

**34<sup>e</sup> Marathon du droit du 5 novembre 2022**

**Sujet n° 28**

**DROIT DE LA CONCURRENCE**

*(Pranvera Këllezi, avocate au barreau de Genève, Membre de la Commission fédérale de la concurrence)*

**Législation**

*Modifications récentes (2020-2021) et projets de modification*

*a) Adoptés*

- **Modification du 19 mars 2021 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022.**

Modification des art. 4 al. 2<sup>bis</sup> et 7 al. 2 LCart introduisant le concept de pouvoir de marché relatif, qui élargit celui de la position dominante et partant le cercle des entreprises qui peuvent commettre des abus (comportement illicite). Par entreprise ayant un pouvoir de marché relatif, on entend une entreprise dont d'autres entreprises sont dépendantes en matière d'offre ou de demande d'un bien ou d'un service, faute de possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises. Une entreprise peut avoir un pouvoir de marché relatif vis-à-vis d'un fournisseur ou d'un client, même si elle n'a pas une grande part de marché donc même si elle a moins de 40% de part de marché.

La modification ajoute un cas d'abus de position dominante ou de pouvoir de marché relatif dans les relations transfrontières, notamment « la limitation de la possibilité des acheteurs de se procurer à l'étranger, aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger. » (art. 7 al. 2 let. g LCart)

Toutefois, les abus de pouvoir de marché relatif ne sont pas soumis à une sanction directe sur la base de l'art. 49a LCart.

## 34<sup>e</sup> Marathon du droit du 5 novembre 2022

### Jurisprudence

*Jurisprudence fédérale et cantonale 2020-2022 (état au 31.08.2022, par ordre chronologique inversé)*

#### a) Jurisprudence fédérale

##### Tribunal fédéral

1. Arrêt du Tribunal fédéral du 14.06.2022 dans la cause 2C\_37/2020  
[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_37%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F14-06-2022-2C\\_37-2020&number\\_of\\_ranks=1](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_37%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F14-06-2022-2C_37-2020&number_of_ranks=1)

*Marché du livre en français, Albert le Grand.* Pas de protection territoriale absolue au sens de l'art 5 al. 4 LCart lorsqu'un fournisseur/éditeur de livres étrangers se réserve le droit de vendre lui-même sur le territoire attribué en Suisse. Les déclarations générales des libraires ne suffisent pas à prouver l'impossibilité de commander à l'étranger. Annulation de l'amende d'environ CHF 120'000.-.

2. Arrêt du Tribunal fédéral du 03.03.2022 dans la cause 2C\_44/2020  
[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_44%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F03-03-2022-2C\\_44-2020&number\\_of\\_ranks=3](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_44%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F03-03-2022-2C_44-2020&number_of_ranks=3)

*Marché du livre en français, Flammarion.* Les clauses d'exclusivité territoriale dans les contrats d'agence ne bénéficient pas du privilège qui pourrait être réservé aux contrats d'agence en droit de la concurrence. Le comportement d'une société mère à l'étranger peut être imputée à une filiale en Suisse, laquelle peut être la seule à être poursuivie par la Comco pour les comportements des différentes sociétés du groupe. Les ventes par Internet sur des sites de vente en ligne à l'étranger et quelques importations parallèles ne permettent pas d'exclure une protection territoriale absolue mise en place par les sociétés du groupe qui s'étaient engagées à ne pas fournir des clients suisses (concernant les livres non édités par Flammarion). La mise en œuvre du droit à être jugé dans un délai raisonnable implique un comportement actif du recourant qui doit demander aux autorités de recours d'accélérer la procédure, voire déposer un recours pour déni de justice, faute de quoi les juges du TF peuvent considérer, comme en l'espèce, que le recourant s'accommode du retard. Le TF n'annule pas l'amende prononcée 11 ans plus tôt par la Comco. Confirmation de l'arrêt du TAF, sauf sur le point de la solidarité des frais au motif d'absence de lien direct et nécessaires entre les accords illicites conclus par différentes parties à l'enquête.

3. ATF 148 III 77, arrêt du Tribunal fédéral du 18.01.2022 dans la cause 4A\_229/2021  
[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=4A\\_229%2F2021&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F18-01-2022-4A\\_229-2021&number\\_of\\_ranks=311](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_229%2F2021&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F18-01-2022-4A_229-2021&number_of_ranks=311)

*Action en conclusion du contrat.* Action d'un grossiste de pièces détachées contre un constructeur de véhicules automobiles qui refusait de lui fournir directement des pièces de rechange. Le TF admet le recours du constructeur en retenant qu'il n'y avait pas d'accord illicite au sens des art. 4 et 5 LCart et qu'il n'existe donc pas d'atteinte illicite à la concurrence, de sorte que l'action en conclusion du contrat des art. 12 et 13 LCart formée par le grossiste ne peut qu'être rejetée.

## 34<sup>e</sup> Marathon du droit du 5 novembre 2022

4. ATF 148 II 25, arrêt du Tribunal fédéral du 21.12.2021 dans la cause 2C\_43/2020  
[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_43%2F2020&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F148-II-25%3Afr&azaclir=aza](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_43%2F2020&highlight_docid=atf%3A%2F%2F148-II-25%3Afr&azaclir=aza)

*Marché du livre en français, Dargaud. Recours partiellement admis, renvoi au TAF sur les frais.*  
Le privilège du groupe ne couvre pas l'exécution des contrats conclus par une société sœur à l'étranger avec des sociétés externes au groupe ; le distributeur suisse qui exécute ces contrats sous délégation de la société sœur à l'étranger participe indirectement à des accords de protection territoriale. Ces contrats ne remplissent cependant pas les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart faute de preuve, contrairement à ce qui a été soutenu par le TAF et la Comco. Etant donné que le cas concernait la protection territoriale de grossistes en Suisse, les ventes au niveau du détail – tant aux consommateurs finaux qu'aux libraires – depuis les sites de vente en ligne d'Amazon à l'étranger ne font pas échec à la protection territoriale absolue mise en place par les accords de distribution au niveau de la vente en gros. Parmi les raisons invoquées par le TF, les achats des libraires auprès d'Amazon ne permettent pas à ceux-ci de retirer une véritable marge et l'impossibilité de retourner les invendus à Amazon. Le TF montre une certaine rigueur dans l'interprétation des contrats en n'acceptant pas les présomptions de fait invoquées par le TAF : uniquement les contrats dont les clauses exprimaient clairement l'intention de l'éditeur d'exclure les ventes en Suisse en provenance des autres distributeurs ont été considérés comme des accords illicites au sens de l'art. 5 al. 4 LCart passible d'amendes.

5. Arrêt du 8.12.2021 dans la cause 2C\_148/2018  
[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight\\_docid=aza%3A%2F%2Faza://08-12-2021-2C\\_148-2018&lang=fr&zoom=&type=show\\_document](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza://08-12-2021-2C_148-2018&lang=fr&zoom=&type=show_document)

*Médicaments hors-liste, complicité des grossistes à la pratique concertée concernant les recommandations de prix émis par les fabricants de médicaments.*  
La LCart ne mentionne pas explicitement les complices. Les dispositions relatives aux complices du DPA et du CPP ne s'appliquent pas à la procédure administrative régissant les sanctions prévues à l'art. 49a LCart. Ne peut donc être « complice » à une pratique concertée qu'une entreprise qui participe à un accord au sens des art. 4 al. 1 et 5 LCart, en l'occurrence les entreprises qui ont participé à une pratique concertée. Comme la décision de la Comco n'a pas établi la participation des grossistes à la pratique concertée retenue contre les fabricants de médicaments, la Comco ne peut pas ordonner des mesures contre les grossistes. Le recours du DEFR (représentant la Comco) est rejeté.

6. Arrêts du Tribunal fédéral du 1.12.2021 dans les causes 2C\_295/2021 et 2C\_307/2021  
[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_295%2F2021&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F01-12-2021-2C\\_295-2021&number\\_of\\_ranks=95](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_295%2F2021&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F01-12-2021-2C_295-2021&number_of_ranks=95)

*Perquisition, séquestre, levée des scellés, accès au documents mis sous scellés.*  
Jonction des recours contre les arrêts du TAF en matière de perquisition et du TPF en matière de levée des scellés pour éviter les contradictoires. Le TAF était entré en matière sur le recours contre le mandat de perquisition et l'ordonnance de saisie de documents mis sous scellés ou pas, en retenant un préjudice irréparable et un intérêt actuel pour revoir ces décisions incidentes. Le TF lui donne tort en jugeant qu'il n'y a ni préjudice irréparable ni intérêt juridique actuel pour former recours contre un mandat de perquisition et de saisie. La légalité de la perquisition et de la saisie de documents mis sous scellés sera examinée lors de la procédure de levée des scellés ce qui protège suffisamment le détenteur, sauf s'il subit un préjudice en étant privé de documents sous

## 34<sup>e</sup> Marathon du droit du 5 novembre 2022

scellés pendant une période prolongée. Si l'entreprise ne fait pas opposition au séquestre et ne demande pas la mise des documents sous scellés, elle exprime qu'elle n'a rien à objecter à l'utilisation de ces documents par la COMCO dans le cadre de son enquête et n'a donc pas intérêt à recourir contre le mandat de perquisition et de saisie. Le TF confirme la légalité de la perquisition dans le cadre du recours contre la levée des scellés pour les raisons suivantes : Il existait des soupçons suffisants de coordination entre les entreprises, il existait un risque de collusion et un risque concret de perte de preuves compte tenu de la longue collaboration entre les parties à l'enquête. Le TF confirme que le besoin d'enquête est une condition préalable à une perquisition, ceci contrairement à l'avis de la Comco. Le TF rejette la décision du TPF de refuser aux parties la consultation du dossier parce que les données sont sous scellés. Une partie a donc accès aux documents électroniques mis sous scellés, en l'occurrence la copie de plusieurs ordinateurs et espaces de stockage en cloud, même si la partie reste en possession des documents mis sous scellés.

7. Arrêts du 27.10.2021 dans les causes 2C\_866/2020 et 2C\_863/2020

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_866%2F2020+&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F27-10-2021-2C\\_866-2020&number\\_of\\_ranks=1](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_866%2F2020+&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F27-10-2021-2C_866-2020&number_of_ranks=1)

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_863%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F27-10-2021-2C\\_863-2020&number\\_of\\_ranks=1](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_863%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F27-10-2021-2C_863-2020&number_of_ranks=1)

*Publication des décisions de la Comco. Rejet des recours contre la publication des décisions de la Comco.*

8. Arrêt du 19.10.2021 dans les causes 2C\_874/2020

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_874%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F19-10-2021-2C\\_874-2020&number\\_of\\_ranks=1](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_874%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F19-10-2021-2C_874-2020&number_of_ranks=1)

*Publication d'un communiqué de presse par la Comco et de la prise de position de la Comco en matière de contrôle des concentrations. Rejet du recours.*

9. Arrêts du Tribunal fédéral du 7.10.2021 dans les causes 2C\_145/2018, 2C\_147/2018,

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_145%2F2018&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F07-10-2021-2C\\_145-2018&number\\_of\\_ranks=3](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_145%2F2018&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F07-10-2021-2C_145-2018&number_of_ranks=3)

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_147%2F2018&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F07-10-2021-2C\\_147-2018&number\\_of\\_ranks=3](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_147%2F2018&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F07-10-2021-2C_147-2018&number_of_ranks=3)

*Médicaments hors-liste, recommandations de prix.*

10. Arrêts du Tribunal fédéral du 23.09.2021 dans la cause 2C\_934/2020

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection)

## 34<sup>e</sup> Marathon du droit du 5 novembre 2022

[aza=all&query\\_words=2C\\_934%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F23-09-2021-2C\\_934-2020&number\\_of\\_ranks=2](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_934%2F2020&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F23-09-2021-2C_934-2020&number_of_ranks=2)

*Contrôle des concentrations, contestation de l'émolument forfaitaire de CHF 5'000 concernant l'examen préalable.* Rejet du recours. La Comco doit, de par la loi, procéder à un examen préliminaire après avoir reçu une notification. La notification d'un projet de concentration déclenche ensuite la procédure selon l'art. 32 LCart, indépendamment de l'existence d'une obligation de notification en vertu de l'art. 9 al. 4 LCart.

11. Arrêt du Tribunal fédéral du 09.06.2021 dans la cause 2C\_451/2021

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_451%2F2021&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F09-06-2021-2C\\_451-2021&number\\_of\\_ranks=77](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_451%2F2021&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F09-06-2021-2C_451-2021&number_of_ranks=77)

*Publication d'un rapport final du Secrétariat de la Comco clôturant l'examen préalable pour abus de position dominante.* Non-entrée en matière sur le recours des entreprises faute de préjudice irréparable

12. ATF 147 II 227, arrêt du Tribunal fédéral du 18.03.2021 dans la cause 2C\_1040/2018

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_1040%2F2018&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F147-II-227%3Afr&azaclir=aza](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_1040%2F2018&highlight_docid=atf%3A%2F%2F147-II-227%3Afr&azaclir=aza)

*Accès du canton d'Argovie aux actes de procédure concernant les cartels de soumission dont il a été victime.* Recours du canton admis. Le canton se voit accorder l'accès à la décision de la Comco et à certaines pièces du dossier. Le canton d'Argovie ne peut utiliser les données que pour examiner le dommage du canton et pour réclamer des dommages-intérêts et il lui est interdit de les transmettre à des tiers.

13. ATF 147 II 144, arrêt du 8.03.2021 dans la cause 2C\_383/2020

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_383%2F2020&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F147-II-144%3Afr&azaclir=aza](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_383%2F2020&highlight_docid=atf%3A%2F%2F147-II-144%3Afr&azaclir=aza)

*Convocation d'un tiers comme témoin.* Un ancien organe d'une entreprise est un tiers, il sera donc convoqué et entendu comme témoin sans restriction. Le TF réfute les limitations ordonnées par le TAF. L'audition d'un ancien organe par le Secrétariat de la Comco ne sera pas limitée aux indications de nature factuelle qui n'auraient pas d'incidence directe pour la société sous enquête. Portée du principe *nemo tenetur* pour les personnes morales. Le principe *nemo tenetur* n'a pas pour but de protéger les personnes morales contre des déclarations à charge, mais uniquement de garantir une défense efficace. L'art. 42 al. 1 LCart ne connaît que deux catégories, les parties à l'enquête et les tiers ; il ne prévoit pas de statut similaire à celui du PADR.

14. ATF 147 II 72 du 4.02.2021 dans la cause 2C\_149/2018

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=&to\\_date=&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=2C\\_149%2F2018&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F147-II-72%3Afr&azaclir=aza](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=2C_149%2F2018&highlight_docid=atf%3A%2F%2F147-II-72%3Afr&azaclir=aza)

*Pfizer (ou Hors-Liste). Médicaments sans prescription, recommandations de prix, pratique concertée, accord établissant des prix fixes.* Critères légaux constitutifs d'une pratique concertée : coordination, comportement sur le marché et lien de causalité. Si



## 34<sup>e</sup> Marathon du droit du 5 novembre 2022

ces trois critères sont remplis, les recommandations de prix peuvent constituer une pratique concertée. Le TF retient l'illicéité de l'accord au sens de l'art. 5 al. 1 LCart et l'atteinte notable à la concurrence, puisque la recommandation agit comme un accord établissant des prix fixes. Il ne retient en revanche aucune justification pour des motifs d'efficacité économique. Les recommandations de prix sont donc illicites et sujettes à sanctions. Rejet du recours et confirmation des sanctions.

### Tribunal administratif fédéral

15. [Arrêt du TAF du 19.01.2022](#) dans la cause B-2597/2017, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*. Abus de position dominante. Recours partiellement admis.
16. [Arrêt du TAF du 16.02.2021](#) dans la cause B-2798/2018, Naxoo. Abus de position dominante. Qualité de partie du plaignant admise.
17. [Arrêt du TAF du 30.09.2021](#) dans la cause B-161/2021, *Netzbaustrategie Swisscom*. Abus de position dominante, rejet du recours contre les mesures provisionnelles.
18. Arrêts du TAF du 9.08.2021 dans les causes [B-5119/2019](#), [B-5130/2019](#), [B-5161/2019](#), *Bauleistungen Graubünden wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden im Strassenbau*.
19. [Arrêt du 24.06.2021](#) dans la cause B-8386/2015, *Swisscom WAN-Anbindung*. Abus de position dominante. Admission partielle du recours quant à la sanction (réduction).
20. [Arrêt du TAF du 30.09.2020](#) dans la cause B-4117/2020. Demande de récusation contre le juge rapporteur du TAF. Rejet.

### Commission de la concurrence

(Les décisions publiées à la revue DPC (Droit et politique de la concurrence) sont disponibles sur la page suivante :

<https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/droit-et-politique-de-la-concurrence-en-pratique--dpc-.html>)

21. Décision de la Comco du 28 juin 2021 *Pöschl Tabakprodukte*. DPC 2021/4 837. Protection territoriale absolue, accord illicite au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Interdiction d'exportations dans les contrats de distribution de produits de tabac conclus avec des distributeurs européens. Autodénonciation du producteur sis en Allemagne, accord amiable. Amende d'environ CHF 270'000.-, frais de procédure d'environ CHF 85'000.-.
22. Décision de la Comco du 10 mai 2021, *Installation et services électriques dans la région genevoise*. Accord illicite au sens de l'art. 5 al. 3 LCart. Sanctions. Accords amiables.
23. Décision de la Comco du 28 juin 2021, DPC 2021/3 688. Sanction selon l'art. 52 LCart pour d'inobservation de l'obligation de renseigner selon l'art. 40 LCart. Un groupe a été sanctionné d'un montant total de CHF 40'000.- pour deux violations de renseigner commises par deux de ses filiales. Les frais de procédure d'environ CHF 19'000.- sont réparties par moitié entre les deux filiales.
24. Décision de la Comco du 13 juillet 2020 *Swatch Group Lieferstopp* DPC 2021/2 306. Clôture de l'enquête, levée des mesures provisionnelles.
25. Décision de la Comco du 16 décembre 2019 *Swatch Group Lieferstopp* DPC 2021/2 401. Mesures provisionnelles.

### **34<sup>e</sup> Marathon du droit du 5 novembre 2022**

26. Décision de la Comco du 20 janvier 2021 *Biologics* DPC 2021/1 86. Clôture de l'enquête préalable pour abus de position dominante.
27. Rapport final du Secrétariat de la Comco du 6 octobre 2020 *Consortium de longue durée Graubünden* DPC 2021/1 90. Pertinent pour l'évaluations des consortiums dans le domaine des constructions. Pour évaluer le potentiel de restriction de la concurrence des consortiums de durée, le nombre d'offres dans une situation avec consortium doit être comparé à celui en l'absence de consortium :
- Si les deux partenaires du consortium n'auraient pas présenté d'offre, le consortium augmente le nombre d'offres sur le marché. Une telle ARGE ne limite pas la concurrence ; au contraire, elle la renforce.
  - Si l'un des partenaires du consortium aurait présenté une offre, mais pas l'autre, le consortium est neutre en ce qui concerne le nombre d'offres, c'est-à-dire qu'il n'entraîne ni plus ni moins d'offres. Un tel groupement ne limite généralement pas non plus la concurrence.
  - Il n'en va autrement qu'exceptionnellement, lorsqu'un consortium est constitué dans le seul but de pouvoir présenter une offre économiquement moins avantageuse. Si les deux partenaires du groupement auraient présenté chacun une offre indépendante, le consortium réduit le nombre d'offres. Dans ce cas, il y a généralement une restriction de la concurrence par objet ou effet, à moins que l'offre du consortium ne soit manifestement meilleure sur le plan économique que ne l'auraient été les offres individuelles des partenaires du consortium.
28. Décision de la Comco du 7 septembre 2020 *Hockey sur glace en télévision payante* DPC 2021/1 160. Abus de position dominante. Sanction de CHF 29'995'979.-.
29. Décision de la Comco du 16 novembre 2020 *Réseaux optiques* DPC 2021/1 210. Accords illicites. Sanctions.
30. Décision de la Comco du 14 décembre 2020 *Stratégie de construction des réseaux de fibre optique de Swisscom* DPC 2021/1 227. Abus de position dominante. Mesures provisionnelles.

## 34<sup>e</sup> Marathon du droit du 5 novembre 2022

### **Doctrine**

*Parutions 2021-2022 par ordre chronologique inversé*

#### En Français

PRANVERA KËLLEZI, L'évolution de la loi suisse sur les cartels : entre intégration au marché européen et réglementation des marchés, *25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick*, EIZ Publishing 2022.

ALESSANDRO SIA, La doctrine des restrictions accessoires. Application dans le cadre de l'examen des accords en matière de concurrence, *Sic !* 2002/9.

JOHANA CAU, Le calcul d'une amende dans un cartel de soumission, *Revue suisse de droit des cartels* 2022/1, p. 10.

PRANVERA KËLLEZI, *Chronique de droit de la concurrence*, JdT 2020 I 79.

#### En anglais et en allemand

PRANVERA KËLLEZI, *Free Markets and the Rule of Law*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 13, Issue 5, July 2022, pp 321–322, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpac029>.

MICHAEL SCHMASSMANN, *Konzernprivileg und Joint Ventures*, *Revue suisse de droit des cartels* 2022/1, p. 15.

ANDREAS HEINEMANN, *Multitasking in der Missbrauchsaufsicht: Die Kompensationsfunktionen von Artikel 7 Kartellgesetz*, *RSDA* 4/2022, p. 293.

PETER GEORG PICHT, *Relative Marktmacht, Geoblocking und Digitalisierung*, *RSDA* 4/2022, p. 315.

ALEXANDER BRUNNER, *Relative Marktmacht – gerichtliche Sicht*, *RSDA* 4/2022, p. 326.

WALTER A. STOFFEL, *Revision des Kartellgesetzes: Braucht die Schweiz neue Schwellenwerte oder einen Systemwechsel im Fusionskontrollrecht?*, *SZW-RSDA* 4/2022, p. 354.

AMALIE WIJESUNDERA, *Entwicklungen im Bereich der vertikalen Wettbewerbsabreden in der Schweiz*, *RSDA* 4/2022, p. 306.

PETER GEORG PICHT, *Erste Leitlinien zur relativen Marktmacht in der Schweiz. Eine Analyse zu Merkblatt und Meldeformular des WEKO-Sekretariats vom Dezember 2021*, *Sic!* 2022/6.

OLIVER KAUFMANN, *Relative Marktmacht 2022. Die neuen Bestimmungen der Missbrauchskontrolle als aberratio ictus der Fair-Preis-Initiative?*, *Sic!* 2022/5.

PATRIK DUCREY / FRANK STÜSSI, *25 Jahre modernes Kartellgesetz – ein Rückblick*, *Sic!* 2022/5.

ADRIEN ALBERINI / CHRISTIAN BOVET, *Recent developments in Swiss competition law*. In: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 2022, vol. 94, n° 1, p. 89-99.

ADRIEN ALBERINI / CHRISTIAN BOVET, *Recent developments in Swiss competition law*. In: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 2021, vol. 93, n° 1, p. 86-92.

PATRICK L. KRAUSKOPF / LARS A. FISCHER, *Neue Technologien im kartellrechtlichen Härte-test. Unter besonderer Berücksichtigung von Blockchain, Smart Contracts und KI*, *Sic!* 2021/12.



**34<sup>e</sup> Marathon du droit du 5 novembre 2022**

GIULIA MARA MEIER, *Technologietransfer-Vereinbarungen im Lichte der kartellrechtlichen Effizienzrechtfertigung*, Sic! 2021/9.

JOSIANNE MAGNIN, *Arbeitsgemeinschaften (ARGE) im Baugewerbe*, Sic! 2021/9.

SERAINA DENOTH / MELANIE KAUFMANN, *Berücksichtigung von Compliance-Massnahmen bei Kartellsanktionen*, Sic! 2021 7+8.

PHILIPP ZURKINDEN / ROBERT KLOTZ, *Die Berücksichtigung von Kausalitäten und kontrafaktischen Szenarien im Schweizer und EU-Kartellrecht*, Sic! 2021/6.

ANDREAS HEINEMANN, *Nachhaltigkeitsvereinbarungen*, Sic! 2021/5.

CHRISTIAN BOVET / JEREMY BACHARACH / VALENTINE DELALOYE, *Covid-19 and competition policy: a Swiss perspective*. In: *Concurrences*, 2020, n° 2, p. 27-32.

\*\*\*