

Echange d'informations et Loi sur les cartels – piqûre de rappel

Il est relativement fréquent que des entreprises participent d'une manière ou d'une autre à un échange d'informations relatives aux marchés sur lesquels elles sont actives. Si certains échanges d'informations sont vus comme pro-compétitifs dans la mesure où ils améliorent la connaissance du marché par ses acteurs, d'autres peuvent constituer une violation de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart). C'est le cas avant tout des échanges portant sur des données particulièrement sensibles comme les prix (ou éléments de prix) et les quantités à commercialiser. Mais d'autres échanges de données peuvent également constituer un accord en matière de concurrence illicite au sens de l'article 5. Au cours des derniers mois, diverses décisions et prises de position des autorités suisses et européennes de la concurrence ont encore mis en lumière ces risques.

Dans un arrêt du 12 décembre 2022¹, le Tribunal administratif fédéral a confirmé que l'échange régulier d'informations organisé pendant de nombreuses années par l'Association des fabricants, importateurs et fournisseurs de produits de cosmétique et de la parfumerie, constituait bien un accord en matière de concurrence illicite. L'échange de données (non-agrégées) incluant des listes de prix de gros, les chiffres d'affaires, ainsi que les budgets publicitaires, n'a certes pas été considéré comme un accord « dur » présumé supprimer la concurrence au sens de l'article 5 al. 1 LCart, mais a néanmoins été jugé comme susceptible d'affecter la concurrence de manière qualitativement et quantitativement notable. Le Tribunal a en outre rappelé qu'il n'était pas nécessaire de démontrer un effet concret de l'accord sur le marché.

Dans le cadre d'une demande de conseil au Secrétariat de la Commission de la concurrence déposée par l'Association professionnelle des appareils électriques pour les ménages et l'industrie suisse, il a été considéré que l'échange d'informations envisagé risquait fortement de constituer un accord en matière de concurrence illicite entre ses membres, tous fabricants ou importateurs d'appareils électriques.² L'association prévoyait de récolter et partager avec ses membres les données de chacun en matière de quantités et chiffre d'affaires par produits, respectivement par catégories de produits et par canaux d'approvisionnement. Aux yeux de l'autorité, le caractère sensible des informations concernées (données en matière de quantités vendues et de chiffre d'affaires notamment, non-disponibles publiquement), mais aussi leur caractère individuel et détaillé par entreprise/concurrent (non-agrégé), était hautement problématique, sans que l'on ne puisse voir en quoi cet échange pouvait augmenter la concurrence en accentuant la pression sur les membres de l'association, comme celle-ci le soutenait.

A l'inverse, dans le cadre d'une autre demande de conseil, le Secrétariat n'a pas vu de risques de violation de la LCart avec l'échange d'informations prévu entre cantons, compagnies d'assurances privées et établissement cantonaux d'assurance dans le cadre de l'Organisation dommages sismiques (ODS), nouvellement créée.³ Le but de l'échange d'informations est de permettre aux compagnies d'assurance de pouvoir estimer et calculer les dommages résultant de tremblements de terre en Suisse plus rapidement et plus précisément, et d'améliorer ainsi le traitement des sinistres. Comme le système ne prévoit pas d'échange d'informations direct entre assureurs, mais simplement la fourniture par l'ODS à chaque assureur concerné, cas échéant, d'une estimation des dommages, qui plus est par

¹ B-141/2012

² DPC 2022/1 74

³ DPC 2021/4 829

nature de manière très irrégulière, le Secrétariat a considéré qu'il n'y avait en principe pas de risque que cela engendre un accord illicite au sens de la LCart. L'on peut noter par ailleurs que, même si cette collaboration avait été de nature à engendrer un accord affectant la concurrence de manière notable, elle aurait sans doute pu être justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart (établissement d'une base de données suffisamment large et représentative afin de permettre aux assureurs d'effectuer des calculs statistiques le plus précis possible). En définitive, le Secrétariat a uniquement demandé à ODS de modifier ses statuts afin de permettre à de nouvelles compagnies d'assurance d'y adhérer sans restrictions injustifiées.

Dans une affaire présentant des similitudes avec la précédente, la Commission européenne a également clôturé une enquête visant l'association irlandaise des assureurs (*Insurance Ireland*), après que celle-ci se soit engagée à modifier les conditions d'accès à une plateforme regroupant des informations de tous les assureurs automobile membres et permettant d'établir des profils de risque de clients.⁴ Le problème de concurrence n'était ici pas tant celui de l'échange d'informations entre assureurs, a priori nécessaire pour partager les informations utiles pour calculer au mieux les primes d'assurance appropriées, mais celui du « boycott » de certains assureurs non-membres, n'ayant pas accès à la plateforme.

En résumé, l'on peut retenir de ces diverses actualités que lorsque des entreprises concurrentes cherchent à échanger des informations sensibles entre elles, directement ou au sein d'une association professionnelle ou de branche, il convient d'être particulièrement prudent et de tenir compte des critères suivants, développés par une jurisprudence désormais bien établie : Au niveau structurel, les risques seront considérés comme plus importants si les biens / services concernés sont homogènes et si le marché est concentré. Au niveau du type d'informations échangées et de la manière d'y procéder, plus les données sont sensibles et normalement confidentielles, plus elles sont individualisées (i.e. non-agrégées) et actuelles (contrairement à des données historiques pas trop récentes), plus l'échange est fréquent, plus les risques que les autorités de la concurrence considèrent cet échange, indépendamment de ses effets concrets sur le marché, comme illicite, est important. Dans beaucoup de ces cas, la solution pour néanmoins mettre en place un échange d'informations souhaité par une branche afin de récolter des données utiles sur le marché sera de faire récolter et traiter des données agrégées et anonymisées par une organisation tierce indépendante. Dans tous les cas, il s'agit d'effectuer un examen sérieux et approfondi de chaque projet envisagé impliquant un échange d'informations entre concurrents.

BA – septembre 2023

dominique.guex@bourgeoisavocats.com

⁴ Cf. communiqué de presse : [Commission accepts commitments by Insurance Ireland \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/press/20230907_en.htm)