

Demi-journée "Marathon" de formation continue Samedi 10 novembre 2018

Sujet n° 28

DROIT DE LA CONCURRENCE

(Dr. Pranvera Këllezi

*Docteure en droit, Avocate au Barreau de Genève,
Membre de la Commission de la concurrence)*

Législation

Modifications récentes (2017-2018) et projets de modification

a) Adoptés

- [Note](#) du Secrétariat de la COMCO du 28 février 2018 sur les accords amiables. Réduction possible de la sanction en cas de conclusion d'un accord amiable : jusqu'à 20 % en début de l'enquête, jusqu'à 15% dans les stades intermédiaires de l'enquête, jusqu'à 10% en fin de l'enquête et jusqu'à 5% après la notification du projet de décision. La conclusion d'un accord amiable après une autodénonciation peut amener à une réduction combinée allant jusqu'à 60% pour les autodénonciations suivantes et à 84 % pour une dénonciation « *bonus plus* ». En dehors du système de bonus pour autodénonciation, la conclusion d'un accord amiable peut amener à une réduction combinée de 40% de la sanction pour coopération particulièrement bonne.
- Note explicative CommVert, modification du paragraphe 24 relatif à l'interdiction des ventes auprès de plateforme tierces : « L'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui agissent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des plateformes tierces pour les ventes par Internet, ne constitue pas une restriction de la clientèle, au sens du chiffre 12 al. 2 let. b CommVert, ni une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens du chiffre 12 al. 2 let. c CommVert et est ainsi en règle générale pas qualitativement grave. »

b) Projets, initiatives et motions

- Initiative populaire fédérale « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables » (initiative pour des prix équitables) a abouti (<https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis469.html>).
- [Contre-projet indirect](#) du Conseil fédéral à l'initiative « Stop à l'îlot de cherté » introduisant deux dispositions nouvelles : articles 4 al. 2bis et 7a LCart. Le contre-projet prévoit que les pratiques d'une entreprise ayant un pouvoir de marché relatif seront réputées illicites lorsque celle-ci « abuse de sa position et entrave ainsi l'accès des entreprises qui sont dépendantes d'elle à la concurrence ou son exercice, en les empêchant sans motifs fondés de se procurer un bien ou un service à l'étranger aux prix et aux conditions commerciales qu'elle y pratique ». Voir le [rapport explicatif](#) sur le contre-projet indirect du Conseil fédéral à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » du 22 août 2018.

Jurisprudence

Jurisprudence fédérale et cantonale, décisions de la Comco, jurisprudence européenne 2017-2018

a) Jurisprudence fédérale

Questions de fond

1. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 25 juin 2018, [B-807/2012](#), [B-829/2012](#), [B-771/2012](#) et [B-771/2012](#) **Cartels de soumission en Argovie**

Moyens de preuve. Force probante des déclarations des autodénonciateurs. Notion d'accord. Échange d'informations.

La **preuve** en matière de cartels de soumission doit satisfaire le standard de certitude (*Überzeugungsbeweis*). La preuve peut être directe ou indirecte, au moyen d'indices ; ces derniers sont évalués dans leur ensemble. Les **déclarations d'un autodénonciateur** sur la participation d'une autre entreprise au cartel ne sont pas suffisantes si elles sont contestées par cette dernière entreprise et qu'il n'y ait pas d'autres preuves à l'appui, par exemple des preuves documentaires ou des déclarations d'un autre autodénonciateur indépendant corroborant les dires du premier. Les autodénonciations de deux ou plusieurs sociétés du même groupe sont considérées comme une seule autodénonciation. La confirmation des faits par un représentant de l'entreprise autodénonciatrice lors d'un interrogatoire devant la Comco ne renforce pas la force probante de l'autodénonciation. Un échange **d'informations** constitue un accord au sens de l'article 4 al. 1 LCart. Même si cet échange a une influence sur les prix, il ne peut pas être considéré comme fixant directement ou indirectement les prix au sens de l'article 5 al. 3 lit. a LCart, mais est néanmoins un accord illicite au sens de l'article 5 al. 1 LCart. Pas de sanction en vertu de l'article 49a LCart. Les autres accords offrant ou acceptant une protection (*Schutz* or *Stützofferte*) contre la sous-enchère sont considérés comme des accords au sens de l'article 5 al. 3 lit. a LCart, pour lesquels la suppression de la concurrence est présumée, même si une entreprise n'ayant pas participé à l'accord remporte le marché. Si une entreprise n'ayant pas participé au cartel soumet une offre, la présomption de suppression de la concurrence devrait en principe être **renversée**, même si cette entreprise ne gagne pas le marché. Confirmation de l'aggravante en cas de participation à plusieurs cartels de soumission qui n'ont pas été remportés et auxquels ne peut donc pas être attribué un chiffre d'affaires ; l'aggravante est appliquée au montant de base des cartels remportés et auxquels peut être attribué un chiffre d'affaires permettant la fixation d'un montant de base. La question de savoir si la pratique de la Comco consistant à appliquer (désormais) un montant fictif pour la participation à un cartel portant sur des marchés non-remportés est conforme à l'article 49a LCart est laissée ouverte.

2. Arrêt du Tribunal fédéral du 18 mai 2018 cause [2C 101/2016](#) **Altimum**

Confirmation de l'illicéité d'un accord sur les prix minimum. Justification sur la base de motifs d'efficacité économique.

Les **recommandations** de prix de revente qui consistent en des déclarations unilatérales et non contraignantes ne sont pas des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart. En revanche, une **déclaration unilatérale** peut, si elle est contraignante, constituer un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart sous la forme d'une convention obligatoire, ce qui est le cas notamment si la volonté de l'auteur de la déclaration est reconnaissable pour l'autre partie et que cette dernière l'accepte expressément ou par acte concluant (c. 6.3.2). Un accord instituant une **fourchette de prix** laisse subsister une concurrence suffisante entre revendeurs, de sorte que la présomption de suppression de la concurrence doit être considérée comme **renversée**, sauf en cas de fourchette très faible (c. 7.2).

L'article 5 al. 4 LCart va dans le même sens que la jurisprudence américaine *Leegin* basée sur le *rule of reason* – pas de restriction de la concurrence *per se* (c. 10.2). La liste des **motifs justificatifs** figurant à l'art. 5 al. 2 let. a LCart est exhaustive, mais un des motifs suffit ; de surplus, les motifs d'efficacité doivent être appréciés dans une perspective large et non restrictive (c. 13.2). Le motif de lutter contre le parasitisme est accepté, mais la preuve de la nécessité des prix minimums pour atteindre cet objectif n'est pas apportée.

3. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 19 décembre 2017 [B-843/2015](#) **Hors-Liste Medikamente - Eli Lilly (Suisse) SA, [B-844/2015](#) Bayer (Schweiz) AG**
Recommandation de prix. Sanction annulée. Recours pendant au TF.

Recommandations de prix publiés et non-contraignante. Pas de pression de la part des fournisseurs. Les recommandations de prix agissent comme des prix maximaux : pas de fixation de prix minimaux ou fixes, par conséquent pas d'accord au sens des articles 4 al. 1 et 5 al. 4 LCart. Sanction annulée.

4. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 14 novembre 2017 [B-552/2015](#) DPC 2017/4 p. 680.
Cartels. Participation à une réunion comme preuve de participation au cartel. Décision de sanction annulée.

Un accord suppose conceptuellement, au moins implicitement, l'expression d'un engagement, qui, sous réserve de circonstances particulières, ne peut pas être déduite de la participation silencieuse à une (seule) réunion. La participation à une réunion ne peut pas être interprétée comme l'acceptation par actes concluants d'un accord, d'autant plus que la réunion concerne différents points sans lien avec le cartel. Pas de preuve de comportement parallèle. Pas d'accord/pratique concertée au sens de l'article 4 al. 1 LCart.

5. Arrêt du Tribunal fédéral du 24 octobre 2017 cause [2C_63/2016](#) DPC 2017/4 p. 689 **BMW**
Rejet du recours de BMW en s'appuyant sur les arguments de l'arrêt Gaba (ATF 143 II 297).

L'interdiction faites aux distributeurs dans l'UE/EEE de vendre des voitures à des consommateurs en provenance de la Suisse, qui se déplacent en Allemagne, constitue un accord illicite au sens de l'article 5 al. 4 LCart. L'article 5 al. 4 LCart couvre l'interdiction des importations directes effectuées par les consommateurs suisses, en plus de l'interdiction des importations parallèles (entre les distributeurs professionnels). Un montant de base de 5% est considéré comme proportionné. Confirmation de l'amende de CHF 156'868'150.

Questions de procédure

6. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 septembre 2018, causes [B-3099/2016](#), [B-3702/2016](#) Cartel de soumission dans les Grisons, audition d'un ex-directeur comme témoin.

Ouverture d'une enquête en 2012, audition en 2016 d'un (ex)directeur (jusqu'à sa retraite en 2014). Entreprise s'oppose à l'**audition de son ex-directeur comme témoin** et demande de le considérer comme représentant de la société ; invocation du principe *nemo tenetur*. Recours contre la décision incidente de la Comco recevable car l'audition comme témoin pourrait causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 lit. a PA. Sont considérés comme des témoins tous ceux qui n'ont pas qualité de partie au sens de l'article 6 et 48 PA. La personne morale partie à l'enquête est représentée par ses organes de droit ou de fait; ceux-ci ne sont pas des témoins. Les autres personnes physiques peuvent être auditionnées come des témoins. La qualité de représentant d'une partie ou de témoin est déterminé au moment de l'audition : sont considérés comme des représentants uniquement les organes qui sont en fonction au moment de l'audition. Les anciens organes qui ne sont plus en fonction au moment de l'audition sont auditionnés en tant que témoins.

7. Arrêt du Tribunal fédéral du 24 mai 2018, cause [B-6595/2017 Manipulation des devises](#)
Rejet du recours formé contre une demande d'information de la Comco portant sur le chiffre d'affaires pour le calcul de la sanction.

Effet suspensif accordé. Le risque de violation du droit de refuser de fournir des renseignements et de produire des documents constitue un dommage irréparable au sens de l'article 46 al. 1 lit. a PA, le recours contre la décision incidente de production de documents est donc recevable. Le droit de refuser de fournir des renseignements est indépendant du droit d'écarter des pièces du dossier, et n'est donc pas subsidiaire à ce dernier (c. 1.2.3). Le TAF laisse ouverte la question de savoir si le risque de transmission de documents à la Commission européenne sur la base de l'Accord avec l'UE constitue en soi un dommage irréparable.

La Comco peut demander toute information qui a un lien matériel (*in einem sachlichen Zusammenhang*) avec l'objet de l'enquête. Les arguments liés à la définition des marchés pertinents et au calcul de l'amende seront examinés lors du recours contre la décision finale, et pas contre la décision incidente de requête de renseignements (c. 3.2). Il s'ensuit que d'autres données comptables peuvent être nécessaires afin d'effectuer les réconciliations nécessaires. Rejet de l'argument relatif au *fishing expedition* (c. 3.2).

Confirmation de l'application du principe *nemo tenetur* aux personnes morales (c. 4.1.3), mais relativisation du même principe en matière de droit de la concurrence et lors de son application aux personnes morales (c. 4.1.4). La demande d'informations relative au chiffre d'affaires de l'entreprise dans les marchés concernés par l'infraction était motivée par le besoin de calculer la sanction. La présomption d'innocence ne s'applique pas aux faits pertinents pour déterminer les conséquences de l'infraction, mais uniquement aux faits relatifs à la qualification de l'infraction (c. 4.3.3). Pas de renonciation à faire valoir le droit au refus de fournir des renseignements pour des données non communiquées lorsqu'une partie coopère et demande plusieurs délais en lien avec la production des mêmes documents (c. 5).

8. Arrêts du Tribunal administratif fédéral du 22 mai 2018, causes [B-5108/2016 Autoweibel](#) et [B-5114/2016 City Garage](#). Publication et secret d'affaires. Pas d'intérêt à s'opposer à la publication des faits faisant l'objet d'une pratique illicite. Rejet du recours.
9. Arrêts du Tribunal administratif fédéral du 3 mai 2018, causes [B-5113/2016 City Garage](#) et [B-5107/2016 Autoweibel](#). Pas d'intérêt à recourir contre un accord amiable conclue entre la Comco et une autre entreprise.

City Garage et Autoweibel n'étaient pas parties à la procédure de l'accord amiable entre la Comco et AMAG, même si elles étaient parties à une procédure liée à celle d'AMAG. City Garage et Autoweibel ne sont pas particulièrement touchées par l'accord amiable faisant suite à l'autodénonciation d'AMAG. Recours déclaré irrecevable.

10. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 3 mai 2018, [B-3871/2017 Ticketcorner/Starticket](#)

Une des entreprises participantes à une concentration (ici Ticketcorner) n'a pas d'intérêt à recourir contre la décision d'interdiction par la Comco, car la maison-mère de la cible (ici Tamedia/Starticket) n'a pas fait recours. Il s'ensuit qu'une décision interdisant une concentration ne peut être attaquée que par toutes les entreprises participantes, qui forment une société simple.

11. Arrêt du 29 janvier 2018 (Ile Cour de droit public) cause [2C 499/2017](#) DPC 2018/2, p. 471 **Les éditions des 5 frontières SA**

Rejet du recours contre la publication d'une décision relative au marché du livre en français. Ne sont pas considérés comme des secrets d'affaires : les informations sur la structure de l'entreprise, notamment en matière de distribution, qui n'ont pas d'incidence sur le résultat commercial de celle-ci ; la date de la conclusion des contrats de distribution, sachant que la décision ne mentionne pas la durée de ces contrats. N'étant pas considérés comme des secrets d'affaires, ces informations peuvent figurer dans la décision publiée.

12. Arrêts du Tribunal administratif fédéral du 30 octobre 2017 causes [B-5911/2014](#), [B-5903/2014](#), [B-5927/2014](#), [B-5869/2014](#) et [B-5920/2014](#) **Lufthacht**

Recours contre la publication de la décision de la Comco partiellement admis. La publication d'états de fait non-couverts par les constatations d'illégalité est disproportionnée. En plus des secrets d'affaires, doivent être caviardés également les états de fait et les considérants juridiques y relatifs qui ne contribuent pas au dispositif (les *obiter dicta*). Afin de ne pas compromettre la compréhension de la décision et le devoir de transparence, il convient de faire un compromis entre l'anonymisation, les résumés et la paraphrase, ou si besoin une combinaison de ces techniques. La Comco doit retravailler la décision en ce sens avant de la publier.

13. Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 24 octobre 2017 causes [B-7768/2016](#) et [B-149/2017](#) **Badezimmer**. Rejet du recours contre la publication de la décision de la Comco.

14. Arrêt du Tribunal fédéral du 9 octobre 2017 (Ile Cour de droit public), causes [2C 1017/2014](#) et [2C 1016/2014](#). Le renvoi à la Comco doit rester exceptionnel, le TAF peut compléter l'état de fait.

Le Tribunal administratif fédéral avait annulé la décision de la Comco en vertu du principe *in dubio pro reo* : l'existence d'un accord horizontal sur les prix n'était pas prouvée à suffisance de droit. Selon le Tribunal fédéral, le TAF a un pouvoir d'examen entier tant sur les faits que sur le droit. Le TAF peut examiner et établir les faits, partant le renvoi à l'autorité précédente doit rester l'exception. Puisque l'état de fait n'a pas pu être établi, la cause est renvoyée au TAF pour un nouvel examen et établissement des faits.

15. Arrêt du Tribunal fédéral du 8 août 2017 (Ile Cour de droit public) cause [2C 578/2017](#) DPC 2018/1 p. 220 **Cartel de soumission aux Grisons**

Décision incidente sur l'interdiction d'exploiter des éléments de preuve. Une décision incidente qui rejette une demande d'écartier du dossier un procès-verbal d'**audition de l'ex-directeur** de l'entreprise recourante à l'époque des faits litigieux, mais qui travaillait au moment de l'audition pour une entreprise concurrente partie à la même procédure, ne cause pas un préjudice irréparable au sens de l'article 93 al. 1 lit a LTF. La recourante ne s'était pas opposée lors de l'audition. Recours déclaré irrecevable.

Autres questions16. Arrêt du TF du 14 mars 2018 cause [4A_417/2017](#) **Swatch**

Action civile à l'étranger contre une entreprise suisse, fondée sur le droit de la concurrence. Demande en constatation négative en Suisse possible en matière internationale.

Le Tribunal fédéral ouvre la possibilité aux sociétés suisses qui risquent une action à l'étranger d'introduire une demande en constatation (ou en déclaration) négative en Suisse. L'intérêt de l'entreprise à s'assurer d'un for en Suisse par l'introduction d'une action en constatation est confirmé en matière internationale, sous réserve des cas d'abus de droit. La Suisse n'étant pas connue pour la lenteur de ses procédures, il n'y a pas lieu de craindre la pratique d'«actions torpilles».

*b) Décisions et communications de la Commission de la concurrence et de son Secrétariat*17. Rapport du Secrétariat du 8 mai 2018 dans l'affaire des service après-vente (SAV) de montres.
Clôture de l'enquête préalable, à l'instar de la décision de la Commission européenne.

Les systèmes SAV des fabricants de montres sont considérés comme des accords verticaux au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, plus précisément des systèmes de distribution sélectifs purement qualitatifs qui ne tombent dès lors pas dans le champ de l'article 5 LCart. En revanche, les accords SAV des fabricants de montres qui lient la vente de montres avec les services après-vente sont considérés comme des accords notables au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Délimitation provisoire du marché comme le marché du SAV ou des pièces de rechange, car les travaux SAV ou les pièces de rechange ne sont substituables que dans une mesure limitée. Par conséquent, possible abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart. Question de la justification pour des motifs d'efficacité économique au sens des art. 5 al. 2 LCart et 7 LCart laissée ouverte.

18. Décision du 9 avril 2018 [DPC 2018/2](#) p. 363 **RIMOWA**.

Plaintes de cinq consommateurs suisses qui ne pouvaient pas acheter sur des sites de vente en ligne en Allemagne. Interdiction des exportations vers la Suisse dans des accords de distribution entre la société allemande et ses distributeurs en Allemagne. Accord amiable. Amende de CHF 134'943 d'une entreprise avec siège en Allemagne. Frais de procédure de CHF 67'760.

19. Décision de la Comco du 29 janvier 2018 [DPC 2018/2](#) p. 347 **Gerätebenzin (Husqvarna II)**.

Auto-dénonciation. Accord de coopération logistique (dédouanement, logistique, étiquetage) entre deux entreprises concernant l'essence d'une autre marque. Fixation des prix de revente, accord horizontal sur les prix au sens de l'article 5 al. 3 LCart. Réduction pour auto-dénonciation d'autres faits (*bonus plus*) au sens de l'article 12 al. 3 OS-LCart. Pas d'amende pour l'auto-dénonciateur. Amende de CHF 609'607 pour l'autre cocontractant. Frais de procédure de CHF 208'323.

20. Décision de la Comco du 11 décembre 2017 **Supermédia (Naxoo)**

Abus de position dominante. Recours pendant au TAF.

Exclusivité de l'utilisation des installations intérieures à un bâtiment. Abus de position dominante sous la forme d'imposition de conditions inéquitables au sens de l'article 7 al. 2 let. c LCart et de la limitation des débouchés et du développement technologique de tiers au sens de l'article 7 al. 2 let. e LCart. Pas de refus d'entretenir des relations commerciales au sens de l'art. 7 al. 2 let. a LCart. Amende de CHF 3'571'936. Frais de procédure de CHF 260'460.

21. Décision de la Comco du 27 novembre 2017 [DPC 2018/2](#), p. 237 **Gym80**
Accord vertical ; classement.

L'interdiction des ventes actives et l'obligation d'approvisionnement exclusif auprès du producteur dans le cadre d'un système de distribution exclusive ne tombent pas dans le champ de l'article 5 al. 4 LCart. Pas de restriction qualitative de la concurrence. Compte tenu des faibles parts de marché des parties et l'existence de plusieurs autres fournisseurs de produits concurrents en Suisse, l'accord n'affecte pas de manière notable la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Le fait pour le producteur de renvoyer les demandes en provenance de clients basés en Suisse au distributeur exclusif à qui a été attribué le territoire suisse n'est pas un accord au sens des articles 4 et 5 LCart.

22. Décision de la Comco du 8 juillet 2016 **Bauleistungen See-Gaster**
Cartels de soumission. Marchés publics et privés. Accord global et durable, plusieurs accords individuels, joint-ventures.

23. Rapport final sur l'enquête préalable dans l'affaire Laborreagenzien [DPC 2017/4](#) p. 565

24. Décision de la Comco du 30 octobre 2017 [DPC 2018/1](#) p. 78 **Verzinkung**.
Autodénonciation. Augmentation des prix décidée dans le cadre de réunions de l'association professionnelle des entreprises parties à la procédure. Accord horizontal sur les prix. Accord amiable avec l'association, pas de sanction. Pas de sanction pour l'entreprise qui s'est autodénoncée. Réduction pour conclusion d'un accord amiable de 20%. Amendes allant de CHF 700'000 à 4.3 millions. Frais de procédure de CHF 398'408, ou CHF 28'286 pour chacune des parties (y compris l'association).

25. Avis du Secrétariat de la Comco concernant l'obligation de notifier, transaction unique. [DPC 2017/3](#), p. 407.

Détermination de l'obligation de notifier dans l'hypothèse de plusieurs transactions liées. Acquisition de l'ensemble des actions d'une société cible par une entreprise dans le but de vendre ultérieurement 2/3 des actions à deux autres entreprises, avec lesquelles elle envisage d'exercer un contrôle en commun sur la cible. L'acquisition du contrôle exclusif n'est pas notifiable et peut être réalisée faute d'atteindre les seuils ; elle n'est pas considérée comme faisant partie d'une transaction unique avec le transfert ultérieur des 2/3 des actions, qui est sujet à notification.

26. Prise de position de la Comco du 16 octobre 2017 [DPC 2017/4](#) p. 579 **Tamedia/Tradono Switzerland**. Autorisation sans charges ni conditions.

27. Décisions de la Comco du 2 octobre 2017 **Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin**.
Cartels de soumission. Recours pendant au TAF.

28. Communication de la Comco du 18 septembre 2017 **Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland**. Autorisation sans charges ni conditions.

29. Décision de la Comco du 16 août 2017 [DPC 2017/4](#) p. 542 **Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)**

30. Décision de la Comco du 16 août 2017 [DPC 2017/4](#) p. 559 **DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY**

31. Décision de la Comco du 10 juillet 2017 [DPC 2017/3](#), p. 421 **Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal**. Cartels de soumission.

32. Avis de la Comco du 22 mai 2017 [DPC 2017/4](#) p. 696 **Distribution de journaux étrangers en Suisse (en allemand)**. Notion d'agence.
33. Décision de la Comco du 22 mai 2017 **Ticketcorner/Starticket**
Concentrations d'entreprises. Interdiction. Recours déclaré irrecevable par le TAF.
34. Décision de la Comco du 8 septembre 2014 [DPC 2018/1](#) p. 132 ss, p. 150 ss, p. 166 ss. **Cartels de soumission à Zurich**. Demande d'accès à la décision complète de la Comco, provenant d'une autorité adjudicatrice.

Décision de la Comco entrée en force. Les procédures de sanction au sens de l'article 49a LCart sont considérées comme des procédures pénales au sens de la LTrans de sorte que celle-ci ne s'applique pas. Accès en vertu de l'article 19 al. 1 let. a et b de la LPD, restreint aux seules informations concernant les marchés publics passés par l'autorité demanderesse. Pas d'accès aux informations concernant les entreprises auto-dénonciatrices.

35. Décision du 11 décembre 2017 [DPC 2018/2](#) p. 419 ss, p. 433 ss **Cartels de soumission en Argovie**. Demande d'accès aux actes de procédure par le canton d'Argovie et la commune de Koblenz.

Accès en vertu de l'article 19 al. 1 let. a et b de la LPD, (i) restreint aux seules informations concernant les marchés publics passés par les autorités demanderesse, mais y compris aux actes de procédure en lien avec lesdits faits, (ii) uniquement après l'entrée en force de chose jugée de la décision de la Comco, (iii) à condition d'utiliser ces informations aux seules fins de prouver le dommage causé à l'autorité publique par les cartels de soumission en question lors d'une procédure civile. Accès refusé (i) avant l'entrée en force de la décision de la Comco et (ii) pour les informations liées à un ou plusieurs auto-dénonciateurs. Enfin, interdiction d'utiliser les informations dans d'autres procédures et pour d'autres fins.

c) *Jurisprudence cantonale (principaux arrêts publiés)*

36. Arrêt du tribunal de commerce de Berne du 5 mars 2018 [DPC/2018/2](#) p. 475. Distribution automobile. Refus de mesures provisionnelles portant sur la livraison de pièces de rechange.
37. Arrêt du tribunal de commerce de Berne du 26 mars 2018 [DPC 2018/2](#) p. 482. Distribution sélective, automobile. Refus de mesures provisionnelles portant sur la livraison de pièces de rechange, l'accès au système IT de la marque et aux services de garantie.

d) *Jurisprudence européenne (principaux arrêts)*

38. Arrêt de la Cour du 5 juillet 2018, affaire [C 27/17](#), **flyLAL-Lithuanian Airlines**
Règlement 44/2001 (Bruxelles I). Compétences spéciales en matière d'indemnisation d'un dommage causé par un comportement anti-concurrentiel. Le « lieu où le fait dommageable s'est produit » au sens de l'article 5 al. 3 LCart vise le lieu du marché affecté par lesdits comportements au sein duquel la victime prétend avoir subi ces pertes. Il comprend le lieu de la conclusion d'un accord anticoncurrentiel contraire à l'article 101 TFUE, ou en cas d'abus de position dominante le lieu où les prix prédateurs ont été proposés et appliqués. L'action peut être ouverte contre une succursale de l'entreprise détenant la position dominante si la succursale a participé à l'abus de position dominante d'une manière effective et significative (article 5 al. 5 du Règlement 44/2001).
39. Arrêt de la Cour du 31 mai 2018, affaire [C-633/16](#), **Ernst & Young**
Les opérations qui ne sont pas nécessaires pour parvenir à un changement de contrôle ne relèvent pas de l'interdiction de réaliser une opération de concentration avant son autorisation en vertu de l'article 7 du règlement 139/2004. Ces opérations, même si elles peuvent être

accessoires ou préparatoires à la concentration, ne présentent pas de lien fonctionnel direct avec la réalisation de celle-ci, de telle sorte que leur mise en œuvre n'est en principe pas susceptible de porter atteinte à l'efficacité du contrôle des concentrations. La dénonciation d'un accord de coopération entre KPMG DK et KPMG International avant l'autorisation par les autorités danoises de la concentration entre KPMG DK et EY n'enfreint pas l'obligation de ne pas réaliser une concentration (notifiable au Danemark).

40. Arrêt de la Cour du 19 avril 2018, affaire [C-525/16](#), **MEO**

L'abus sous forme de prix discriminatoires requiert une distorsion de concurrence entre les clients de l'entreprise en position dominante. Tel n'est pas le cas lorsque l'incidence de la différenciation tarifaire sur les coûts supportés par l'opérateur qui s'estime lésé, ou sur la rentabilité et les bénéfices de cet opérateur, n'est pas significative.

41. Arrêt de la Cour du 23 janvier 2018, affaire [C-179/16](#), **Hoffmann-La Roche, Roche, Novartis**

L'accord entre deux entreprises commercialisant deux médicaments concurrents, qui porte sur la diffusion auprès de l'Agence européenne des médicaments, des professionnels de la santé et du grand public d'informations trompeuses sur les effets indésirables de l'utilisation de l'un de ces médicaments pour le traitement de pathologies non couvertes par l'autorisation de mise sur le marché de celui-ci (*off-label*) constitue une restriction de la concurrence « par objet ». En 2014, AGCM (Italie) avait sanctionné Novartis et Roche respectivement de EUR 92 million et 90,5 million.

42. Arrêt de la Cour du 13 décembre 2017, affaire [C-487/16](#), **Telefónica SA**

Une clause de non-concurrence, d'un an, entre les sociétés-mères d'une entreprise commune active au Brésil (joint-venture) couvrant le territoire ibérique est une restriction de la concurrence « par objet ». La clause de non-concurrence étant un accord de répartition des marchés, son illégalité ne fait pas de doute. Confirmation de l'amende de EUR 66'894'000 pour Telefónica. Portugal Telecom n'a pas contesté l'amende de EUR 12'290'000.

43. Arrêt de la Cour du 6 décembre 2017, affaire [C-230/16](#), **Coty Germany GmbH**

L'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui opèrent en tant que distributeurs sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des plateformes Internet tierces pour les ventes par Internet, ne constitue pas une restriction caractérisée au sens du Règlement 330/2010 d'exemption par catégorie et n'empêche donc pas l'exemption de cette interdiction.

44. Arrêt de la Cour du 23 novembre, affaire [C-547/16](#), **Gasorba c Repsol**

Une décision sur les engagements adoptée par la Commission européenne concernant certains accords entre entreprises n'empêche pas les juridictions nationales d'établir une infraction à l'article 101 TFUE et de constater, le cas échéant, la nullité de ces accords. Le principe de coopération loyale et l'objectif d'une application efficace et uniforme du droit de la concurrence de l'Union imposent cependant au juge national de tenir compte de l'évaluation préliminaire de la Commission et de la considérer comme un indice, voire comme un commencement de preuve, du caractère anticoncurrentiel de l'accord en cause au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

45. Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2017, affaire [T-394/15](#), **KPN BV**
Sur recours du concurrent KPN, le Tribunal annule la décision de la Commission européenne autorisant la concentration entre Liberty Global et Ziggo avec des charges et conditions pour défaut de motivation, d'autant plus que la Commission avait laissé ouverte la définition du marché pertinent. La définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à toute appréciation portée sur l'impact concurrentiel d'une opération de concentration. La Commission pouvait cependant laisser ouverte la définition précise du marché des produits dans la mesure où aucune des définitions du marché ne permettait de constater l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective.
46. Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2017, affaire [T-704/14](#), **Marine Harvest ASA**
Confirmation d'une amende de EUR 20 million pour réalisation d'une offre publique d'achat avant la notification à la Commission européenne et avant la décision d'autorisation.
47. Arrêt du 14 septembre 2017, affaire [C-177/16](#), **Latvia**
Aux fins d'examiner si un organisme de gestion des droits d'auteur applique des prix non équitables au sens de l'article 102(2)(a) TFUE, il est adéquat de comparer ses tarifs à ceux applicables dans les États voisins ainsi qu'à ceux applicables dans d'autres États membres, corrigés au moyen de l'indice de la parité du pouvoir d'achat, pourvu que les États de référence aient été sélectionnés selon des critères objectifs, appropriés et vérifiables et que la base des comparaisons effectuées soit homogène. L'écart entre les tarifs comparés doit être considéré comme sensible si celui-ci est significatif et persistant.
48. Arrêt du Tribunal du 12 septembre 2017, affaire [T-411/10](#) RENV, **Laufen Austria AG**
Imposition solidaire d'une amende à une société mère et à sa filiale. Calcul du plafond de 10 % du chiffre d'affaires en fonction du seul chiffre d'affaires de la filiale pour la période de l'infraction précédant son acquisition par la société mère. La partie de l'amende imposée à la filiale solidairement avec la société mère correspond à la période de l'infraction après l'acquisition.

Doctrine

Parutions 2017-2018

Ouvrages généraux

- BOVET C., DUCREY P., MERKT B., *Droit de la concurrence - Competition Law*, Weblaw 2017
- HEINEMANN A., KELLERHALS A., *Wettbewerbsrecht in a nutshell*, Dike 2018
- HETTICH P., KOLMAR M., HOFFMANN M., KOLLER J., MATHIS L., *Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen. Angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt*, Dike 2017
- HILTY, R. M., FRÜH A., *Lizenzkartellrecht. Schweizer Recht, gespiegelt am US-amerikanischen und europäischen Recht*, Stämpfli 2017
- HURNI B., *L'action civile en droit de la concurrence*, Schulthess 2017
- GOHARI R. S., *Verweigerung von Geschäftsbeziehungen. Kartellrechtliche Analyse nach Schweizer, EU- und US-Recht*, Stämpfli 2017
- MARBACH E., DUCREY P., WILD G., *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stämpfli 2017

- RAAFLAUB F., Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, Editions Weblaw 2018
- VLCEK M., MAMANE D., MARTENS F., WIJESUNDERA A., *Kartellrecht, Entwicklungen*, Schulthess 2017

Articles et Rapports

- AUFRICHTIG J., *Pekuniäre Verwaltungssanktionen und strafrechtliche Verfahrensgarantien am Beispiel des Kartellrechts*, in: LeGes 29 (2018) 1
- BALDI M., *Zur «Grundsätzlichkeit» der Bundesgerichtsurteile GABA und BMW*, PJA 2018/1
- BIRKHÄUSER N., STANCHIERI A., *Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba*, in: Jusletter 11 septembre 2017
- BÖNI F., WASSMER A., *Die Perversität der Bebussung öffentlicher Unternehmen*, in: Jusletter 1 oktobre 2018
- BOVET C., ALBERINI A., *Recent developments in Swiss competition law*, RSDA 2018/1 p. 73
- BRUCH D., *Entwicklung der Erheblichkeitsprüfung bei harten Kartellen*, sic! 2017/9
- GRABER CARDINAUX A., *Die aktualisierte Vertikalbekanntmachung 2010 und ihre Erläuterungen im Lichte des «Gaba»-Urteils des Bundesgerichts*, sic! 2017/10
- GÜBELI R., *Unterschiede in der Qualifikation von horizontalen und vertikalen abgestimmten Verhaltensweisen in der Praxis*, sic! 2018/5
- ESTERMANN P., *BVGer B-846/2015: Zulässigkeit von unverbindlichen Preisempfehlungen für Potenzmittel*, PJA 2018/4
- HOFFET F., DASSER F., Thomann M.: *Zulässigkeit von internationalem forum running*, PJA 6/2018
- PICT P. G., *Marktmacht und Marktmachtmissbrauch im UWG*, sic! 2017/ 7+8
- PICT P. G., FREUND B., *Das «Lastwagenkartell» – Gelegenheit für private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz?*, in: Jusletter 18. Juni 2018
- KUBLI L., *Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht – eine rechtsvergleichende Auslegung?* PJA 2018/2
- MEIER J., *Nemo tenetur in kartellrechtlichen Verfahren. Interessenskonflikt zwischen effektiver Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und adäquatem Grundrechtsschutz?*, sic! 2018/9
- JACOBS R., *Entwicklungen im Kartellrecht / Le point sur le droit des cartel*, RSJ 2018/9
- RAASS A., *Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung im Kartellgesetz*, in: Jusletter 24 septembre 2018

- STREULI A., *Switzerland*, in: Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions, LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition, Springer 2018, p. 249
- ZIRLICK B., BLATTER M., BANGERTER S., *Äpfel mit Birnen vergleichen? Fallspezifische Marktabgrenzung im Kartellrecht*, in: Jusletter 11 september 2017
- WOHLMANN H., *Das struktur- und gesellschaftspolitische Versagen des Kartellrechts*, in: Jusletter 23 avril 2018
- WOHLMANN H., *Kritische Bemerkungen zum Urteil Ticketcorner Hallenstadion*, in: Jusletter 7 august 2017
