

Update

Newsflash Janvier 2016

Derniers développements au sujet des accords verticaux en droit de la concurrence

Le Tribunal administratif fédéral (“TAF”) a récemment rendu deux nouveaux arrêts en matière d’accords verticaux. Au sein de la première décision, le Tribunal a confirmé sa jurisprudence précédente *Gaba* et a confirmé la sanction infligée à BMW AG (“BMW”) s’élevant à CHF 156 millions pour avoir restreint les importations directes et parallèles. Dans un second jugement, le TAF a décidé d’annuler la sanction infligée à Altimum SA (“Altimum”) pour une prétendue fixation de prix. La question cruciale de savoir si des restrictions dures sur les prix ou les restrictions territoriales constituent une restriction notable à la concurrence *per se* sujette à des sanctions a été tranchée différemment dans les deux cas précités.

Confirmation de la jurisprudence *Gaba*

En mai 2012, la Commission de la concurrence (“ComCo”) a infligé une amende d’un montant de CHF 156 millions à BMW pour avoir restreint les importations parallèles en Suisse. Selon la ComCo, les contrats des concessionnaires de l’espace économique européen (“EEE”) contenaient des clauses d’exclusion d’exportation interdisant aux concessionnaires BMW basés dans l’EEE de vendre des nouveaux véhicules des marques BMW et MINI à des clients à l’extérieur de l’EEE (y compris des clients suisses). Ainsi, BMW aurait, selon la ComCo, cloisonné le marché Suisse et empêché la pression concurrentielle sur les prix de vente finaux des nouveaux véhicules BMW et MINI. En conséquence, les consommateurs finaux en Suisse n’ont pas pu bénéficier d’un taux de change avantageux.

Dans son jugement sur recours du 13 Novembre 2015, le TAF a entièrement confirmé l’amende infligée à BMW.

Premièrement, le TAF a affirmé que selon la théorie des effets, les restrictions à la concurrence commises hors du territoire helvétique tombent également dans le champ d’application géographique de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (“LCart”). En effet, il est suffisant qu’une restriction à la concurrence ait pu déployer des effets sur le marché suisse. Ainsi, la question de savoir si la restriction à la concurrence a réellement produit un effet sur le marché suisse n’est pas décisive. Dans le cas présent, le Tribunal a estimé qu’il est suffisant que les contrats des concessionnaires BMW dans l’EEE aient pu affecter la vente de nouveaux véhicules en Suisse.

Deuxièmement, le TAF a retenu que les accords sur la répartition des marchés (en particulier les restrictions territoriales absolues) au sens de l'article 5(4) LCart relèvent des accords les plus nuisibles en droit de la concurrence ("affectation notable *per se*"). L'étendue et la question de savoir si ces accords ont eu un effet concret sur la concurrence n'est pas pertinente et ne doit pas être examinée.

Considérant ce qui précède, le TAF a conclu que les interdictions d'exportation prévues dans les contrats de concessionnaires de BMW au sein de l'EEE constituaient une restriction notable à la concurrence. Dans ce contexte, le TAF a confirmé la possibilité (théorique) de justifier une telle restriction pour des motifs d'efficacité économiques. Toutefois, BMW n'a pas réussi à démontrer que les conditions sous-tendant ce type de justification étaient remplies en l'espèce.

En rendant ce jugement, le TAF a pleinement confirmé sa jurisprudence rendue dans les affaires Gaba/Gebro qui a établi pour la première fois le concept d'affectation notable *per se*. Cette cause est actuellement pendante devant le Tribunal fédéral.

Fixation d'un prix de vente minimal: absence d'affectation notable *per se*

Dans un jugement récent qui concernait Altimum, le TAF a toutefois adopté une autre approche.

En août 2012, la ComCo a infligé une amende à Altimum d'un montant de CHF 470'000 pour la fixation d'un prix de revente minimal. Selon la ComCo, la recommandation de prix édictée par Altimum correspondait à une imposition des prix de vente, en particulier en raison de la pression d'Altimum exercée sur ses revendeurs les contraignant à les suivre. Selon la ComCo, les concessionnaires n'avaient pas la possibilité de fixer leurs prix de manière autonome.

Dans son jugement du 17 décembre 2015, le TAF a annulé la décision de la ComCo. Le Tribunal a précisé que les recommandations de prix constituent une restriction à la concurrence en tant qu'imposition des prix de revente (i) s'il existe un accord entre le producteur et le revendeur en ce qui concerne l'acceptation des recommandations de prix ou (ii) si la liberté du revendeur de fixer son propre prix de revente est restreinte (par exemple en raison de pressions ou d'incitations à suivre des recommandations de

prix exercées par le producteur/importateur principal) et que, cumulativement, les recommandations de prix sont effectivement suivies par un grand nombre de revendeurs.

Dans le cas présent, le TAF a décidé (contrairement à la ComCo) qu'un accord minimum sur les prix de revente a été prouvé pour uniquement 12% des revendeurs. Pour le surplus, le Tribunal a considéré qu'il n'y avait pas d'accord sur les prix de revente.

En ce qui concerne la question centrale de l'affectation notable *per se*, le TAF a considéré que selon la jurisprudence précédente du Tribunal fédéral rendue dans un cas concernant une prétendue fixation horizontale des prix, les effets non seulement qualitatifs mais également quantitatifs doivent être pris en compte afin d'évaluer la notabilité de l'affectation de la concurrence. La ComCo doit prouver alternativement l'élimination concrète de la concurrence ou la restriction notable de la concurrence sur les marchés pertinents. Pour ce faire, la ComCo ne doit pas seulement se baser sur les parts de marché des entreprises mettant en œuvre les prix de revente, mais elle doit également évaluer et prouver les effets anticoncurrentiels sur les marchés pertinents. En évaluant ces effets, la ComCo doit notamment prendre en compte le nombre et l'importance des entreprises qui suivent ces recommandations de prix. Dans le cas présent, le Tribunal a conclu qu'aucun effet anticoncurrentiel n'a pu être prouvé.

Les considérations divergentes concernant les restrictions *per se* dans les cas Gaba / BMW et Altimum

La décision concernant Altimum a été rendue par le TAF seulement un mois après la décision BMW qui confirme pleinement la jurisprudence Gaba/Gebro entérinant ainsi le principe des restrictions *per se*.

Ainsi, la question se pose de savoir si en Suisse, une simple restriction par objet peut être prohibée et sanctionnée ou si les effets concrets (l'élimination ou une restriction notable de la concurrence) doivent être prouvés.

Sur la base de la jurisprudence actuelle du TAF, il semble que s'agissant de la fixation de prix minimaux, les effets quantitatifs doivent être prouvés afin de retenir un accord contraire à la concurrence tandis que pour retenir une

restriction verticale territoriale (*i.e.* la restriction des importations parallèles), il suffirait de prouver l'existence d'un accord ou une pratique concertée. Cette solution peut difficilement être conciliée avec les principes économiques établis. Ainsi, il convient de surveiller comment et si le Tribunal fédéral clarifiera cette contradiction

apparente avec le jugement qu'elle rendra dans l'affaire Gaba/Gebro.

Nous sommes à votre disposition pour toute question complémentaire que vous pourriez avoir.

Contacts

Zurich

Marcel Meinhardt
marcel.meinhardt@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Astrid Waser
astrid.waser@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 80 00

Genève / Lausanne

Benoît Merkt
benoit.merkt@lenzstaehelin.com
Tél: +41 58 450 70 00

Nos bureaux

Genève

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 17
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Zurich

Lenz & Staehelin
Bleicherweg 58
CH-8027 Zürich
Tél: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Lausanne

Lenz & Staehelin
Avenue du Tribunal-Fédéral 34
CH-1005 Lausanne
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

www.lenzstaehelin.com

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