

Update

Newsflash Novembre 2014

Entrée en vigueur de l'accord de coopération en matière de concurrence entre la Suisse et l'Union européenne

Le 17 mai 2013, la Suisse et l'Union européenne (« UE ») ont signé un accord de coopération en matière de concurrence (« Accord »). Suite à l'acceptation de l'Accord par le Parlement suisse le 20 juin 2014, le Conseil des ministres de l'UE a donné son accord le 21 octobre 2014. Premier de son genre, cet Accord prévoit l'échange de certaines informations confidentielles entre la Commission de la concurrence (« COMCO » ; y compris son secrétariat) et la Commission européenne, et cela même sans le consentement ou contre la volonté des entreprises concernées.

Premier Accord de « deuxième génération »

La coopération entre la COMCO et la Commission européenne a été jusqu'ici informelle. Avant cet Accord, en l'absence de base légale, le consentement exprès des entreprises concernées (*Waiver*) était nécessaire pour l'échange d'informations confidentielles entre autorités. Les accords dits de « première génération » conclus précédemment par l'UE avec les Etats-Unis, le Canada, le Japon et la Corée du Sud ne permettent pas l'échange d'informations confidentielles sans le consentement des entreprises concernées. L'Accord avec la Suisse est ainsi le premier accord de « deuxième génération », dans le sens qu'il permet un échange d'informations confidentielles entre autorités sans l'accord ou contre la volonté des entreprises concernées. L'objectif de cet Accord est d'instaurer une coopération plus étroite entre la COMCO et la Commission européenne. Les restrictions transfrontalières à la concurrence devraient être plus efficacement combattues par l'amélioration de l'accès aux éléments de preuve, par la suppression des doublons ainsi que par la prise en compte des intérêts mutuels.

Contenu essentiel de l'Accord

L'Accord régit la coopération en cas d'accords illicites, d'abus de position dominante ainsi que de concen-

trations d'entreprise. Une coopération est prévue notamment dans les domaines suivants :

- > **Notification et coordination des mesures d'exécution** : les autorités de concurrence se communiquent mutuellement les mesures d'exécution et coordonnent leurs enquêtes (par exemple s'agissant des perquisitions) ;
- > **Echange et utilisation des informations** : les autorités de concurrence peuvent se communiquer certaines informations sans le consentement des entreprises concernées aux fins de l'application de leurs propres règles de concurrence.

Modification de la LCart

Dans le cadre de la mise en œuvre de l'Accord, un nouvel article 42b LCart a été intégré dans la LCart. Ce nouvel article définit les exigences générales relatives à la divulgation de renseignements à une autorité de concurrence étrangère. Une telle divulgation n'est autorisée que si elle se fonde sur une loi ou sur un accord international, ou si elle repose sur le consentement des entreprises concernées. Les conditions correspondent en grande partie – mais pas totalement – à celles de l'Accord.

Échange d'informations dans le cadre de procédures de clémence et d'accords amiables

L'échange d'informations sans le consentement ou contre la volonté des entreprises concernées n'est autorisé qu'à des conditions strictes. Les autorités de concurrence des parties doivent ainsi enquêter sur des comportements identiques ou connexes. Les autorités de concurrence des parties ne peuvent discuter ou se transmettre des informations obtenues en vertu des procédures de clémence et de transaction (accord amiable). De même, les autorités de concurrence des parties ne peuvent échanger des informations obtenues au cours de la procédure d'enquête si l'utilisation de ces informations viole les droits procéduraux, en particulier les principes de non-incrimination et de protection de la confidentialité des communications entre un avocat et son client. Les autorités de concurrence peuvent mais n'ont pas l'obligation d'échanger les informations.

Utilisation restrictive et protection des personnes physiques

Les informations échangées ne sont utilisées que pour l'application du droit suisse ou européen de la concurrence. En outre, les informations échangées ne sont utilisées par l'autorité de concurrence destinataire que dans le cas de comportements identiques ou connexes. Enfin, les informations transmises ne peuvent être utilisées pour infliger des sanctions à des personnes physiques.

Exclusion de la réglementation

Le droit matériel de la concurrence des parties contractantes ne sera pas affecté par l'Accord. Aucune institution commune ne sera créée. L'Accord ne permet que la coopération entre la COMCO et la Commission européenne. Cependant, la Commission européenne peut informer les autorités de concurrence des Etats membres de l'UE ainsi que l'Autorité de surveillance AELE. Enfin l'Accord ne réglemente pas l'assistance transfrontalière. Les mesures d'enquête pour le compte de l'autorité de concurrence de l'autre partie ne sont pas autorisées. Les autorités de concurrence des parties peuvent demander des mesures de mise en œuvre du droit de la concurrence sur une base volontaire.

Droit de recours et autres questions d'application

L'Accord ne prévoit volontairement pas de droit de recours contre l'échange d'informations. L'article 42b al. 3 LCart prévoit qu'avant de transmettre les données à l'autorité étrangère, les autorités de concurrence informent les entreprises concernées et les invitent à prendre position. Ce-

pendant, la pratique devra déterminer si une telle exclusion anticipée d'une voie de recours contre la transmission d'information est conforme à la Constitution fédérale et à la CEDH. S'agissant de l'article 42b al. 2 LCart, son contenu diffère partiellement de l'Accord. Se posera donc la question de son interprétation et de son rang dans la hiérarchie des normes. Par ailleurs, on peut se demander à partir de quel stade de la procédure un échange d'information peut intervenir. Il manque également une disposition explicite concernant la protection des informations fournies dans les cas d'auto-dénonciation tardive, incomplète ou retirée ainsi qu'en cas d'échec des négociations en vue de la conclusion d'un accord amiable. En outre, la question de l'interdiction d'utilisation d'informations, en tant que preuves illicites, car lesdites informations ont été échangées malgré une violation d'un droit de procédure par une des parties, n'est pas réglementée. Enfin, l'application rétroactive de l'Accord aux enquêtes ouvertes et non terminées avant l'entrée en vigueur de l'Accord ainsi qu'un éventuel droit de consultation du dossier par des tiers lésés en vue d'une action en dommages et intérêts ne sont pas clairs.

Conclusion

L'Accord ainsi que la modification de la LCart entrent en vigueur le 1^{er} décembre 2014. Les entreprises doivent s'adapter face à des autorités de concurrence dont les capacités de détection des entraves à la concurrence s'améliorent et face à un renforcement de la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'accord a également des conséquences importantes pour la pratique juridique, notamment en ce qui concerne la mise en œuvre des procédures de *compliance*, l'utilisation des programmes de bonus / procédures de clémence, la négociation d'accords amiables ainsi que la participation à des mesures d'enquête et à des demandes d'information par les autorités de concurrence.

Nous sommes à votre disposition pour toute question complémentaire que vous pourriez avoir en lien avec ce qui précède.

Contacts

Genève / Lausanne

Benoît Merkt
benoit.merkt@lenzstaehelin.com

Adrien Alberini
adrien.alberini@lenzstaehelin.com

Téléphone + 41 58 450 70 00

Zurich

Marcel Meinhardt
marcel.meinhardt@lenzstaehelin.com

Astrid Waser
astrid.waser@lenzstaehelin.com

Téléphone +41 58 450 80 00

Nos bureaux

Genève

Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 17
Téléphone +41 58 450 70 00
Fax +41 58 450 70 01
geneva@lenzstaehelin.com

Zurich

Bleicherweg 58
CH-8027 Zürich
Téléphone +41 58 450 80 00
Fax +41 58 450 80 01
zurich@lenzstaehelin.com

Lausanne

Avenue du Tribunal-Fédéral 34
CH-1005 Lausanne
Téléphone +41 58 450 70 00
Fax +41 58 450 70 01
lausanne@lenzstaehelin.com

www.lenzstaehelin.com

Avis légal: Le contenu de cet UPDATE Newsflash est de nature générale et ne constitue pas un conseil juridique. Nous nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question spécifique.