

Update

Newsflash juillet 2017

Révision de la Communication sur les accords verticaux suite à l'arrêt Gaba

La Commission de la concurrence (Comco) a publié le 26 juin 2017 une Communication révisée concernant l'appréciation des accords verticaux ainsi qu'une note explicative.

Révision de la Communication sur les accords verticaux suite à l'arrêt Gaba

La Comco vient d'adapter sa Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 (CommVert) suite à l'arrêt Gaba du Tribunal fédéral du 28 juin 2016 (TF, 2C_180/2014 ; Newsflash avril 2017). La CommVert révisée est complétée par une note explicative devant servir de support d'interprétation.

Le champ d'application de la CommVert reste en principe de portée générale, sous réserve des règles spécifiques à certains secteurs comme le marché automobile. Les accords concernés peuvent se situer à tous les niveaux de la chaîne de valeur ajoutée entre un fournisseur (fabricant, importateur, distributeur, grossiste, etc.) et un acheteur/distributeur (ou également un preneur de franchise ou de licence), dans la mesure où il s'agit de l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou services par l'acheteur. Ne sont pas concernés les accords qui ont pour objet principal la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle.

Nous vous prions de bien vouloir trouver ci-dessous quelques commentaires à ce sujet.

Les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart sont en principe notables

L'art. 5 al. 4 LCart se réfère aux accords verticaux imposant un prix de vente minimum ou fixe, ainsi que ceux attribuant une protection territoriale absolue.

Le chiffre 12 (1) de la CommVert indique expressément que les accords au sens de l'art. 5 al. 4 LCart qui ne suppriment pas la concurrence remplissent en principe le critère de la notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Le terme « *en principe* » signifie que les cas bagatelles sont réservés. Néanmoins, la définition des cas bagatelles demeure ouverte tant dans la CommVert que dans la note explicative.

La CommVert expose en revanche clairement que les accords verticaux de protection territoriale absolue doivent remplir cumulativement les conditions suivantes : un contrat de distribution, l'attribution d'un territoire et l'exclusion des ventes en dehors de ce territoire. La notion de *contrat de distribution* doit être définie 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 (par exemple : contrat de franchise,

contrat de licence ou contrat de transfert de technologie). L'*attribution de territoire* peut être effectuée de manière directe ou indirecte par exemple par régions, par pays ou encore par territoires supranationaux (par exemple : UE, EEE). L'*exclusion des ventes* présuppose que tant les ventes actives que passives dans les territoires attribués par des partenaires de distributions situés en dehors de ces territoires sont exclues.

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

Conformément à la pratique établie des autorités de la concurrence, qui est maintenant également intégrée dans la CommVert, les cinq cas suivants ne remplissent *pas* l'état de fait de l'art. 5 al. 4 LCart : (i) l'interdiction des ventes passives imposées au fournisseur, (ii) les ententes verticales intra-groupe, tant que ces ententes ne verrouillent pas le marché pour les distributeurs en dehors du groupe, (iii) des différences de prix au niveau international sans existence d'un accord, (iv) des restrictions de ventes passives à une clientèle déterminée et (v) l'interdiction des ventes actives dans les territoires attribués à d'autres distributeurs (protection territoriale relative).

Précisions concernant les ventes actives et les ventes passives

La CommVert donne une nouvelle définition des notions de ventes passives et de ventes actives. Par *vente active*, on entend le fait de prospecter des clients individuels. Par *vente passive*, on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels. Est également considérée comme une vente passive toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un « moyen raisonnable » d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou une clientèle déterminée, par exemple sur son propre territoire. Lorsque les ventes actives sont interdites, mais non les ventes passives (protection territoriale relative), la CommVert qualifie, comme auparavant, les restrictions aux ventes actives de restrictions qualitativement graves, sous réserve des

exceptions prévues dans la CommVert. Une sanction est néanmoins exclue en principe dans un tel cas.

Le commerce en ligne comme une forme de vente passive

Sous certaines circonstances, les interdictions respectivement restrictions des ventes par internet sont qualifiées d'accord vertical sur les prix ou d'accord vertical de protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 al. 4 LCart. Tel est le cas par exemple lorsque le fournisseur influence directement ou indirectement les prix des distributeurs par des menaces, des avertissements ou des retards de livraison. Peuvent également être problématiques les accords concernant l'une ou l'autre des constellations suivantes : (i) le distributeur empêche les clients puissent consulter son site depuis la Suisse, (ii) les clients sont automatiquement renvoyés vers le site internet du fabricant ou d'autres distributeurs en Suisse et (iii) un terme est mis aux opérations d'achat par internet de clients finaux situés en dehors du territoire attribué dès lors que leurs cartes de crédit révèlent qu'ils ne sont pas établis sur le territoire (contractuellement) attribué au distributeur. Les interdictions 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 ne sont pas sanctionnables mais peuvent potentiellement constituer une atteinte qualitativement grave. Sont en revanche admises 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. De manière générale, il convient de noter que 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.

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

Contacts

Zurich

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

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

Genève / Lausanne

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

Nos bureaux

Genève

Lenz & Staehelin
Route de Chêne 30
CH-1211 Genève 6
Tél: +41 58 450 70 00
Fax: +41 58 450 70 01

Zurich

Lenz & Staehelin
Brandschenkestrasse 24
CH-8027 Zürich
Tél: +41 58 450 80 00
Fax: +41 58 450 80 01

Lausanne

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

www.lenzstaehelin.com

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