

Secrétariat de la ComCo
A l'attention de MM. Patrick Ducrey
et Patrick Krauskopf, Vice-directeurs
Monbijoustrasse 43
3003 Berne

Genève, le 3 novembre 2006
PK/ia

Projet de communication concernant l'appréciation des accords verticaux

Votre référence 242-0005

Messieurs,

Nous vous remercions pour l'opportunité donnée à l'asas de prendre position sur le projet de communication concernant l'appréciation des accords verticaux en consultation depuis le 5 septembre 2006 (ci-après « la Communication »).

La présente prise de position fait suite au débat organisé par l'asas le 26 octobre 2006, lors duquel Monsieur Patrick Krauskopf pour le Secrétariat de la ComCo et Madame Julia Xoudis ont présenté le projet de Communication et une critique. Elle intègre une partie des points soulevés lors de ce débat¹.

1. Problèmes généraux

- Le problème fondamental de la Communication est qu'elle ne porte en réalité pas sur les conditions auxquelles des accords en matière de concurrence sont en règle générale réputés justifiés par des motifs d'efficacité économique, mais sur l'interprétation de l'article 5 alinéa 1 LCart. La Communication a pour objet de définir les situations dans lesquelles la ComCo considère que des accords verticaux constituent une restriction notable au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart. Contrairement au contenu de son préambule et au titre du chiffre 14, la Communication n'exprime ni les motifs économiques bénéfiques conduisant les entreprises à mettre en place un système de distribution, ni les raisons pouvant conduire ces dernières à introduire des restrictions à la concurrence dans lesdits accords, ni les justifications économiques reconnues à de telles restrictions. De tels motifs ne sont exprimés que de façon très lapidaire aux troisième et quatrième paragraphes du préambule et au chiffre 14 (ii), sans autre forme d'explication ou de développements.

¹ Ont participé à la rédaction de cette prise de position, Me Julia Xoudis, Me Franz Hoffet et Me Pierre Kobel.

- En effet, pour ne pas se trouver en contradiction ouverte avec la lettre de l'article 6 alinéa 1 LCart, la Communication procède au dépeçage des articles 4 et 5 du Règlement communautaire CE 2790/1999, en divisant de façon artificielle le contenu de dispositions faisant un tout, en notabilité d'une part (chiffre 12) et justifications d'autre part (chiffre 14). En réalité, les points couverts au chiffre 14(iv) sont des éléments de la typicité de clauses restrictives qui peuvent être présumées comme restreignant notablement la concurrence. Les présomptions de notabilité énumérées dans les termes absolus du chiffre 12 ont, économiquement et en relation avec des accords verticaux, peu de sens. Elles n'en prennent que par l'apport du chiffre 14(iv) avec lequel elles font un tout. Peuvent être présumées restreindre notablement la concurrence, les restrictions allant au-delà des limites définies au chiffre 14 (iv). Elles peuvent néanmoins être justifiées pour des motifs d'efficacité économique.
- L'asas estime qu'il serait plus sain de procéder à une démarche claire, consistant à réunir le contenu des chiffres 12 (ii) et (14(iv)) en une seule disposition sur la notabilité. Celle-ci pourrait être complétée par une disposition portant effectivement sur des faits justificatifs, laquelle doit se fonder sur les enseignements de l'économie et faire état des circonstances considérées comme pouvant généralement justifier certaines restrictions à la concurrence.
- Il convient de se rappeler que le droit suisse des cartels ne se départit que modestement du principe des effets sur lequel est fondé le droit de la concurrence. La loi a introduit des présomptions d'illicéité à l'article 5 alinéa 4 LCart. D'autres restrictions ne peuvent légalement être présumées notables sans démonstration de leurs effets anticoncurrentiels. Si la ComCo souhaite définir des situations dans lesquelles elle estime qu'il est justifié de présumer certaines restrictions comme ayant des effets notables, elle doit démontrer ces effets pour justifier sa position. La Communication ne contient aucune démonstration de cette espèce.
- L'approche légaliste suivie par la ComCo dans cette Communication (comme dans les précédentes) ne s'explique pas compte tenu de l'évolution du droit de la concurrence aux Etats-Unis d'abord, puis en Europe. C'est notamment avec l'introduction des lignes directrices sur les restrictions verticales (Communication de la Commission CE 2000/C291/01), que cette évolution vers une approche économique du droit de la concurrence a été amorcée en droit communautaire. Elle s'est confirmée dans les règlements subséquents. Un préambule et d'éventuelles dispositions matérielles portant des développements économiques doivent permettre à l'utilisateur de comprendre la logique qui sous-tend la Communication et interpréter l'article 5 alinéa 2 LCart en relation avec des accords verticaux.
- En particulier, le droit communautaire donne désormais une place importante à la concurrence inter-marques (voir par ex. chiffre 6, 119 1 des lignes directrices). La Communication va en sens contraire au chiffre 11(ii), et cela sans aucune justification économique.
- Problèmes rédactionnels : la communication est rédigée dans un style largement prescriptif et non explicatif. Une rédaction prescriptive a pour conséquence un manque de souplesse. Dans un cadre prescriptif, les éventuelles descriptions ne sont plus acceptables car elles conduisent à des indéterminations contraires au but

des communications, lesquelles visent à clarifier la position des autorités sur des points controversés ou peu clairs. Une communication a par définition pour objectif de contribuer à la sécurité du droit. Du fait de l'approche adoptée et décrite au premier paragraphe ci-dessus, la Communication ne remplit pas cet objectif. Enfin, si l'intention de la ComCo est de décrire et prescrire, alors il convient de faire un ample usage du préambule pour décrire et expliquer les motifs et déterminants économiques, réservant les prescriptions pour le corps du document.

- On regrettera un champ d'application de la communication lacunaire. Certains types d'accords spécifiques, notamment ceux concernant les licences de droits de propriété intellectuelle, ne devraient pas être soumis à la Communication. Celle-ci pourrait dire clairement qu'elle est d'application subsidiaire par rapport à toute autre communication plus spécifique concernant des accords verticaux.
- L'Asas n'est pas opposée et reconnaît l'avantage qu'il y a à aligner le droit suisse sur le droit communautaire. Ce résultat n'est toutefois pas atteint en l'espèce. Le droit communautaire connaît toujours de la possibilité d'exemptions individuelles (désormais soumises à un contrôle ex-post uniquement), alors que le droit suisse semble vouloir aller plus loin, en interdisant notamment la prise en compte de la concurrence inter-marques pour retourner les présomptions de l'article 5 alinéa 4 LCart.

2. Commentaires spécifiques

Préambule

- Il conviendrait ici de développer dans le préambule les principes et les objectifs économiques qui sous-tendent la Communication. L'approche est beaucoup trop juridique et légaliste. La raison d'être économique justifiant les présomptions d'illicéité et les justifications aux restrictions à la concurrence de façon générale, doit être exprimée afin de permettre l'interprétation et la meilleure compréhension des dispositions contenues dans le corps de la communication.
- A ce sujet, la ComCo pourrait notamment reprendre certains développements contenus dans la décision *Sammelrevers* (DPC 2005/2 p. 269 et ss., notamment les chiffres 61, 63-66, 69-71, 77) afin d'explicitier les situations dans lesquelles certaines restrictions telles que la fixation de prix de revente peuvent être justifiées.
- Le quatrième paragraphe introduit à juste titre le principe selon lequel la probabilité que des gains d'efficacité l'emportent sur des éventuels effets anticoncurrentiels dépend de l'intensité de la concurrence inter-marques. Celui-ci devrait être exprimé à l'inverse, soit que l'illicéité de certaines restrictions (essentiellement les effets de verrouillage ou de collusion) est causée par l'absence de concurrence inter-marques. A priori, les accords verticaux sont pro-concurrentiels. Des restrictions notables à la concurrence peuvent toutefois se justifier pour permettre le lancement de certains produits, protéger des investissements consentis par le fournisseur ou le distributeur, protéger les services rendus par le distributeur, éviter l'effet du free-rider ou encore pour éviter la double marginalisation.

A. Définitions

Dans l'ensemble, les définitions correspondent aux dispositions du règlement CE 2790/1999. Seule la définition du savoir-faire laisse très sérieusement à désirer. Il convient d'exprimer ce que l'on entend par « ensemble secret, substantiel et identifié d'informations ». Contrairement à l'opinion souvent répandue, le savoir-faire n'est pas un droit exclusif à la libre disposition des parties, relevant plus ou moins de la propriété intellectuelle. Les trois conditions mentionnées sont le fondement du savoir-faire. Le savoir-faire doit être identifié pour permettre la preuve d'une transmission de savoir-faire. Celui-ci doit également être substantiel de sorte que tout secret ou prétendu secret du fournisseur ne constitue pas du savoir-faire. La ComCo devrait s'inspirer à ce sujet non seulement du règlement CE 2790/1999 mais du règlement sur les transferts de technologie CE 772/2004. A défaut d'une définition stricte, la plupart des obligations de non concurrence seraient a priori justifiées.

B. Règles

Chiffre 10

- Comme exprimé dans les remarques générales, la définition du champ d'application de la communication sur les accords verticaux est insuffisante.
- La Communication devrait également se prononcer sur les accords verticaux ayant des effets horizontaux.
- La Communication devrait exclure l'ensemble des accords de transfert en matière de propriété intellectuelle. Elle devrait également se prononcer sur les contrats d'agence et les aspects des authentiques contrats d'agence qui restent soumises au droit de la concurrence.

Chiffre 11

- On se demande pourquoi le texte des lettres a) et b) diffère quelque peu du texte de l'art. 5 ch. 4 LCart. Si ces divergences ont une raison d'être, celle-ci doit être explicitée. A défaut, soit la reprise du texte de l'art. 5 ch. 4 LCart est inutile, soit elle doit être fidèle.
- L'introduction du langage selon lequel « les recommandations de prix peuvent également représenter des fixations de prix » au chiffre 11 (i) lit. a), est problématique. Ce langage est contraire à la volonté exprimée par le législateur, lequel a supprimé la référence à la fixation indirecte de prix à l'article 5 alinéa 4 LCart. Etendre le champ d'application de l'article 5 alinéa 4 LCart outre-passe le mandat conféré à la ComCo en vue de l'édiction de communications. Ce langage doit donc être abandonné. S'il devait être maintenu, il conviendrait de la qualifier à l'instar du chiffre 14(iv) lit. a), compte tenu des développements de la jurisprudence communautaire dans les affaires *Volkswagen* et *Bayer*, soit en particulier la décision *Volkswagen II* concernant les recommandations de prix. Cette jurisprudence a en effet une portée plus large que le secteur automobile et ne saurait être affectée par l'exclusion contenue au ch. 10 (ii) du projet de communication.

- Il conviendrait de définir ce que la ComCo entend par protection territoriale absolue.

Chiffre 11 (ii)

- Le deuxième alinéa selon lequel la présomption de suppression de la concurrence ne peut être réfutée par la simple preuve de concurrence intermarque est en contradiction avec les principes de l'économie et la littérature dominante en la matière. Il est également contredit par le quatrième alinéa du préambule et par l'introduction de seuils quantitatifs aux chiffres 13 et 14. Enfin, cet alinéa donne à penser que la présomption de l'article 5 alinéa 4 LCart est absolue et ne pourrait être remise en cause. Il est juste que la ComCo prenne position sur des questions controversées par le biais de communications. Elle devrait toutefois le faire avec une certaine retenue, particulièrement lorsqu'elle souhaite exprimer une position très minoritaire. Cette retenue semble exiger que la ComCo prenne en compte la jurisprudence *Sammelrevers* bien connue, confirmant que les présomptions d'illicéité de l'article 5 alinéa 3 peuvent être renversées, non seulement en cas de concurrence restante sur les paramètres faisant l'objet des présomptions, mais également sur d'autres paramètres de la concurrence. Il n'y a en effet a priori pas de raison de penser que cette jurisprudence de principe ne s'appliquerait pas dans le cas de l'article 5 alinéa 4.

Chiffre 12

- On ne comprend pas pourquoi la formulation du chiffre 12 (i) lit. a est différente de la formulation du chiffre 11 lit. a concernant la fixation des prix de revente.
- On ne comprend pas la référence aux limitations directes ou indirectes en matière territoriale faite au chiffre 12 (i) lit. b). Par exemple, un système de distribution sélective n'introduit-il pas ipso facto une limitation indirecte des territoires ou du cercle de clientèle ? Il conviendrait de supprimer cette référence inutile à un effet direct ou indirect et ne se référer, dans cette disposition, qu'au résultat.
- L'asas relève que la présomption d'illicéité introduite au chiffre 12 (ii) lit. a), telle que rédigée, semble faire double emploi avec celle du chiffre 12 (i) lit. b). Le champ d'application du chiffre 12(ii) lit. a) semble enfin plus large que l'article 4 c) correspondant du Règlement 2790/99.
- Dans le système suisse des abus, il conviendrait que la Communication explicite pourquoi et dans quelles circonstances les limitations introduites aux importations parallèles peuvent être considérées comme notables. Il s'agit essentiellement des cas dans lesquels un différentiel de prix existe, lequel n'est pas dû aux caractéristiques juridiques et économiques dudit marché (différentiel artificiel).
- De façon générale, le système formé des présomptions de notabilité au chiffre 12, complétées par des prétendues justifications au chiffre 14 (iv) lit. a) à g), est insatisfaisant. Les présomptions de notabilité figurant au chiffre 12(ii) sont exprimées de façon trop absolues pour avoir un sens. Elles n'en ont que par la lecture conjointe (et ardue) des chiffres 12(ii) et 14(iv). L'asas suggère que la Communication s'exprime clairement en fondant ces dispositions en une seule. Les

cas énumérés au chiffre 14(iv) ne sont pas des justifications mais des compléments de la typicité des restrictions notables.

Chiffre 13

- Même si la Communication PME est dans une large mesure un non-événement, l'asas trouve regrettable que moins d'une année après son édicition une partie non négligeable soit remplacée par la présente Communication.
- Si l'objectif de la Communication est de suivre le droit communautaire, il conviendrait de s'assurer que le contenu soit cohérent.

Chiffre 14

- Le chiffre 14(ii) devrait expressément indiquer que les restrictions présumées notables au sens du chiffre 12, peuvent être justifiées « individuellement » soit pour d'autres motifs que les « justifications » figurant au chiffre 14(iv). C'est en effet probablement le sens à donner à cette disposition. Inversement, la portée du chiffre 14(ii) ne serait plus qu'explicative et non prescriptive ce qui tendrait à indiquer qu'hormis les limites définies au chiffre 14(iv), et compte tenu notamment des explications figurant au chiffre 14(iii), aucun des cas de figure envisagés au chiffre 12 ne pourrait être justifié par des motifs d'efficacité économique.
- Le chiffre 14 (ii) devrait expliciter les motifs d'efficacité économique à prendre en considération, éventuellement par renvoi au préambule.
- Le chiffre 14 (iii) a pour conséquence que tout accord concernant un fournisseur ou un acheteur ayant une part de marché supérieure à 30% est présumé avoir des effets notables. La Communication instaure donc une présomption d'illicéité quantitative seulement. L'accord serait présumé notablement restreindre la concurrence alors même qu'aucun motif d'illicéité n'est énoncé, ce qui est incorrect. Cette présomption est de surcroît irréfragable si le chiffre 14(v) doit être lu comme ne s'appliquant qu'aux accords notables des chiffres 11 et 12. Une telle solution n'aurait pas de sens.
- Le chiffre 14 (iii) en son contenu actuel ôte toute portée au chiffre 13. Le seuil de notabilité réel en termes quantitatifs ne se situe pas à 15%, mais à 30%.
- Le contenu du chiffre 14(iv) lit. a est incohérent en l'absence de présomption de notabilité au chiffre 12. Cela illustre encore une fois le fait que les justifications du chiffre 14 (iv) n'en sont pas et ne font que compléter les présomptions de notabilité.
- Les restrictions faisant l'objet des chiffres 12(ii) lit. d) et e) et 14(iv) lit. f) et g) font en droit communautaire l'objet de l'article 5. En droit communautaire les restrictions qui dépassent les limites définies audit article 5 ne peuvent être exemptées en block. Elles peuvent néanmoins faire l'objet d'exemptions individuelles Il n'y a aucune raison qu'il en aille autrement en droit suisse.
- Le chiffre 14(v) doit dire s'il porte sur les accords notables au sens du chiffre 12, seule disposition avec le chiffre 11 définissant les restrictions notables, ou s'il porte

également sur la présomption instaurée au chiffre 14(iii). Les conséquences sont différentes.

- En l'absence de développements sur les raisons d'être économiques de la Communication il est difficile de déterminer sur la base de quels principes la ComCo accordera des « exemptions individuelles » conformément au chiffre 14(v).

3. Conclusions

A titre de remarque conclusive, l'asas souhaiterait attirer l'attention de la ComCo sur la dernière jurisprudence du Tribunal de première instance communautaire², laquelle dit clairement que les restrictions aux importations parallèles ne sauraient être considérées comme illicites par objet, mais peuvent seulement être présumées être au préjudice des consommateurs. Selon cette jurisprudence, les autorités doivent procéder à une analyse de cas en cas du contexte juridique et économique pour déterminer si cette présomption est applicable. Dans le contexte de l'industrie pharmaceutique, le Tribunal de première instance a conclu que ce contexte ne permettait pas de conclure que des restrictions aux importations parallèles pouvaient être présumées contraires aux intérêts des consommateurs.

Dans le cadre d'une telle analyse des effets d'un accord restreignant les importations parallèles notamment, il convient de procéder à l'examen de la présence ou non de différentiels de prix. Dans le cas du secteur pharmaceutique, le Tribunal de première instance communautaire a toutefois précisé « *que le constat d'une différence de prix ne suffit pas pour conclure à l'existence d'une discrimination [au sens de l'art. 81 (I) lit. d)]. Il est, en effet, possible qu'elle pratique des prix différents parce qu'il existe des marchés différents et non pour qu'il existe des marchés différents* »³.

Enfin, il convient de relever que les communications de la ComCo dont on peut compter qu'elles ne lient pas la ReCo et le TFA, ont un effet sur la pratique du droit et la jurisprudence des juridictions civiles. Cela est particulièrement vrai en relation avec la notabilité, concept matériel qui ne saurait être différent selon que le litige est soumis à une autorité administrative ou une juridiction civile. Il convient donc de faire montre de prudence dans l'interprétation de la loi et se limiter à des positions respectant la jurisprudence du Tribunal fédéral notamment. Le rôle des autorités, dans l'usage d'ordonnances interprétatives telles que les communications de l'article 6 alinéa 1 LCart est d'assurer la sécurité du droit.

Pierre Kobel

² ATPI du 27 septembre 2006, Affaire T-168/01 *GlaxoSmithKline c/ Commission*.

³ *Idem* ch. 179.