

Herausgeber:

P. Nobel (Vorsitz) • M. Amstutz • J.-L. Chenux • H. C. von der Crone  
S. Emmenegger • M. Giovanoli • C. Huguenin • A. von Planta  
H. Peter • R. Sethe • W. A. Stoffel • L. Thévenoz • R. H. Weber

Schriftleiterin:

Charlotte M. Baer

1/13

**Leitartikel/Articles de fond***Peter Böckli*

Aktionärsausschuss: Strohfeuer in einer Sackgasse

*Luc Thévenoz/Christian Bovet*Trois contributions de la « Journée de droit bancaire et financier »  
Drei Beiträge des « Journée de droit bancaire et financier »*Ursula Cassani*L'infraction fiscale comme crime sous-jacent  
au blanchiment d'argent: considérations *de lege ferenda**Christian Bovet/Fabien Liégeois*

Cross-Border Tax Administrative Assistance: "For The Times They Are a-Changin'"

*Gabriel Aubert*La communication aux autorités américaines, par des banques,  
de données personnelles sur leurs employés: aspects de droit du travail*Erdem Büyüksagis*New perspectives on misuse of market power: How should the effects-based  
approach complement the existing normative solution?**Europareport***Thomas Lübbig/Christian Pitschas/Miriam le Bell***Länderbericht***Klaus J. Hopt/Christoph Kumpan*

69. Deutscher Juristentag 2012 in München: Abteilung Wirtschaftsrecht

**Zusammenfassung der Rechtsprechung/Resumé de la jurisprudence***Stefan Oesterhelt*

Steuerrechtliche Entwicklungen (insbesondere im Jahr 2012)

**Bemerkungen zur Rechtsprechung**

Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012  
vom 30. Oktober 2012Mit Bemerkungen von *Natalia Neuman* und *Hans Caspar von der Crone***Autorenverzeichnis/Liste des auteurs**

# Impressum

**Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und  
Finanzmarktrecht/SZW**

**Revue suisse de droit des affaires et du marché financier/RSDA**  
**Swiss Review of Business and Financial Market Law**

**85. Jahrgang Nr. 1 Februar 2013**

## **Herausgeberkollegium:**

Prof. Dr. P. Nobel (Vorsitz), Prof. Dr. M. Amstutz,  
Prof. Dr. J.-L. Chenaux, Prof. Dr. H. C. von der Crone,  
Prof. Dr. S. Emmenegger, Prof. Dr. M. Giovanoli,  
Prof. Dr. C. Huguenin, Dr. A. von Planta, Prof. Dr. H. Peter,  
Prof. Dr. R. Sethe, Prof. Dr. W. A. Stoffel,  
Prof. Dr. L. Thévenoz, Prof. Dr. R. H. Weber,

## **Vorsitzender des Herausgeberkollegiums:**

Prof. Dr. P. Nobel, Dufourstrasse 29, 8008 Zürich  
Tel. 044/269 77 77

## **Schriftleitung:**

Lic. iur. Charlotte M. Baer, Nobel & Hug,  
Dufourstrasse 29, 8008 Zürich, Tel. 044/269 77 77  
E-Mail: charlotte.baer@nobel-hug.ch

## **Gesellschaftsrechtliche Korrespondenten im Ausland:**

Belgien	Prof. P. van Ommeslaghe (Bruxelles)
Dänemark	Prof. B. Gomard (Kopenhagen)
Deutschland	Prof. M. Lutter (Bonn)
England	Prof. A. J. Boyle (London)
Niederlande	Prof. J. M. M. Maeijer (Nijmegen)
Österreich	Prof. H. G. Koppensteiner (Salzburg)
USA	Prof. R. Buxbaum (Berkeley)

## **Bankenrechtliche Korrespondenten im Ausland:**

Belgien	Prof. Robert Austin (Sydney)
Deutschland	Prof. Klaus J. Hopt (Hamburg)
Frankreich	Francis Meyrier (Paris)
Grossbritannien	Prof. Ross Cranston (London)
Italien	Prof. Fabrizio Mameri (Roma)
Japan	Prof. Hideki Kanda (Tokyo)
Liechtenstein	Dr. Georges Baur (Vaduz)
Luxemburg	Claude Marx (Luxembourg)
Österreich	Dr. Udo Birkner (Wien)
USA	Douglas W. Hawes (New York)
für die EU	Prof. Guy Horsmans (Louvain)

## **Verlag und Abonnementsverwaltung:**

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, 8001 Zürich, Tel. 044/200 29 19  
Fax 044/200 29 08, E-Mail: zs.verlag@schulthess.com  
Internet: <http://www.schulthess.com>  
Rezensionsexemplare sind ausschliesslich an die  
Schriftleitung zu senden.

Erscheint sechsmal jährlich

Abonnementspreis CHF 278.00/EUR 198.00

Studenten CHF 148.00/EUR 106.00

Einzelnummer CHF 49.00

ISSN 1662-8705

## **Anzeigenmarketing:**

Publicitas Publimag AG

Mürtschenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich

Tel. 044/250 31 31, Fax 044/250 31 32

# Inhalt/Table des matières

## **Leitartikel/Articles de fond**

*Peter Böckli*

Aktionärsausschuss: Strohfeuer in einer Sackgasse 1

*Luc Thévenoz/Christian Bovet*

Trois contributions de la «Journée de droit bancaire  
et financier» (Avant-propos) – Drei Beiträge  
des «Journée de droit bancaire et financier» (Vorwort) 11

*Ursula Cassani*

L'infraction fiscale comme crime sous-jacent  
au blanchiment d'argent: considérations *de lege ferenda* 12

*Christian Bovet/Fabien Liégeois*

Cross-Border Tax Administrative Assistance:  
“For The Times They Are a-Changin’” 25

*Gabriel Aubert*

La communication aux autorités américaines,  
par des banques, de données personnelles  
sur leurs employés: aspects de droit du travail 40

*Erdem Büyüksagis*

New perspectives on misuse of market power:  
How should the effects-based approach complement  
the existing normative solution? 49

## **Europareport**

*Thomas Lübbig/Christian Pitschas/Miriam le Bell* 70

## **Länderbericht**

*Klaus J. Hopt/Christoph Kumpan*

69. Deutscher Juristentag 2012 in München:  
Abteilung Wirtschaftsrecht 78

## **Zusammenfassung der Rechtsprechung/ Resumé de la jurisprudence**

*Stefan Oesterhelt*

Steuerrechtliche Entwicklungen  
(insbesondere im Jahr 2012) 85

## **Bemerkungen zur Rechtsprechung**

Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen  
im Auftragsrecht

Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts  
4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012

Mit Bemerkungen von *Natalia Neuman*  
und *Hans Caspar von der Crone* 101

## **Autorenverzeichnis/Liste des auteurs**

113

## La communication aux autorités américaines, par des banques, de données personnelles sur leurs employés : aspects de droit du travail

Par Gabriel Aubert, professeur à l'Université de Genève

### Table des matières

- I. Une vaine résistance
- II. Présentation critique des recommandations du Préposé
  - 1. La loi fédérale sur la protection des données
  - 2. Le code des obligations
- III. Autres obligations des parties

### I. Une vaine résistance<sup>1</sup>

1. – En 2011, le Département fédéral de la Justice des Etats-Unis d'Amérique sollicita de certaines banques suisses des informations sur l'activité d'employés qui étaient en contact avec la clientèle américaine, car certains d'entre eux, aux yeux de ce Département, auraient aidé des contribuables à violer les lois fiscales de leur pays.

Les banques suisses résistèrent à cette demande, pour protéger non seulement leurs clients, mais aussi leurs employés. Dans un premier temps, elles étaient prêtes à fournir des indications sur les activités des salariés en contact avec la clientèle américaine, mais en cachant le nom des employés (et, bien sûr, des clients); elles envisageaient, cependant, de désigner par un pseudonyme (gérant<sup>1</sup>, conseiller<sup>2</sup>) ceux qui avaient joué un rôle important, afin de faciliter la reconstitution de leurs interventions dans la durée. Sur cette base, l'autorité américaine aurait pu décrire des situations particulières et, pour obtenir des informations supplémentaires, agir par la voie de l'entraide administrative. Les informations auraient été communiquées au Département américain de la Justice par les autorités suisses, en application de notre loi fédérale sur l'entraide et non pas selon les canaux de l'entraide en matière fiscale; elles se seraient rapportées aux activités des employés et non pas à celles des clients, couvertes par le secret bancaire. Dans le cadre de l'entraide, les banques auraient échappé aux contraintes résultant de la loi fédérale sur la protection des données (art. 2 al. 2 let. c LPD).

Toutefois, le 9 novembre 2011, le Département américain de la justice fit savoir que ce mode de faire ne lui convenait pas. Paraissant ne pas comprendre que les autorités américaines exigeaient la livraison

de noms, les banques se sont préparées à fournir des documents anonymisés, en attendant que les autorités américaines ouvrent une procédure d'entraide. Le 17 novembre 2011, la FINMA approuva cette procédure. Le 16 décembre 2011, le directeur de l'Office fédéral de la Justice, à Berne, accordait également son approbation. Toutefois, il accompagnait cette autorisation d'une restriction: les banques devaient obtenir des autorités américaines l'assurance «*dass das DOJ die übermittelten Unterlagen nicht für individuelle Strafverfahren gegen Mitarbeiter verwendet, sondern ausschliesslich für die Untersuchungen gegen die Finanzinstitute*».

Les autorités américaines refusèrent cette condition. Le 18 janvier 2012, le Conseil fédéral décida d'accorder l'entraide administrative aux autorités américaines. Ces dernières ayant refusé de garantir l'impunité des employés, le Conseil fédéral précisa que, même dans la procédure d'entraide, les noms seraient anonymisés et non pas codés. De son point de vue, des noms codés ne devaient être livrés que dans le cadre d'une solution globale à négocier avec les Etats-Unis.

Ainsi, pendant de nombreux mois, les banques et les autorités fédérales se sont souciées de la protection des employés: les données devaient être anonymisées; dans le cadre d'une procédure d'entraide administrative, les Etats-Unis devaient s'interdire de poursuivre les employés des banques sur la base des données à recevoir.

2. – Toutefois, Washington, écartant ce souci de protection, exigeait la livraison de noms, visiblement pour approfondir ses enquêtes, le cas échéant, en interrogeant les employés selon les règles de la procédure américaine.

Déjà le 9 novembre 2011, le Département fédéral de la justice avait fait savoir qu'il ne se contenterait pas de la livraison de données anonymisées. Il impartissait aux banques un délai au 31 décembre 2011 pour communiquer les informations sur leurs activités «*offshore*», y compris les noms des employés impliqués. La lettre menaçait les banques d'une inculpation: «*If your institution wishes to reach an agreement with us you can avoid a indictment if you deliver all.*»

Déçues de ne pas recevoir satisfaction, les autorités américaines manifestèrent la fermeté de leurs intentions en procédant à l'inculpation de la banque Wegelin au début de février 2012. Cette décision causa de vives inquiétudes dans les banques visées

<sup>1</sup> Les développements qui suivent se fondent sur une enquête de Zoé Baches, Neue Zürcher Zeitung, parue le 22 août 2012; cf. NZZ: <<http://www.nzz.ch/aktuell/schweiz/zwischen-stuhl-und-bank-gefallen-1.17506463>>.

par les demandes de renseignements. Le 13 mars 2012, abandonnant l'idée de protéger leurs employés, elles demandaient au Conseil fédéral d'autoriser au plus vite la communication des informations exigées, y compris les noms, car elles craignaient des procédures américaines qui, selon elles, eussent mis leur existence en danger.

Hors la procédure d'entraide, la communication d'informations à l'étranger, par les banques, risquait de constituer une infraction pénale selon l'art. 271 du code pénal (acte exécuté sans droit pour un Etat étranger). Le 4 avril 2012, pour rendre licite cette communication, au sens du droit pénal, le Conseil fédéral autorisa expressément les banques à livrer des données non anonymisées, y compris, dans la mesure nécessaire, des données relatives à des collaborateurs ou à des tiers, mais non pas des données relatives à des clients (« *einschliesslich [soweit erforderlich], damit zusammenhängender Daten über Mitarbeitende und Dritte, nicht aber Kundendaten* »).<sup>2</sup>

Le Conseil fédéral abandonnait ainsi, subitement, l'exigence d'anonymisation; il renonçait, de plus, à empêcher les autorités américaines d'utiliser contre les employés les données communiquées par les banques. Désormais, le gouvernement laissait ces dernières assumer seules leurs responsabilités. Comme l'indique la décision: « *Die Abwägung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit bleibt Sache jeder Bank* ».

3. – Naturellement, les décisions des banques et du Conseil fédéral causèrent un certain émoi dans l'opinion publique et, surtout, parmi les employés (et anciens employés) de ces banques, dont certains se sentirent trahis.

Le Préposé à la protection des données et à la transparence (ci-après: le Préposé) s'est saisi du problème. Il a appris que cinq banques avaient communiqué des données aux autorités américaines (la Banque cantonale de Bâle, le Credit Suisse SA, HSBC Private Bank Suisse SA, la Banque Julius Bär & Co SA et la Banque cantonale de Zurich). Le 4 septembre 2012, il invita ces banques à suivre une procédure transparente vis-à-vis de leurs collaborateurs (il est inutile de décrire ici cette procédure, puisqu'elle correspond, pour l'essentiel, à celle qui

sera énoncée dans les recommandations finales, examinées plus bas). Par lettre du 6 septembre 2012, les banques s'engagèrent à respecter cette procédure, à titre provisoire, jusqu'à ce que le Préposé rendît ses recommandations. En échange, le Préposé renonçait à solliciter de l'autorité judiciaire des mesures provisoires de protection en faveur des employés.<sup>3</sup>

Le 16 octobre 2012, le Préposé annonçait avoir fait connaître ses recommandations aux banques, lesquelles s'abstinrent de les contester. Le 13 novembre 2012, en annexe à un communiqué, le Préposé les publia.<sup>4</sup>

## II. Présentation critique des recommandations du Préposé

### 1. La loi fédérale sur la protection des données

4. – Les recommandations du Préposé se consultent facilement sur le site internet de l'administration fédérale.<sup>5</sup> Les points les plus importants seront repris dans la mesure utile à leur mise en perspective. Nous suivrons la numérotation de la recommandation à la Banque cantonale de Bâle (ci-après: recommandation).

5. – Avant de formuler ses recommandations, le Préposé sollicita des explications de la part du Secrétariat d'Etat aux affaires financières internationales, de l'Office fédéral de la justice et de la FINMA, à propos de la décision du Conseil fédéral du 4 avril 2012. En outre, il interrogea les banques, demanda des compléments d'information et procéda à des inspections sur place (recommandation, I, 1.4).

Evidemment, de telles démarches étaient légitimes en vue de la bonne compréhension des intérêts des banques. Toutefois, dans cette procédure, la communication des noms touchait aussi les intérêts de salariés ou d'anciens salariés dont les noms étaient

<sup>2</sup> La décision du Conseil fédéral a été publiée par la RTS, <<http://www.rts.ch/info/suisse/4306925-1-autorisation-aux-banques-de-transmettre-des-noms-rendue-publique.html>>.

<sup>3</sup> Voir le communiqué du Préposé du 6 septembre 2012, Conditions strictes fixées par le PFPDT pour la communication de données, <<http://www.edoeb.admin.ch/aktuell/index.html?lang=fr>>.

<sup>4</sup> Voir le communiqué du Préposé du 16 octobre 2012, Le PFPDT adresse ses recommandations à cinq banques, ainsi que le communiqué du Préposé du 13 novembre 2012, Publication des recommandations aux banques, <<http://www.edoeb.admin.ch/aktuell/index.html?lang=fr>>.

<sup>5</sup> <<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00663/index.html?lang=de>>.

livrés à une autorité étrangère. Cette dernière avait expressément refusé de recevoir des informations anonymisées : elle se réservait d'interroger, voire de poursuivre ces employés ou anciens employés. Dès lors que, du point de vue du Préposé, la licéité de la communication des noms dépendait de la pesée des intérêts des employeurs et des salariés (recommandation, II, 4), il aurait été normal que le Préposé veille à entendre les deux parties. Ainsi, du côté des employés, s'agissant d'une situation collective, le Préposé aurait dû procéder à l'audition d'une organisation représentant les travailleurs. Rien ne montre que le Préposé ait recherché une information pleinement équilibrée sous cet angle; au contraire, comme on le verra, la façon dont ont été pris en compte les intérêts des employés suscite quelques doutes.

6. – a) Les recommandations du Préposé, telles qu'elles figurent à la fin de sa décision, ne se rapportent pas aux communications déjà effectuées par les banques, mais à la conduite qu'elles sont invitées à tenir désormais.

Ainsi, le Préposé invite les banques à reconnaître aux employés en cause le droit d'accès aux données déjà communiquées (dispositif, point 1). En outre, il établit une procédure quant aux éventuelles communications futures de données aux autorités américaines : avant toute communication, les banques doivent informer les intéressés ; leur donner connaissance de la portée et de la nature des informations qu'elles envisagent de transmettre ; enfin, préciser la période sur laquelle s'étend l'opération (dispositif, point 2.1) ; en outre, elles doivent leur accorder un délai pour réagir à cette notification (dispositif, point 2.2).

Ces recommandations appellent quelques commentaires.

b) D'abord, le Préposé considère comme admissible que les banques se refusent à remettre aux employés en cause une copie des données qu'elles s'appêtent à communiquer à l'autorité étrangère. A le suivre, les intéressés devraient se contenter, le cas échéant, d'une simple communication verbale. Ce point de vue ne nous paraît pas conforme au droit.

aa) Le Préposé dit vouloir protéger le secret bancaire.

Le droit d'accès résulte de l'art. 8 LPD : le maître du fichier communique à l'employé toutes les données qui sont contenues dans le fichier (art. 8 al. 1 et al. 2 let. a LPD), à moins que des intérêts prépondérants de tiers l'exigent (art. 9 al. 1 let. b LPD).

C'est précisément pour protéger les intérêts de tiers, soit les clients, que le Préposé accepte de renoncer à l'exigence de communication à l'employé, par écrit, des données adressées à l'étranger. Or, dans sa décision du 4 avril 2012, le Conseil fédéral a expressément interdit aux banques de livrer à l'étranger des informations sur les clients (« *Kundendaten* »). Si les informations livrées par les banques à un Etat étranger ne contiennent pas de *Kundendaten*, on ne voit pas en quoi ces mêmes informations, communiquées à l'employé, mettraient le secret bancaire en danger. Et si ces informations étaient couvertes par le secret bancaire, ce serait leur communication à l'Etat étranger qui violerait ce secret et non pas la communication, par écrit, à des employés qui, en principe, les connaissent puisqu'elles concernent leur travail. L'invocation du secret bancaire nous paraît donc dénuée de pertinence.

bb) Le Préposé se fonde en outre sur le but de la communication. A l'en croire, du moment que le contenu des informations livrées à l'étranger est communiqué, fût-ce oralement, le but du droit d'accès serait atteint, puisque l'intéressé aurait effectivement accédé à ces informations.

Cependant, la communication des informations à l'employé a aussi pour but de lui faciliter la défense de ses droits, le cas échéant en s'adressant aux tribunaux.<sup>6</sup> Or, toute demande en justice doit se rapporter à des faits explicites et précis. Comment l'employé pourrait-il agir si, faute de copie des informations en cause, il peine à en prouver le contenu ? De plus, selon le texte légal, les renseignements sont fournis par écrit, sous forme d'imprimé ou de photocopie, sauf exception statuée par le Conseil fédéral (art. 8 al. 5 LPD). Certes, à l'art. 1 al. 3 OLPD, le gouvernement a prévu une exception en admettant que, le cas échéant, l'employeur fournisse les renseignements oralement. Toutefois, le texte même de l'ordonnance subordonne cette exception au consentement du salarié. En d'autres termes, l'employeur ne saurait imposer au salarié une communication purement verbale.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Cf. par exemple *Philippe Meier*, Protection des données, Berne 2011, 361 no 964 ; *Ralph Gramigna/Urs Maurer-Lambrou*, in : Maurer-Lambrou/Vogt (éds.), *Datenschutzgesetz*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2006, 126, N 1.

<sup>7</sup> *Meier* (n. 6), 391, no 1077, avec référence, notamment, à l'ATF 125 II 321 consid. 3b ; *Gramigna/Maurer-Lambrou* (n. 6), 141 N 50 ; cf. aussi l'art. 4 al. 5 LPD.

L'ordonnance ne prévoit pas d'autre exception, de sorte que, sur ce point, la recommandation du Préposé nous paraît violer le droit fédéral. Au surplus, supposé que d'autres exceptions fussent licites, le Préposé ne saurait ici en aménager une en vue de protéger le secret bancaire, puisque, comme l'a décidé le Conseil fédéral, les données communiquées à l'étranger ne sauraient comprendre des *Kundendaten* (cf. ci-dessus aa).

cc) Selon le Préposé, le contrat ou des directives de la banque peuvent interdire aux employés d'emporter des documents internes à la maison.

Cette affirmation est vraie en général. Toutefois, la loi elle-même prévoit la communication d'informations par écrit, afin d'aider le salarié à défendre ses droits. Dès lors, on verrait mal qu'un employeur reproche à un salarié d'avoir produit en justice les informations qui lui ont communiquées pour renforcer sa position dans la procédure ou qu'un tribunal refuse d'en prendre connaissance, sauf à vider de sa substance la protection expressément voulue par la loi. On rappelle d'ailleurs qu'en l'occurrence ces informations n'englobent pas de *Kundendaten*.

c) A suivre le Préposé, les anciens employés bénéficient en principe de la même protection que les employés actuels, de sorte que l'employeur doit aussi respecter leur droit d'accès, mais «*soweit zumutbar*», soit dans la mesure où on peut l'attendre de lui; l'employeur n'est donc tenu de rechercher son ancien employé que s'il ne s'ensuit pas des efforts disproportionnés («*sofern dies mit einem verhältnismässigen Aufwand möglich ist*», recommandation, dispositif, point 2.1; voir aussi II, 16).

A notre avis, cette dérogation est trop large. En effet, la loi confère au salarié une protection impérative (cf. art. 8 al. 6 LPD). Dès lors, l'employeur doit tout faire pour retrouver et atteindre à temps les anciens salariés. Ce n'est qu'en démontrant l'impossibilité d'atteindre ce résultat qu'il pourra s'exonérer de sa responsabilité; une telle preuve sera difficile à rapporter par des employeurs disposant de moyens considérables. Du reste, en cas d'impossibilité, l'employeur devra prendre cette circonstance en considération, dans la pesée des intérêts, et se demander si, l'intéressé étant hors d'état de défendre ses droits, il ne s'impose pas, pour cette raison, de renoncer à la communication des données à l'étranger.

d) Selon le Préposé, la banque doit impartir aux intéressés un délai approprié pour recevoir l'information sur les documents les concernant (cf. recomman-

ation, 2.2: «*um gemäss Art. 8 DSG Auskunft über sämtliche, sie betreffende Dokumente zu erhalten*»).

Ce libellé est difficilement compréhensible. A vrai dire, il convient d'impartir aux intéressés un délai non pas pour recevoir des documents, mais pour se prononcer sur la communication des données (cf. dans ce sens recommandation, I, 1.5).

e) Selon le texte de la recommandation, en cas d'opposition de la part d'un intéressé, la banque doit peser les intérêts en présence dans le cas concret («*so nimmt die [Bank] eine Interessenabwägung für den konkreten Einzelfall vor*», cf. dispositif, point 2.3).

Pareille formulation risque d'induire les banques en erreur, car il incombe à celui qui traite des données de respecter spontanément le principe de la licéité et, en particulier, celui de la proportionnalité (art. 4 al. 1 et 2 LPD). Cette obligation légale est inconditionnelle; elle ne dépend nullement d'une demande expresse de la personne à propos de laquelle des données sont traitées. La loi contraint donc la banque, dans tous les cas, à effectuer d'emblée une pesée des intérêts, qui ne saurait être superficielle.

D'ailleurs, les considérants du Préposé sont plus précis que la recommandation elle-même (recommandation, II, 20): ils indiquent qu'en cas d'opposition la banque procédera à une nouvelle pesée des intérêts («*nochmals*»). A notre avis, cette seconde pesée, qui ne remplace pas la première, permettra à l'employeur d'examiner, surtout, les objections de l'intéressé. Si ce dernier s'est abstenu de motiver ses objections, l'employeur reste tenu, comme on l'a vu, de procéder à une pesée des intérêts détaillée.

Au demeurant, l'employeur n'admettra pas à la légère que le salarié a consenti à la communication des données. En effet, le consentement ne serait réputé acquis que si le salarié a été dûment informé (art. 4 al. 5 LPD). Cette information ne portera donc pas seulement sur le projet de communication de données, en soi, mais sur le contenu même de toutes les données à transmettre.

7. – a) La communication de données personnelles sur leurs employés, par les banques, est de nature à porter atteinte à la personnalité de ces derniers. La question est donc de savoir si la banque peut faire valoir un intérêt privé ou public prépondérant, qui justifierait cette atteinte (cf. art. 13 LPD, recommandation, II, 4).

Le Préposé admet, selon une formule significative, pouvoir partir d'un «*intérêt public prépondérant des banques*», de nature à justifier l'atteinte subie par

les employés («*von einem überwiegend öffentlichen Interesse der Banken*», recommandation, II, 12). Cette formule recouvre deux réalités que le Préposé entrelace : l'intérêt privé des banques et l'intérêt public de la collectivité. Cet intérêt des banques, souligné par le Préposé, réside dans les conséquences probables, à leurs yeux, d'une inculpation, soit un préjudice important non seulement sous l'angle de la réputation, mais aussi sous l'angle patrimonial : si elles n'avaient pas communiqué les données exigées par les autorités américaines, les banques auraient risqué de disparaître, événement qui eût gravement affecté la place financière suisse (recommandation II, 5 et 9).

Cet intérêt des banques l'emporterait sur celui des salariés exposés à des poursuites pénales aux Etats-Unis (recommandation, II, 6 et 8). Cependant, les développements du Préposé présentent un caractère tout général ; en effet, les recommandations réservent expressément la pesée des intérêts dans chaque cas particulier, sans affirmer en aucune façon que la balance pencherait toujours du même côté (recommandation, II, 12).

b) Il est vrai que, si elles avaient refusé de s'incliner, les banques se fussent exposées à une inculpation par les autorités américaines et que, dans le cas Wegelin, l'inculpation a entraîné, pratiquement, la disparition de cette ancienne institution, dont les clients «sains» ont été transférés à une autre banque. On peut donc comprendre la crainte extrême qui s'est emparée des milieux bancaires, voire du Conseil fédéral.

c) Toutefois, plusieurs questions méritent un bref examen.

aa) D'abord, il est vrai que la banque Wegelin s'est, en quelque sorte, sabordée après son inculpation, perdant ainsi une part importante de son patrimoine et ruinant sa réputation. Il ne va pas de soi, néanmoins, que les cinq banques qui ont livré des données personnelles aux Etats-Unis auraient nécessairement subi le même sort après une inculpation.

Certes, une inculpation eût nui à leur réputation, mais le Préposé n'énonce aucune circonstance dont il découlerait à l'évidence qu'elle aurait entraîné une perte de clientèle de nature à compromettre leur existence. Il aurait été indiqué d'examiner séparément le cas de chaque institut bancaire, compte tenu de sa taille, de son intégration dans les économies cantonales ou dans un groupe international. En tout cas, le Préposé ne retient aucun risque systémique (compara-

ble à celui que décrit le Tribunal fédéral dans l'arrêt UBS).<sup>8</sup>

bb) La banque Wegelin avait adopté une politique périlleuse, en recrutant des clients américains aux comptes non déclarés. A cause d'une telle politique, les actionnaires et les dirigeants de cette banque ont perdu une part non négligeable de leur patrimoine. Cependant, un pareil risque est naturel – et moralement sain – dans une économie libérale fondée sur la responsabilité individuelle. Il fait partie des malheurs qu'une entreprise doit assumer, surtout quand elle a voulu le risque.

On ne saurait exclure l'hypothèse que les cinq banques aient pratiqué la même politique périlleuse et se trouvent dans une situation analogue à celle de la banque Wegelin. Il est dès lors permis de penser que les conséquences économiques d'une éventuelle inculpation des cinq banques relèveraient, elles aussi, du cours acceptable des choses, sans qu'il y ait lieu, pour les éviter, de les autoriser à porter atteinte aux droits de la personnalité des employés. D'ailleurs, on soulignera que, malgré leur sort peu enviable, les dirigeants de la banque Wegelin se sont montrés capables d'assumer les conséquences d'une inculpation sans compromettre ni la personnalité des employés ni la situation économique des clients déclarés.

Ainsi, l'invocation du cas Wegelin, dans la pesée des intérêts, ne suffisait pas nécessairement à justifier la décision de communiquer aux Etats-Unis des données personnelles sur leurs employés.

cc) Le Préposé accorde une importance non négligeable au désir du Conseil fédéral de calmer le jeu en vue de faciliter une solution globale, permettant de faire table rase d'un passé que les autorités américaines n'entendaient pas oublier.

Or, à l'époque où les données furent livrées, puis lorsque le Préposé a publié sa recommandation, ni les banques ni le Conseil fédéral ne détenaient la moindre assurance que la livraison des informations nominatives permettrait d'apurer ce passé et d'exonérer les instituts bancaires de tout risque de sanction pénale aux Etats-Unis. Même la signature de l'accord FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) le 13 février 2013, par le Conseil fédéral, soit presque

<sup>8</sup> ATF 137 II 431 consid. 4.2.

une année après la communication des données litigieuses, laisse ouvert le règlement du passé.<sup>9</sup>

Rétrospectivement, à tout le moins, et prospectivement, s'agissant de l'éventuelle livraison future de données, on doit donc se demander si la communication des informations nominatives à l'autorité étrangère pouvait servir, de façon pertinente, l'intérêt public à l'amélioration des rapports de la Suisse avec les Etats-Unis.

dd) Enfin, le Préposé invoque l'arrêt UBS, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que le Conseil fédéral avait respecté la Constitution en approuvant la livraison, aux Etats-Unis, de données relatives à la clientèle. En effet, le gouvernement pouvait fonder cette approbation, avec raison, sur la clause de police.<sup>10</sup> Aux yeux du Préposé, l'arrêt du Tribunal fédéral contribuerait à démontrer que la livraison d'informations sur les salariés, par les banques, répondrait, elle aussi, à un intérêt public (recommandation II, 10).

Toutefois, les deux situations présentent d'importantes différences. Dans l'affaire UBS, le gouvernement avait approuvé la décision de la FINMA et, ce faisant, avait exercé lui-même ses hautes prérogatives découlant de la clause générale de police. Dans les recommandations aux cinq banques, le gouvernement aurait certes pu envisager d'appliquer la clause générale de police pour justifier l'atteinte à la personnalité des salariés. Or, c'est précisément ce qu'il n'a pas fait. Au contraire, sa décision du 4 avril 2012 visait uniquement à exempter les banques de tout reproche sous l'angle de l'art. 271 du code pénal ; elle réservait expressément leur responsabilité sur le plan du droit civil, c'est-à-dire de la protection des données dans le cadre des rapports de travail.

d) Ainsi, dans la pesée des intérêts, le risque économique couru par les banques ne paraît pas décisif. L'exemple Wegelin montre qu'une banque peut assumer ses responsabilités sans compromettre ses salariés. De plus, l'espoir du Conseil fédéral d'améliorer nos relations avec les Etats-Unis semble bien abstrait en regard des atteintes concrètes à la personnalité des employés. Enfin, le Conseil fédéral s'est lui-même abstenu de suivre, dans ce dossier, la pratique inau-

gurée par l'arrêt UBS : il a laissé les banques assumer pleinement leurs responsabilités en matière de protection des données.

e) Quant aux inconvénients subis par les salariés, on retiendra : le risque et la crainte d'une arrestation, à tout moment, dans un aéroport par exemple, c'est-à-dire d'une atteinte à la liberté personnelle, qui tient dans notre ordre juridique un rang prioritaire (art. 10 al. 2 Cst. féd.) par rapport aux droits économiques (art. 26 et 27 Cst. féd.) ; le risque, de plus, en cas de détention provisoire, de difficultés pécuniaires pour eux-mêmes et leurs familles ; les angoisses liées à une procédure pénale dans un pays étranger, parfois très dure envers les inculpés ; des difficultés sur le marché du travail, un employeur potentiel hésitant à engager des candidats le cas échéant recherchés par la justice américaine ; le sentiment d'avoir été abandonnés par un employeur qui n'avait rien à leur reprocher et qui, parfois sans les avertir, a fourni leur nom à une autorité étrangère.

f) Les observations qui précèdent n'ont pas l'ambition de régler chaque cas particulier. Il s'agissait seulement de mettre en perspective les intérêts des banques, tels que décrits par le Préposé, et ceux des employés, assez sommairement mentionnés dans les recommandations.

## 2. Le code des obligations

8. – a) Les réflexions du Préposé sont générales, on l'a vu, parce qu'il n'a pas procédé à la pesée individuelle des intérêts, qu'il considère lui-même comme indispensable dans chaque cas particulier.

Mais elles sont générales à un second titre. En effet, ses recommandations prennent pour fondement, exclusivement, la loi sur la protection des données, qui statue les généralités en la matière. Le Préposé semble avoir perdu de vue que le titre X du code des obligations, consacré au contrat de travail, comporte un art. 328b, inséré lors de l'adoption de la loi fédérale sur la protection des données, qui encadre le droit de l'employeur en matière de communication, à des tiers, d'informations nominatives sur le salarié. Le Préposé s'abstient purement et simplement de citer cette disposition, sans fournir la moindre raison. Un tel silence est d'autant plus remarquable que le

<sup>9</sup> Voir le communiqué de l'administration fédérale du 14 février 2013, « La Suisse et les Etats-Unis signent l'accord FATCA », <<http://www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=fr&msg-id=47779>>.

<sup>10</sup> ATF 137 II 431 consid. 4.

Préposé a lui-même commenté cette disposition et l'a prise en compte dans d'autres contextes.<sup>11</sup>

Ainsi, subitement, le Préposé, appelé à résoudre un problème de droit du travail, fait l'impasse sur la disposition pertinente.

b) Selon l'art. 328b CO, l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail; en outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables.

La doctrine largement majoritaire, en droit du travail, considère de longue date que l'art. 328b CO fixe les limites dans lesquelles l'employeur est autorisé à communiquer à des tiers des données relatives au salarié. Vu son caractère impératif (art. 362 CO), l'art. 328b CO constitue donc un régime plus strict que le régime général prévu par la loi fédérale sur la protection des données.<sup>12</sup>

Une autre partie de la doctrine, surtout attachée au commentaire de la loi sur la protection des données, tend à n'accorder qu'une portée atténuée à cette

disposition.<sup>13</sup> Son opinion se heurte au texte et à la nature impérative de l'art. 328b CO, ainsi qu'à la pratique du Tribunal fédéral.

c) Il convient donc de s'en tenir à l'application de l'art. 328b CO et, à cet effet, de vérifier si la communication des données relatives aux travailleurs était nécessaire à l'exécution du contrat de travail.

Lorsque le contrat de travail est échu, son exécution ne saurait, en principe, requérir la communication de données à des tiers. En tout cas, on ne voit pas en quoi, dans le cas des anciens employés des cinq banques, la communication des données aux autorités américaines pouvait être rendue nécessaire par l'exécution de contrats qui n'étaient plus en vigueur. En conséquence, cette communication violait l'art. 328b CO.

Quant aux contrats en cours, il convenait d'examiner si leur exécution nécessitait la communication de données aux Etats-Unis. Cette nécessité est une exigence de droit ou de fait; peu importe qu'elle découle, le cas échéant, d'une législation étrangère, pourvu que l'exécution du contrat dépende de cette exigence.

Si l'employé n'avait plus aucun travail à accomplir dans ce pays, le critère de la nécessité fait défaut, car l'exécution du contrat ne pouvait plus être soumise à l'exigence de la fourniture d'informations nominatives aux autorités étrangères. Dans ce cas, la communication de données violait l'art. 328b CO.

En revanche, si l'employé continuait l'exécution d'un travail requérant la communication de données personnelles aux autorités américaines, cette communication était conforme à l'art. 328b CO.<sup>14</sup>

### III. Autres obligations des parties

9. – a) Si les autorités américaines ont tant insisté pour connaître le nom des employés qui auraient en-

<sup>11</sup> Cf. Guide pour le traitement de données personnelles dans le secteur du travail, <<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00629/00633/index.html?lang=fr>>; voir aussi un communiqué du Préposé, du 28 janvier 2013, relatant sa Septième journée de la protection des données sur le thème: Protection de la sphère privée et des données au travail – un droit légitime (<<http://www.edoeb.admin.ch/aktuell/index.html?lang=fr>>).

<sup>12</sup> Dans ce sens, en pratique, le Tribunal fédéral: ATF 138 I 331 consid. 8.4.2 et 8.4.4; TF 2C\_103/2008 du 30 juin 2008 consid. 6.2 et 6.3; ATF 122 V 267 consid. 3b; *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph*, *Arbeitsvertrag*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, 575 N 1 ad art. 328b et 579 N 3 ad art. 329b; *Rémy Wylser*, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2008, 332; *Philippe Carruzzo*, *Le contrat individuel de travail*, Zurich 2009, p. 319; *Adrian Staehelin*, *Der Arbeitsvertrag*, *Commentaire zurichois*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2006, 398, N 1 ad art. 328b; *Frank Vischer*, *Der Arbeitsvertrag*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2005, 170–171; *Christiane Brunner/Jean-Michel Bühler/Jean-Bernard Waeber/Christian Bruchez*, *Commentaire du contrat de travail*, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 2004, 154, N 1 ad art. 328b; ne sont guère probants, parce qu'ils entrent, en réalité, dans les prévisions de l'art. 328b CO, les exemples en sens contraire fournis par *Olivier Subilia/Jean-Louis Duc*, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010, 341–342 et 345 et par *Manfred Rehbinde/Jean-Fritz Stöckli*, *Commentaire bernois*, Berne 2010, 492 N 13 ad art. 328b; contra: *Wolfgang Portmann*, in: *Obligationenrecht I*, *Basler Kommentar*, Bâle 2011, p. 1949 N 23–28 ad art. 328b.

<sup>13</sup> *Meier* (n. 6), 650–652 avec d'autres références; *David Rosenthal*, in: *David Rosenthal/Yvonne Jöhri*, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zurich 2008, 723 ss, N 1, 4, 5, 16, 71; *Martin Winterberger-Yang*, in: *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, 519 N 1 et 2 ad art. 328b.

<sup>14</sup> La LPD comporte des règles spéciales sur la communication transfrontière de données, non réglée par l'art. 328b CO (art. 6 LPD). Nous ne nous y attardons pas, car la loi autorise la communication transfrontière lorsqu'elle est en relation avec l'exécution d'un contrat (art. 6 al. 2 let. c LPD).

tretenue des contacts avec des contribuables du pays (voir ch. 2 supra), c'est évidemment pour les interroger et, le cas échéant, les inculper, voire les incarcérer dans le cadre d'enquêtes touchant l'évasion fiscale.

La question est de savoir s'il incombe à l'employeur de rembourser les frais exposés par les employés (frais de séjour et de défense), ainsi que, le cas échéant, la perte de gain pendant la période d'immobilisation liée à l'enquête, voire à une condamnation.

b) Selon l'art. 327a al. 1 CO, l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du contrat de travail. Une jurisprudence cantonale, approuvée par la doctrine, précise que l'obligation de l'employeur s'étend aux frais d'avocat et au temps consacré à la préparation de démarches judiciaires liées à l'exécution du contrat; elle découle du contrat de travail, car il s'agit de frais imposés par l'exécution de celui-ci.<sup>15</sup> Sans doute cette obligation ne s'étend-elle pas aux procédures pénales relatives à des activités accomplies en Suisse et contraires à notre droit, car le droit suisse ne saurait favoriser la violation du droit suisse. En revanche, dans la mesure où les frais sont liés à des activités conformes au droit suisse, mais contraires à un droit étranger, l'employeur qui a organisé ces activités (et couvert les frais en résultant) est également tenu d'indemniser le salarié des conséquences de procédures intentées contre lui à l'étranger. Lorsque les frais revêtent un caractère récurrent, l'employeur verse au travailleur, en tout cas chaque mois, une avance convenable (art. 327c al. 2 CO).

La perte de gain causée par une privation de liberté est difficilement assimilable à des frais, qui sont des dépenses.<sup>16</sup> Toutefois, dans le cadre du contrat de travail, les risques de l'entreprise incombent à l'employeur et non pas au salarié.<sup>17</sup> Ce dernier a donc droit à la réparation du préjudice découlant de la réa-

lisation de tels risques, sur la base de l'art. 97 CO.<sup>18</sup> Le préjudice inclut le gain manqué.

10. – Le Conseil fédéral a autorisé les banques, sous l'angle de l'art. 271 CP, à fournir aux Etats-Unis des informations nominatives concernant l'activité des employés, mais non pas celle des clients (*Kundendaten*, cf. ch. 2 supra). Cette autorisation libère-t-elle aussi les employés qui, interrogés par les autorités américaines, communiqueraient des informations sur leurs propres activités, les *Kundendaten* restant préservées?

A notre avis, cette question appelle une réponse positive. En effet, les banques et le Conseil fédéral savaient que, au moyen des informations communiquées par les employeurs, les autorités américaines risquaient d'interroger des employés sur leurs activités en rapport avec les Etats-Unis. Ni les banques ni le Conseil fédéral ne pouvaient s'attendre, en cédant aux exigences américaines, que des employés soumis à un interrogatoire à l'étranger opposeraient aux autorités une résistance plus farouche que celle d'établissements importants ou d'un gouvernement à l'abri des frontières nationales. En conséquence, l'exemption accordée par le Conseil fédéral s'étend donc aux informations communiquées non seulement par les banques, mais aussi par les employés désignés dans les documents adressés par elles à Washington.

11. – En communiquant aux autorités américaines des informations sur les activités de leur employeur, à l'occasion d'un interrogatoire aux Etats-Unis, les salariés violent-ils leur obligation de discrétion au sens de l'art. 321a al. 4 CO?

A notre avis, non, car, en livrant les noms des employés aux autorités américaines, les banques ont favorisé leur interrogatoire à l'étranger. Les salariés peuvent légitimement interpréter ce comportement comme une renonciation au secret. D'ailleurs, en exigeant le maintien de celui-ci, après avoir contribué à l'organisation de l'interrogatoire, l'employeur adopterait une attitude contradictoire, indigne de protection (art. 2 al. 2 CC).

12. – Admettons qu'un salarié, interrogé par les autorités américaines, succombe à la pression et communique des informations sur les clients de la banque: pourra-t-il se voir reprocher une violation du secret bancaire, au sens de l'art. 47 LFB, ou même,

<sup>15</sup> SJ 1988, 577; voir aussi JAR 2005, 368; *Streiff/von Kaenel/Rudolph* (n. 12), 490, N 2 ad art. 327a; *Wylser* (n. 12), 282–283; *Rehbinder/Stöckli* (n. 12), 438 N 1 ad art. 327a; *Carruzzo* (n. 12), 256–257; *Staehelein* (n. 12), 350 N 2 ad art. 327a.

<sup>16</sup> *Rehbinder/Stöckli* (n. 12), 440 N 3 ad art. 327a.

<sup>17</sup> Que le risque de l'entreprise incombe à l'employeur, cela résulte de la notion de contrat de travail (*Vischer* [n. 12], 21). Le salarié ne participe pas aux pertes de l'entreprise (*Streiff/von Kaenel/Rudolph* [n. 12], 215, N 2 et 8 ad art. 322a); il n'est pas responsable des dommages découlant du risque professionnel (*Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez* [n. 12], 77, N 5 ad art. 321e).

<sup>18</sup> *Rehbinder/Stöckli* (n. 12), 440 N 3 ad art. 327a.

s'il est encore lié par un contrat de travail, être licencié avec effet immédiat pour un juste motif (art. 337 CO)?

La question relative à la protection pénale du secret bancaire échappe à la compétence d'un praticien du droit du travail. On se gardera d'oublier, néanmoins, que l'art. 17 CP reconnaît, comme fait justificatif, la sauvegarde d'intérêts prépondérants.<sup>19</sup> Il faudra donc, ici encore, procéder à une pesée des intérêts.

Sous l'angle du droit du travail, les intérêts du salarié sont importants: la loi protège sa liberté et sa santé (art. 328 CO); en outre, il faut tenir compte du fait que le travailleur a obéi dans le respect du droit suisse à son employeur (art. 321*d* CO). Pour leur part, les intérêts du client ne sont pas négligeables, mais probablement inférieurs: en effet, le contribuable sait qu'il court des risques en éludant l'impôt; ces risques

sont avant tout pécuniaires, mais, même lorsqu'ils affectent la liberté, ils sont consciemment assumés, dans un dessein réprouvé par le droit fiscal national.

Il ne s'agit pas de décider ici la question, mais de souligner simplement que, dans la logique du droit du travail, les intérêts de la partie faible au contrat paraissent dignes d'une protection accrue, surtout lorsqu'elle se trouve exposée à un interrogatoire aux mains d'une autorité étrangère, voire, le cas échéant, à une privation de liberté, même de brève durée, dans un environnement insolite.

Enfin, pour les raisons que nous venons d'évoquer, on peut fortement douter qu'un employé qui violerait le secret bancaire pour avoir été exposé, par son employeur, à un interrogatoire, voire à une privation de liberté à l'étranger, mériterait la sanction, prononcée par ce même employeur, du licenciement immédiat (art. 337 CO).

<sup>19</sup> Petit Commentaire CP, Code Pénal, Bâle 2012, N 15 ss ad art. 17.

# New perspectives on misuse of market power: How should the effects-based approach complement the existing normative solution?

By Erdem Büyüksagis\*

*This article delivers an analysis of the EU Commission's new competition policy regime, with specific consideration given to abuse of dominant position cases. The article then examines the possible impact of this regime on Swiss legal practice. Given that the new regime based on the effects-based approach makes provision for a shift from the protection*

*of competition towards the protection of consumers, the article forecasts its eventual implementation into Swiss law as well as its eventual outcome on consumer welfare. It concludes by highlighting the need for the new regime to be complemented by structural and procedural mechanisms in order to contribute to a more efficient enforcement of competition law.*

## Table of contents

- I. Introduction**
- II. The EU Commission's new competition policy regime and the effects-based approach**
  - 1. The background and objectives of Article 102 TFEU**
    - 1.1 From the protection of competition to the protection of consumers
    - 1.2 The notion of consumer protection
      - a. Definition
      - b. The "rule of reason" approach
  - 2. Defences**
- III. The impact of recent developments in European competition law on the protection of competition and consumers in Switzerland**
  - 1. The Article 7 ACart criteria**
  - 2. The legal requirements for an objective justification plea**
  - 3. Comparative reflections**
- IV. The need to complement the effects-based approach by structural and procedural mechanisms**
  - 1. Remediating the legal uncertainty**
  - 2. Some thoughts on improving the application of the existing rules governing end-consumers' access to compensatory justice**
    - 2.1 The issue of administrability
    - 2.2 Access to compensatory justice by way of class action lawsuits
    - 2.3 Abolition of the passing-on defence
- V. Conclusion**

## I. Introduction

By providing that "any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States [...]", Article 102 TFEU aims at preventing dominant companies from negatively affecting the structure of competition, which has already been weak-

ened by their presence.<sup>1</sup> The EU Commission and the Court of Justice of the European Union (CJEU) have promoted and applied this provision to achieve a variety of goals, including promoting the creation of a well functioning single European market,<sup>2</sup> ensuring effective competition,<sup>3</sup> and protecting consumers.<sup>4</sup> Such an application has given rise to contradictory judgments in similar cases, which has in turn created legal uncertainty in the assessment of abusive conduct.<sup>5</sup> As a reaction to the doctrinal call for coher-

\* Prof. Dr., LL.M. (Georgetown University), Attorney-at-Law, Lecturer at the University of Fribourg (MLCBP). I wish to thank Professor *Walter A. Stoffel* for his helpful comments on a draft of this article.

<sup>1</sup> Opinion of Advocate General *Kokott* delivered on 23 February 2006, Case C-95/04 *British Airways v. Commission* [2007] ECR I-2331, para. 68; *Denis Waelbroeck, Michelin II: A per se rule against rebates by dominant companies?*, (2005) JCLE 149, 171.

<sup>2</sup> Joined Cases 56/64 and 58/64 *Etablissements Consten SàRL and Grundig-Verkaufs-GmbH v. Commission* [1966] ECR 340.

<sup>3</sup> Cases C-6/73 and C-7/73 *Istituto chemioterapico italiano and Commercial Solvents v. Commission* [1974] ECR 223, para. 25.

<sup>4</sup> Commission's Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EU Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings [2009] OJ C45/7 on which see *Ariel Ezrachi*, The Commission's Guidance on Article 82 EU and the Effects Based Approach – Legal and Practical Changes, in: *Ariel Ezrachi* (ed.), *Article 82 EU, Reflections on its Recent Evolution*, Oxford 2009, 51 ff.; *Philip Marsden*, Some Outstanding Issues from the European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: Not-so-faint Echoes of Ordoliberalism, in: *Frederico Etro/Ioannis Kokkoris* (eds.), *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford 2010, 53 ff.

<sup>5</sup> Consider the *Deutsche Telekom* judgment, which concerns a possible "margin squeeze" abuse in the telecommunication sector (General Court of the EU, Case T-271/03 *Deutsche Telekom v. Commission* [2008] ECR II-477 [2008] 5 CMLR 631, upheld on appeal Case 280/08 P *Deutsche Telekom v. Commission* [2010] 5 CMLR 1495). Even if the defendant claimed that the wholesale prices