

Commission de la concurrence
Secrétariat
Monbijoustrasse 43
3003 Berne

Genève, le 17 octobre 2005

Procédure de consultation portant sur la "Communication relative aux accords ayant pour but d'améliorer la compétitivité et dont l'impact sur le marché est restreint"

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

C'est avec plaisir que l'Association suisse du droit de la concurrence (ASAS) saisit à nouveau cette occasion de prendre position sur ce nouveau projet de Communication relative aux accords ayant pour but d'améliorer la compétitivité et dont l'impact sur le marché est restreint (ci-après "projet de Communication" ou "Communication"). Elle remercie également le Secrétariat de la COMCO de lui avoir accordé un délai supplémentaire pour lui faire parvenir sa prise de position. Nous espérons, que ces commentaires vous seront utiles¹.

I. APPRÉCIATION GÉNÉRALE

Comparé au premier projet de Communication daté du 22 novembre 2004, le nouveau projet de Communication ne s'applique pas seulement aux PME mais à tous les accords (horizontaux ou verticaux) qui ont un "*impact restreint sur le marché*" et qui ont pour but "*d'améliorer la compétitivité*" (ch. 1 al. 1 du projet de Communication). Ci-après, ces accords sont désignés comme "accords mineurs", alors que les accords entre petites entreprises, qui sont traitées séparément (ch. 1 al. 2 du projet de Communication), sont désignés en tant que tels.

¹ Ont participé à l'élaboration de cette prise de position, M. Pierre Kobel, avocat à Genève, M. Franz Hoffet, avocat à Zürich et Mme Julia Xoudis, avocate à Genève.

L'ASAS pense qu'il est bien de formuler les conditions auxquelles il y a lieu d'admettre que certains **accords mineurs** sont admissibles au regard de l'art. 5 LCart. Néanmoins, l'ASAS regrette la généralisation des concepts d' *"impact restreint sur le marché"* et d' *"amélioration de la compétitivité"*, termes qui ont été introduits spécifiquement pour les PME (art. 6 al. 1 lit. e LCart) et qui sont différents de ceux de l'art. 5 LCart. Dans la mesure où le projet de Communication porte sur tous les accords, il serait indispensable que les principes qu'elle édicte soient fondés sur les concepts et le système de l'art. 5 LCart.

Par ailleurs, dans la mesure où le projet de Communication vise des accords auxquels les parties ont une part de marché peu importante (ch. 3 al. 1 du projet de Communication) et qui ne contiennent pas de clauses tombant sous l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (ch. 3 al. 2 du projet de Communication), de l'avis de l'ASAS il serait préférable d'adopter une véritable règle *de minimis*, soit une règle qui se place sur le plan de la notabilité, à l'instar du droit communautaire.

En ce qui concerne les **petites entreprises**, le nouveau projet de Communication propose une règle *de minimis* qui assure une sécurité juridique pour les entreprises concernées à un moindre coût : ces dernières ne doivent pas procéder à une analyse particulière de leurs accords (notamment pas d'évaluation de la part de marché des entreprises concernées) pour autant qu'elles respectent le chiffre 5 du projet de Communication. Cette approche est à saluer.

Enfin, il conviendrait que les conséquences de l'application des conditions énoncées dans la Communication soient clairement exprimées. La conjonction des termes *"sont en principe admissibles"*, *"sont en règle générale considérés comme n'affectant pas de manière notable la concurrence"* et *"renonce en principe à l'ouverture d'une enquête"* n'offre pas une sécurité juridique satisfaisante.

II. COMMENTAIRE DE CERTAINES DISPOSITIONS

Dernière phrase des considérants en lien avec les considérants I, II et VI

Le projet de Communication se base sur l'art. 6 al. 1 lit. e LCart (voir dernière phrase des considérants), alors que la Communication ne concerne pas spécifiquement les accords entre PME, mais trouve une application beaucoup plus générale (accords mineurs).

Par ailleurs, il convient de relever que, dans la mesure où la règle retenue pour les accords entre petites entreprises est une règle de notabilité (ch. 1 al. 2 du projet de Communication), l'art. 6 al. 1 lit. e LCart n'est pas appliqué dans cette hypothèse.

De l'avis de l'ASAS, il conviendrait donc d'être plus précis sur le fondement de la Communication.

Chiffre 1

Le chiffre 1 pose le principe général d'une renonciation à l'ouverture d'une procédure dans deux cas : l'alinéa 1 vise les accords mineurs "*en principe admissibles selon l'art. 5 LCart*" et l'alinéa 2 concerne les accords entre petites entreprises qui sont "*en règle générale considérés comme n'affectant pas de manière notable la concurrence*".

Alors que l'alinéa 2 se place au niveau de la notabilité et constitue donc une règle *de minimis*, les termes de l'al. 1 ne sont pas clairs. En particulier, il n'est pas clair si les accords visés sont des accords qui sont considérés ne pas affecter notablement la concurrence ou s'il s'agit d'accords qui sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique (voir l'art. 6 al. 1 LCart). Une précision de la terminologie serait souhaitable.

Par ailleurs, en ce qui concerne les accords entre petites entreprises (ch. 1 al. 2 du projet de Communication), il serait souhaitable de mentionner la réserve du chiffre 5.

Il convient de noter que, selon l'alinéa 3, la COMCO renonce "*en principe*" à l'ouverture d'une enquête en cas d'accords au sens des alinéas 1 et 2. En d'autres termes, la COMCO pourrait ouvrir une enquête dans certains cas. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, l'ASAS espère que la COMCO fera un usage tout à fait exceptionnel de cette possibilité. C'est d'ailleurs dans ce contexte que doit être comprise la réserve du considérant VII du projet de Communication ("*le droit de tiers de dénoncer auprès des autorités de la concurrence un comportement contraire au droit de la concurrence n'est pas touché*").

Chiffre 2

L'alinéa 1 énumère les hypothèses d' "*amélioration de la compétitivité*" et l'alinéa 2 donne des exemples d'accords conduisant à de telles améliorations.

Cette disposition pose plusieurs problèmes au regard de l'art. 5 LCart.

Premièrement, le chiffre 2 généralise un concept ("*accord ayant pour but d'améliorer la compétitivité*") dont l'application est limitée au cas des PME (art. 6 al. 1 lit. e LCart) plutôt que de s'en tenir au concept de la règle générale de l'art. 5 LCart ("*accord justifié par des motifs d'efficacité économique*"). Dans la mesure où le chiffre 2 ne régit pas spécifiquement les accords entre PME, mais l'ensemble des accords tombant sous le coup du chiffre 3 du projet de Communication (accords mineurs), on devrait s'en tenir au concept de l'art. 5 LCart.

Deuxièmement, les hypothèses d' "*amélioration de la compétitivité*" ne semblent pas se recouper complètement avec les motifs d'efficacité économique exhaustivement énumérés à l'art. 5 al. 2 lit. b LCart, bien que l'alinéa 1 semble avoir pour but de concrétiser de tels motifs d'efficacité économique. L'introduction de ces nouveaux concepts risque donc de soulever des problèmes d'interprétation et de cohérence avec l'art. 5 al. 2 lit. b LCart.

Troisièmement, la condition de nécessité de l'art. 5 al. 2 LCart n'a pas été reprise par l'alinéa 1. Pour bénéficier de la Communication il suffit donc que l'accord mineur ait pour but d'améliorer la compétitivité (autrement dit, de présenter un motif d'efficacité économique).

Chiffre 3

L'ASAS regrette la généralisation du concept d' *"impact restreint sur le marché"*, réservé au cas des PME (art. 6 al. 1 lit. e LCart).

Par ailleurs, la formulation de l'alinéa 2 selon laquelle *"...il faut admettre que l'impact sur le marché n'est pas restreint lorsque..."* n'est pas heureuse car elle suggère que les accords visés aux lit. a et b ont *par définition* un impact notable sur le marché (voire suppriment une concurrence efficace). De l'avis de l'ASAS, cette approche s'écarte du système de présomption de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart qui peut être renversée. Une formulation plus neutre serait préférable. Par exemple, il serait possible de prévoir que la Communication ne s'applique pas dans les hypothèses de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart.

Enfin, il serait souhaitable que le chiffre 3 soit amélioré sur le plan rédactionnel, par l'élimination de l'exemple des accords de distribution à l'alinéa 1 lit. b et l'harmonisation de l'alinéa 2 avec le texte de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart.

Chiffre 5

A l'instar du chiffre 3, la formulation *"...considère comme n'affectant pas de manière notable la concurrence ... à moins que..."* suggère que l'accord qui tombe sous le coup des lit. a et b doit nécessairement être considéré comme affectant de manière notable la concurrence (voire comme supprimant une concurrence efficace). Une formulation plus neutre serait préférable.

De plus, il serait souhaitable que la rédaction soit améliorée en harmonisant le texte de cette disposition avec celui de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart.

Chiffres 6 et 7

L'ASAS se demande si un renvoi à la loi ne suffirait pas en ce qui concerne les notions d'entreprise et d'accord.

Chiffre 8

L'ASAS se demande si la formule *"en retirent des avantages financiers"* est opportune.

III. RECOMMANDATIONS DE L'ASAS

Compte tenu du contenu de ce dernier projet et des remarques qui précèdent, l'ASAS serait favorable à un projet qui serait fondé sur:

- une règle *de minimis* fondée sur les parts de marchés définies au chiffre 3 alinéa 1
- une règle *de minimis* simplifiée concernant les accords entre petites entreprises, par référence aux seuils définis au chiffre 4
- étant entendu que les prescriptions de l'article 5 alinéas 3 et 4 LCart doivent en tous les cas être respectées.

Veillez croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, à l'expression de mes sentiments distingués.

Pierre Kobel
Président ASAS