

Fabian Teichmann / Léonard Gerber

Approche au géoblocking de sites internet en Suisse

Le Règlement de l'UE sur le géoblocking interdit l'adaptation discriminatoire et injustifiée des conditions de transaction en ligne sur la base de la nationalité, le lieu de résidence ou d'établissement des clients dans le marché intérieur. En Suisse, la pratique se sert de l'art. 5 de la Loi sur les cartels pour sanctionner, sous certaines conditions, les contrats contenant des clauses de discrimination territoriale. La COMCO interprète ce cadre légal général de manière extensive pour inclure les contrats prévoyant des mesures de géoblocking. Cette contribution expose l'approche suisse au problème du géoblocking et examine la nécessité d'une législation particulière, comme diverses interventions parlementaires et une initiative populaire le postulent.

Catégories d'articles : Beiträge

Region : Switzerland

Rechtsgebiete : Blockchain

Proposition de citation : Fabian Teichmann / Léonard Gerber, Approche au géoblocking de sites internet en Suisse, in : Jusletter IT 25-Februar-2021

Table des matières

- I. Introduction
- II. Cadre juridique
 - A. L'approche de l'UE face au géoblocking
 - 1. Les arrangements interdits par le Règlement
 - 1.1. Les interfaces en ligne
 - 1.2. Les conditions générales d'accès aux biens et services
 - 1.3. Conditions des opérations de paiement
 - 2. Les mesures de géoblocking justifiées
 - 3. Portabilité des contenus en ligne
 - 4. Sanctions
 - B. Approche du droit suisse
 - 1. Les contrats verticaux de protection territoriale absolue
 - 1.1. L'arrêt Gaba (ATF 143 II 297)
 - 1.2. La pratique de la COMCO
 - 2. Les pratiques unilatérales des entreprises
- III. Vers une réglementation du géoblocking en Suisse ?
 - A. Interventions parlementaires
 - B. L'initiative pour des prix équitables
 - C. Portabilité des contenus en ligne
- IV. Conclusion

[1] Le Règlement de l'UE sur le géoblocking interdit l'adaptation discriminatoire et injustifiée des conditions de transaction en ligne sur la base de la nationalité, le lieu de résidence ou d'établissement dans le marché intérieur. Ce Règlement ne lie pas juridiquement la Suisse, mais offre l'opportunité de comparer la réponse juridique suisse au géoblocking avec le système mis en place par l'UE.

I. Introduction

[2] L'ampleur du commerce en ligne ne cesse de croître auprès des consommateurs helvétiques et européens.¹ La vente en ligne regroupe les transactions commerciales s'opérant à distance par le biais d'interfaces électroniques ou digitales connectées à internet.² Il présente plusieurs avantages. Il permet notamment d'assurer une meilleure information des consommateurs sur les prix, les différents produits et services et facilite la comparaison des offres entre plusieurs pays différents. Cette situation améliore positivement la concurrence entre les commerçants opérant dans plus d'un seul pays. Enfin, elle améliore également la transparence des prix entre fournisseurs. Toutefois, les entreprises recourent souvent à des mesures de blocage géographique des clients

¹ En 2017, 72% de la population adulte a effectué au moins un achat en ligne, concernant toutefois 80% des utilisateurs d'internet. Pour un rapport détaillé, voir l'enquête de l'Office fédérale de la statistique sur l'utilisation d'internet 2017 publié en septembre 2017, disponible sous le lien suivant <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&resrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjTmo2kw8LsAhUN3aQKHRFtBC8QFjACegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.bfs.admin.ch%2Fbfsstatic%2Fdam%2Fassets%2F6226864%2Fmaster&usg=AOvVaw2PQeAktMEWBYzicF7wyWPt> (27 octobre 2020).

² FABIEN HOHENAUER, « Un tout d'horizon des règles applicables en Suisse », Expert Focus, 11/2017, p. 873–877, p. 873.

sur internet, en redirigeant par exemple le client voulant passer sa commande à l'étranger vers le site suisse du fournisseur, où les biens et services sont proposés à un prix supérieur.³

[3] Le blocage géographique, appelé aussi « géodiscrimination » ou « géoblocking » consiste à bloquer l'accès à certains sites internet en fonction de la nationalité, du lieu de résidence ou du lieu d'établissement du client ou du réseau du pays d'origine auquel l'adresse IP du client.⁴ Le terme géoblocking peut être défini dans un sens strict ou dans un sens large :⁵ Le géoblocking au sens strict désigne les mesures technologiques restreignant l'accès au contenu sur internet sur la base de la position géographique, la région ou le lieu d'établissement de l'utilisateur. Il en va ainsi des interfaces spécifiques à une région. Au sens large, le géoblocking comprend les pratiques qui ne refusent pas nécessairement l'accès au contenu internet mais opèrent à travers des restrictions technologiques qui néanmoins discriminent les utilisateurs sur la base de leur position géographique, lieu d'établissement ou leur origine, par exemple en appliquant des conditions générales différentes.

[4] Dans un sens économique, le géoblocking réduit la libre concurrence puisqu'elle empêche la stimulation compétitive au-delà des frontières.⁶ Toutefois, quels arrangements peuvent être qualifiés de géoblocking ? Quand est-ce qu'un blocage géographique est injustifié ? Quelles sanctions y sont rattachées selon le droit de l'UE ? Enfin, quelle position la Suisse a-t-elle adoptée face à ce phénomène ?

II. Cadre juridique

A. L'approche de l'UE face au géoblocking

[5] En matière de géoblocking, l'UE a adopté le 28 février 2018 un Règlement (UE/2018/302 ; ci-après : Règlement) dont l'objectif est « d'empêcher le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée, directement ou indirectement, sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur », applicable depuis le 3 décembre 2018.⁷ Exclue du champ d'application matériel du Règlement demeurent les services audiovisuels (comme l'accès aux retransmissions de manifestations sportives)⁸, les produits

³ À noter que le Conseil Fédéral a publié son message relatif à l'initiative populaire « stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables » le 29 mai 2019 en proposant un contre-projet comptant modifier l'actuelle loi sur les cartels, voir à cet égard FF 2019 4665, 4665.

⁴ TIZIA SCHARF, Netflix & Co. : Kartellrechtliche Zulässigkeit der Geoblocking-Praxis von Streamingdiensten, recht 2018, p. 109–119, p. 110.

⁵ PETER GEORG PICHT, « EU-Geo-blocking rules – need for action in Switzerland ? », Jusletter 21 octobre 2019, p. 1–24, p. 2.

⁶ PICHT, p. 3.

⁷ Règlement UE (2018/302) du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n°2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE, JO du 2 mars 2018, LI 60/1 (ci-après : le Règlement). Ce règlement s'inscrit plus largement dans la Stratégie pour un Marché unique numérique au sein de l'Union européenne (Digital Single Market ou DSM) publiée en 2015.

⁸ Préambule N°8 du Règlement.

numériques protégés par le droit d'auteur et les droits voisins, les services de communications électroniques et les services de transport⁹.¹⁰

1. Les arrangements interdits par le Règlement

[6] Le Règlement oblige les professionnels à traiter les acheteurs en ligne des autres États membres de l'Union de la même façon que les consommateurs locaux, et à rendre leurs biens et services accessibles à tous les clients de l'UE.¹¹ Plus particulièrement, le Règlement interdit la discrimination, directe et indirecte, injustifiée dans trois aspects des transactions entre professionnel et client, à savoir « l'accès aux interfaces en ligne »,¹² « les conditions générales d'accès aux biens et aux services »,¹³ ainsi que les « conditions des opérations de paiement ».¹⁴

1.1. Les interfaces en ligne

[7] L'art. 3 du Règlement interdit le géoblocking dans sa forme la plus intuitive, à savoir lorsque le professionnel bloque ou limite l'accès à son interface en ligne (tels que son site internet ou une application) d'un client pour des motifs liés à sa nationalité, son lieu de résidence ou son lieu d'établissement.¹⁵ Il en va ainsi lorsque des mesures technologiques restreignent la vente sur internet ou par application mobile basée sur la localisation physique du client. Ces mesures comprennent par exemple le repérage du lieu par l'adresse IP ou par des coordonnées obtenues grâce à des systèmes par satellite.¹⁶

[8] La redirection vers une version différente de l'interface en ligne par rapport à celle à laquelle le client a initialement voulu accéder en raison de son agencement, son choix de langues, ou d'autres caractéristiques qui la rendent spécifique aux clients est interdite, à moins qu'il n'ait donné expressément son consentement à cet effet.¹⁷ Le client doit pouvoir à tout moment retirer ce consentement.¹⁸ De plus, toutes les versions de l'interface en ligne doivent rester facilement accessibles au client à tout moment.¹⁹

1.2. Les conditions générales d'accès aux biens et services

[9] Par conditions générales d'accès, il faut comprendre toutes les modalités, conditions et autres informations, notamment les prix de vente nets, régissant l'accès des clients aux biens ou aux

⁹ Préambule N°9 du Règlement.

¹⁰ Voir l'art. 1 du Règlement.

¹¹ Stratégie de l'Union européenne pour un marché unique numérique : conséquences pour la Suisse, – Rapport en réponse au postulat 16.3080 Vonlanthen du 15 mars 2016, daté du 7 décembre 2018, disponible sous le lien suivant <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55008.pdf> (27 octobre 2020), p. 1–37, p. 12.

¹² Art. 3 du Règlement.

¹³ Art. 4 du Règlement.

¹⁴ Art. 5 du Règlement.

¹⁵ Préambule N°1 du Règlement.

¹⁶ Préambule N°18 du Règlement. Voir également SCHARF, p. 110.

¹⁷ Art. 3(2) du Règlement.

¹⁸ Préambule N°20 du Règlement.

¹⁹ Préambule N°20 du Règlement.

services proposés à la vente par un professionnel, qui sont définies, appliquées et mises à la disposition du public par le professionnel et sont applicables en l'absence d'accord négocié individuellement.²⁰ Celles-ci comprennent par exemple les prix, les conditions de paiement et les conditions de livraison.²¹ Les professionnels ne peuvent pas différer leurs conditions générales d'accès en fonction de la nationalité, du lieu de résidence ou du lieu d'établissement du client, que ce soit en ligne ou hors ligne.²²

[10] Le Règlement n'implique toutefois pas que les professionnels soient tenus d'offrir leurs biens ou services à des conditions égales dans tout le marché intérieur de l'UE ou que les professionnels doivent limiter les conditions de leurs transactions à des conditions générales valant pour toute l'Union.²³ Au contraire, les professionnels peuvent proposer des prix de ventes nets variant d'un État membre à l'autre ou au sein d'un autre État membre et qui sont proposés, de manière non-discriminatoire, à des clients situés sur un territoire spécifique ou à certains groupes de clients.²⁴ L'art. 4 (5) prévoit expressément qu'il n'est pas interdit aux professionnels de vendre des biens ou de fournir des services à certains clients ou aux clients situés sur certains territoires.²⁵ Plus généralement, les professionnels sont en mesure de proposer des offres ciblées et des conditions générales d'accès différentes, y compris par la mise en place d'interface en ligne par pays.²⁶ Ceci impliquerait préalablement, que le client ait consenti à être redirigé vers une interface différente. Enfin, l'interdiction ne fait pas obstacle à la liberté des professionnels de proposer, de manière non discriminatoire, des conditions différentes, y compris en ce qui concerne les prix, à différents points de vente, tels que des boutiques ou des sites internet, ou de faire des offres particulières ne concernant qu'un territoire déterminé d'un État membre.²⁷

1.3. Conditions des opérations de paiement

[11] S'agissant des opérations de paiement électronique pour lesquelles les conditions d'authentification de la directive (UE) 2015/2366 sont remplies, les professionnels ne doivent pas appliquer des conditions différentes pour les opérations de paiement pour des motifs liés à la nationalité, au lieu de résidence ou au lieu d'établissement d'un client, à la localisation du compte de paiement, au lieu d'établissement du prestataire de services de paiement ou au lieu d'émission de l'instrument de paiement dans l'Union.²⁸

[12] En vertu du droit de l'UE, les professionnels sont néanmoins en principe libres de choisir les moyens de paiement qu'ils souhaitent accepter.²⁹ Ils peuvent choisir les devises qu'ils accepteront et ne sont pas non plus tenus d'accepter toutes les cartes de paiement ni même toutes les catégories de cartes d'une même marque. Par exemple ils peuvent accepter les cartes de débit

²⁰ Art. 2 (14) du Règlement.

²¹ Préambule N°15 du Règlement.

²² Art. 4 du Règlement, voir également le Préambule N°1, 4ème phrase.

²³ PICT, p. 7.

²⁴ Art. 4 (2) du Règlement.

²⁵ Art 4 (5) du Règlement.

²⁶ Préambule N°27 du Règlement.

²⁷ Préambule N°27 du Règlement.

²⁸ Art. 5 du Règlement. Voir également PICT, p. 8.

²⁹ Voir notamment l'art. 5 (1)(c) et les préambules N°32 et N°33 du Règlement.

mais pas les cartes de crédit de la même marque (art. 5 (1)(c) et Préambules N°32 et 33).³⁰ À certaines conditions de l'art. 5 (3) du Règlement, ils peuvent également appliquer des frais au titre de l'utilisation d'un instrument de paiement lié à une carte.

2. Les mesures de géoblocking justifiées

[13] Le Règlement interdit autant la discrimination directe qu'indirecte.³¹ La discrimination directe se comprend comme le recours aux critères de la nationalité du client, son lieu de résidence, son lieu d'établissement. La discrimination indirecte vise les traitements inégaux fondés sur des distinctions provoquant le même résultat sur la base d'information permettant la localisation physique des clients, telles que l'adresse IP, l'adresse fournie pour la livraison de biens, la langue choisie ou l'État membre dans lequel l'instrument de paiement du client a été émis.³² Toutefois, bien qu'elles risquent de fragmenter le marché interne et freiner la libre circulation des biens et des services, le Règlement reconnaît que ces arrangements discriminatoires peuvent être justifiés dans certaines circonstances. Cela est le cas si elles sont nécessaires en vue de satisfaire une exigence légale applicable aux activités du professionnel prévue dans le droit de l'Union ou dans la législation d'un État membre conformément au droit de l'Union.³³ Les préambules prévoient également une exception pour la liberté d'expression et la liberté des médias et leur pluralisme, y compris la liberté de la presse, dès lors que ces libertés sont garanties dans l'Union et dans les États membres, et en particulier en vertu de l'art. 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.³⁴

[14] Enfin, les préambules prévoient des exemples sur les limites des interdictions du Règlement en disposant comment un professionnel peut façonner ses activités pour un État membre ou une région spécifique. Plus particulièrement, il peut :

- Différencier des conditions d'accès basés sur des motifs acceptables selon le Règlement, comme « l'adhésion à une certaine association ou des contributions faites au professionnel »;³⁵
- Différencier les conditions (y compris les prix) entre les points de vente, tels que des boutiques ou des sites internet;³⁶
- restreindre géographiquement ou d'une autre manière les services après-vente proposés au client;³⁷

³⁰ Voir notamment l'art. 5 (1)(c) et les préambules N°32 et N°33 du Règlement.

³¹ Voir l'art. 1 ainsi que les préambules N°6, 41 et 42 du Règlement.

³² Préambule N°6 du Règlement.

³³ Voir notamment les art. 3 (3), 4 (5) et les préambules 21 et 31, pour une opinion en faveur d'une application mutatis mutandis pour l'ensemble des pratiques tombant dans le champ d'application du Règlement, voir PICHT, p. 7. Bien que les préambules concernés semblent se référer uniquement aux conditions générales d'accès au sens de l'art. 4 du Règlement, le principe sous-jacent devrait être applicable à toute pratique tombant dans le champ d'application du Règlement (PICHT, p. 7).

³⁴ Préambule N°21.

³⁵ Préambule N°27.

³⁶ Préambule N°27.

³⁷ Préambule N°28.

- exclure contractuellement les livraisons transfrontalière ou de prendre en charge les éventuels frais de port ou de transports et les frais de montage et démontage;³⁸
- décider de ne pas se conformer aux prescriptions légales nationales non-contractuelles dans l'État membre du client applicables aux biens et services (y compris l'étiquetage) et/ou décider de ne pas informer les clients quant à ces exigences, aussi longtemps qu'il n'est pas lié par ces règles en vertu d'autres normes que celles du Règlement.³⁹

3. Portabilité des contenus en ligne

[15] Les plateformes en ligne recourent le plus souvent au géoblocking pour restreindre l'accès au contenu digital (des films, des séries sportives, de la musique, des e-books ou des jeux en ligne par exemple).⁴⁰ Il s'agit le plus souvent de mesures de géoblocking indirectes se basant sur l'adresse IP ou sur la carte bancaire de l'utilisateur pour déterminer s'il est autorisé à accéder à ces contenus dans son pays de résidence.⁴¹ L'UE a adopté un Règlement relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur.⁴² Dans l'optique de respecter les droits d'auteur et les droits voisins dans l'UE ainsi que les modèles de licence, seul le concept de « portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne » est couvert par le Règlement et non-pas « l'accès transfrontalier » à ces services.⁴³ Ainsi, seuls les abonnés à des services de contenu en ligne présents temporairement dans un État membre autre que leur État membre de résidence sont concernés par ce Règlement.⁴⁴ Ce Règlement sur la portabilité différencie les fournisseurs d'un service de contenu en ligne avec ou sans rémunération.⁴⁵ Les premiers ont l'obligation de fournir à leurs abonnés les mêmes services et les mêmes accès aux contenus de leur État membre de résidence lorsqu'ils sont présents temporairement dans un autre État membre, sans charge supplémentaire.⁴⁶ Les fournisseurs non-rémunérés peuvent décider de permettre à leurs abonnés présents temporairement dans un autre État membre d'avoir accès aux mêmes services.⁴⁷ Les fournisseurs de services de contenu en ligne sont autorisés à localiser l'État membre de résidence de leurs abonnés.⁴⁸ À noter que le Règlement sur la portabilité est applicable aux contrats conclus et aux droits acquis avant la date de son application s'ils concernent la fourniture d'un service de contenu en ligne.

³⁸ Préambule N°28.

³⁹ Préambule N°29.

⁴⁰ STEFAN TSAKANAKIS, *Geoblocking bei digitalen Inhalten*, PJA 2016, p. 1656–1661, p. 1959.

⁴¹ TSAKANAKIS, PJA 2016, p. 1959, à noter que les utilisateurs ont souvent recours à un VPN (Virtual Private Network) afin d'éviter la localisation par le biais l'adresse IP.

⁴² Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, JO L 168/1.

⁴³ Préambule N°12.

⁴⁴ Voir l'art. 1 s'agissant de l'objet et du champ du Règlement relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne.

⁴⁵ Voir l'art. 3 (1).

⁴⁶ Voir l'art. 3 (1) et (2).

⁴⁷ Voir l'art. 6 (1).

⁴⁸ Voir les art. 5 (1) et 6 (1).

4. Sanctions

[16] Le Règlement sur le géoblocking s'insère dans un droit général de la concurrence de l'UE. Il conviendra en effet d'observer les sanctions prévues par les autres normes de droit de la concurrence et de les harmoniser avec celles prévues par le Règlement.

[17] L'art. 6 (2) du Règlement prévoit la nullité de plein droit des arrangements contractuels imposant aux professionnels d'agir en violation des interdictions prévues par le Règlement.⁴⁹ La cinquième phrase du Préambule N°34 laisse entendre que la nullité partielle est possible en prévoyant que « les dispositions pertinentes de ces accords » devraient être nulles.⁵⁰ L'illicéité des contrats et les sanctions y relatives dépendront de la violation unique du Règlement ou conjointe des autres normes du droit général de la concurrence de l'Union Européenne.

[18] S'agissant des sanctions exclusivement liées au Règlement, son art. 7 charge chaque États membre de désigner un ou plusieurs organismes du contrôle adéquat et effectif de son application, et délègue la discrétion de prévoir les sanctions liées à la violation du Règlement ainsi que leur mise en œuvre. Celles-ci doivent être effectives, proportionnées et dissuasives.⁵¹ Les consommateurs devraient également pouvoir obtenir l'assistance des autorités compétentes chargées de faciliter le règlement des litiges avec les professionnels.⁵²

[19] Le Règlement n'est applicable que dans le marché unique européen auquel la Suisse ne fait pas partie. Néanmoins, les professionnels suisses actifs dans l'UE devront s'y conformer.⁵³ Entre autres, il leur sera interdit de rediriger le client vers un site internet national sans son consentement exprès.

B. Approche du droit suisse

[20] Il n'existe pas en Suisse de loi régissant le commerce électronique.⁵⁴ La Suisse s'en tient en effet aux outils juridiques classiques jugés suffisant pour résoudre les problèmes spécifiques du commerce en ligne, à savoir le Code des obligations (CO), la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), la loi fédérale sur l'information des consommateurs (LIC) et la loi fédérale sur la protection des données (LPD) ainsi que la loi fédérale sur les cartels (LCart).⁵⁵ À cet égard, les art. 5 et 7 LCart peuvent être employés contre les contrats impliquant un géoblocking anti-compétitif ainsi que les pratiques unilatérales des entreprises abusant d'une position de dominance sur le marché numérique⁵⁶ qu'il convient d'observer de plus près.

⁴⁹ Préambule N°34 du Règlement.

⁵⁰ PICT, p. 13.

⁵¹ Voir l'art. 7 et le préambule N°35 du Règlement.

⁵² Préambule N°36 du Règlement.

⁵³ Rapport du CF, p. 13.

⁵⁴ SYLVAIN MÉTILLE, *Internet et droit – Protection de la personnalité et questions pratiques, quid iuris?*, Zurich 2017, p. 117–131, p. 117, ainsi que HOHENAUER, p. 873. Voir également le Rapport final du Contrôle parlementaire de l'administration intitulé « Commerce électronique », FF 2005 4709, 4721.

⁵⁵ Rapport 2005, p. 4721, MÉTILLE, p. 117, HOHENAUER, p. 874.

⁵⁶ PICT, p. 19s.

1. Les contrats verticaux de protection territoriale absolue

[21] Les mesures de géoblocking sont souvent le résultat d'arrangements inclus dans des contrats entre les fabricants, les créateurs de contenu d'un côté et leurs distributeurs de l'autre.⁵⁷ Ils peuvent faire l'objet de clauses dans des contrats de franchise, de licence ou encore de transfert de technologie.⁵⁸ Ces arrangements contractuels relèvent du droit de la concurrence et peuvent être anti-compétitifs. À notre sens, le TF s'est indirectement prononcé sur cette question dans un arrêt « Gaba » datant de 2016 sur lequel se base également la pratique de la Commission de la concurrence (COMCO).⁵⁹

1.1. L'arrêt Gaba (ATF 143 II 297)

[22] Une société suisse Gaba produit et distribue des produits de soins buccodentaires, y compris plusieurs produits Elmex. Gaba a conclu un accord de distribution et sur la fabrication de produits dentaires avec la société Gebro dont le siège est en Autriche. Gaba s'est engagée auprès de la société autrichienne Gebro à empêcher par tous les moyens à sa disposition l'exportation en Autriche des produits soumis au contrat et de ne pas distribuer elle-même lesdits produits. Gebro de son côté ne fera aucun effort actif pour solliciter des commandes de produits Gaba hors de l'Autriche et il n'établira aucun centre de distribution pour ces produits hors de l'Autriche. Le TF s'est notamment prononcé sur les critères applicables pour déterminer si un accord vertical de distribution avec une protection territoriale absolue entraîne une affectation notable de la concurrence au sens de l'art. 5 I LCart.⁶⁰

[23] Pour le TF, une convention sur la répartition géographique des marchés constitue un cartel dur au sens de l'art. 5 IV LCart, indépendamment de ses effets effectifs sur la concurrence, si à tout le moins elle a le potentiel d'affecter la concurrence.⁶¹ Une affectation concrète n'est pas requise. Après avoir observé que cet accord vertical renverse la présomption d'entraîner la suppression d'une concurrence efficace de l'art. 5 IV LCart, le TF étudie s'il affecte néanmoins la concurrence de manière notable sur le marché de certains biens ou services d'après l'art. 5 I LCart.⁶² En substance, le TF en vient à une interprétation inédite de la notion de notabilité de l'effet sur la concurrence en lien avec l'art. 5 I LCart et rejette la pratique de la COMCO consacrant jusqu'alors l'observation de critères quantitatifs des effets sur la concurrence, comme la proportion de la part du marché dont disposent les participants.⁶³ Selon l'interprétation du TF, les conventions verticales de protection territoriale absolue au sens de l'art. 5 IV LCart affectent par principe la concurrence de manière notable, en raison de leur objet et ce indépendamment de critères quantitatifs.⁶⁴ Une affectation concrète n'est pas requise. Il suffit que le contrat vertical

⁵⁷ Cette situation a été évoquée par Margrethe Vestager dans son discours au Bundeskartellamt, alors commissaire européenne à la concurrence.

⁵⁸ Voir chiffre 6 de la Note explicative CommVert du 12 juin 2017.

⁵⁹ ATF 143 II 297 (trad. JdT 2018 I 3).

⁶⁰ ATF 143 II 297, c. 7.1. et 7.2. (trad. JdT 2018 I 3, c. 7.1 et 7.2.).

⁶¹ ATF 143 II 297, c. 6.5. (trad. JdT 2018 I 3, c. 6.5.).

⁶² ATF 143 II 297, c. 5.1 (trad. JdT 2018 I 3, c. 5.1.).

⁶³ ATF 143 II 297, c. 5.2.5 (trad. JdT 2018 I 3, c. 5.2.5.).

⁶⁴ ATF 143 II 297, c. 5.2.5 (trad. JdT 2018 I 3, c. 5.2.5.).

ait le potentiel d'affecter la concurrence, indépendamment de critères quantitatifs.⁶⁵ L'accord est enfin illicite s'il n'est pas justifié par un motif d'efficacité économique.⁶⁶

[24] En résumé, une convention verticale de protection territoriale absolue renversant la présomption de l'art. 5 IV LCart peut affecter notablement la concurrence au sens de l'art. 5 I LCart indépendamment de critères quantitatifs. Une telle convention est illicite si elle a le potentiel de porter atteinte à la concurrence et si elle n'est pas justifiée par des motifs d'efficacité économique. Ce qui est intéressant dans le cadre de la présente contribution est que le TF rappelle également que la signification donnée aux règles suisses doit être matériellement identique à celle du droit européen, à tout le moins tant que les règles et la pratique européennes demeurent en substance celles qui existaient au moment des travaux parlementaires de la loi suisse.⁶⁷

1.2. La pratique de la COMCO

[25] Suite à l'arrêt Gaba, la COMCO a modifié deux textes pertinents dans le contexte du géoblocking : la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (CommVert du 28 juin 2010)⁶⁸ ainsi que sa Note explicative y relative (Note explicative CommVert du 12 juin 2017)⁶⁹, traitant notamment des restrictions en matière de commerce en ligne. Cependant, ni la CommVert ni sa Note explicative ne traitent explicitement du géoblocking.⁷⁰ La CommVert réitère explicitement que les règles en vigueur dans l'UE valent de manière analogue en Suisse.⁷¹ Elle se fonde spécifiquement sur différents textes du droit de l'UE et prévoit que « les modifications visent essentiellement à tenir compte des tendances du marché [...] comme le développement des ventes en ligne sur internet ». La CommVert reprend en substance la jurisprudence en vigueur du TF en matière de contrats verticaux comme les contrats de distribution attribuant des territoires au sens de l'art. 5 IV LCart.⁷²

[26] Pour des exemples se rapprochant plus près du géoblocking, il faut chercher dans la Note explicative CommVert présentant des exemples issus du commerce en ligne pour lesquels l'art. 5 IV LCart trouve application. La Note explicative prévoit à cet égard que « les interdictions respectivement restrictions des ventes par internet constituent des interdictions des ventes passives a un groupe de clients, en l'espece 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 a l'existence d'un accord vertical sur les prix ou sur une protection territoriale absolue (cf. ci-dessous ch. 18 ss) ».⁷³

[27] Néanmoins, « Elles peuvent constituer un accord vertical sur les prix ou un accord vertical de protection territoriale absolue, lorsqu'elles sont accompagnées des circonstances qualifiées

⁶⁵ ATF 143 II 297, c. 5.2.5. (trad. JdT 2018 I 3, c. 5.2.5.).

⁶⁶ ATF 143 II 297, c. 7.1. et 7.2. (trad. JdT 2018 I 3, c. 7.1 et 7.2.).

⁶⁷ ATF 143 II 297, c. 5.3.4. et 6.2.3. (trad. JdT 2018 I 3, c. 5.3.4. et 6.2.3.).

⁶⁸ Communication concernant l'appréciation des accords verticaux du 28 juin 2010 publiée dans la FF 2017 4237.

⁶⁹ Note Explicative COMCO relative à la Communication concernant l'appréciation des. Accords verticaux, du 12 juin 2017, disponible sous le lien suivant : <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/documentation/communications---notes-explicatives.html> (27 octobre 2020).

⁷⁰ Voir les préambules VI et VII CommVert.

⁷¹ Préambule VII CommVert.

⁷² Préambule IV CommVert.

⁷³ Ch. 9, quatrième point de la Note explicative CommVert.

correspondantes (cf. ch. 9 ci-dessus, quatrième point). La question de savoir si des circonstances qualifiées existent et si l'état de fait de l'art. 5 al. 4 LCart est rempli nécessite un examen à l'aide des circonstances concrètes au cas par cas ».⁷⁴

[28] Il faut chercher au chiffre 20 de la Note explicative pour trouver une règle relative au géoblocking protégeant les clients finaux suisses de la géo-discrimination sur le commerce en ligne. La Note explicative présente ainsi deux circonstances qualifiées laissant conclure à un accord vertical de protection territoriale absolue pour lequel la présomption de l'art. 5 IV LCart s'applique, passibles de sanctions, à savoir :

- 1) 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 ;
- 2) 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).

[29] Pour le cas où, au même titre que l'arrêt Gaba, un contrat vertical de protection territoriale absolue parvienne à renverser la présomption de l'art. 5 IV LCart⁷⁵, la COMCO indique d'examiner la notabilité de l'affectation causée par l'accord vertical, par la présence ou non d'une atteinte qualitativement ou quantitativement grave.⁷⁶ À cet égard, la CommVert et sa Note explicative indiquent que les restrictions des ventes passives à certains groupes de clients, dont celui des clients en ligne par le biais de restrictions des ventes par internet⁷⁷, sont considérées comme qualitativement graves,⁷⁸ et peuvent donc affecter notablement la concurrence au sens de l'art. 5 I LCart.

[30] Encore faut-il que l'accord ne soit pas justifié par un motif d'efficacité économique au sens de l'art. 5 II LCart.⁷⁹ Un examen au cas par cas à la lumière de l'art. 5 II LCart et de la pratique de la COMCO sera nécessaire.⁸⁰ Conformément à la pratique de la COMCO, les accords verticaux affectant de manière notable la concurrence sont justifiés sans examen au cas par cas si ni la part des marchés détenue par le fournisseur ni celle de l'acheteur ne dépassent 30% du marché pertinent.⁸¹ Cette règle ne s'applique pas aux accords tombant sous le coup des présomptions des Ch. 10 et 12 (2), comme par exemple les accords verticaux qui ont pour objet l'attribution de territoires lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues, et plus spécifiquement l'interdiction de ventes passives, comme la vente en ligne, à des distributeurs ou à des clients finals.⁸² À défaut de motifs d'efficacité économique, un accord vertical non-justifié sera illicite.

⁷⁴ Ch. 25 et Ch. 18, quatrième point de la Note explicative CommVert.

⁷⁵ Voir à cet égard le Ch. 11 CommVert impliquant un examen du marché dans son ensemble, à la lumière de la concurrence intramarque et intermarques.

⁷⁶ Ch. 12 (1) (b) CommVert.

⁷⁷ Ch. 21 et Ch. 9, quatrième point de la Note explicative CommVert.

⁷⁸ Ch. 12 (1) (b) CommVert et Ch. 21–22 Note explicative CommVert.

⁷⁹ ATF 143 II 297, c. 7.1. et 7.2. (trad. JdT 2018 I 3, c. 7.1 et 7.2.), Ch. 16 CommVert.

⁸⁰ Ch. 16 (3) CommVert.

⁸¹ Ch. 16 (2) CommVert.

⁸² Ch. 3 CommVert indiquant que les ventes réalisées par Internet constituent des ventes passives, sauf si les efforts de vente visent à atteindre des clients établis hors du territoire attribué au distributeur.

[31] Par conséquent, au regard de la pratique de la COMCO, un accord vertical impliquant des mesures de restrictions géographique comme des mesures géoblocking des ventes par internet peut être passible de sanctions sur la base de l'art. 49a LCart, ou être illicite en vertu de l'art. 5 I LCart.

2. Les pratiques unilatérales des entreprises

[32] Comme mentionné plus haut, l'art. 7 LCart peut s'appliquer aux pratiques unilatérales des entreprises lorsqu'elles abusent d'une position dominante sur le marché. La COMCO ne traite pas plus spécifiquement des contrats horizontaux ni du géoblocking sous la forme d'une pratique unilatérale d'une entreprise. Qu'en est-il lorsque les mesures de géoblocking sont issues d'une pratique unilatérale du commerçant ?

[33] À ce stade, le droit de la concurrence Suisse dans son état actuel ne parvient pas à couvrir toutes les formes de géoblocking, plus particulièrement les pratiques unilatérales des entreprises, surtout en dehors d'une position dominante sur le marché au sens de l'art. 7 LCart.⁸³ L'efficacité même du Règlement européen étant mise en cause, la Suisse risque de devoir revoir son arsenal légal en la matière.⁸⁴ Les premières évaluations du Règlement devraient lui servir de source empirique.

III. Vers une réglementation du géoblocking en Suisse ?

[34] Il convient d'observer les tendances récentes en matière de législation du géoblocking des dernières années en Suisse. Il est principalement question de trois interventions parlementaires, ainsi que de l'initiative pour des prix équitables et du contre-projet indirect du Conseil fédéral touchant au géoblocking.

A. Interventions parlementaires

[35] Trois interventions parlementaires concernant le blocage géographique en matière de commerce en ligne ont occupé l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral depuis 2016. Ainsi, deux motions parlementaires⁸⁵ et un postulat⁸⁶ enjoignaient le CF de prendre des mesures visant à assurer le libre-échange numérique et à éliminer le géoblocking.

[36] Ces trois interventions parlementaires avançaient des arguments similaires, à savoir que le géoblocking constitue une pratique hostile au consommateur et discriminatoire, contraignant les utilisateurs suisses à opter pour des services onéreux ou limiter drastiquement leur choix de services, compliquant inutilement le commerce international et heurtant les principes découlant des

⁸³ PICT, p. 20.

⁸⁴ PICT, p. 20.

⁸⁵ Motion 16.3499 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20163499>) et motion 17.4227 (<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20174227>) les deux initiées par la PDC Elisabeth Schneider-Schneider.

⁸⁶ Postulat 16.3375 du PLR Philippe Nantermod (<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20163375>).

accords favorisant le libre-échange des biens et services. D'autre part, la petite taille du marché helvétique pousse parfois certaines entreprises à renoncer à offrir leurs services aux consommateurs suisses. Ces limitations sont réalisées parfois sous la forme d'accords de distribution exclusifs intergroupes, éventuellement illégaux au regard du droit des cartels, ou sous la forme de restrictions intragroupe qu'il se justifie d'empêcher pour protéger les consommateurs dans un marché libre et stimuler la concurrence. Enfin, l'UE met en place un marché unique numérique, il subsiste un risque que la Suisse en soit exclue et qu'aussi bien les PME que les consommateurs perdent un accès équitable au marché, notamment en matière d'achat.

[37] Le CF répond en substance avec les mêmes arguments ; « Vu les démarches en cours dans l'UE, le Conseil fédéral est notamment d'avis qu'il serait prématuré et inopportun de préparer dès aujourd'hui, en Suisse, des mesures touchant à l'accès à des contenus en ligne ou à leur portabilité transfrontalière ; étant donné que ces problématiques dépassent généralement les frontières nationales, des mesures unilatérales non coordonnées manqueraient probablement leur objectif ». Pour le CF, il faudrait d'abord attendre les résultats des travaux législatifs des principaux partenaires commerciaux parmi lesquels, en particulier, l'UE.

[38] Le CF relève en outre à juste titre que le Règlement ne limite que partiellement le blocage géographique au sein de l'UE et de l'EEE, comme indiqué plus-haut. Sont notamment exclus du champ d'application de Règlement les services audiovisuels, les services de communication électronique et les biens non audiovisuels protégés par le droit d'auteur (les logiciels, les e-books, le streaming de musique, les jeux en ligne, etc.). Il ne s'applique pas aux biens et aux services qui sont utilisés comme intrants, revendus, ou autrement mis à disposition de tiers contre paiement. Le Règlement ne prévoit pas non plus d'obligation de livraison en dehors du pays d'exercice de l'activité ni d'harmonisation des prix. Les bénéficiaires seront marginaux pour les PME, puisque les biens et prestations intermédiaires sont exclus.

[39] Le CF indique toutefois qu'il suit de près les travaux de l'UE sur le marché unique et analyse s'il doit prendre des mesures. Un groupe interdépartemental observe et examine les évolutions au sein de l'UE et évalue leurs conséquences pour la Suisse. La Stratégie Suisse numérique adoptée par le CF prévoit formellement le maintien systématique du « reporting » en la matière. Il estime que les obstacles électroniques transnationaux sont déjà ciblés de manière efficace dans le cadre des structures existantes et ne juge par conséquent pas nécessaire de créer de nouvelles structures.

B. L'initiative pour des prix équitables

[40] Une initiative populaire fédérale pour des prix équitables a été déposée le 12 décembre 2017. Elle vise entre autres à garantir un commerce en ligne non-discriminatoire notamment par une interdiction de principe du blocage géographique privé.⁸⁷ Le 29 mai 2019 le Conseil fédéral a publié un message ainsi que son contre-projet indirect ne prévoyant quant à lui pas d'interdiction de principe du blocage géographique privé.⁸⁸

⁸⁷ Message relatif à l'initiative populaire « Stop à l'îlot de cherté – pour des prix équitables (initiative pour des prix équitables) » et au contre-projet indirecte (modification de la loi sur les cartels) du 29 mai 2019, publié au FF 2019 4665, 4666.

⁸⁸ FF 2019 4665, 4665.

[41] Le texte de l'initiative populaire exige par une modification de l'art. 197 ch. 12 let. e Cst.féd en substance qu'une disposition contre la concurrence déloyale soit introduite pour interdire le blocage géographique privé aux fournisseurs proposant des biens et des services sur internet et exerçant leur activité commerciale à l'étranger.⁸⁹ Le Conseil fédéral répond qu'une telle interdiction unilatérale de la Suisse laisserait place à de grandes difficultés de mises en œuvre en l'absence d'accords avec d'autres pays et resterait au final lettre morte.⁹⁰ Afin de garantir des mesures efficaces pour des achats non-discriminatoires dans le commerce en ligne, leur application à l'étranger devrait être garantie.⁹¹ Cette dernière position est partagée par certains auteurs.⁹² Bien qu'une interdiction du blocage géographique soit théoriquement possible, il conviendrait en effet que la Suisse soit préalablement rattachée au réseau des centres européens de consommateurs (CEC) ou qu'un accord de coopération mutuel avec l'UE⁹³ soit conclu pour assurer son application.⁹⁴ L'UE aurait de son côté intérêt à une application unilatérale d'une interdiction du géoblocking dans les pays de l'AELE, dont la Suisse est membre.⁹⁵ De plus, une telle interdiction frapperait surtout les entreprises suisses, ce qui pourrait entraîner des distorsions de la concurrence entre entreprises suisses et étrangères aux dépens des entreprises suisses.⁹⁶

C. Portabilité des contenus en ligne

[42] La Suisse ne connaissant pas de législation semblable au Règlement de l'UE sur la portabilité (évoqué plus haut), l'Observatoire des mesures techniques (OMET)⁹⁷ conduit actuellement un examen sur la portabilité de contenus en ligne et le géoblocage.⁹⁸ L'OMET compte déterminer si, dans la pratique, les fournisseurs de services de contenu en ligne utilisent des blocages géographiques pour entraver l'utilisation de contenus protégés par le droit d'auteur par leurs usagers lors de leurs séjours hors de Suisse.⁹⁹ Dans cet examen l'OMET clarifie également les implications que pourront avoir des éventuels blocages géographiques sur les exceptions au droit d'auteur et sur les consommateurs suisses.¹⁰⁰ L'OMET s'attend à des premiers résultats d'ici la fin de 2020, voire au courant de 2021.¹⁰¹

⁸⁹ FF 2019 4665, 4667.

⁹⁰ FF 2019 4665, 4667.

⁹¹ FF 2019 4665, 4712.

⁹² Voir notamment NICOLAS DIEBOLD, *Geografische Preisdiskriminierung – wettbewerbsrechtliche Grenzen und Grenzen des Wettbewerbsrechts*, recht 2017, p. 157–179, p. 177, PICT, p. 20.

⁹³ PICT, p. 20.

⁹⁴ Voir notamment DIEBOLD, p. 177.

⁹⁵ PICT, p. 20.

⁹⁶ Rapport du Conseil fédéral sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique du 11 janvier 2017, p. 170 ainsi que les références citées, voir également FF 2019 4665, 4710.

⁹⁷ Depuis 2018, l'OMET a intégré l'Institut de Propriété Intellectuelle (IPI).

⁹⁸ Rapport annuel IPI 2018 – 2019 daté d'octobre 2019, p. 21.

⁹⁹ La Suisse et le Marché unique numérique de l'Union européenne daté du 14 juin 2019, p. 20, disponible sous le lien suivant : <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/suisse-numerique-et-internet/strategie-suisse-numerique.html-%252014-06-2019.pdf&usg=AOvVaw013KLdErnejXSOcjAQ5HOo> (27 octobre 2020).

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Voir le site de l'OMET, section « Examens et annonces », disponible sous le lien suivant : <https://www.ige.ch/fr/protoger-votre-pi/droit-dauteur/observatoire-des-mesures-techniques/examens-et-annonces.html> (27 octobre 2020).

IV. Conclusion

[43] Le géoblocking constitue une pratique discriminatoire pouvant avoir des effets néfastes sur la concurrence dans le commerce en ligne. L'UE s'est chargée de la mission de supprimer les effets néfastes du géoblocking au travers son Règlement contre le blocage géographique entré en vigueur en 2018. S'agissant de la problématique de la portabilité des contenus en ligne, un Règlement y relatif a été adopté par l'Union. La Suisse quant à elle ne régule pas expressément le géoblocking mais applique principalement le cadre légal général du droit des contrats et du droit de la concurrence au commerce en ligne et aux conventions liées aux géoblocking et leurs effets néfastes sur la concurrence. Au vu des positions des réponses du Conseil fédéral quant aux interventions parlementaires classées, de l'initiative pour des prix équitables, et de son message, il est fort peu probable que le géoblocking fasse l'objet d'une régulation comme c'est le cas dans l'Union européenne. L'examen de l'OMET quant à la portabilité de contenus protégés par le droit d'auteur approfondira sûrement la question sans toutefois à notre sens changer l'attitude du Conseil fédéral.

[44] Cette position de la Suisse semble toutefois cohérente sous l'angle du principe de la neutralité technologique, de plus, l'auto-régulation à travers les communications de la COMCO quant au commerce en ligne offrent aux entreprises des informations précieuses et transparentes de la pratique du droit de la concurrence. Cette auto-régulation assure également une réponse flexible, rapide et spécialisée face à l'évolution du marché, des pratiques concertées entre entreprises, de l'innovation technologique ainsi que des normes européennes.

Auteur : FABIAN TEICHMANN, Dr. iur. Dr. rer. pol., LL.M., avocat, Teichmann International (Schweiz) AG

Co-auteur : LÉONARD GERBER, Teichmann International (Schweiz)