Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Note explicative de la Commission de la concurrence relative à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux

(Note explicative CommVert)

Du 12 décembre 2022

But de la Note explicative

1. La Note explicative qui suit aide à l'interprétation des règles de la Communication sur les accords verticaux (CommVert). [1] Elle se focalise sur des questions pratiques pertinentes, pour lesquelles il existe une pratique établie des autorités de la concurrence. Ainsi, la Note explicative ne contient pas de commentaires sur chaque disposition de la Communication sur les accords verticaux, ni de règles de concurrence supplémentaires. La Commission de la concurrence se réserve le droit d'adapter cette Note explicative si nécessaire.

2. La Note explicative s'inspire des Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales,[2] lesquelles valent de manière analogue en Suisse – tout en tenant compte des conditions juridiques et économiques spécifiques à la Suisse – conformément au consid. VII CommVert.[3] Dans ce contexte et pour assurer la sécurité juridique, les termes utilisés dans les Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales sont repris autant que possible lorsqu'il y est fait référence.

Restrictions à la concurrence passibles de sanctions (art. 12, 14 let. a CommVert)

Principe

3. Les entreprises qui participent à un accord vertical en matière de concurrence illicite aux termes de l'article 5 alinéa 4 LCart[4] sont sanctionnées selon l'article 49a alinéa 1 LCart. Sont illicites et donc passibles de sanction les accords verticaux en matière de concurrence qui suppriment la concurrence efficace sur le marché pertinent (art. 5 al. 4 LCart; art. 12 CommVert), de même que les accords en matière de concurrence au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart, qui ne suppriment pas la concurrence sur le marché pertinent mais qui l'affectent de manière notable et ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 4 en relation avec l'al. 1 LCart ; art. 14 al. 1 let. a CommVert).[5] En présence d'un accord vertical en matière de concurrence, la suppression de la concurrence efficace est présumée lorsque celui-ci a pour objet l'imposition d'un prix de vente minimal ou fixe ou une protection territoriale absolue (art. 5 al. 4 LCart; art. 12 CommVert).

---

[1] Décision de la Commission de la concurrence du 12.12.2022 (FF 2022 3231), disponible sur www.weko.admin.ch sous la rubrique « Législation et documentation » ; « Communications / Notes explicatives ».
[2] Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 248 01, 30.06.2022, pp. 1-85).
[3] Cf. aussi ATF 143 II 297, 326 ss. consid. 6.2.3, *Gaba*.
[4] Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251).
[5] ATF 143 II 297, 342 s. consid. 9.4.6, *Gaba*.

Accords verticaux sur les prix (prix de revente imposés ; art. 12 CommVert)

4. Un accord vertical sur les prix se caractérise entre autres par le fait qu'il existe entre le fournisseur et ses acheteurs une action collective consciente et voulue au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart portant sur la fixation de prix minimums ou fixes (art. 1 CommVert). Toutes les formes d'actions collectives conscientes et voulues sont concernées, des pratiques concertées jusqu'aux conventions expresses (orales ou écrites).[6]

5. Un accord vertical sur les prix peut être obtenu par des moyens directs. C'est le cas des dispositions contractuelles ou des pratiques concertées qui fixent directement le prix que l'acheteur doit facturer à ses clients, ou qui permettent au fournisseur de fixer le prix de vente ou qui interdisent à l'acheteur de vendre en deçà d'un certain niveau de prix. [7]La restriction est également flagrante lorsque le fournisseur demande une augmentation de prix et que l'acheteur accède à cette demande. [8]

6. Un accord vertical sur les prix peut aussi être atteint par des moyens indirects, notamment des mesures incitant à appliquer un prix minimal ou dissuadant de s'écarter d'un prix minimal. Les exemples suivants fournissent une liste non exhaustive de ces moyens indirects :

- la fixation de la marge de vente ;
- la fixation du niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un niveau de prix prédéfini ; [9]
- le fait de subordonner au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes ou le remboursement des coûts promotionnels par le fournisseur ;
- l'imposition de prix minimaux affichés (minimum advertised prices ; MAPs) interdisant au distributeur d'afficher des prix inférieurs à un niveau fixé par le fournisseur ;
- le fait de relier le prix de vente imposé aux prix de vente pratiqués par les concurrents ;
- des menaces, intimidations, avertissements, sanctions, retards ou suspensions de livraison ou la résiliation du contrat en cas de non-respect d'un niveau de prix donné.[10]

7. Les prix de vente maximaux sont des accords verticaux sur les prix s'ils ont l'effet de prix de vente fixes ou minimaux à la suite de pressions exercées par l'une des entreprises concernées ou de mesures d'incitation prises par celle-ci.[11]

8. En cas de recommandations de prix faites par des fournisseurs à des revendeurs, il convient d'examiner au cas par cas s'il existe un accord vertical sur les prix. Les aspects suivants sont notamment pertinents à cet égard :

- Les recommandations de prix qui ne relèvent ni de l'accord ni de la pratique concertée (recommandations unilatérales de prix) ne posent pas de problème au regard du droit des cartels. En d'autres termes, les recommandations de prix émises unilatéralement par le fournisseur, comme une recommandation de prix figurant dans un catalogue, ne

---

[6] ATF 147 II 72, 77 consid. 3.2 s. et 3.4.1, *Pfizer ;* cf. également DPC 2016/3, 731 N 75 s., *Saiteninstrumente*.
[7] DPC 2019/4, 1146 N 45, *Stöckli Ski*.
[8] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 186.
[9] ATF 144 II 246, 260 consid. 7.3, *Altimum ;* DPC 2017/2, 288 N 48, *Husqvarna* ; DPC 2016/2, 400 N 141, *Altimum*.
[10] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 187.
[11] Cf. l'article 4 lettre a du règlement (UE) n° 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 2022 L 134/4) (règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux) ; lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 188.

posent pas de problème au regard du droit des cartels, en l'absence d'autres indications de coordination.[12]

- Il est déterminant de savoir si une recommandation de prix remplit la notion d'accord en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart. S'il existe une volonté de s'engager sur le prix, la recommandation de prix constitue un accord au sens d'une convention ; en l'absence d'une telle volonté de s'engager, la pratique litigieuse peut remplir les conditions de la pratique concertée.[13] La notion de pratique concertée exige tout d'abord une prise de contact entre les entreprises (concertation) et un comportement correspondant sur le marché (succès de la concertation ; degré de suivi). Un lien de causalité est nécessaire entre la concertation et le comportement.[14] L'interaction entre la concertation et le succès de la concertation doit atteindre un certain niveau qualitatif pour que l'on puisse parler d'une pratique concertée.[15] La concertation peut par exemple résulter d'une communication particulièrement intensive des prix recommandés.[16] Une telle concertation peut exister lorsque, par exemple, les prix recommandés par les fabricants ou les fournisseurs sont transmis de manière répétée par voie électronique dans les systèmes de caisse des revendeurs ou des distributeurs. [17] Si l'existence d'un accord ou d'une concertation est avérée, le fait que la recommandation de prix soit désignée comme « non contraignante » ou « destinée au public » n'est pas déterminant.[18]

- Les pratiques concertées portant sur des recommandations de prix sont des accords verticaux sur les prix au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart, si les recommandations de prix ont effectivement l'effet de prix fixes ou minimaux, notamment en raison du taux de suivi. [19].

- Un accord en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart est un accord sur les prix au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart lorsque les prix recommandés ont effectivement l'effet de prix fixes ou minimaux à la suite de pressions exercées par l'une des entreprises concernées ou de mesures d'incitation prises par celle-ci.[20]

- Un accord vertical sur les prix déguisé en recommandation de prix est couvert par l'article 5 alinéa 4 LCart (art. 12 al. 3 CommVert).

9. Les circonstances qui peuvent donner lieu à l'examen de recommandations de prix sont notamment les suivantes :

- le fait que les fabricants ou les fournisseurs accordent aux revendeurs et aux détaillants des mesures d'incitation pour que les recommandations de prix soient respectées ;

- le fait que les fabricants ou les fournisseurs exercent des pressions sur les revendeurs et les distributeurs pour qu'ils respectent les recommandations de prix ;

- le fait que les recommandations de prix ne soient pas généralement accessibles, mais émises à la seule attention des revendeurs ou distributeurs ;

---

[12] ATF 147 II 72, 100 consid. 5.6, *Pfizer*.
[13] ATF 147 II 72, 86 consid. 4.3, *Pfizer*.
[14] ATF 147 II 72, 78 ss. consid. 3.4, *Pfizer*.
[15] ATF 147 II 72, 89 consid. 4.5.1, *Pfizer*.
[16] ATF 147 II 72, 93 consid. 5.2.4, *Pfizer*.
[17] ATF 147 II 72, 93 consid. 5.2.4, 100 consid. 5.6, *Pfizer*.
[18] ATF 147 II 72, 100 consid. 5.6, *Pfizer*.
[19] ATF 147 II 72, 103 ss. consid. 6.4.4, 105 consid. 6.5, *Pfizer*.
[20] Cf. l'article 4 lettre a du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux.

- le fait que les recommandations de prix en francs suisses indiquées par les producteurs ou fournisseurs sur les produits, les emballages ou dans les catalogues, etc., ne soient pas expressément désignées comme non contraignantes ;

- le fait que le niveau de prix des produits concernés par les recommandations soit – à prestations comparables – significativement plus élevé que dans les pays voisins;

- le fait que les recommandations de prix soient effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs.

Accords verticaux de protection territoriale absolue (art. 12 CommVert)

10. L'existence d'une protection territoriale absolue au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart requiert premièrement celle d'un accord vertical au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart (art. 1 CommVert). Une protection territoriale absolue au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart nécessite, aux termes de la loi, les éléments suivants : premièrement un contrat de distribution, deuxièmement l'attribution d'un territoire[21] et troisièmement l'exclusion des ventes d'un territoire à un autre.[22] Le concept de contrats de distribution doit être défini de manière globale et comprend non seulement les contrats de distribution à proprement parler, mais aussi les clauses individuelles sur l'achat, la vente ou la revente des produits contractuels contenues dans d'autres contrats et qui prévoient une protection territoriale absolue ; de telles clauses se trouvent p. ex. dans les contrats de franchise, de licence ou encore de transfert de technologie.[23] Sont couvertes non seulement les clauses dans des contrats écrits, mais aussi tous types et formes de conventions verticales et de pratiques concertées au sens de l'article 1 CommVert ayant pour objet une protection territoriale absolue (p. ex. des listes de conditions applicables ou des conventions orales). Il n'est pas nécessaire que le contrat de distribution soit d'un certain type, tel qu'un contrat de distribution exclusive ou sélective (art. 4 et 5 CommVert).[24] Le territoire peut ainsi être attribué à un ou plusieurs distributeurs en même temps, indépendamment du type de système de distribution.[25] L'attribution du marché suisse à titre exclusif à un distributeur officiel suffit ; l'attribution d'autres territoires à l'étranger à d'autres distributeurs n'est pas nécessaire.[26] L'attribution du territoire peut être effectuée de manière directe comme indirecte (cf. ci-dessous ch. 12).[27] Le territoire attribué peut être défini de différentes manières, p. ex. par régions, par pays ou encore par territoires supranationaux.[28] Pour qu'il y ait une protection territoriale absolue, il faut que les ventes passives (art. 3 CommVert) dans ces territoires soient exclues pour les distributeurs situés en dehors de ces derniers ; ce n'est par contre pas le cas en présence d'une restriction des ventes actives (art. 2 CommVert).[29] Est également considérée comme une forme de vente passive la vente résultant de la participation à des procédures

---

[21] TF 2C_39/2020 du 3.8.2022, consid 7.5, *Diffulivre/COMCO*.
[22] ATF 143 II 297, 328 consid. 6.3, *Gaba ;* TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO,* avec renvois.
[23] ATF 143 II 297, 328 s. consid. 6.3.1, 331 s. consid. 6.4.1, *Gaba*.
[24] ATF 143 II 297, 328 s. consid. 6.3.1, *Gaba ;* TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO.*
[25] TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.
[26] TF 2C_39/2020 du 3.8.2022, consid 7.5, *Diffulivre/COMCO*.
[27] ATF 143 II 297, 329 s. consid. 6.3.2, *Gaba ;* TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.
[28] DPC 2018/2, 366 N 39, *RIMOWA ;* cf. aussi ATF 148 II 25, 28 consid. 8.2, *Dargaud/WEKO* et les références citées.
[29] ATF 143 II 297, 330 s. consid. 6.3.5, *Gaba ;* TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO,* avec renvois.

de passation de marchés publics (en procédure ouverte et sélective[30])[31] ou à des appels à manifestation d'intérêt privés.[32]

11. Des conventions entre producteurs et leurs distributeurs, par lesquelles les distributeurs dans l'Espace économique européen (EEE) se voient attribuer le territoire de l'EEE (ou un territoire dans l'EEE) pendant que les ventes depuis l'EEE (ou un territoire dans l'EEE) sont exclues, constituent des exemples d'accords de protection territoriale absolue.[33] De telles interdictions d'exportations contractuelles conduisent à l'exclusion des ventes passives aux distributeurs et clients finals situés en Suisse. Sont aussi des accords de protection territoriale absolue les restrictions des ventes passives de distributeurs agréés situés dans un territoire au sein duquel la distribution est organisée de façon sélective aux distributeurs situés dans un territoire au sein duquel la distribution est organisée de façon ouverte, resp. libre.[34]

12. Un accord de protection territoriale absolue peut aussi être mis en œuvre de façon indirecte (art. 12 al. 2 CommVert).[35] Une protection territoriale absolue indirecte comprend toutes les mesures par lesquelles les distributeurs devraient être amenés à ne pas satisfaire des demandes provenant de certains territoires, p. ex. refuser ou réduire les primes ou les remises, mettre fin aux livraisons, limiter ou réduire les volumes fournis, menacer de résilier l'accord vertical ou de ne pas le renouveler et facturer un prix plus élevé au distributeur pour les produits destinés à l'exportation.[36] Le non-remboursement par le fournisseur de services de garantie que les distributeurs effectuent sur des produits importés de manière parallèle ou directe[37] peut aussi conduire à une protection territoriale absolue indirecte.[38] Peuvent aussi conduire à une exclusion indirecte des ventes passives aux acheteurs situés en Suisse les restrictions d'approvisionnement contractuelles, par lesquelles les distributeurs situés en Suisse s'obligent à ne se fournir en biens contractuels qu'à l'intérieur de leur territoire contractuel.[39]

Etats de fait ne remplissant pas les conditions de l'article 5 alinéa 4 LCart

13. Les états de fait suivants ne sont pas par eux-mêmes couverts par la présomption de l'article 5 alinéa 4 LCart :

---

[30] Cf. art. 18 et 19 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1).
[31] DPC 2017/1, 98 ss. N 32 ss., *Eflare* ; DPC 2016/3, 654 N 4 s., *Flügel und Klaviere*.
[32] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 215.
[33] ATF 144 II 194, 204-205 consid 3.4, *BMW* ; TAF B-3332/2012 du 13.11.2015, consid. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO* ; TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO ;* DPC 2021/4, 844 N 53, *Pöschl Tabakprodukte*, DPC 2018/2, 365 N 29 ss., 366 41 N 41 s., *RIMOWA.*
[34] Cf. DPC 2016/2, 479 N 315, *Nikon*.
[35] TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.
[36] Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 204 ; DPC 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz ;* DPC 2012/3, 524, *Rabattdifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*.
[37] On parle d'importation directe lorsque des clients finals achètent des produits à l'étranger et les importent en Suisse. On parle d'importation parallèle lorsque des distributeurs se procurent des produits à l'étranger et les importent en Suisse sans passer par le réseau de distribution prévu par le producteur.
[38] Cf. TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO ;* DPC 2016/3, 881, N 100, *Umfrage Motion Hess ;* Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 204 let. l.
[39] Réglementation basée sur la pratique suisse ; cf. TAF B-581/2012 du 16.9.2016, consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO* ; cf. également DPC 2019/4, 1165 N 69, *Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren*.

- l'interdiction des ventes passives imposée au producteur :[40] l'engagement de fournisseurs étrangers envers l'importateur général suisse de rediriger vers ce dernier les commandes non-sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse ne constitue pas un accord de protection territoriale absolue.[41]

- les états de faits internes à un groupe : un accord en matière de concurrence nécessite une convention ou des pratiques concertées entre (au moins) deux entreprises indépendantes l'une de l'autre (art. 4 al. 1 LCart). Les ententes internes à un groupe ne remplissent pas cette condition. Cela signifie que l'article 5 alinéa 4 LCart ne s'applique pas aux ententes verticales sur les prix et sur une protection territoriale absolue lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe.[42] N'est par exemple pas un accord en matière de concurrence la redirection par une société étrangère vers une société suisse appartenant au même groupe des commandes non sollicitées provenant de distributeurs ou de clients finals situés en Suisse.

- de simples différences de prix au niveau international sans indices de l'existence d'accords verticaux sur les prix ou d'accords de protection territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 5 alinéa 4 LCart.

- les restrictions des ventes passives à certains groupes de clients ne sont pas couvertes par l'article 5 alinéa 4 LCart.

- lorsque les ventes passives sont autorisées mais non les actives, il s'agit seulement d'une protection territoriale relative. De telles ventes dans des territoires attribués ne sont pas exclues au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart (cf. ci-dessus ch. 9).43 En dehors des exceptions mentionnées à l'article 15 lettre b, lettre c (i) et lettre d CommVert, les restrictions aux ventes actives sont cependant considérées comme qualitativement graves.

Affectations notables de la concurrence (art. 14 let. a CommVert)

14. Le critère de la notabilité est une clause bagatelle. Une atteinte de faible intensité est déjà suffisante pour être qualifiée de notable.[44] Les accords particulièrement nuisibles mentionnés à l'article 5 alinéa 4 LCart, à savoir les accords verticaux sur les prix et les accords de protection territoriale absolue, remplissent en principe le critère de la notabilité au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart.[45] Cela s'applique sans référence à un marché et indépendamment de critères quantitatifs tels que l'importance des parts de marché des entreprises parties à l'accord.[46] Il suffit que de tels accords puissent potentiellement affecter la concurrence.[47] Cela

---

[40] Réglementation basée sur la pratique suisse, dans la mesure où elle se rapporte au producteur uniquement et non à tous les fournisseurs ; cf. TF 2C_44/2020 du 3.3.2022, consid 9.1, 9.4 et 9.5, *Flammarion/ COMCO ;* DPC 2010/4, 796 consid. 3.3.3.3, *Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung.*

[41] TF 2C_44/2020 du 3.3.2022, consid 9.1, *Flammarion/ COMCO ;* cf. également DPC 2018/2, 243 N 54 s., *gym80*.

[42] Cf. TF 2C_43/2020 du 21.12.2021, consid. 7.3, *Dargaud/ COMCO* (non publié in ATF 148 II 25) ; TAF, B-3938/2013 du 30.10.2019, consid. 6.2 s., *Dargaud/ COMCO*. Il convient toutefois de tenir compte, le cas échéant, des dispositions relatives à l'abus de position dominante, y compris le pouvoir de marché relatif (art. 4 al. 2 et 2bis LCart, art. 7 LCart ; TF 2C_39/2020 du 3.8.2022, consid 6.2.7, *Diffulivre/COMCO* ; TF 2C_43/2020 du 21.12.2021, consid. 7.4, *Dargaud/ COMCO*).

[43] ATF 143 II 297, 330 s. consid. 6.3.5, *Gaba*.

[44] ATF 143 II 297, 315 consid. 5.1.6, *Gaba*.

[45] ATF 143 II 297, 318 consid. 5.2.5, 325 consid. 5.6, *Gaba ;* ATF 144 II 194, 198 s., consid. 4.3.1, *BMW* ; ATF 144 II 246, 262 consid. 10.1, *Altimum*.

[46] ATF 143 II 297, 315 s. consid. 5.2.1, 324 s. consid. 5.5, *Gaba*.

[47] ATF 143 II 297, 323 s. consid. 5.4, 325 consid. 5.6, *Gaba ;* ATF 144 II 194, 199, consid. 4.3.2, *BMW*.

signifie que la preuve d'effets concrets ou de la mise en œuvre de l'accord n'est pas nécessaire.[48] Les affectations notables de la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 4 en relation avec l'alinéa 1 LCart sont illicites, sous réserve d'une justification pour des motifs d'efficacité économique à examiner au cas par cas (art. 5 al. 2 LCart ; art. 18 CommVert).[49]

Système de distribution sélective (art. 5, 15 let. b, c, 16, 17, 18 CommVert)

Critères de sélection (art. 5 CommVert)

15. Les critères utilisés par le fournisseur pour sélectionner les distributeurs peuvent être de nature qualitative ou quantitative, ou les deux. Les critères quantitatifs limitent directement le nombre de distributeurs, par exemple en imposant un nombre fixe de distributeurs. Les critères qualitatifs limitent indirectement le nombre de distributeurs, en imposant des conditions qui ne peuvent pas être remplies par tous les distributeurs, par exemple en ce qui concerne la gamme de produits à vendre, la formation du personnel de vente, le service à fournir au point de vente ou la publicité et la présentation des produits. Les critères qualitatifs peuvent se référer à la réalisation d'objectifs de durabilité, tels que la lutte contre le changement climatique, la protection de l'environnement ou la limitation de l'utilisation des ressources naturelles. Par exemple, les fournisseurs pourraient exiger des distributeurs qu'ils fournissent des services de recharge ou des installations de recyclage dans leurs points de vente ou qu'ils veillent à ce que les biens soient livrés par des moyens durables, tels que le vélo-cargo, plutôt que par des véhicules à moteur.[50]

Accords en matière de concurrence qualitativement graves (art. 15 let. c CommVert)

16. L'article 15 lettre c CommVert qualifie une série d'accords en matière de concurrence dans des systèmes de distribution sélective comme qualitativement graves. Leur notabilité (art. 5 al. 1 LCart) et leur justification (art. 5 al. 2 LCart) doivent être examinées au cas par cas (art. 14 let. b, 18 al. 3 CommVert).

17. La restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système, n'est pas considérée comme qualitativement grave (art. 15 let. c (i) 2 CommVert). De telles restrictions servent à protéger le système de distribution sélective de la distribution par des distributeurs étrangers au système. Par conséquent, il n'y a p. ex. pas non plus d'accord en matière de concurrence qualitativement grave lorsqu'un producteur limite ses services de garantie à des produits qui ont été acquis auprès de distributeurs agréés.[51]

18. Sont réputées qualitativement graves les restrictions des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché (art. 15 let. c (iii) en relation avec les art. 2 et 3 CommVert), de même que les restrictions des ventes actives ou passives entre distributeurs agréés (art. 15 let. c (ii) en relation avec les art. 2 et 3 CommVert). Il y a un accord de protection territoriale absolue au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart réputé notable lorsque les ventes passives par des distributeurs situés en dehors du territoire à des distributeurs agréés ou des utilisateurs finals situés en Suisse (ou dans des territoires délimités à l'intérieur de celle-ci) sont exclues (cf. ci-dessus ch. 4 ss).

19. La combinaison de la distribution sélective et de la distribution exclusive sur un même territoire entraîne des restrictions de concurrence qualitativement graves. Cela vaut également

---

[48] ATF 143 II 297, 323 s. consid. 5.4.2, *Gaba ;* ATF 144 II 194, 199, consid. 4.4.1, *BMW*.
[49] ATF 143 II 297, 334 ss. consid. 7, *Gaba ;* ATF 144 II 194, 201, consid. 4.5, *BMW*.
[50] Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 144.
[51] Arrêt de la CJCE du 13.1.1994, C-376/92, *Metro/Cartier*, Rec. 1994 I-15, point 32 s. ; DPC 2014/2, 411 N 42, *Jura*.

lorsque le fournisseur applique la distribution exclusive au niveau du commerce de gros et la distribution sélective au niveau du commerce de détail.[52]

Absence de notabilité en raison des parts de marché (art. 16 CommVert)

20. Les systèmes de distribution sélective qui ne contiennent pas de restrictions au sens des articles 12 ou 15 lettre c CommVert sont en principe licites en raison de l'absence d'affectation notable de la concurrence, lorsque le seuil de 15 % de part du marché n'est dépassé par aucune des entreprises parties à l'accord (art. 16 al. 1 CommVert). En présence d'effets cumulatifs de réseaux de distribution parallèles, ce seuil est abaissé à 5 % (art. 16 al. 2 CommVert).[53] En présence de systèmes de distribution sélective, un effet cumulatif est improbable lorsque la part de marché couverte par la distribution sélective est inférieure à 50 % ou lorsque la part de marché cumulée détenue par les cinq fournisseurs les plus importants n'atteint pas 50 %.[54]

Absence de notabilité du système de distribution sélective purement qualitative (art. 17 CommVert)

21. Les systèmes de distribution sélective qui remplissent les trois conditions cumulatives de l'article 17 CommVert sont licites indépendamment de l'importance des parts de marchés des entreprises parties à l'accord, car ils n'affectent pas la concurrence de manière notable.[55]

Motifs justificatifs (art. 18 CommVert)

22. Les systèmes de distribution sélective sont en règle générale justifiés sans examen au cas par cas indépendamment du type des produits et du type des critères de sélection, lorsque le seuil de 30 % de part de marché n'est pas dépassé par le fournisseur sur son marché des ventes ni par ses acheteurs sur leur marché d'approvisionnement.[56] Sont exclus de cette règle les systèmes de distribution sélective qui contiennent des accords au sens de l'article 15 lettre c CommVert ou des accords produisant un effet cumulatif de verrouillage (art. 18 al. 2 CommVert). Si le seuil de 30 % de part de marché est dépassé par une des entreprises parties à l'accord, il faut examiner au cas par cas si les systèmes de distribution sélective qui affectent la concurrence de façon notable sont licites pour des motifs d'efficacité économique (art. 18 al. 3 CommVert).

Commerce en ligne (art. 2, 9, 12, 15 let. e et j CommVert)

Ventes actives (art. 2 CommVert)

23. En ce qui concerne la définition des ventes actives, il convient de préciser que les langues nationales et l'anglais sont considérés comme les langues habituellement utilisées sur les sites web des acheteurs établis en Suisse.

Services d'intermédiation en ligne

24. Une entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne au sens de l'article 9 CommVert est qualifiée de fournisseur. Une entreprise qui propose ou vend des biens ou des services par le biais de services d'intermédiation en ligne est qualifiée d'acheteur pour ces

---

[52] Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 236.
[53] Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 26.
[54] Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 155 ; DPC 2011/3, 389 N 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.
[55] Cf. CJCE ECLI:EU:C:1977:167, point 20 s, *Metro/Commission* ; cf. également Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 148 s. La première condition, qui est que la nature du produit en question rend nécessaire une distribution sélective, n'est pas remplie par le dentifrice Elmex rouge selon la pratique de la COMCO (DPC 2010/1, 84 N 157, *Gaba*).
[56] Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 151.

services d'intermédiation en ligne, qu'elle paie ou non pour utiliser les services d'intermédiation en ligne.[57]

Restrictions à la concurrence passibles de sanctions (art. 12 CommVert)

25. Les accords verticaux en matière de concurrence concernant le commerce en ligne peuvent constituer un accord vertical sur les prix ou un accord vertical de protection territoriale absolue, lorsqu'ils sont accompagnés des circonstances qualifiées correspondantes. La question de savoir si des circonstances qualifiées existent et si l'état de fait de l'article 5 alinéa 4 LCart est rempli nécessite un examen des circonstances concrètes au cas par cas.[58]

26. Peuvent être considérés à titre d'exemples de circonstances qualifiées pour un accord vertical en matière de concurrence de protection territoriale absolue :

- les accords qui exigent que l'acheteur empêche les clients situés sur un autre territoire de consulter son site Internet ou sa boutique en ligne ou qu'il redirige les clients vers la boutique en ligne du fabricant ou d'un autre vendeur. Toutefois, obliger l'acheteur à proposer des liens vers les boutiques en ligne du fournisseur ou d'autres vendeurs ne constitue pas une circonstance qualifiée.[59]

- les accords obligeant le distributeur à mettre fin aux transactions en ligne des clients finals lorsque les données de leur carte de crédit indiquent une adresse qui n'est pas sur le territoire de l'acheteur.[60]

Accords qualitativement graves (art. 15 let. e CommVert)

27. Les accords verticaux en matière de concurrence sont considérés comme qualitativement graves lorsqu'ils empêchent l'utilisation effective d'Internet pour la vente des biens ou services contractuels par l'acheteur ou ses clients. Il s'agit notamment des restrictions aux ventes en ligne ou à la publicité en ligne qui interdisent de facto à l'acheteur d'utiliser Internet pour vendre les biens ou services contractuels, ainsi que des restrictions qui ont pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un ou de plusieurs canaux de publicité en ligne par l'acheteur, tels que les moteurs de recherche ou les outils de comparaison de prix, ou d'empêcher l'acheteur de créer ou d'utiliser sa propre boutique en ligne.[61]

28. Les restrictions aux ventes en ligne concernant la manière dont les biens ou services contractuels doivent être vendus en ligne, quel que soit le système de distribution, ne sont pas considérées comme qualitativement graves. Les restrictions relatives à l'utilisation de canaux de vente en ligne spécifiques, tels que les places de marché en ligne[62], ou l'imposition de normes de qualité pour les ventes en ligne ne sont pas non plus considérées comme qualitativement graves, à condition qu'elles n'aient pas pour objet indirect d'empêcher l'utilisation effective d'Internet pour la vente des biens ou services contractuels par l'acheteur ou ses clients.

---

[57] Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, points 64 ss.
[58] DPC 2011/3, 381 N 69, *Behinderung des Online-Handels* ; DPC 2014/1, 198 N 139, *Kosmetikprodukte*.
[59] Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 206 lettre a ; cf. également DPC 2011/3, 381 N 74, *Behinderung des Online- Handels* ; DPC 2014/1, 198 N 142, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 62, *Jura*.
[60] Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 206 lettre b ; cf. également DPC 2011/3, 381 N 74, *Behinderung des Online- Handels* ; DPC 2014/1, 198 N 142, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 62, *Jura.*
[61] Cf. Règlement d'exemption par catégorie consid. 15 ; Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales point 203 en référence à l'arrêt de la CJUE, ECLI:EU:C:2011:649, points 54 ss. *Pierre Fabre Dermo Cosmétique ;* DPC 2014/1, 198 N 143, *Kosmetikprodukte* ; DPC 2014/2, 414 N 66, *Jura.*
[62] Les places de marché en ligne mettent en relation les commerçants et les clients potentiels afin de permettre à ces derniers d'effectuer des achats directs et fournissent généralement des services d'intermédiation en ligne (Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 332).

Les restrictions à la vente en ligne n'ont généralement pas un tel objet lorsque l'acheteur reste libre d'exploiter sa propre boutique en ligne[63] et de faire de la publicité en ligne.[64]

29. À titre d'exemple, les exigences suivantes, relatives aux ventes en ligne, ne sont pas considérées comme qualitativement graves :[65]

- Exigences visant à garantir la qualité ou une certaine apparence de la boutique en ligne d'un acheteur ;
- Exigences relatives à la présentation des biens ou services contractuels dans la boutique en ligne (telles que le nombre minimal d'articles affichés, la manière dont les marques déposées ou les noms commerciaux du fournisseur sont affichés) ;
- une interdiction directe ou indirecte sur l'utilisation des places de marché en ligne ;[66]
- une exigence faite à l'acheteur d'exploiter un ou plusieurs points de vente physiques ou surfaces d'exposition, par exemple comme condition pour devenir membre du système de distribution sélective du fournisseur ; et
- une exigence faite à l'acheteur de vendre hors ligne un montant minimum absolu des biens ou services contractuels (en valeur ou en volume, mais pas en proportion de ses ventes totales) afin d'assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique. Cette exigence peut être la même pour tous les acheteurs, ou elle peut être fixée à un niveau différent pour chaque acheteur, sur la base de critères objectifs, tels que la taille de l'acheteur par rapport aux autres acheteurs ou sa situation géographique.

30. Une exigence faite à l'acheteur de payer un prix de gros différent selon que les produits sont vendus en ligne ou hors ligne (système de double prix) ne constitue généralement pas un accord vertical grave sur le plan qualitatif lorsque la différence du prix de gros est raisonnablement liée aux différences d'investissements et de coûts supportés par l'acheteur pour effectuer des ventes dans chaque canal.[67]

31. Etant donné que les canaux en ligne et hors ligne ont des caractéristiques différentes, il n'y a pas d'accord qualitativement grave en matière de concurrence lorsqu'un fournisseur exploitant un système de distribution sélective impose à ses distributeurs agréés des critères de vente en ligne qui ne soient pas équivalents à ceux imposés pour les ventes dans des points de vente physiques, à condition que les exigences imposées pour les ventes en ligne n'aient pas indirectement pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels à une clientèle spécifique.[68]

32. La notabilité des accords verticaux en matière de concurrence qui ont pour objet des restrictions empêchant les acheteurs ou leurs clients d'utiliser efficacement Internet pour la vente en ligne de leurs biens ou services ou d'utiliser efficacement l'intégralité d'un ou de plusieurs canaux de publicité en ligne ainsi que leur justification par des motifs d'efficacité économique doivent être examinées au cas par cas (art. 14 let. b, art. 18 al. 3 CommVert).

---

[63] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 208, en référence à l'arrêt de la CJUE, ECLI:EU:C:2011:649, point 56 s. *Pierre Fabre Dermo Cosmétique.*
[64] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 208, en référence à COMM-EU, COMP/AT. 40428 du 17.12.2018, points 118 à 126, *Guess*.
[65] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 208.
[66] CJUE, ECLI:EU:C:2017:941, N 64 à 69, *Coty Germany*.
[67] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 209.
[68] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 235.

Obligations de parité des services d'intermédiation en ligne (art. 15 let. j CommVert)

33. Les obligations de parité, également appelées clauses de la nation la plus favorisée ou obligations de parité inter-plateformes, obligent un fournisseur de biens ou de services à offrir ceux-ci à une autre partie à des conditions qui ne sont pas moins favorables que les conditions offertes par le fournisseur à certaines autres parties ou par certains autres canaux. Ces conditions peuvent concerner les prix, les stocks, la disponibilité ou d'autres conditions d'offre ou de vente.[69]

34. Les obligations de parité étendues des services d'intermédiation en ligne au niveau du commerce de détail sont qualitativement graves.[70] Les obligations de parité étendues concernent les conditions offertes sur tous les canaux de vente. En revanche, les obligations de parité étroites concernent les conditions offertes dans les canaux de vente directs du distributeur de biens ou de services. Les obligations de parité étroites et tous les autres types d'obligations de parité ne sont pas qualitativement graves.[71]

35. En règle générale, les obligations de parité étendues n'entraînent pas d'atteinte significative à la concurrence si aucune des entreprises parties à l'accord vertical de concurrence ne dépasse une part de marché de 15 % sur un marché pertinent concerné par l'accord (art. 16 al. 1 CommVert). Si le seuil de part de marché est dépassé, l'importance de l'obligation de parité étendue et sa justification par des raisons d'efficacité économique doivent être examinées au cas par cas. Tous les autres types d'obligations de parité sont généralement considérés comme justifiés sans examen individuel si le seuil de part de marché de 30 % n'est dépassé par aucune des entreprises parties à l'accord vertical de concurrence (art. 18 al. 3 CommVert).

Obligations de non-concurrence (art. 15 let g CommVert)

36. Les clauses de non-concurrence directes ou indirectes sont considérées comme qualitativement graves, lorsque leur durée est indéterminée ou dépasse cinq ans (art. 15 let. g CommVert). En sont exclues les obligations de non-concurrence tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans, pour autant que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier l'accord vertical comportant l'obligation moyennant un préavis raisonnable et à un coût raisonnable, ce qui lui permettra de changer effectivement de fournisseur après l'expiration de la période de cinq ans.[72] Si les obligations de non-concurrence entraînent une obligation d'achat en Suisse et excluent ainsi indirectement les ventes passives (art. 3 CommVert), il peut y avoir une protection territoriale absolue indirecte au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart (voir ch. 12).

---

[69] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 356.
[70] DPC 2016/1, 77, N 68, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*.
[71] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 356 ss. ; Il faut toutefois tenir compte, le cas échéant, de l'article 8a de la loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), entré en vigueur le 1er décembre 2022.
[72] Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 248.