

Communication concernant l'appréciation des accords verticaux¹

Décision de la Commission de la concurrence du 2 juillet 2007

Vu les considérants suivants, la Commission de la concurrence arrête la présente communication:

- I. Conformément à l'art. 6 de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 257), la Commission de la concurrence peut fixer par voie de communication les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. Lorsqu'un besoin accru de sécurité juridique l'exige, elle peut aussi, par une application par analogie de l'art. 6 LCart, faire connaître d'autres principes d'appréciation de la loi par voie de communication.
- II. Les accords verticaux peuvent améliorer l'efficacité économique au sein d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises. Ils peuvent, en particulier, entraîner une diminution des coûts de transaction et de distribution des parties, ainsi qu'assurer un niveau optimal de leurs investissements et de leurs ventes.
- III. La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend, sous réserve de certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, du pouvoir de marché des entreprises concernées et, dès lors, de l'intensité de la concurrence exercée par les fournisseurs de différentes marques (concurrence intermarques).
- IV. Dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels de 2003, de nouveaux états de fait ont été introduits dans la loi, à l'art. 5 al. 4 LCart, dans le but d'empêcher l'imposition de prix de revente, le cloisonnement du marché suisse ainsi que de favoriser la concurrence intramarque. Selon l'art. 5 al. 4 LCart, la suppression de la concurrence efficace est présumée par l'imposition de prix de revente minimaux ou fixes ou de clauses contractuelles qui cloisonnent un territoire en interdisant les ventes passives aux revendeurs ou aux clients finals. Le fait d'imposer une recommandation de prix constitue également un prix de revente visé par l'art. 5 al. 4 LCart (cf. ch. 10 (1) ainsi que ch. 11).
- V. Par la présente communication, la Commission de la concurrence indique les critères sur la base desquels elle appréciera la présomption de suppression de la concurrence efficace au sens de l'art. 5 al. 4 LCart et le caractère notable de l'affectation de la concurrence à la lumière de l'art. 5 al. 1 LCart.²
- VI. Le ch. 10 (2) concrétise le renversement de la présomption de l'art. 5 al. 4 LCart: la présomption de suppression de la concurrence efficace ne peut pas être renversée par la simple preuve d'une concurrence intermarques. Ceci pour les raisons suivantes: premièrement, le législateur s'est exprimé dans ce

¹ Le texte publié dans la Feuille fédérale fait foi.

² Cf. schéma pour l'appréciation des accords verticaux en annexe.

sens lors des débats parlementaires³. Deuxièmement, la Commission de la concurrence estime que les effets anticoncurrentiels des états de faits visés à l'art. 5 al. 4 LCart l'emportent sur les gains d'efficience. Troisièmement, cette approche est conforme à la pratique des autorités européennes de concurrence, laquelle, en particulier, interdit en principe les prix de revente imposés et les restrictions territoriales absolues.

VII. Le ch. 12 énumère les accords verticaux qui affectent la concurrence de manière notable indépendamment des parts de marché des participants. Le ch. 14 prévoit que la notabilité d'une restriction à la concurrence doit – à l'exception des accords visés au ch. 13 – être examinée, au cas par cas, pour tous les autres accords.

VIII. Le ch. 13 précise qu'en règle générale, la concurrence n'est pas affectée de manière notable lorsque le seuil de 15 % de parts de marché n'est pas dépassé ou qu'il n'y a pas d'effet cumulatif résultant de réseaux parallèles d'accords similaires (cas d'importance mineure). Si le seuil de 15 % de parts de marché est dépassé ou s'il existe un effet cumulatif, l'atteinte à la concurrence doit être examinée au cas par cas.

IX. Si la présomption de suppression de la concurrence efficace est renversée et que l'accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner si la restriction à la concurrence peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique. Le ch. 15 décrit les conditions auxquelles des restrictions verticales peuvent, en règle générale, être justifiées par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart. A défaut de motifs d'efficacité économique, l'accord est illicite. Si la concurrence efficace est supprimée au sens de l'art. 5 al. 4 LCart, il n'est pas possible d'invoquer des motifs d'efficacité économique.

X. Le ch. 9 (2) énonce, pour sa part, que des accords auxquels participent des microentreprises au sens de la Communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint du 19 décembre 2005 (Communication PME)⁴ n'affectent de manière notable la concurrence que dans les cas visés à l'art. 5 al. 4 LCart.

XI. La présente communication s'inspire du Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (JO 1999 L 336/21) ainsi que des lignes directrices sur les restrictions verticales (JO 2000 C 291/1). Elle tient compte des conditions économiques et juridiques spécifiques à la Suisse.

XII. Cette communication ne lie pas les tribunaux civils, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral lors de l'interprétation des règles du droit de la concurrence.

³ Cf. communiqués de presse de la CER-E et de la CER-N du 31 janvier 2003 et du 30 avril 2003 concernant les accords verticaux selon l'art. 5 al. 4 LCart. Disponibles sous www.parlement.ch [2 juillet 2007].

⁴ Disponible sous www.comco.ch.

A. Définitions

Chiffre 1 Accords verticaux

Les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées (cf. art. 4 al. 1 LCart) d'entreprises occupant des échelons du marché différents et qui concernent les conditions auxquelles les entreprises parties peuvent acheter, vendre ou revendre des biens ou des services.

Chiffre 2 Ventes actives

Le fait de prospecter des clients individuels (clients finals ou revendeurs) à l'intérieur d'un territoire ou parmi une clientèle qui sont réservés au fournisseur ou concédés exclusivement par le fournisseur à un autre revendeur.

Chiffre 3 Ventes passives

Le fait de satisfaire des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels (clients finals ou revendeurs) établis sur une territoire ou faisant partie de la clientèle qui sont réservés au fournisseur ou concédés exclusivement par le fournisseur à un autre revendeur, en assurant la livraison des biens ou la prestation des services demandés par ces clients.

Chiffre 4 Système de distribution sélective

(1) En général

Une convention entre le fournisseur et le revendeur selon laquelle:

- i. le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels uniquement à des revendeurs, sélectionnés sur la base de critères prédéfinis (revendeurs agréés) et
- ii. ces revendeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des revendeurs non agréés.

(2) Distribution sélective purement qualitative

Système de distribution dans lequel le choix des revendeurs se fait exclusivement sur la base de critères qualitatifs objectifs requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente ou l'assortiment des produits vendus.

Chiffre 5 Livraisons croisées

Les livraisons réciproques entre revendeurs opérant à des échelons du marché identiques ou différents au sein d'un système de distribution sélective.

Chiffre 6 Obligation de non-concurrence

Toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels. De plus, toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise

désignée par le fournisseur plus de 80% de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché pertinent, calculés sur la base de la valeur des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente.

Chiffre 7 Savoir-faire

Un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci et qui sont

- i. secrètes, c'est-à-dire que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible,
- ii. substantielles, c'est-à-dire que le savoir-faire doit inclure des informations indispensables pour l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels, et
- iii. identifiées, c'est-à-dire que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

B. Règles

Chiffre 8 Champ d'application

(1) Cette communication est applicable aux accords verticaux.

(2) L'application de la présente communication n'exclut pas qu'un état de fait constitue, en tout ou partie, un accord horizontal selon l'art. 5 al. 3 LCart ou tombe sous le coup de l'art. 7 LCart. Dans cette hypothèse, cet état de fait est examiné, indépendamment de la présente communication, selon les dispositions applicables de la LCart.

(3) Cette communication ne s'applique pas aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions constituent l'objet principal de tels accords et que ces dispositions ne soient pas directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients.

(4) Les accords ayant pour objet un système de distribution sélectif purement qualitatif, ne relèvent pas de cette communication, faute d'effets anticoncurrentiels, pour autant que trois conditions cumulatives soient remplies:

- i. la nature du produit en question doit nécessiter un système de distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit concerné afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage;
- ii. les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire;
- iii. les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

Chiffre 9 Relations avec d'autres communications

(1) La communication concernant les accords verticaux dans le domaine de la distribution automobile du 21 octobre 2002 (CommAuto⁵) prime la présente communication. A défaut de disposition dans la CommAuto, la présente communication s'applique.

(2) La présente communication prime, en principe, la communication relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint du 19 décembre 2005 (communication PME), à l'exception du ch. 5 let. b de la communication PME concernant les microentreprises.

Chiffre 10 Présomptions légales

(1) Les accords verticaux en matière de concurrence sont présumés supprimer la concurrence au sens de l'art. 5 al. 4 LCart quand ils ont pour objet:

- a. la fixation d'un prix de vente minimal ou fixe. Cette règle vaut aussi pour les accords en matière de concurrence qui revêtent la forme de recommandations de prix de vente, mais qui fixent un prix minimal ou fixe;
- b. l'attribution d'un territoire, lorsque les ventes par d'autres revendeurs non établis sur le territoire y sont exclues (interdiction de ventes passives à des revendeurs ou à des clients finals).

(2) La présomption de suppression de la concurrence ne peut pas être renversée par la simple preuve qu'une concurrence existe entre les fournisseurs des différentes marques (concurrence intermarques).

(3) Même si la présomption est renversée, les accords verticaux mentionnés au ch. 10 (1) affectent la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

Chiffre 11 Recommandations de prix par des producteurs et fournisseurs

(1) En cas de recommandations de prix adressées par des producteurs ou fournisseurs à des revendeurs ou commerçants, il faut examiner au cas par cas si on est en présence d'un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart.

(2) Dans cette appréciation, seront notamment pris en compte le fait que:

- a. les recommandations de prix ne soient pas généralement accessibles, mais émises à la seule attention des revendeurs ou commerçants;
- b. les recommandations de prix s'accompagnent de pressions sur les commerçants pour faire respecter celles-ci ou d'incitations;
- c. 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;
- d. le niveau de prix des produits concernés par les recommandations soit – à prestations comparables – significativement plus élevé que dans les pays voisins;
- e. les recommandations de prix soient effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou commerçants.

⁵ Disponible sous www.comco.ch.

Chiffre 12 Notabilité en raison de l'objet de l'accord

Les accords verticaux affectent la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart lorsqu'ils:

- a. fixent de façon directe ou indirecte un prix de revente minimal ou fixe;
- b. limitent directement ou indirectement le territoire ou le cercle de la clientèle de revente, sauf si les restrictions:
 - i. limitent les ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés exclusivement par le fournisseur à un autre acheteur, à condition que les ventes passives soient possibles sans restriction;
 - ii. limitent les ventes directes par des grossistes aux consommateurs finals;
 - iii. limitent les ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux revendeurs non agréés;
 - iv. limitent la capacité de l'acheteur de vendre à des tiers des composants livrés par un fournisseur lorsque ces composants pourraient être incorporés dans des produits concurrents.
- c. limitent les ventes actives ou passives à des utilisateurs finals, dans la mesure où cette limitation est imposée à des revendeurs au sein d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché;
- d. limitent les livraisons croisées entre revendeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, même si ces revendeurs opèrent à des stades différents du commerce;
- e. empêchent le fournisseur de livrer des composants ou des pièces de rechange à des tiers (consommateur final, atelier de réparation, etc.) qui ne sont pas des commerçants parties à l'accord;
- f. contiennent une obligation de non-concurrence d'une durée indéterminée ou qui dépasse cinq ans. Cette limitation de la durée à cinq ans n'est toutefois pas applicable lorsque les biens ou services contractuels sont vendus par l'acheteur dans des locaux et sur des terrains du fournisseur (propriété ou location/bail);
- g. contiennent une obligation de non-concurrence de plus d'une année après l'expiration de l'accord vertical. Cette disposition n'est toutefois pas applicable lorsque l'obligation de non-concurrence:
 - i. concerne des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels,
 - ii. est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat, et
 - iii. est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur.

La restriction de l'utilisation et de la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public demeure possible pour une durée indéterminée.

- h. restreignent le multi-marquisme dans un système de distribution sélective en interdisant la vente de produits de fournisseurs concurrents déterminés.

Chiffre 13 Absence de notabilité en raison des parts de marché

(1) Les accords verticaux, ne tombant pas sous le ch. 10 (3) ou ch. 12, ne visent ou n'entraînent en règle générale pas de restriction notable à la concurrence lorsque aucune des entreprises parties à l'accord ne détient une part de marché supérieure à 15 % sur un marché concerné par l'accord.

(2) Lorsque la concurrence sur le marché pertinent est restreinte par l'effet cumulatif de plusieurs réseaux d'accords verticaux produisant des effets similaires, le seuil visé au ch. 13 (1) est abaissé à 5 %. En règle générale, il n'existe aucun effet cumulatif de verrouillage si moins de 30 % du marché en cause est couvert par des réseaux parallèles ayant des effets similaires.

Chiffre 14 Affectation notable à la concurrence au cas par cas

Pour tous les autres accords ainsi que pour les exceptions mentionnées au ch. 12, le caractère notable de la restriction doit être examiné au cas par cas. Cela vaut en particulier pour les contrats de distribution sélective qui ne remplissent pas les conditions du ch. 8 (4).

Chiffre 15 Motifs justificatifs

(1) Si un accord affecte de manière notable la concurrence, il faut examiner s'il est réputé justifié selon l'art. 5 al. 2 LCart. S'il n'y a aucun motif d'efficacité économique, l'accord est illicite.

(2) En règle générale, les accords sont réputés justifiés sans examen au cas par cas, lorsque la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels ne dépasse pas 30 %. Sont exclus de cette règle, les accords visés au ch. 12 ainsi que les accords produisant un effet cumulatif de verrouillage et affectant la concurrence de manière notable.

(3) Les accords affectant la concurrence de manière notable et qui ne sont pas visés par le ch. 15 (2), sont soumis à un examen au cas par cas. Un motif justificatif peut exister lorsqu'un accord améliore l'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart – par exemple par une organisation de la distribution plus efficace, une amélioration des produits ou des procédés de fabrication ou une baisse des coûts de distribution – et que la restriction à la concurrence est nécessaire à cet effet.

(4) Les entreprises peuvent faire valoir au titre des motifs d'efficacité économique de l'art. 5 al. 2 LCart, en particulier, les justifications suivantes:

- a. la protection limitée dans le temps des investissements nécessaires à la pénétration d'un nouveau marché géographique ou à l'introduction d'un nouveau produit sur le marché;
- b. la nécessité d'assurer l'uniformité et la qualité des produits contractuels;
- c. la protection des investissements spécifiques à une relation commerciale qui ne seraient pas réalisés en l'absence des clauses contractuelles en cause, en raison du risque de pertes considérables (problème de renonciation à certains investissements ou hold-up);

- d. la lutte contre un niveau sous-optimal de mesures de promotion des ventes (par ex. conseils à la clientèle) qui peuvent survenir lorsqu'un producteur ou revendeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre producteur ou revendeur (problème du parasitisme);
- e. le fait d'éviter l'imposition d'une double majoration de prix qui peut survenir lorsque tant le producteur que le revendeur disposent d'un pouvoir de marché (problème de la double marginalisation);
- f. l'encouragement à la transmission d'un savoir-faire substantiel;
- g. la garantie d'engagements financiers (p. ex. des prêts) qui ne peuvent pas être fournis par le marché des capitaux.

Chiffre 16 Publication

La présente communication est publiée dans la Feuille fédérale (art. 6, al. 3 LCart).

Chiffre 17 Abrogation de la communication précédente

La présente communication abroge, dès son entrée en vigueur, la communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 18 février 2002⁶.

Chiffre 18 Entrée en vigueur

La présente communication entre en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

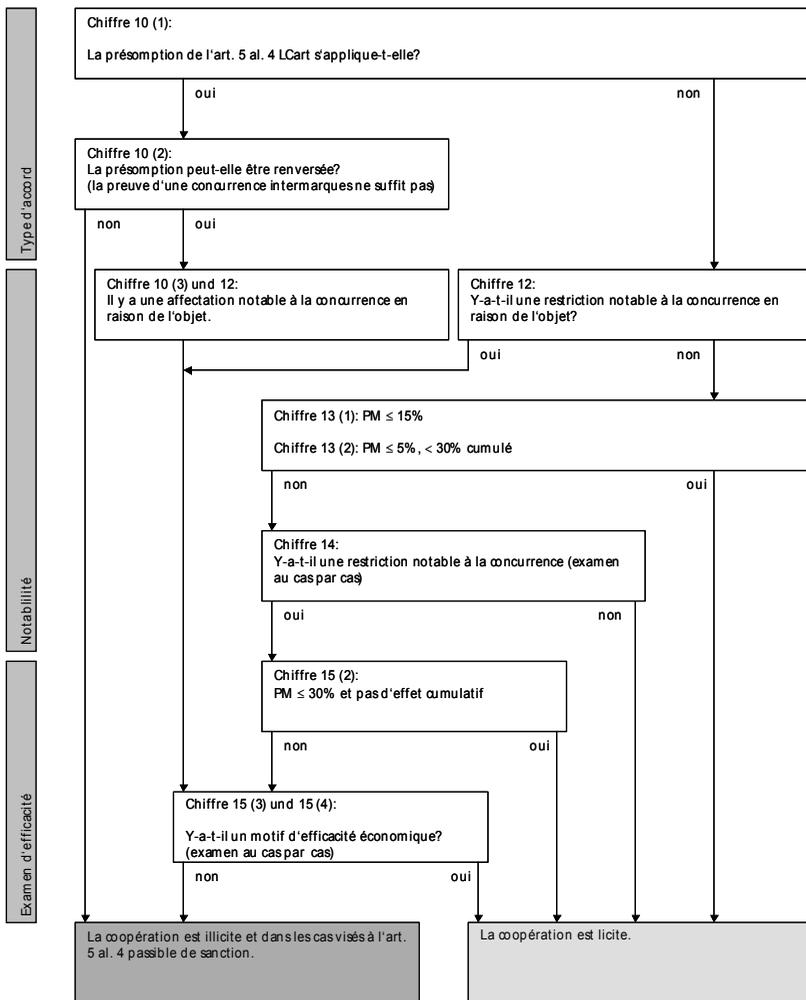
30 octobre 2007

Secrétariat de la Commission de la concurrence

⁶ Disponible sous www.comco.ch.

Annexe

Schéma pour l'appréciation des accords verticaux



PM: Parts de marché