

Accord bilatéral de coopération en matière de concurrence entre la Suisse et l'Union européenne : Nouveautés et questions autour de l'échange d'informations confidentielles entre autorités de la concurrence.

Par Dominique Guex, LL.M (Georgetown), avocat (Washington DC, Lausanne)

In 2012, Switzerland and the European Union signed a bilateral Agreement setting the framework for the future cooperation between the European Commission (DG COMP) and the Swiss Competition Commission (COMCO). The Agreement was ratified by the EU Parliament on February 5, 2014 and is expected to be ratified in the coming months by the Swiss Parliament. While this Agreement is a positive step towards a greater and more efficient cooperation between Swiss and European competition authorities, several legal and practical issues remain to be addressed. Indeed, in addition to traditional competition cooperation agreement clauses on positive and negative comity, mutual notification, and coordination of enforcement activities, the Agreement provides for a right to exchange information obtained by investigative process without prior waivers from the parties (so called «second generation» agreement). Such exchange will of course be subject to certain safeguards. Notably, the exchange will be possible only if the two authorities are investigating the same or related conduct or transaction. And they will not be allowed to transmit information obtained under their respective leniency or settlement procedures or that is protected by their respective procedural rights and legal privileges. Further, the information obtained will have to be used for the sole purpose of enforcing that party's competition laws by its competition authority with regard to the same or related conduct or transaction and in ac-

cordance with the purpose defined in the request. Notwithstanding these safeguards, the Agreement carves out a certain number of exceptions. Notably, the information may be disclosed to a Court, to the firms against whom it may be used, or in so far as is necessary for the exercise of the right of access to documents under the laws of the concerned jurisdiction. And the Agreement will authorize DG COMP to disclose information obtained from the COMCO to competition authorities of the EU member states within the framework of the European Competition Network (ECN). Even though the use of such information by competition authorities of the member states will also be subject to strict rules this will probably entail a risk that the EU Commission will not always be able to control its downstream use by and in member states. In such a context, the transmission of confidential information could have far reaching implications for Swiss undertakings and their business secrets. Furthermore, conflicts with other statutes may arise, in particular the banking secrecy and the data protection laws. Therefore, in the apparent absence of a right to appeal against a decision to share information with DG COMP, it will be desirable that the COMCO establishes internal procedures to tackle these issues and allow the concerned undertakings to defend their interests in an appropriate manner before such transmission occurs.

Table des matières

- I. Introduction
- II. Le cloisonnement actuel des procédures ne tient pas compte de l'intégration des économies
- III. L'Accord en bref: Entre reprise de principes internationaux connus et nouveauté en matière d'échange d'informations
- IV. L'échange d'informations confidentielles présentera certains risques pour les parties, raison pour laquelle des garde-fous supplémentaires sont souhaitables
 - 1. Risques liés au transfert d'informations confidentielles
 - 2. Garde-fous envisageables
 - 3. Trois cas particuliers: Secret bancaire, données personnelles et données transmises en vue de la conclusion d'un accord amiable
- V. Conclusions

I. Introduction

L'accord bilatéral de coopération en matière de concurrence signé avec l'Union européenne en 2012 a récemment fait l'objet de débats animés au Parlement.¹ Sur le principe, l'on ne peut nier l'utilité d'un

¹ Le Conseil National a ratifié l'accord à fin septembre 2013, mais le Conseil des Etats ne s'est pas encore prononcé et certains milieux ont cherché à introduire des cautions supplémentaires à cet accord par le biais de la révision en cours de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251). Ladite révision ayant toutefois été, de l'avis général, enterrée par le Conseil National qui a refusé d'entrer en matière au début mars 2014, il semblerait que les deux objets soient en passe d'être à nouveau découplés, moyennant l'introduction d'un article dans la LCart donnant le droit à la

tel accord, permettant aux autorités des deux ordres juridiques de coopérer étroitement en matière de lutte contre les restrictions à la libre concurrence. L'imbrication de l'économie suisse dans celle de l'Union européenne est en effet telle que les deux autorités sont inévitablement confrontées à des pratiques ayant leurs sources et leurs effets de part et d'autre des frontières. Il paraît donc logique et souhaitable de permettre aux deux autorités de coopérer et coordonner leurs efforts, de manière à assurer un déroulement rapide et efficace des procédures et à éviter des résultats contradictoires.² La liste des cas dans lesquels la Commission de la concurrence (Comco) estime avoir été considérablement ralentie et entravée dans son travail d'enquête par l'absence de possibilités de coopérer étroitement avec la Commission européenne – avant tout en échangeant les informations confidentielles obtenues par chacune des deux autorités – s'allonge d'ailleurs lentement mais sûrement.³ Toutefois, la possibilité de transmettre des

informations confidentielles par-delà les frontières soulève des questions légitimes en matière de protection des secrets d'affaires, de protection des données et en raison des risques de « détournement » de ces informations. Après avoir brièvement présenté la situation prévalant à l'heure actuelle et les nouveautés apportées par l'Accord, le présent article examine les risques liés à l'échange d'informations confidentielles, ainsi que les garde-fous possibles afin de maintenir un équilibre entre efficacité des procédures et protection des intérêts des entreprises suisses.

II. Le cloisonnement actuel des procédures ne tient pas compte de l'intégration des économies

Le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après « le Secrétariat ») a des contacts réguliers avec la Direction Générale de la Concurrence à Bruxelles (ci-après « DG COMP »), tant de manière informelle que dans le cadre de la Recommandation de l'OCDE concernant la coopération entre pays membres en matière de lutte contre les pratiques anti-compétitives affectant le commerce international.⁴ L'efficacité et l'utilité de cette coopération souffre néanmoins de l'impossibilité pour les deux autorités d'échanger et d'utiliser des éléments de preuve recueillis dans chacune des deux juridictions et, cas échéant, de pouvoir coordonner leurs actions (comme par exemple des perquisitions).⁵ Du côté Suisse, le cadre légal actuel assujettit les autorités de la concurrence au secret de fonction, limitant l'utilisation des

Comco de coopérer avec des autorités de concurrence étrangères et posant un certain nombre de cautions à la communication d'informations confidentielles (cf. communiqué de presse de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats du 28 mars 2014 (<<http://www.parlament.ch/f/mm/2014/Pages/mm-wak-s-2014-03-28.aspx>>)). Cela pourrait ouvrir la voie à une ratification par le Parlement suisse au cours de la session d'été 2014, avec une entrée en vigueur possible en septembre 2014. Le Parlement européen a, de son côté, ratifié le texte le 5 février 2014.

² Autant la Suisse que l'UE appellent de leurs vœux la conclusion d'un accord de coopération depuis plusieurs années déjà; cf. le Rapport du Département fédéral de l'économie sur l'évaluation de la LCart, pp. 13–15 (<http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/01035/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU0421Z26ln1ae2Izn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdH92gGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-->>); pour l'UE, voir Explanatory Memorandum in relation with the Proposal for a Council Decision on the conclusion of an Agreement between the European Union and the Swiss Confederation concerning cooperation on the application of their competition laws (<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0245:FIN:EN:PDF>>).

³ Notamment les enquêtes sur le fret aérien, les prestataires de transport et logistique internationale, l'actuelle enquête sur la fixation des taux de référence LIBOR, TIBOR et EURIBOR (cf. Message du Conseil fédéral 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 2013 3477, p. 3480). Voir aussi *Ducrey*, The Agreement between Switzerland and the EU Concerning Cooperation in the Application of their Competition Laws, in: *Journal of Eu-*

ropean Competition Law and Practice, 2013, Vol. 4, No 5, p. 438. L'on peut certainement y rajouter l'enquête sur le marché des devises (Forex) ouverte le 31 mars 2014 par la Comco contre quatre banques suisses et quatre instituts anglo-saxons (cf. <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=52475>>).

⁴ « Recommandation 1995 », disponible à <<http://www.oecd.org/daf/competition/21570317.pdf>>. Cf. aussi OCDE, Renforcement de la coopération internationale dans les affaires d'ententes, Contribution de la Suisse, 19 novembre 2011, DAF/COMP/GF/WD(2012)15.

⁵ En tous les cas en matière de lutte contre les cartels et les abus de position dominante. Dans le domaine du contrôle des concentrations d'entreprises, celles-ci sont en effet généralement plus enclines à autoriser expressément un échange d'informations (« waiver ») dans la mesure où cela accélère les procédures d'évaluation et d'autorisation des transactions. Cf. par ex. DPC 2009/1 60 et DPC 2009/1 85.

informations recueillies dans le cadre de leur fonction à des fins de renseignement ou d'enquête et en interdisant la divulgation à des tiers.⁶ Cela interdit *de facto* toute communication d'informations recueillies dans le cadre d'une enquête ou d'un examen de concentration d'entreprises à une autorité étrangère.⁷ Du côté européen, l'échange d'informations confidentielles avec des autorités de pays non-membres de l'Union est interdit en l'absence de consentement spécifique des parties concernées («waivers»).⁸ Le manque de possibilité d'échanger des informations entre autorités enquêtant sur les mêmes états de fait cloisonne ainsi les procédures, les ralentissant et engendrant un risque latent de résultats contradictoires.

III. L'Accord en bref: Entre reprise de principes internationaux connus et nouveauté en matière d'échange d'informations

Il s'agit d'un accord dit «de deuxième génération», unique parce qu'il va au-delà du contenu habituel des accords de coopération existant au niveau international, avant tout en permettant un échange d'informations confidentielles sans autorisation préalable des parties. Le but de l'Accord est de permettre une collaboration plus efficace entre autorités de la concurrence des deux juridictions, tout en assurant le respect des droits des parties (y compris les informations confidentielles les concernant tels que les

secrets d'affaires, ainsi que la protection des données et leurs droits procéduraux). Dans l'ordre et en suivant le texte, l'Accord prévoit en substance :

- La notification par l'une des autorités de la concurrence à l'autre de toute mesure d'application dont elle considère qu'elle peut affecter des intérêts importants de l'autre pays (article 3).⁹
- La possibilité de coordonner des mesures d'application à l'égard de questions liées, par exemple la coordination de perquisitions (article 4).¹⁰
- La prévention des conflits («courtoisie passive»), chacune des deux autorités de la concurrence s'engageant à examiner avec soin les intérêts importants de l'autre pays à toutes les étapes de la mise en œuvre de ses mesures d'application (article 5).
- Le principe de «courtoisie active», stipulant que l'autorité de la concurrence d'une partie peut, si elle pense que des actes anticoncurrentiels commis sur le territoire de l'autre partie peuvent porter atteinte à ses intérêts importants, demander à l'autre autorité de prendre les mesures d'application qui conviennent (article 6).
- La possibilité de discuter et échanger des informations confidentielles couvertes par un *waiver of confidentiality* (article 7.3).
- La possibilité de discuter (article 7.2) et d'échanger des informations confidentielles en l'absence de *waiver of confidentiality*, à certaines conditions (article 7.4).

Par «informations confidentielles», l'Accord entend les informations «obtenues au cours de la procédure d'enquête» (article 7.4), c'est-à-dire «toute information obtenue par une autorité en faisant usage de ses droits d'enquête formels ou présentées à l'autorité du fait d'une obligation légale» (article 2.6.b). En Suisse il s'agit donc des informations obtenues lors de demandes de renseignements (article 40

⁶ Article 25 al. 1 et 2 LCart; cf. CR Concurrence-*Reymond*, article 25 LCart N 31.

⁷ En particulier, le chapitre 6 de la LCart, concernant «l'exécution d'accords internationaux» (articles 58 et 59), est considéré comme dépourvu d'effet direct et n'autorisant donc pas l'échange d'informations confidentielles; cf. CR Concurrence-*Merkt*, rem. articles 58–59 LCart N 8. En revanche, l'Accord sur le transport aérien entre la Suisse et l'Union Européenne (RS 0.748.127.192.68) constitue la seule base permettant à l'heure actuelle un échange d'informations confidentielles dans le cadre de son champs d'application limité (article 19 al. 1). Pour le reste, quelques accords de libre-échange – notamment celui avec le Japon – comprennent des dispositions de coopération en matière de concurrence, mais sans prévoir de possibilité d'échange d'informations confidentielles.

⁸ Règlement du Conseil no 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4 janvier 2003, pp. 1 ss, article 28. Et Règlement du Conseil no 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations d'entreprises, JO L 24 du 29 janvier 2004, pp. 1 ss.

⁹ Ce qui n'inclut toutefois pas la notification par-delà les frontières de documents officiels constituant des actes de puissance publique de l'une ou l'autre partie (telle que la notification de décisions de sanction par exemple); cf. *Ducrey* (n. 3), p. 440.

¹⁰ Mais il s'agit uniquement de la coordination de mesures d'instruction, y compris des perquisitions, prévues par chacune des deux autorités et non pas de mesures qui seraient prises par l'une d'entre elles pour le compte de l'autre (il ne s'agit pas d'un traite d'assistance mutuelle); cf. not. *Ducrey* (n. 3), p. 440.

LCart), d'auditions (article 42 al. 1 LCart), de perquisitions (article 42 al. 2 LCart),¹¹ ainsi que dans le cadre du contrôle des concentrations.¹² Cette possibilité d'échange – encore une fois, il ne s'agit pas d'une obligation (article 7.5) – est soumise à un cadre relativement strict. Ainsi, les conditions suivantes devront être remplies :

- Les deux parties enquêtent sur un comportement ou une opération identique ou connexe (« principe de spécialité », article 7.4.a).
- Une demande écrite détaillée et motivée est présentée (article 7.4.b).
- Il s'agit d'informations déjà récoltées (pas d'assistance mutuelle ; article 7.4).
- Il ne s'agit pas d'informations récoltées dans le cadre d'un programme de clémence ou de la négociation d'une transaction (accord amiable ; article 7.6).
- Il ne s'agit pas d'informations protégées par des droits ou privilèges procéduraux garantis par les lois suisses ou européennes (protection de la correspondance avocat-client par exemple, principe de non auto-incrimination ; article 7.7).

En outre, l'Accord limite l'usage des informations confidentielles échangées de la manière suivante :

- Ces informations ne pourront être utilisées que par l'une des deux autorités de la concurrence et uniquement en application de son droit de la concurrence dans le cas d'un comportement ou d'une opération identique ou connexe (et dans le strict cadre du but défini dans la demande ; articles 8.1, 8.2, 8.3 et 10.2).

- Les informations confidentielles échangées ne pourront pas être utilisées aux fins d'imposer des sanctions pénales à des personnes physiques (article 8.4).
- La confidentialité des informations échangées devra être assurée par l'autorité recevant l'information. En particulier, les secrets d'affaires figurant dans les informations ainsi échangées devront être protégés par l'autorité ayant reçu l'information. De même, les données personnelles figurant parmi les informations échangées devront être protégées de manière adéquate par l'autorité ayant reçu l'information (article 9.1).

L'Accord prévoit néanmoins deux exceptions notables à ces cautèles. Ainsi :

- Les informations confidentielles échangées pourront dans certains cas néanmoins être divulguées à des tiers par l'autorité les ayant reçues, notamment à un tribunal lorsqu'il s'agira d'obtenir une décision judiciaire (y compris lors d'une procédure d'appel), à des entreprises visées ou concernées par le comportement ou l'opération lorsque ces informations seront utilisées contre elles, ainsi que lorsqu'une telle divulgation sera indispensable à l'exercice d'un droit d'accès aux documents selon la législation applicable (article 9.1.a, b, c et d).¹³
- Les informations confidentielles échangées pourront également être transmises par la Commission Européenne aux autorités de la concurrence des Etats membres (ainsi qu'à l'Autorité de Surveillance de l'AELE), mais ne pourront néanmoins pas être utilisées par ces autorités (article 10).¹⁴

¹¹ Y compris probablement les informations recueillies lors de simples enquêtes préalables au sens de l'article 26 LCart dès lors que l'Accord parle en termes assez généraux d'« information obtained by investigative process » (article 2(6)). Or il s'agit d'un stade auquel les parties à la procédure n'ont pas encore le droit de consulter le dossier et ne sont dès lors pas en mesure de savoir quelles informations sont susceptibles d'être transmises à l'étranger. Cf. sur ce point aussi *Mamane*, Competition Law Cooperation Agreement EU/Switzerland, in *Kluwer Competition Law Blog*, 31 juillet 2012, disponible à : <http://kluwer-competitionlawblog.com/2012/07/31/competition-law-cooperation-agreement-euswitzerland/>.

¹² Cf. article 1(6)(b) de l'Accord pour le contrôle des concentrations. De manière générale, la question pourrait également se poser eu égard à des données résultant du travail d'analyse de la Comco et présentées sous forme agrégées (« work product »).

¹³ Du côté suisse et s'agissant du droit d'accès aux documents, il pourra s'agir à notre avis tant du droit de toute partie à la procédure devant la Comco de consulter le dossier en vertu de l'article 26 al. 1 PA en lien avec l'article 39 LCart, que des droits découlant de la Loi sur la transparence du 17 décembre 2004.

¹⁴ Les articles 11 et 14 du Règlement no 1/2003 et l'article 19 du Règlement no 139/2004 prévoient en substance que la Commission transmet aux autorités de la concurrence des Etats membres, d'office ou sur requête, les pièces les plus importantes qu'elle a recueillies en vue d'une décision appliquant le droit communautaire. De telles pièces sont également transmises au Comité consultatif constitué de représentants des autorités de la concurrence des pays membres. Cela est également valable en matière de contrôle des concentrations. Ce système est

IV. L'échange d'informations confidentielles présentera certains risques pour les parties, raison pour laquelle des garde-fous supplémentaires sont souhaitables

Même s'il convient de ne pas perdre de vue que l'échange d'informations confidentielles ne constituera qu'une faculté pour la Comco et que le nombre de cas où un tel échange sera envisagé restera probablement assez limité, il n'en présentera pas moins un certain nombre de risques pour les entreprises suisses.¹⁵ La suite du présent article examine ces principaux risques (4.1), les garde-fous envisageables pour les atténuer (4.2), ainsi que trois problèmes pratiques particuliers liés au secret bancaire, à la protection des données personnelles et aux accords amiables (4.3).

1. Risques liés au transfert d'informations confidentielles

Il convient tout d'abord de distinguer deux types de risques: Le premier, lié à la nature même des informations échangées, est le risque que des informations privilégiées (notamment couvertes par le secret professionnel de l'avocat) ou non pertinentes pour la procédure européenne, soient transmises à Bruxelles. Le deuxième, lié à l'usage ultérieur des informations échangées, est le risque que des informations non privilégiées et parfaitement pertinentes pour la procédure européenne soient détournées et utilisées à d'autres fins, par des états membres de l'Union ou d'autres entreprises («downstream use»). Le pre-

censé permettre une collaboration optimale entre la DG COMP et les autorités de la concurrence des états membres dans le cadre du Réseau des autorités de la concurrence européennes («European Competition Network» ou ECN).

¹⁵ La Commission Européenne n'enquête en principe que sur des cas d'importance communautaire, affectant la concurrence dans plus de trois états membres (cf. Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (2004/C 101/03), n. 14). Cela laisse penser que ce sont avant tout des entreprises suisses relativement «sophistiquées», présentes dans plusieurs pays européens qui seront concernées par des échanges d'informations. Ainsi, parmi les cas dans lesquels une coopération aurait été utile par le passé, l'on trouve des compagnies aériennes, des transitaires internationaux et des banques (mais il est vrai aussi des fabricants de ferments pour fenêtres et des fabricants de composants d'installations sanitaires, cf. Message [n. 3], p. 3481).

mier type de risque ne pose a priori pas de problème particulier, dès lors que des voies de recours existent, tant en Suisse au moment de la saisie des informations par la Comco que dans l'UE lors de la décision finale de la Commission, et ce nonobstant le fait que l'Accord lui-même n'en prévoit pas (cf. ci-après). En revanche, le deuxième type de risque, bien que plus diffus, paraît plus problématique en l'absence de voie de recours ad hoc, bien qu'il faille probablement encore différencier entre le traitement des informations par la Commission Européenne et par les états membres.

Au niveau de la Commission Européenne, tant l'Accord que le cadre légal communautaire applicable semblent garantir une protection suffisante des informations confidentielles (y compris des secrets d'affaires) qui seraient transmises par la Comco.¹⁶ En outre, l'intérêt de la Commission sera certainement d'assurer une protection maximum, faute de quoi la Comco risquerait simplement de ne plus lui transmettre d'informations à l'avenir. Dans ce contexte, le risque d'un usage de données confidentielles par la Commission à d'autres fins que celles prévues par l'Accord paraît nul. En revanche, il est clair que les parties (concurrents, plaignants dans certains cas) à une procédure devant la Commission pourront avoir accès aux informations confidentielles transmises par la Comco, puisque la réglementation européenne leur donne un droit d'accès au dossier (à l'exception notable des secrets d'affaires).¹⁷ Le risque existera donc que ces informations soient ultérieurement utilisées par certaines parties, par exemple dans le cadre d'actions civiles intentées dans certains états membres,¹⁸ ou à des fins étrangères à une probléma-

¹⁶ Cf. Règlement 1/2003 du Conseil.

¹⁷ Cf. Règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, article 27 al. 2 et Règlement 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004, articles 15–16.

¹⁸ L'avant-projet de révision de la LCart (2010) prévoyait à l'article 41b un certain nombre de cautèles à l'échange d'informations confidentielles, lesquelles ont été reprises dans l'Accord, à l'exception notable de la garantie que ces informations ne soient pas utilisées dans le cadre d'une procédure civile; cf. CR Concurrence-Merkt, rem. articles 58–59 LCart N 232. Il conviendra donc de voir si le Parlement va (ré)introduire une cautèle similaire par le biais d'un article 41a ou 42b LCart (cf. n. 1 ci-dessus). Il est à noter que l'article 6 de la proposition de la Commission pour une directive sur les actions en dommage-intérêts en droit de la concurrence du 11 juin 2013 prévoit que la divulgation d'informations contenues dans le dossier des autorités de la concurrence pourra être ordonnée par

tique de droit de la concurrence. Il sied toutefois de mentionner que la notion de secret d'affaires étant très similaire dans les deux ordres juridiques, elle offrira une protection importante aux entreprises concernées, même si la Commission (comme la Comco d'ailleurs) dispose d'une marge d'appréciation quant à la définition d'une information comme «secret d'affaires».¹⁹

Au niveau des états membres, auxquels l'Accord autorise expressément la Commission à transmettre des informations confidentielles obtenues de la Comco, le risque d'usage de ces données hors du champ prévu par l'Accord semble a priori moins maîtrisable. S'agissant d'actions de gouvernements, l'on est réduit à espérer que ceux-ci respecteront leurs obligations aux termes de l'Accord et de la réglementation européenne applicable, les empêchant d'utiliser les informations reçues au travers du réseau des autorités européennes de la concurrence à d'autres fins que l'application des règles européennes de concurrence.²⁰ S'agissant de l'utilisation et de la protection de données confidentielles dans le cadre de procédures de droit de la concurrence dans les états membres, les risques semblent a priori limités. En effet, l'Accord prévoit que la transmission d'informations par la Comco n'est possible que si la Commission Européenne elle-même enquête aussi sur le même état de fait. Or, dans un tel cas, la Commission

a juridiction exclusive, à l'exclusion des autorités de la concurrence des états membres.²¹ Ce n'est donc que dans la mesure où l'autorité de la concurrence d'un état membre enquêterait sur un état de fait différent, mais pour lequel les données concernées seraient également pertinentes, qu'un risque existerait. Dans un tel cas, les données confidentielles pourraient également atterrir dans les mains d'autres parties à la procédure devant l'autorité nationale concernée et être utilisées notamment dans le cadre d'actions civiles.²² La protection des secrets d'affaires pourrait en outre être plus aléatoire, suivant les pays concernés, même si le droit communautaire oblige les états membres à la garantir dans la même mesure que la Commission.²³

Enfin, indépendamment de toute action entreprise par un état membre, l'on peut aussi simplement craindre que les données transmises ne seront pas protégées partout avec la même efficacité, qu'il s'agisse de données confidentielles en général ou de secrets d'affaires. Ces données pourraient ainsi être utilisées dans le cadre d'actions civiles intentées par des tiers n'ayant pas eu accès au dossier de la Commission parce qu'ils n'étaient pas partie à la procédure, ou tout simplement par des concurrents exploitant des informations stratégiques ou des secrets d'affaires.

2. Garde-fous envisageables

Même si l'importance de ces risques et incertitudes ne doit pas être exagérée, l'absence dans l'Accord de tout mécanisme de recours contre une décision de la Comco de transmettre des données à la Commission Européenne paraît de prime abord étonnant, malgré certaines possibilités de recours en amont et en aval du processus de transmission. En effet, la possibilité de recourir contre la saisie d'informations par la Comco lors d'une perquisition par exemple, ne protège que des informations au caractère privilégié (couvert par le secret professionnel de l'avocat), respectivement des informations qui ne seraient pas pertinentes pour l'enquête de manière gé-

des tribunaux nationaux, sous certaines réserves et notamment à l'exception de documents obtenus dans le cadre d'un programme de clémence ou de négociations transactionnelles; cf. Proposition de la Commission du 11 juin 2013 pour une Directive du Parlement et du Conseil relative à certaines règles applicables aux actions en dommage-intérêts en droit national en cas de violation des règles de droit de la concurrence des états membres et de l'Union Européenne, disponible à: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

¹⁹ S'agissant de la notion de «secret d'affaires», elle est en pratique très semblable des deux côtés: En Suisse il s'agit d'un secret de fabrication ou secret commercial – un fait, qui (i) n'est pas public ni accessible au public, (ii) que son détenteur souhaite garder secret et (iii) pour lequel il a objectivement un intérêt légitime au maintien du secret; cf. article 25 al. 4 LCart et CR Concurrence-Martenet, article 25 LCart N 44. Du côté de l'Union, il s'agit d'informations relatives à l'activité commerciale d'une entreprise dont la divulgation pourrait causer un sérieux préjudice à ladite entreprise; cf. Communication de la Commission sur l'accès du 22 décembre 2005, JO C 325 du 22 décembre 2005, pp. 7 ss, n. 18).

²⁰ Article 10 al. 2 de l'Accord et Règlement 1/2003, article 12 al. 2.

²¹ Cf. Règlement 1/2003, article 11 al. 6 et Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JO C 101 du 27 avril 2004, pp. 43 ss, n. 51.

²² Cf. n. 18 ci-dessus.

²³ Cf. Règlement 1/2003, article 28.

nérale, mais pas des informations « séquestrables » en Suisse dont l'usage non conforme par des autorités étrangères ou parties à des procédures étrangères pourrait être préjudiciable à l'entreprise concernée.²⁴ De même, la possibilité de recours contre une décision ou un jugement final étranger en cas d'usage d'informations transmises par la Comco de manière non-conforme aux dispositions de l'Accord ne constitue pas non plus un remède satisfaisant : Si des informations confidentielles sont utilisées dans le cadre d'une procédure civile par exemple, ou si des secrets d'affaires ont été communiqués à des tiers, il n'y a plus grand-chose à faire une fois que « le mal est fait ». La phase de transmission d'informations confidentielles par la Comco à la Commission comprend donc des risques *sui generis*.

La question de l'existence d'un droit de recours, nonobstant le silence de l'Accord à ce sujet, se pose donc.²⁵ Sur ce point, il sied tout d'abord de relever que la décision d'accéder à une demande de la Commission Européenne et de lui transmettre des informations confidentielles devrait clairement être de la compétence de la Commission de la concurrence et non pas simplement du Secrétariat (en accord avec un membre de la présidence). Au vu des conséquences potentielles pour les parties, il ne s'agit en effet pas d'une simple décision de procédure. En outre, dans le domaine du transport aérien, la LCart prévoit expressément que c'est la Commission qui collabore avec l'Union européenne lorsque l'accord bilatéral l'exige.²⁶ A priori, une telle décision pourrait sans doute constituer une décision incidente au sens de la loi sur la procédure administrative fédérale et donc faire l'objet d'un recours au Tribunal Administratif Fédéral.²⁷ En particulier, l'exigence d'un risque de préjudice irréparable pourrait être remplie dans certains cas, à charge pour la partie recourante de rendre ce risque suffisamment vraisemblable au vu de la nature et des caractéristiques des données

concernées.²⁸ Enfin, l'existence d'un droit de recours serait cohérente avec les règles applicables notamment en matière d'entraide pénale internationale ou d'assistance administrative en matière fiscale.²⁹

Néanmoins, au vu de la nature relativement diffuse des risques pour les parties découlant du transfert d'informations confidentielles à la Commission Européenne, puis indirectement aux états membres, un droit de recours contre une décision de la Comco ne paraît pas non plus constituer la panacée. Si l'argument consistant à dire qu'un tel droit de recours viderait une partie de l'Accord de son intérêt en ralentissant considérablement la procédure de coopération ne saurait être accepté – cela vaut par essence pour tous les droits de recours – l'on peut toutefois penser que l'autorité de recours serait néanmoins bien mal équipée pour juger des risques liés au souhait de la Comco de transmettre telle ou telle information à Bruxelles. Difficile en effet d'imaginer le Tribunal Administratif Fédéral en train de se demander si telle information pourrait être utilisée par tel gouvernement contre les intérêts de la recourante et en violation de l'Accord. Ou si tel secret d'affaires pourrait atterrir entre les mains d'un concurrent de la recourante dans tel état membre, là aussi en violation de l'Accord. Ou encore s'il est juste que telle information risque être utilisée contre la recourante dans le cadre d'une procédure civile à son encontre dans un autre état membre. Par définition, l'autorité de recours ne pourrait pas anticiper une violation des dispositions de l'Accord et des règles applicables au sein de l'Union européenne, à tout le moins sans indices convaincants que cela risque d'arriver.

Dans ce contexte, d'autres mesures permettant de tenir compte au moins partiellement des craintes légitimes des entreprises pourraient être envisagées. Ainsi, la Comco devrait informer au préalable les

²⁴ Article 50 al. 3 LDPA (RS 313.0) en lien avec l'article 42 al. 2 LCart.

²⁵ *Ducrey* (n. 3), est notamment de l'avis qu'un tel droit n'existe pas dès lors que la transmission de documents en tant que telle ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 5 PA parce qu'elle n'affecte pas les droits ou obligations des parties.

²⁶ Cf. article 18 al. 3 et 42a al. 1 LCart.

²⁷ Article 5 al. 1 et 2 en lien avec article 46 PA et 33 lit. f LTAF.

²⁸ Cf. article 46 al. 1 lit. a LCart. Dans un cas récent, le Tribunal administratif fédéral a d'ailleurs considéré comme recevable un recours contre une décision de la Commission exigeant d'une société britannique la production de certains documents dans le cadre de l'enquête en cours sur la manipulation du taux LIBOR au vu du fait que cette société avait rendu vraisemblable qu'elle risquait des sanctions en Grande-Bretagne pour violation de la loi britannique en matière de protection des données. Cf. DPC 2013/3 p. 444.

²⁹ Cf. Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1), articles 20 et 80e; Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (RS 672.5), article 19.

parties concernées de ce qu'elle envisage de transmettre des informations confidentielles à la Commission et lesquelles (hormis naturellement les cas dans lesquels cela compromettrait le but même de l'échange, tel que la coordination de perquisitions par exemple).³⁰ Elle devrait également donner aux parties un bref délai pour indiquer si, pour des raisons spécifiques à la nature des informations concernées ou en raison d'un contexte particulier, il y a lieu de craindre que ces informations risquent d'être utilisées de manière non conforme à l'Accord dans tel ou tel état membre (y compris une désignation des secrets d'affaires dont la protection serait menacée). En fait, une telle procédure paraît même essentielle pour que la Comco puisse évaluer sérieusement les risques comme le prévoit le Message du Conseil fédéral.³¹ Ensuite, la Comco pourrait être requise de prendre sa décision (par hypothèse non susceptible de recours) à une majorité qualifiée.³² Enfin, les entreprises concernées devraient être informées des informations qui auront été effectivement transmises à la Commission, de manière à ce qu'elles puissent anticiper les mesures nécessaires à contrer les éventuels risques qu'elles craindraient à l'étranger.

3. Trois cas particuliers : Secret bancaire, données personnelles et données transmises en vue de la conclusion d'un accord amiable

L'Accord ne contient aucune clause réglant le conflit qui pourrait apparaître dans certains cas entre la transmission d'informations confidentielles à la Commission et le secret bancaire. Il est à tout le moins douteux que l'Accord, qui donne la «possibilité» à la Comco de transmettre des informations confidentielles à la Commission tout en pouvant refuser une telle communication lorsque cela serait «incompatible avec ses intérêts importants», constitue une base légale suffisante pour contourner cas échéant le secret bancaire («blocking statute»). En l'absence de règle, la Comco devrait donc exercer son pouvoir de discrétion dans le sens d'un refus de

procéder à toute transmission d'informations qui pourrait constituer une violation du secret bancaire.

Une question similaire se pose en lien avec la protection des données personnelles : L'article 9.3 de l'Accord prévoit que «les parties doivent garantir la protection des données à caractère personnel conformément à leurs législations respectives». Sur ce point, il y a toutefois lieu de constater que la loi suisse sur la protection des données offre une protection plus large que la législation communautaire, essentiellement parce qu'elle s'applique également aux personnes morales et non seulement aux personnes physiques.³³ Si le Conseil fédéral semble d'avis que la législation communautaire assure néanmoins un niveau de protection adéquat, l'on peut cependant douter qu'il en soit de même dans chacun des états membres auxquels des informations confidentielles provenant de la Comco pourraient ensuite être transmises. Dans ces conditions, il sera souhaitable que la Comco examine soigneusement au préalable et avec les entreprises concernées (voir la procédure proposée ci-dessus) quels risques encourront les données personnelles transmises à la Commission dans chaque cas concret et procède si nécessaire à la rédaction des informations les plus sensibles.³⁴

Enfin, l'Accord protège expressément les données fournies dans le cadre d'un programme de clémence ou en prévision de la conclusion d'un accord amiable (article 7.6). Or, s'il sera relativement facile d'identifier les premières lorsqu'une requête à fin de bénéficier d'un tel programme aura été déposée en vertu de l'article 49a al. 2–3 LCart, la situation pourra s'avérer beaucoup plus compliquée en relation avec la possible conclusion d'un accord amiable au sens de l'article 29 LCart. En effet, la conclusion d'un tel accord peut intervenir plus ou moins à n'importe quel stade de la procédure. Suffira-t-il dès lors à une entreprise d'annoncer relativement tôt dans la procédure quelle souhaite conclure un accord amiable pour bloquer toute transmission à la Commission Européenne des informations confidentielles qu'elle remettra ensuite à la Comco? Quid si

³⁰ Une telle exigence semble être envisagée à tout le moins par certains parlementaires dans le cadre de l'introduction d'un nouvel article de la LCart réglant les modalités générales de la coopération avec l'UE, cf. n. 1 ci-dessus.

³¹ Message (n. 3), p. 3494.

³² Ce qui nécessiterait une adaptation de l'article 10 du Règlement interne de la Commission (RS 251.1).

³³ Article 2 al. 1 de la Loi sur la protection des données (LPD; RS 235.1).

³⁴ En s'inspirant essentiellement de l'article 6 al. 2 LPD, énumérant les conditions auxquelles des données personnelles peuvent être transmises à l'étranger malgré l'absence d'une législation garantissant un niveau de protection adéquat. Cf. CR *Concurrence-Merket*, rem. articles 58–59 N 217.

l'accord n'intervient finalement pas – les informations pourront-elles être transmises? Et si des discussions en vue de la conclusion d'un accord amiable sont entamées plus tard dans la procédure, quelles informations confidentielles déjà en possession de la Comco pourront être transmises – seulement celles reçues avant l'entame des négociations ou aucune? Et qu'en sera-t-il des informations qui auraient déjà été transmises à Bruxelles avant la conclusion d'un accord amiable – pourront-elles être utilisées par la Commission?³⁵

L'Accord prévoyant que les informations transmises «en vertu d'une procédure visant un accord amiable» ne pourront être échangées, il paraît tout d'abord clair que seules les informations transmises volontairement par une entreprise bénéficieront de cette protection, à l'exclusion de celles saisies au cours d'une perquisition par exemple. En revanche, la distinction pourra être plus délicate à faire s'agissant d'informations requises par la Comco et fournies par l'entreprises dans le cadre de son obligation de renseigner. Lorsqu'une entreprise décidera de communiquer certaines informations à la Comco de manière totalement volontaire et uniquement dans le but de parvenir à la conclusion d'un accord amiable, elle sera en outre bien avisée de le préciser clairement au moment de remettre ces informations. En ce qui concerne cette dernière catégorie, il paraît clair qu'elles ne devront en aucun cas être transmises à la Commission Européenne, qu'un accord amiable soit conclu ou non. En définitive, il apparaît que les incertitudes sont nombreuses et que la Comco serait bien inspirée de les lever le plus rapidement possible, par exemple au travers d'une Communication, si elle souhaite maintenir l'attractivité des accords amiables à l'avenir.

V. Conclusions

L'Accord conclu avec l'Union européenne améliorera l'efficacité de la lutte contre les entraves à la concurrence transfrontalières, ce dont toute l'économie suisse bénéficiera en définitive. Mais les risques pour les entreprises découlant d'un usage non-conforme à l'Accord d'informations confidentielles dans les états membres de l'Union méritent que l'on aménage les garde-fous nécessaires à la protection de leurs intérêts. A cet égard, si un véritable droit de recours contre une décision de la Comco de transmettre des données à Bruxelles ne paraît pas la panacée, une procédure impliquant les entreprises concernées devra au minimum être mise en place. Ceci sera d'autant plus important qu'en sus de données commerciales et de secrets d'affaires, des données personnelles, voire soumises au secret bancaire, seront susceptibles d'être échangées. Quelle que soit la solution finalement retenue, les entreprises helvétiques devront vivre avec ce décloisonnement des procédures et l'intégrer dans leurs réflexions stratégiques avant et pendant toute procédure devant la Comco. Dans un certain nombre de cas, l'on peut s'attendre à ce que cela constitue une incitation supplémentaire à opter pour le programme de clémence ou un accord amiable, pour autant toutefois que, dans ce dernier cas, une procédure claire protège les données fournies à la Comco d'une transmission à la Commission Européenne.

³⁵ Sur ce point cf. aussi *Mamane* (n. 11).