

Commission de la concurrence
Secrétariat
Monbijoustrasse 43
CH-3003 Berne

PAR TELEFAX (no 031 322 20 53)
ET PAR COURRIER

Genève, le 3 février 2005
PK

Procédure de consultation portant sur la "Communication relative aux accords passés par les petites et moyennes entreprises"

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

L'Association suisse du droit de la concurrence (ASAS) remercie la COMCO d'avoir mis en consultation publique le projet de Communication relative aux accords passés par les petites et moyennes entreprises (ci-après la "Communication") et donné ainsi aux différentes entités intéressées, la possibilité de s'exprimer. Il s'agit en effet d'un sujet difficile compte tenu de ses aspects politiques et du contenu ambigu de l'article 6 alinéa 1 lit. e) LCart.

Vous trouverez dans ces quelques pages le fruit des réflexions menées par un petit groupe de travail constitué au sein du Comité de l'ASAS¹. Dans une première partie, l'ASAS passe en revue les problèmes soulevés par le contenu et la rédaction de la Communication pour conclure par une proposition de solution (1. Problèmes soulevés par la Communication, pp. 2 et ss.). Enfin, une deuxième partie comprend un rapide examen des dispositions du projet (2. Commentaire des dispositions, pp. 7 et ss.).

Nous espérons, que ces commentaires vous seront utiles dans la finalisation de cette Communication.

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

1. Problèmes soulevés par la Communication

a. Définition des petites et moyennes entreprises

Effectifs et seuils financiers

Les définitions proposées s'inspirent des effectifs et seuils financiers retenus par la Recommandation de la Commission européenne concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises². Toutefois, les effectifs et les seuils financiers qui, en droit communautaire correspondent aux micro- entreprises, définissent les petites entreprises dans la Communication. Les effectifs et seuils correspondant aux petites entreprises en droit communautaire, définissent les moyennes entreprises dans la Communication.

Il est difficile de déterminer les seuils qui sont pertinents. Ceux-ci peuvent varier selon les pays ou les économies, voire en fonction des marchés considérés. La définition de seuils quantitatifs comporte toujours une part d'arbitraire. Compte tenu de l'étroitesse de nos frontières nationales et des marchés correspondants, des seuils plus bas que les seuils pertinents en droit européen peuvent peut-être se justifier. A priori, le respect des effectifs et seuils financiers définis dans la Recommandation citée ne s'impose pas dans la mesure où ces seuils définissent d'abord l'affectation du commerce entre Etats membres et donc le champ d'application du droit communautaire de la concurrence, par opposition au droit de la concurrence des Etats membres. En droit interne des Etats membres d'autres seuils pourraient être applicables. Il pourrait à ce sujet être intéressant de faire l'examen de toutes les législations nationales des Etats membres. A notre connaissance, les droits de la concurrence français et allemand, par exemple, ne connaissent pas de définitions des PME.

Ceci dit, l'introduction d'effectifs et de seuils financiers inférieurs à ceux utilisés en droit communautaire pourrait conduire à une discrimination des entreprises suisses par rapport aux entreprises communautaires. Cela pourrait être le cas en relation avec les accords qui, en raison de leurs effets, seraient à la fois soumis au droit suisse et au droit communautaire, de la concurrence.

En conclusion et sauf à exclure du champ d'application tous les accords qui auraient des effets sur le territoire de l'Union européenne, l'ASAS recommande une harmonisation des effectifs et seuils financiers entre le droit suisse et le droit communautaire.

² Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, JOCE L 124/36 du 20.5.2003, annexe, article 2:

"1. La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.

2. Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros.

3. Dans la catégorie des PME, une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros".

Critère fondamental

Une définition des PME n'est en fin de compte qu'un instrument grossier, une approximation ayant des finalités pratiques. Le but essentiel d'une telle définition est de permettre aux PME de bénéficier d'un raccourci dans l'examen des conditions d'application du droit de la concurrence. Il permet également aux autorités de la concurrence de procéder à une analyse sommaire leur permettant d'écarter plus rapidement les cas bagatelles, soit sans procéder à une analyse complète des conditions du marché. Ce raccourci ne doit toutefois pas servir à mettre les PME à l'abri du droit de la concurrence en raison de leur taille. Ce serait desservir les PME suisses que de leur permettre de convenir entre elles d'accords anticoncurrentiels et contredirait les objectifs principaux de la LCart03.

L'axiome de base doit donc rester les parts de marché. De façon générale, les seuils d'effectif et financiers ne peuvent conduire aux conséquences juridiques définies dans la Communication, que pour autant que, par rapport au marché pertinent, les pratiques en causes ne puissent affecter notablement la concurrence. En ce sens, l'ASAS soutient pleinement l'introduction d'une condition définie en parts de marchés, comme c'est le cas au chiffre 5 alinéa 4 de la Communication. Les parts de marché figurant au chiffre 5, alinéa 4 correspondent aux parts de marché définies dans la Communication européenne de minimis³, ainsi que dans l'article 464-6-1 du Code de commerce français⁴.

Bien que la question concerne essentiellement les accords verticaux, il pourrait être judicieux de proposer des seuils plus bas en cas d'effet cumulatif d'accords sur le marché.

Quel que soit le contenu final de la Communication, l'ASAS recommande que les seuils finalement déterminants soient définis en parts de marché.

Définitions et conditions séparées

Un des inconvénients majeurs de la Communication résulte de l'introduction de définitions et de conséquences juridiques différentes pour les petites et les moyennes entreprises. Cette séparation conduit à de nombreuses difficultés d'application et ne se justifie pas en pratique.

³ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) JO C 368/13 du 22.12.2001, chiffre 7 (ci-après la Communication de minimis).

⁴ "Le Conseil de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit:

- a) 10% sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause;
- b) 15% sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause."

Parmi les difficultés engendrées par des définitions séparées, l'on pourra citer le cas des accords mixtes, soit des accords impliquant à la fois des petites et des moyennes entreprises. On ne sait si les petites entreprises en cause devront être appréciées à l'aune des moyennes entreprises ou inversement. L'application de conditions cumulatives en termes d'effectif et de seuils financiers conduit également à des difficultés d'application. On ne sait si l'entreprise ayant un effectif de 8 personnes et un chiffre d'affaire supérieur à CHF 2 millions devra être traitée comme une petite ou une moyenne entreprise.

Enfin, les conséquences juridiques d'une qualification en tant que petite ou moyenne entreprise, ne devraient guère différer. La différence de traitement des présomptions d'illicéité entre le chiffre 3 et le chiffre 5 de la Communication n'est pas justifiée: Tout accord présumé illicite le reste tant que la présomption n'est pas renversée, qu'il s'agisse d'une petite ou d'une moyenne entreprise. Les motifs d'efficacité économique mentionnés au chiffre 5 alinéa 2 de la Communication valent a fortiori pour des petites entreprises. Ce pour autant que tel soit l'intention de la COMCO, on ne voit pas non plus pourquoi les petites entreprises devraient être traitées plus sévèrement que les moyennes entreprises en termes de parts de marché (une telle interprétation résulte de la juxtaposition du chiffre 3 lit. b) et du chiffre 5 alinéa 4).

L'ASAS recommande que les petites et moyennes entreprises fassent l'objet d'un traitement unique.

b. Confusion entre notabilité et motifs d'efficacité économique

En liant à la fois "les petites et moyennes entreprises", "les accords ayant pour but d'améliorer la compétitivité" et "l'impact restreint sur le marché", l'article 6 alinéa 1 lit. e) LCart pris à la lettre, conduit à des résultats incompatibles avec la loi sur les cartels. Cette disposition doit donc être interprétée, c'est le rôle de la Communication. Bien que les termes de l'article 6 alinéa 1 lit. e) LCart soient différents de ceux retenus à l'article 5 LCart, il est relativement aisé de retrouver aux alinéas 1 et 2 de l'article 5 LCart, les termes correspondants à la signification bien établie.

Malheureusement, la Communication ne résout pas l'ambiguïté contenue à l'article 6 alinéa 1 lit. e) LCart. Son chiffre 1 reprend ladite disposition sans modification. Le chiffre 3, fait de l'impact restreint sur le marché un motif justificatif au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart ("*... qu'un impact restreint sur le marché et sont en conséquence justifiés par des motifs d'efficacité économique...*") (c'est nous qui soulignons). Le chiffre 5 alinéa 1 fait des accords entre moyennes entreprises un motif d'efficacité économique.

Or, la question de la notabilité doit être clairement séparée des motifs d'efficacité économique. Il s'agit de deux étapes successives dans le raisonnement juridique. Toute restriction qui n'est pas notable n'est pas illicite au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart. La question des motifs justificatifs ne se pose donc pas, ou ne se pose que par surcroît de moyens.

L'ASAS recommande que la Communication sépare clairement les deux étapes du raisonnement, dans la mesure bien sûr où l'objet de la Communication ne serait pas fondamentalement modifié.

c. Relation avec la LCart

La relation entre la Communication et la loi sur les cartels est peu cohérente.

Les concepts retenus à l'article 6 alinéa 1 lit. e) LCart peuvent aisément trouver leurs correspondants à l'article 5 LCart. Malgré cela, la Communication ne fait pas, ou fait insuffisamment usage des concepts légaux établis. Ainsi, le concept "d'impact restreint sur le marché" semble être une modalité de la notabilité. Est susceptible "d'améliorer la compétitivité des petites et moyennes entreprises", tout accord justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart. La référence à "la majorité des concurrents" correspond probablement au risque de supprimer la concurrence de l'article 5 LCart. En lieu et place, la Communication fait usage des concepts introduits par l'article 6 alinéa 1 lit. e) LCart, parfois combinés avec ceux de l'article 5 LCart (et ce souvent à tort comme au chiffre 3 qui se réfère aux motifs d'efficacité économique en relation précisément avec la taille des petites entreprises), voire à de nouveaux concepts, tels que "la majorité des concurrents".

La Communication fait également usage de références incomplètes à des dispositions de la loi (chiffres 3 lit. a), chiffre 5 alinéa 3), procède à des énumérations similaires sans être identiques au contenu de la loi (chiffre 5 alinéa 2), ou paraphrase sans utilité aucune des dispositions légales (chiffres 6 et 7).

De façon générale, l'ASAS recommande que, pour assurer la cohérence du droit suisse de la concurrence, la Communication fasse usage des concepts éprouvés et définis par la loi sur les cartels. Les paraphrases d'articles sont à éviter de même que les simples redites. Il convient que des renvois exprès aux dispositions légales pertinentes soient effectués dans la plus large mesure possible.

d. Relation avec les présomptions d'illicéité

Le chiffre 3 semble exclure que des accords entre petites entreprises qui porteraient sur un des objets traités à l'article 5 alinéas 3 ou 4 LCart (renvoi incomplet), puissent être réputés justifiés. Le chiffre 5 alinéa 3 subordonne quand à lui la licéité de tels accords, à leur caractère accessoire par rapport au motif d'efficacité économique recherché par l'accord principal. Ce faisant, il construit une nouvelle règle relevant de la théorie de l'ancillarité, laquelle n'a a priori pas de place dans le système de la loi sur les cartels.

Toute présomption d'illicéité au sens de l'article 5 alinéas 3 et 4 LCart peut être renversée, au motif que l'accord est ineffectif, par la preuve que subsiste une concurrence sur le marché, ou encore parce qu'il n'affecte pas notablement la concurrence sur le marché. Selon la jurisprudence, la présomption de suppression d'une concurrence efficace peut être renversée lorsque la concurrence subsiste sur un paramètre important de la concurrence, tel que la qualité des services.

En d'autres termes, un accord sur les prix ou les quantités qui accompagnerait un accord de production ou de diversification par exemple, pourrait ne pas être présumé illicite par le simple fait du retournement de la présomption pour l'un des motifs mentionnés. Un tel accord sera par ailleurs licite s'il n'affecte pas notablement la concurrence sur le marché ou s'il est justifié par des motifs d'efficacité économique. Sera typiquement licite, l'accord sur les prix ou les quantités qui sert la spécialisation ou la production conjointe recherchée par les parties.

L'introduction d'une condition d'ancillarité stricte telle qu'au chiffre 5 alinéa 3, intervient de façon restrictive sur le système du renversement des présomptions de l'article 5 LCart. Elle exclut tout autre motif de licéité d'accords ayant un contenu correspondant aux situations énumérées à l'article 5 alinéas 3 ou 4 LCart. Une telle intervention dans le système de l'article 5 LCart n'est pas indiquée compte tenu de l'objet limité de la Communication. Ce problème conduit d'ailleurs à s'interroger sur l'opportunité d'une telle Communication sur les PME alors que des questions importantes sur le fonctionnement de l'article 5 LCart ne sont pas résolues⁵.

L'ASAS recommande que la Communication évite toute interférence dans le système que constitue l'article 5 LCart.

e. Objet de la Communication

Quant à son objet, le contenu de la Communication est indéterminé. L'on ne sait si elle traite de la notabilité, des motifs d'efficacité économique, des PME en général ou des trois à la fois.

Le groupe de travail a eu l'occasion de débattre de la question de savoir s'il existait des motifs d'efficacité économique spécifiques aux PME. Se fondant sur la Communication allemande de décembre 1998, qui explicite les conditions d'application du §4 GWB notamment⁶, le point de vue selon lequel la Communication pourrait avoir un tel contenu a été défendu. Les motifs d'efficacité économique spécifiques aux PME pourraient correspondre aux accords qui permettent à des entreprises qui, par leur taille, auraient une structure de coûts sub-optimale, de mieux concurrencer des entreprises d'une plus grande taille et ayant une part de marché plus importante.

Une telle possibilité a été écartée pour deux raisons. Si ces situations relèvent de la structure spécifique d'un marché et donc d'un état de fait, ces accords sont aujourd'hui déjà susceptibles d'être justifiés au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart, et la Communication n'aurait pas d'objet spécifique. Si ces situations impliquent une réglementation fondée sur des motifs autres que ceux prévus à l'article 5 alinéa 2 LCart, une telle réglementation outrepasserait le mandat conféré à la COMCO par l'article 6 alinéa 1 lit. e) LCart.

⁵ Notamment en ce qui concerne la portée et le contenu de l'arrêt *Buchpreisbindung*, ATF 129 II 18; Zäch R., "Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden", in Stoffel/Zäch, Kartellgesetzrevision 2003 Neuerungen und Folgen, Schulthess, 2004, p. 23.

⁶http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/Kooperationsmoeglichkeiten.pdf

Voir à ce sujet notamment Bechtold Rainer, "GWB Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar", 3.Auflage, C.H. Beck, München, 2002, pages 74 et ss.

Si le §4 GWB a inspiré certains parlementaires, le but fondamental de l'article 6 alinéa 1 lit. e) est de faciliter l'usage de la loi sur les cartels aux PME. Sans pour autant déroger à la loi sur les cartels, le but de l'article 6 alinéa 1 lit. e) LCart, lequel fait usage de concepts correspondants à ceux de la LCart, est de permettre aux PME de bénéficier d'une présomption de licéité en relation avec certains accords.

L'ASAS suggère de faire de la Communication une règle de notabilité essentiellement, selon laquelle:

- Tout accord entre PME serait présumé licite. La ratio legis est que de tels accords ne devraient a priori pas notablement affecter la concurrence sur le marché pertinent. Les PME n'ont qu'une définition afin de couvrir les accords mixtes, entre petites et moyennes entreprises.
- Il n'y a pas de présomption de licéité si l'accord relève des objets mentionnés à l'article 5 alinéas 3 et 4 LCart.
- Si les entreprises en cause démontrent que la présomption d'illicéité relative à l'article 5 alinéas 3 et 4 LCart doit en l'espèce être renversée, l'accord est à nouveau présumé licite.
- La présomption de licéité tombe si l'accord en cause dépasse les seuils de parts de marché cumulées atteignent 10% en cas d'accord horizontal et 15% sur chacun des échelons du marché en cas d'accord vertical.
- Enfin, la COMCO peut toujours tenter de renverser la présomption de licéité, en démontrant notamment que l'accord affecte notablement la concurrence sur le marché.
- Les entreprises peuvent alors offrir la preuve que l'accord est justifié pour des motifs d'efficacité économique relevant de l'article 5 alinéa 2 LCart.

Cette construction implique en équité, que des accords dont la présomption d'illicéité serait renversée ne devraient pas être punissables au sens de l'article 49a LCart (voir, en outre, la prise de position de l'ASAS du 15 décembre 2003 sur le projet d'OSLCart).

2. Commentaire des dispositions

Les lignes qui suivent sont essentiellement là pour mémoire. Compte tenu des propositions faites ci-dessus, la rédaction de la Communication devrait être intégralement revue.

Chiffre 1.

Cette disposition ne fait que paraphraser l'article 6 alinéa 1 lit. e) LCart. Elle ne lève pas l'ambiguïté contenue dans la loi et à tort, semble faire de l'impact restreint (absence de notabilité) un facteur de justification au sens de l'article 5 alinéa 2 LCart.

Cette disposition devrait indiquer les fins poursuivies par la Communication, soit notamment l'introduction d'une présomption de licéité en relation avec les PME et éventuellement le raisonnement à suivre en relation avec des motifs d'efficacité économique.

Chiffre 2

Les effectifs et seuils financiers relatifs aux petites et moyennes entreprises doivent être traités dans une seule disposition. Il ne devrait pas y avoir de différence de traitement entre les petites et les moyennes entreprises, toutes étant soumises aux mêmes règles.

Chiffre 3

Le chiffre 3 a pour inconvénient de ne concerner que les accords entre petites entreprises. La question des accords mixtes, soit des accords concernant à la fois des petites et des moyennes entreprises n'est pas abordée. On ne sait si, dans de tels cas, les petites entreprises seront appréciées en fonction du chiffre 3, ou du chiffre 5. Comme indiqué ci-dessus, la différence de traitement entre les petites et les moyennes entreprises, donne lieu à des difficultés pratiques qui sont à éviter.

La lettre a) devrait comporter une référence directe à l'article 5 alinéas 3 et 4 LCart en lieu et place de l'actuelle énumération non exhaustive. En l'état, cette disposition pourrait être interprétée comme signifiant que les clauses visant à répartir des marchés ou des clients relevant de l'article 5 alinéa 3 lit. c) LCart ne sont pas comprises et partant admissibles. Hormis en relation avec certains accords de spécialisation, de telles clauses ne peuvent avoir d'effets pro-concurrentiels dans les relations horizontales. Leur traitement ne devrait pas différer des restrictions présumées illicites en général.

Dans ses effets, il semble (mal) paraphraser la loi. Le chiffre 3 confond notabilité et efficacité économique. Les concepts doivent être distingués. La relation entre les conditions cumulatives a) et b) n'est pas compréhensible. Le but est-il d'indiquer que les cas tombant dans les présomptions (a) ne peuvent être renversés que si (b) ils ne suppriment pas la concurrence, auquel cas la loi est mal paraphrasée, ou signifient-elles que (a) de tels accords ne doivent jamais correspondre aux objets mentionnés à l'article 5 alinéas 3 ou 4 LCart, même si les présomptions sont renversées, et (b) de tels accords entre petites entreprises doivent malgré tout ne pas affecter la concurrence de manière notable, auquel cas le contenu de la Communication n'est pas conforme à la loi. Le concept de "majorité de concurrents" de la lettre b) est inconnu de la loi. On imagine qu'il s'agit d'une référence à la notabilité.

Chiffre 4

Il ne devrait pas y avoir de définition séparée des moyennes entreprises. Si des définitions séparées devaient être maintenues entre les petites entreprises et les moyennes entreprises, alors il faudrait que les définitions soient compatibles, afin que les entreprises qui dépassent les effectifs ou le chiffre d'affaire d'une petite entreprise soit automatiquement considérée comme une moyenne entreprise.

Comme il a été mentionné ci-dessus, le maintien de définitions séparées avec des conséquences juridiques différentes, crée des difficultés certaines en cas d'accords mixtes.

Chiffre 5

Alinéa 1

Comme pour les petites entreprises, le champ d'application de la disposition en relation avec les accords mixtes (impliquant à la fois de petites et des moyennes entreprises) n'est pas clair.

Alinéa 2

En raison de la solution proposée, cette disposition devrait être éliminée en tant que telle. Seul un rappel de l'article 5 alinéa 2 LCart pourrait être mentionné dans la Communication, mais seulement en cas de renversement de la présomption de licéité par la COMCO.

En cas de maintien de motifs d'efficacité économique dans la Communication, il conviendrait de procéder par un renvoi à l'article 5 alinéa 2 LCart. En l'état, cet alinéa manque de spécificité par rapport à la loi. Tout au plus pourrait-on ici introduire une rédaction sous forme d'exemples plutôt que d'articles réglementaires, visant à illustrer les cas mentionnés à l'article 5 alinéa 2 lit. a LCart.

Alinéa 3

Selon la solution proposée ci-dessus, de tels accords sont présumés licites une fois que la présomption d'illicéité est renversée. La disposition devient donc inutile.

En cas de maintien d'une telle disposition, le texte devrait faire un renvoi direct aux présomptions de l'article 5 alinéas 3 et 4 LCart en lieu et place d'une citation incomplète. Un accord visant à un partage de clientèle ou de marché n'est ni plus ni moins justifiable que les autres cas faisant l'objet de présomptions.

La rédaction de l'alinéa 3 est confuse. La Communication pourrait donner des exemples d'accords sur les prix ou sur les quantités qui pourraient être justifiés. Le Règlement sur les accords de spécialisation par exemple, exempte les accords qui, "directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet: a) soit la fixation des prix pour la vente des produits aux tiers; b) soit la limitation de la production ou des ventes; c) soit la répartition des marchés ou des clients", lorsqu'il s'agit a) de "dispositions relatives à la quantité convenue des produits dans le cadre d'accords de spécialisation unilatérale ou réciproque ou à la fixation des capacités et du volume de production d'une entreprise commune de production dans le cadre d'un accord de production conjointe" ou "b) à la fixation d'objectifs de ventes et à la fixation des prix pratiqués par une entreprise commune de production à l'égard de ses clients directs dans le cadre de l'article 3, point b)"⁷.

En tous les cas, il conviendrait d'éviter toute référence à l'accessoriété de tels accords, principe inconnu du droit suisse.

Alinéa 4

Cette disposition introduit une présomption selon laquelle certains accords n'affectent pas notablement la concurrence sur le marché. Il serait donc préférable de reprendre ici les termes de la loi (art. 5 alinéa 1 LCart).

⁷ Cf. article 5 du Règlement No 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation, JO L 304/3 du 15.12. 2000.

La raison d'être du critère additionnel qu'il "existe... au moins deux concurrents..." reste peu claire. S'il s'agit de répondre aux difficultés relatives à une économie d'un petit pays, passablement concentrée, ce critère devrait alors ne s'appliquer que dans le cas de marchés limités aux frontières helvétiques, mais cela poserait des problèmes d'égalité de traitement. En l'état, le critère semble inutilement embarrassant et arbitraire.

Chiffres 6 et 7

Il est suggéré d'abandonner purement et simplement ces dispositions, lesquelles répètent en des termes différents le contenu de la loi.

Chiffre 8

Alinéa 1

La règle instaurée consistant à calculer les collaborateurs pro rata temporis paraît bien compliquée. Elle va à l'encontre du but recherché par la Communication qui est de faciliter le travail d'information et application de la loi par les PME. Il serait préférable d'additionner tous les temps pleins ou partiels de l'entreprise concernée au moment de la conclusion de l'accord.

Les termes "à la charge de" sont peu clairs. On ne sait s'il s'agit d'une autre catégorie que les collaborateurs définis à l'alinéa 2, ou non. Si tel devait être le cas, alors la relation entre les deux alinéas devrait être réexaminée.

Alinéa 2 lit. a

Cet alinéa n'est pas assez clair. Le but est d'exclure tous les prestataires de service qui ne sont pas dans une relation de travail avec l'entreprise.

Chiffre 9

Le renvoi à l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises est justifié.

Chiffre 10

Ce renvoi est peu clair. Comme mentionné ci-dessus, les conséquences de l'application de la Communication à certains accords devraient être mieux exprimées, au début de la Communication.

Pierre Kobel
Président ASAS