



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

(Note explicative CommVert)

du 12 juin 2017 (Etat le 9 avril 2018)

But de la Note explicative

1. La Note explicative qui suit sert comme aide à l'interprétation des règles de la Communication sur les accords verticaux¹ (CommVert). 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 (COMCO) 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 verticales², 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 (ch. 10, 12 al. 1 CommVert)

Principe

3. Les entreprises qui participent à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 4 LCart⁴ sont sanctionnées selon l'art. 49a al. 1 LCart. Sont illicites et donc passibles de sanction les accords verticaux qui suppriment la concurrence efficace sur le marché pertinent (art. 5 al. 4 LCart; ch. 10 CommVert), de même que ceux 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; ch. 12 al. 1 let. a CommVert).⁵ En présence d'un accord vertical, 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; ch. 10 CommVert).

¹ Décision de la Commission de la concurrence du 28.6.2010 (FF 2017 4237), disponible sur www.weko.ch > Documentation > Communications / Notes explicatives.

² Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission européenne, JO C 130 du 19.5.2010 p. 1 (Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales).

³ Cf. aussi ATF 143 II 297, 326 ss. consid. 6.2.3 (= DPC 2017/2, 354 s. 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 (= DPC 2017/2, 360 s. consid. 9.4.6), *Gaba*.

Accords verticaux sur les prix (prix de revente imposés; ch. 10 CommVert)

4. Un accord vertical sur les prix se caractérise entre autre par le fait qu'il existe entre le fournisseur et ses acheteurs une action collective consciente et voulue au sens de l'art. 4 al. 1 LCart portant sur la fixation de prix minimums ou fixes (ch. 1 CommVert). Toutes les formes d'actions collectives conscientes et voulues sont concernées, des pratiques concertées jusqu'aux conventions expresses (orales ou écrites).⁶ Même les recommandations de prix (cf. ch. 15 CommVert) peuvent constituer une pratique concertée, lorsqu'il existe entre leur émetteur et leur destinataire une concordance de volonté minimale que ces prix soient appliqués.⁷ Les accords verticaux sur les prix revêtant la forme de recommandations sont aussi couverts par l'art. 5 al. 4 LCart (ch. 10 al. 3 CommVert).⁸

5. Les prix peuvent aussi être imposés de manière indirecte (ch. 10 al. 2 CommVert). À titre d'exemples de mesures indirectes d'imposition de prix, on pourrait citer un accord qui subordonne au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes et remboursement (par ex. pour les coûts promotionnels des distributeurs) par le fournisseur de même qu'un accord sur les réductions maximales que le distributeur peut accorder sur un niveau de prix prédéfini.⁹ Des menaces, intimidations, avertissements, sanctions, retards ou suspension des livraisons, de même que la résiliation du contrat en cas de non-respect par les distributeurs d'un niveau de prix donné, constituent d'autres exemples d'une influence indirecte par le fournisseur sur les prix de revente des distributeurs.¹⁰

Accords verticaux de protection territoriale absolue (ch. 10 CommVert)

6. L'existence d'une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart requiert premièrement celle d'un accord vertical au sens de l'art. 4 al. 1 LCart (ch. 1 CommVert). Une protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart nécessite, aux termes de la loi, les éléments suivants: premièrement un contrat de distribution, deuxièmement l'attribution d'un territoire, et troisièmement l'exclusion des ventes d'un territoire à un autre.¹¹ Le concept de contrat de distribution doit être défini de manière globale et comprend non seulement les contrats de distributions 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.¹² 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 du ch. 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 exclusive¹³ ou sélective (ch. 4 CommVert).¹⁴ Le territoire peut ainsi être attribué à un ou plusieurs distributeurs en même temps, indépendamment du type de système de distribution.¹⁵

⁶ DPC 2016/3, 731 N 75 s., *Saiteninstrumente*.

⁷ DPC 2014/1, 193 N 85, *Kosmetikprodukte*.

⁸ DPC 2010/4, 669 N 155 ss., *Hors-Liste Medikamente* (la décision n'est pas encore entrée en force).

⁹ DPC 2016/2, 399 ss. N 133 ss., *Altimum SA* (la décision n'est pas encore entrée en force); DPC 2016/3, 737 N 102, *Saiteninstrumente*.

¹⁰ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 48.

¹¹ ATF 143 II 297, 328 consid. 6.3 (= DPC 2017/2, 355 consid. 6.3), *Gaba*; arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 852 consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO*, avec renvois.

¹² ATF 143 II 297, 328 s. consid. 6.3.1, 331 s. consid. 6.4.1 (= DPC 2017/2, 355 consid. 6.3.1, 356 s. consid. 6.4.1), *Gaba*.

¹³ Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, le fournisseur s'engage à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de leur revente sur un territoire déterminé ou à un groupe de clients déterminé (cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 51, 151).

¹⁴ ATF 143 II 297, 328 s. consid. 6.3.1 (= DPC 2017/2, 355 consid. 6.3.1), *Gaba*; arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 854 consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁵ Arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 854 consid. 7.3.3, *Nikon AG/WEKO*.

L'attribution du territoire peut être effectuée de manière directe comme indirecte (cf. ci-dessous ch. 8).¹⁶ Le territoire attribué peut être défini de différentes manières, p. ex. par régions, par pays ou encore par territoires supranationaux. Pour qu'il y ait une protection territoriale absolue, il faut que les ventes passives (ch. 3 CommVert) dans ces territoires soient exclues pour les partenaires de distribution situés en dehors de ces derniers; ce n'est par contre pas le cas en présence d'une restriction des ventes actives (ch. 2 CommVert).¹⁷ Les ventes réalisées par Internet constituent une forme de ventes passives, tant que les efforts de vente ne visent pas à atteindre des clients établis hors du territoire attribué au distributeur (cf. ci-dessous ch. 18 ss); il en va de même pour les offres dans le cadre de procédures d'adjudication ouvertes et sélectives.¹⁸

7. Des conventions entre producteurs et leurs partenaires de distribution, par lesquelles les partenaires de distribution dans l'espace économique européen (EEE) se voient attribuer le territoire de l'EEE (ou un territoire dans l'EEE) et les partenaires de distribution en Suisse le territoire suisse, pendant que les ventes depuis l'EEE (ou un territoire dans l'EEE) sont exclues, constituent des exemples d'accords de protection territoriale absolue.¹⁹ 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.²⁰

8. Un accord de protection territoriale absolue peut aussi être mis en œuvre de façon indirecte (ch. 10 al. 2 CommVert).²¹ 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. le refus ou la réduction des primes ou des remises, l'arrêt des livraisons, la diminution des volumes de livraison, des menaces de résiliation du contrat et l'application d'un prix plus élevé pour les produits destinés à l'exportation.²² Le non-remboursement par le fournisseur de services de garantie que les distributeurs effectuent sur des produits importés de manière parallèle ou directe²³ peut aussi conduire à une protection territoriale absolue indirecte.²⁴ Peuvent aussi conduire à une exclusion indirecte des ventes passives aux acheteurs situés en Suisse les restrictions d'approvisionnement contractuelles, par lesquelles les partenaires de distribution situés en Suisse s'obligent à se fournir en biens contractuels qu'à l'intérieur de son territoire contractuel.²⁵

¹⁶ ATF 143 II 297, 329 s. consid. 6.3.2 (= DPC 2017/2, 355 s. consid. 6.3.2), *Gaba*; arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

¹⁷ ATF 143 II 297, 330 s. consid. 6.3.5 (= DPC 2017/2, 356 consid. 6.3.5), *Gaba*; arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.1, *Nikon AG/WEKO*, avec renvois.

¹⁸ DPC 2016/3, 654 N 4 s., *Flügel und Klaviere* (la décision n'est pas encore entrée en force).

¹⁹ Arrêt du TAF du 13.11.2015, DPC 2015/4, 801 ss. consid. 6.3, 9.1.5, *BMW/WEKO*; arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2017/1, 100 N 40 s., *Eflare*.

²⁰ Cf. DPC 2016/2, 479 N 315, *Nikon*.

²¹ Arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

²² Cf. DPC 2016/2, 373, *Beratung betreffend Preisdifferenzierung bei Importen in die Schweiz*; DPC 2012/3, 524, *Rabattendifferenzierung bei Lieferungen in die Schweiz*; Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 50.

²³ 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.

²⁴ Cf. arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*; DPC 2016/3, 869, *Umfrage Motion Hess*; Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 50.

²⁵ Cf. arrêt du TAF du 16.9.2016, DPC 2016/3, 853 consid. 7.3.2, *Nikon AG/WEKO*.

Etats de fait ne remplissant pas les conditions de l'art. 5 al. 4 LCart

9. Les états de fait suivants ne sont pas par eux-mêmes couverts par la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart :

- l'interdiction des ventes passives imposée au fournisseur:²⁶ 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 d'accord de protection territoriale absolue. Il n'y a ainsi p. ex. pas d'accord de protection territoriale absolue lorsqu'un producteur étranger s'engage envers l'importateur général suisse à lui transmettre les demandes émanant de Suisse.
- 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.²⁷ Cela signifie que, lorsqu'elles sont passées entre deux sociétés appartenant au même groupe, les ententes verticales sur les prix et sur une protection territoriale absolue ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, tant que ces ententes au sein d'un groupe ne prévoient pas pour les distributeurs en dehors du groupe des comportements verrouillant les marchés.²⁸ Est p. ex. couvert par ce « privilège de groupe » 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.
- des 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'art. 5 al. 4 LCart.
- les restrictions des ventes passives à certains groupes de clients ne sont pas couvertes par l'art. 5 al. 4 LCart, mais sont cependant considérées comme qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b CommVert). Les interdictions respectivement restrictions des ventes par Internet constituent des interdictions des ventes passives à un groupe de clients, en l'espèce celui des clients en ligne, et, partant, ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 5 al. 4 LCart, tant qu'il n'existe pas d'autres circonstances qualifiées laissant conclure à l'existence d'un accord vertical sur les prix ou sur une protection territoriale absolue (cf. ci-dessous ch. 18 ss).²⁹
- lorsque les ventes passives sont autorisées mais pas 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'art. 5 al. 4 LCart (cf. ci-dessus, ch. 6).³⁰ En dehors des exceptions mentionnées dans le ch. 12 al. 2 let. b/i-iii CommVert, les restrictions aux ventes actives sont cependant considérées comme qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b à c CommVert).

²⁶ Cf. DPC 2016/1, 89 N 169, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, avec renvois; DPC 2010/4, 793 consid. 3.3.3, *Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung*.

²⁷ ATF 143 II 297, 326 consid. 6.2.2 (= DPC 2017/2, 354 consid. 6.2.2), *Gaba*.

²⁸ Cf. DPC 2014/1, 190 N 61 ss., 197 N 130 ss., *Kosmetikprodukte*; décision de la COMCO du 27.5.2013 dans l'affaire *Marché du livre écrit en français*, N 136 ss., 367 ss., 422 ss., disponible sur www.weko.ch > Actualités > Dernières décisions (la décision n'est pas encore entrée en force).

²⁹ Cf. DPC 2011/3, 381 s. N 70 ss., *Behinderung des Online-Handels*.

³⁰ ATF 143 II 297, 330 s. consid. 6.3.5 (= DPC 2017/2, 356 consid. 6.3.5), *Gaba*.

Restrictions notables à la concurrence (ch. 12 al. 1 let. a CommVert)

10. Le critère de la notabilité est une clause bagatelle. Une atteinte de faible intensité est déjà suffisante pour être qualifiée de notable.³¹ Les accords particulièrement nuisibles mentionnés à l'art. 5 al. 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'art. 5 al. 1 LCart.³² 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.³³ Il suffit que de tels accords puissent potentiellement affecter la concurrence.³⁴ Cela signifie que la preuve d'effets concrets ou de la mise en œuvre de l'accord n'est pas nécessaire.³⁵ Les restrictions notables à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 en relation avec l'al. 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 ; ch. 16 CommVert).³⁶

Système de distribution sélective (ch. 12 al. 2, ch. 13, 14, 16 CommVert)

Accords qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b, c, d CommVert)

11. Le ch. 12 al. 2 CommVert qualifie une série d'accords dans des systèmes de distribution sélective comme qualitativement graves. Leur notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart et leur justification (art. 5 al. 2 LCart) doivent être examinées au cas par cas (ch. 12 al. 1 let. b, ch. 16 al. 3 CommVert).

12. 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 (ch. 12 al. 2 let. b/iii CommVert). De telles restrictions servent à protéger le système de distribution sélective de la distribution par des distributeurs étrangers au système.³⁷ Par conséquent, il n'y a p. ex. pas non plus d'accord qualitativement grave lorsqu'un producteur limite ses services de garantie à des produits qui ont été acquis auprès de distributeurs agréés.³⁸

13. 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 (ch. 12 al. 2 let. c en relation avec les ch. 2 et 3 CommVert), de même que les restrictions des ventes actives ou passives entre distributeurs agréés (ch. 12 al. 2 let. d en relation avec les ch. 2 et 3 CommVert). Il y a en principe un accord de protection territoriale absolue notable au sens de l'art. 5 al. 4 LCart lorsque les ventes passives de partenaires de distributions 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. 6 ss).

³¹ ATF 143 II 297, 315 consid. 5.1.6 (= DPC 2017/2, 350 consid. 5.1.6), *Gaba*.

³² ATF 143 II 297, 318 consid. 5.2.5, 325 consid. 5.6 (= DPC 2017/2, 351 consid. 5.2.5, 354 consid. 5.6), *Gaba*; Arrêt du TF 2C 63/2016 du 24.10.2017, consid. 4.3.1 (= DPC 2017/4, 691 s. consid. 4.3.1), *BMW*.

³³ ATF 143 II 297, 315 s. consid. 5.2.1, 324 s. consid. 5.5 (= DPC 2017/2, 350 consid. 5.2.1, 354 consid. 5.5), *Gaba*.

³⁴ ATF 143 II 297, 323 s. consid. 5.4, 325 consid. 5.6 (= DPC 2017/2, 353 consid. 5.4, 354 consid. 5.6), *Gaba*; Arrêt du TF 2C 63/2016 du 24.10.2017, consid. 4.3.1 (= DPC 2017/4, 692 consid. 4.3.2), *BMW*.

³⁵ ATF 143 II 297, 323 s. consid. 5.4.2 (= DPC 2017/2, 353 s. consid. 5.4.2), *Gaba*; Arrêt du TF 2C 63/2016 du 24.10.2017, consid. 4.4.1 (= DPC 2017/4, 692 consid. 4.4.1), *BMW*.

³⁶ ATF 143 II 297, 334 ss. consid. 7 (= DPC 2017/2, 358 consid. 7), *Gaba*; Arrêt du TF 2C 63/2016 du 24.10.2017, consid. 4.5 (= DPC 2017/4, 692 consid. 4.5), *BMW*.

³⁷ Cf. arrêt de la CJCE du 13.1.1994, C-376/92, *Metro/Cartier*, Rec. 1994 I-15, point 32 s.

³⁸ Cf. DPC 2014/2, 411 N 42, *Jura*.

14. Le ch. 12 al. 2 let. c et d CommVert implique que la combinaison de distributions exclusive et sélective dans un territoire est dans la règle qualitativement grave, lorsque la vente active (ch. 2 CommVert) est restreinte. Si au contraire la vente active n'est pas restreinte, l'association de la distribution exclusive et de la distribution sélective ne constitue pas de restriction qualitativement grave à la concurrence.³⁹ Il peut ainsi p. ex. y avoir une restriction qualitativement grave à la concurrence lorsque, dans un territoire, un producteur combine distribution exclusive à l'échelon du commerce de gros et distribution sélective au niveau du commerce de détail, et interdit aux grossistes de vendre de manière active dans des territoires autres que ceux qui leur avaient été attribués.

Absence de notabilité en raison des parts de marché (ch. 13 CommVert)

15. Les systèmes de distributions sélectives qui ne contiennent pas de restrictions au sens des ch. 10 ou 12 al. 2 let. b à e 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 (ch. 13 al. 1 CommVert). En présence d'effets cumulatifs de réseaux de distribution parallèles, ce seuil est abaissé à 5 % (ch. 13 al. 3 CommVert). 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 %.⁴⁰

Système de distribution sélective purement qualitative (ch. 14 CommVert)

16. Les systèmes de distribution sélective qui remplissent les trois conditions cumulatives du ch. 14 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.⁴¹

Motifs justificatifs (ch. 16 CommVert)

17. 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.⁴² Sont exclus de cette règle, les systèmes de distributions sélectives qui contiennent des accords au sens du ch. 12 al. 2 CommVert et des accords produisant un effet cumulatif de verrouillage (ch. 16 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 économiques (ch. 16 al. 3 CommVert).

Commerce en ligne (ch. 3, 10, 12 al. 2 let. b, c, d CommVert)

Restrictions à la concurrence passibles de sanctions (ch. 10 CommVert)

18. Les interdictions respectivement restrictions des ventes par Internet peuvent constituer un accord vertical sur les prix ou un accord vertical de protection territoriale absolue, lorsqu'elles sont accompagnées des circonstances qualifiées correspondantes (cf. ch. 9 ci-dessus, quatrième point). La question de savoir si des circonstances qualifiées existent et l'état

³⁹ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 57, 152.

⁴⁰ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 179; DPC 2011/3, 389 N 134, 137, *Behinderung des Online-Handels*.

⁴¹ Cf. aussi CJCE du 25.10.1977, Aff. 26/76, *Metro I*, Rec. 1977 1875. 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*).

⁴² Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 176.

de fait de l'art. 5 al. 4 LCart est rempli nécessite un examen à l'aide des circonstances concrètes au cas par cas.⁴³

19. Peuvent être considérées à titre d'exemples de circonstances qualifiées pour un accord vertical sur les prix :

- l'influence directe et indirecte du fournisseur sur les prix des distributeurs, p. ex. en influençant sur la politique de rabais ;
- les mesures du fournisseur telles que des menaces, intimidations, avertissements, sanctions, retards ou suspension des livraisons, de même que la résiliation du contrat en cas de non-respect d'un niveau de prix donné par les distributeurs.⁴⁴

20. Peuvent être considérées à titre d'exemples de circonstances qualifiées pour un accord vertical de protection territoriale absolue :

- les accords qui prévoient que le distributeur empêche les clients finals situés en Suisse de consulter son site internet ou les renvoie automatiquement vers les sites internet du fabricant ou d'autres distributeurs en Suisse;
- les accords qui prévoient que le distributeur mette un terme à une opération de vente par Internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (contractuel).⁴⁵

Accords qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b, c, d CommVert)

21. Les accords qui ont pour objet des interdictions respectivement des restrictions des ventes par Internet imposées aux acheteurs restreignent les ventes passives au groupe des clients en ligne et sont ainsi qualitativement graves (ch. 12 al. 2 let. b en lien avec le ch. 3 CommVert).⁴⁶

22. Les accords qui ont pour objet des interdictions respectivement des restrictions des ventes par Internet sont qualitativement graves dans le cadre des systèmes de distribution sélective, car ils restreignent les ventes passives par les détaillants agréés aux utilisateurs finals (ch. 12 al. 2 let. c en relation avec le ch. 3 CommVert)⁴⁷ et/ou les ventes passives entre distributeurs agréés (ch. 12 al. 2 let. d en relation avec le ch. 3 CommVert).

23. Partant, constitue un accord qualitativement grave toute obligation, dans un système de distribution sélective, visant à dissuader les distributeurs agréés d'utiliser Internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique. Cela ne signifie pas que les conditions imposées à la vente en ligne doivent être identiques à celles qui sont imposées à la vente hors ligne, mais plutôt qu'elles doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables et que la différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution.⁴⁸

⁴³ DPC 2011/3, 381 N 69, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 N 139, *Kosmetikprodukte*.

⁴⁴ DPC 2011/3, 381 N 71, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 N 140, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 61, *Jura*.

⁴⁵ DPC 2011/3, 381 N 74, *Behinderung des Online-Handels*; DPC 2014/1, 198 N 142, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 62, *Jura*.

⁴⁶ DPC 2014/1, 198 N 143, *Kosmetikprodukte*; DPC 2014/2, 413 N 66, *Jura*.

⁴⁷ DPC 2011/3, 386 N 106 ss., *Behinderung des Online-Handels*. Cf. aussi à ce sujet CJCE du 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, Rec. 2011 I-9447, point 54, 59.

⁴⁸ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 56.

24. Ne sont par contre pas qualitativement graves, les exigences de qualité qu'un fournisseur impose pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, afin de garantir que l'activité sur Internet du distributeur reste cohérente avec le modèle de distribution du fournisseur. Cela s'applique à toutes les formes de distribution, mais peut être utile en particulier pour la distribution sélective (cf. cependant à ce sujet ch. 23). Un fournisseur peut ainsi p. ex. exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution.⁴⁹ L'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui agissent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des plateformes tierces pour les ventes par Internet, ne constitue pas une restriction de la clientèle, au sens du chiffre 12 al. 2 let. b CommVert, ni une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens du chiffre 12 al. 2 let. c CommVert et est ainsi en règle générale pas qualitativement grave.⁵⁰

25. Le caractère notable des interdictions respectivement des restrictions des ventes par Internet ainsi que leur justification par des motifs d'efficacité économique doivent être examinés au cas par cas (ch. 12 al. 1 let. b, ch. 16 al. 3 CommVert).

⁴⁹ Cf. Lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales, point 54; DPC 2011/3, 396 N 189, *Behinderung des Online-Handels*.

⁵⁰ Cf. CJCE du 6.12.2017, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, point 69; UE-Lignes directrices verticales, point 54.