraient des mesures de protection juridiques des informations obtenues auprès des autorités de réglementation homologues » ;
3. « Concevoir des formulaires communs pour les dispenses de confidentialité et faire des suggestions afin d'en faciliter l'utilisation » ;
4. « Adopter des instruments multilatéraux pour traiter les besoins les plus urgents dans le domaine de la coopération. Ces instruments pourraient porter par exemple sur la communication d'informations, la notification des fusions ou la convergence des mesures de clémence dans le cadre des enquêtes sur les ententes » ;
5. « Élaborer des normes internationales régissant les principes de courtoisie formelle, par exemple des instruments juridiques définissant les critères à remplir pour demander à une autorité homologue de prendre des mesures d'application de la loi ou pour solliciter son

⁷⁸ OCDE (2014a), p. 55 s.

aide, et précisant les obligations incombant aux autorités participantes en matière de courtoisie » ;

6. « Autoriser les autorités de la concurrence à reconnaître de leur propre initiative les décisions rendues par leurs homologues dans les enquêtes portant sur des affaires transnationales. Un accord pourrait même permettre d'accorder, de manière non contraignante, la préséance à une autorité « chef de file » ;
7. « Parvenir à un accord multilatéral relatif aux échanges d'informations, à la courtoisie et à la préséance accordée à une autre autorité, en s'appuyant sur les pays qui consentent à y adhérer ».

Ce catalogue provoquera peut-être le vertige. Un long chemin reste en tout cas à parcourir en vue de créer une entraide administrative internationale pleinement efficace en matière de droit de la concurrence. Dans cette perspective, l'Accord entre la Suisse et l'Union européenne ne constitue qu'une étape, voire un jalon.

Bibliographie

- BELLANGER FRANÇOIS (2005), « L'entraide administrative en Suisse », in: BELLANGER/TANQUEREL (édit.), *L'entraide administrative*, Genève/Zurich/Bâle, p. 9 ss.
- CENGIZ FIRAT (2010), « Multi-level Governance in Competition Policy: the European Competition Network », *European Law Review* 35(5), p. 660 ss.
- COMMISSION DE LA CONCURRENCE (2014), « Rapport annuel 2013 », *Droit et politique de la concurrence*, p. 21 ss.
- COMMISSION EUROPÉENNE (2014), *Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement no 1/2003: bilan et perspectives*, Rapport au Parlement européen et au Conseil, COM(2014) 453, 9 juillet 2014.
- CONSEIL FÉDÉRAL (2013), « Message du 22 mai 2013 relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence », *FF*, p. 3477 ss.
- COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (2014), *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable (volet civil)*, Bruxelles.
- (2018), *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable (volet civil)*, Bruxelles.
- DUBOS OLIVIER (2012), « Le paradigme du <multi-level governance> est-il soluble dans le droit? », *Revue de l'Union européenne* 556, p. 144 ss.
- DUCREY PATRIK (2013a), « Das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihrer Wettbewerbsrechte », *Jusletter* du 30 septembre 2013.
- DUCREY PATRIK (2013b), « The Agreement between Switzerland and the EU Concerning Cooperation in the Application of their Competition Laws », *Journal of European Competition Law & Practice* 4(5), p. 437 ss.

- FINMA (2015), *Lignes directrices applicables à l'entraide judiciaire avec les autorités pénales suisses*, Berne.
- FRISON-ROCHE MARIE-ANNE, *Dictionnaire bilingue du droit de la régulation et de la compliance*, <http://mafr.fr/fr/glossaire-du-droit-de-la-regulation-et-de-la-compl/> (dernière consultation le 9 octobre 2018).
- GÄCHTER THOMAS/EGLI PHILIPP (2019), « Art. 39 VwVG », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (édit.), *VwVG-Kommentar*, 2^e éd., Zurich/St-Gall.
- HÄNER ISABELLE (2016), « Art. 25a VwVG », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (édit.), *Praxiskommentar VwVG*, 2^e éd., Zurich.
- IDOT LAURENCE (2008), « La mise en réseau des autorités de régulation », *Revue de droit public*, p. 787 ss.
- IDOUX PASCALE (2014), « Régulateurs nationaux et régulateurs européens », *Revue de droit public*, p. 290 ss.
- IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (édit.) (2012), *Wettbewerbsrecht*, vol. 1, 1^{re} partie, *Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 5^e éd., Munich.
- JAAG TOBIAS/HÄGGI FURRER RETO (2016), « Art. 43 VwVG », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (édit.), *Praxiskommentar VwVG*, 2^e éd., Zurich.
- JACOBS RETO (2014), « Art. 96 BV », in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (édit.), *St. Galler Kommentar BV*, 3^e éd., Zurich/St-Gall.
- KIENER REGINA (2019), « Art. 55 VwVG », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (édit.), *VwVG-Kommentar*, 2^e éd., Zurich/St-Gall.
- MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS (2012), *Droit de la concurrence*, Genève/Zurich et Paris.
- MARTENET VINCENT/PICHONNAZ PASCAL (2017), « Introduction générale », in: MARTENET/PICHONNAZ (édit.), *Commentaire romand de la loi contre la concurrence déloyale*, Bâle.
- MONTI GIORGIO (2016), « Independence, Interdependence, and Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities, and

- the European Competition Network », in: RITLENG (édit.), *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union*, Oxford, p. 180 ss.
- MOOR PIERRE/POLTIER ÉTIENNE (2011), *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd., Berne.
- OCDE (2014a), *Défis de la coopération internationale dans la mise en œuvre du droit de la concurrence*, Paris.
- OCDE (2014b), *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant la coopération internationale dans le cadre des enquêtes et procédures portant sur des affaires de concurrence*, Paris.
- PETIT NICOLAS (2018), *Droit européen de la concurrence*, 2^e éd., Paris.
- PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE (PFPDT) (2007), « Stellungnahme vom 3. Juli 2007 zum Verhältnis zwischen dem Amtshilfeanspruch der Weko und dem notenbankrechtlichen Statistikgeheimnis », *Droit et politique de la concurrence*, p. 509 ss.
- SCHLAURI SIMON (2018), « Art. 42b KG », in: ZÄCH et al. (édit.), *KG Kommentar*, Zurich/St-Gall.
- SCHWEIZER RAINER J. (2014), « Art. 44 BV », in: EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (édit.), *St. Galler Kommentar BV*, 3^e éd., Zurich/St-Gall.
- SEILER HANSJÖRG (2016), « Art. 55 VwVG », in: WALDMANN/WEISSENBARGER (édit.), *Praxiskommentar VwVG*, 2^e éd., Zurich.
- SMITH ANDY (2011), « Multijurisdictional Regulation », in: BEVIR (édit.), *The SAGE Handbook of Governance*, Los Angeles, p. 300 ss.
- SZYDŁO MAREK (2014), « Judicial review of decisions made by national regulatory authorities: Towards a more coherent application of EU sector-specific regulation », *International Journal of Constitutional Law* 12, p. 930 ss.
- TSCHUDIN MICHAEL (2016), « Mitwirkungspflicht an der eigenen Sanktionierung », *PJA*, p. 323 ss.
- UHLMANN FELIX (2015), « Art. 96 BV », in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (édit.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Bâle.

WALDMANN BERNHARD (2015), « Art. 29a BV », in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (édit.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Bâle.

WALDMANN BERNHARD/KRAEMER RAPHAEL (2015), « Art. 44 BV », in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (édit.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Bâle.

WISH RICHARD/BAILEY DAVID (2018), *Competition Law*, 9^e éd., Oxford.