



Berne, le 23 septembre 2011

Rapport explicatif

Interdiction partielle des cartels avec possibilité de justification : adaptation de l'art. 5 de la loi sur les cartels conformément à la décision du Conseil fédéral du 17 août 2011

Condensé

Par décision du 17 août 2011, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie (DFE) de faire interdire par la voie légale les accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique, ainsi que les ententes verticales sur les prix et les cloisonnements territoriaux, tout en autorisant des possibilités de justification. Le présent rapport détaille l'adaptation de l'art. 5 de la loi sur les cartels envisagée en exécution de ce mandat. Le projet prend place dans le contexte du franc fort et entend contrebalancer la répercussion des gains de change globalement jugée insuffisante.

La différence fondamentale par rapport au droit en vigueur réside dans le fait que l'illicéité des accords horizontaux et verticaux particulièrement nuisibles tiendra à la forme qu'ils revêtent et non plus à leurs effets économiques, à savoir une atteinte notable à la concurrence. Concrètement, les cinq formes d'accords qui sont déjà directement punissables auront en principe un caractère illicite de par la loi. La présomption de suppression de la concurrence applicable dans ces cas-là sera donc retirée de la loi.

Interdire de manière générale certains types d'accords pose problème du point de vue économique, car cela peut parfois nuire à une coopération économique efficace entre les entreprises. Cela vaut notamment pour les deux formes d'accords verticaux directement punissables aujourd'hui en vertu de l'art. 5, al. 4, LCart. C'est pourquoi les accords illicites doivent rester licites dans certains cas d'espèce s'ils se justifient pour des motifs d'efficacité économique. Il incombera à une entreprise avançant ces motifs d'en apporter la preuve. Il faudra régler au niveau de l'ordonnance ou de la communication ce qui est en principe retenu au titre de l'analyse des gains en efficacité, en opérant une distinction entre accords horizontaux et accords verticaux.



1. Grandes lignes du projet

1.1 Introduction

Par *décision du 17 août 2011*, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie (DFE) de lui proposer une révision de la loi sur les cartels qui interdira les accords visés actuellement à l'art. 5, al. 3 et 4, LCart (accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique, ainsi que les ententes verticales sur les prix et les cloisonnements territoriaux) et admettra des possibilités de justification. Le présent rapport détaille l'adaptation de l'art. 5 LCart envisagée en exécution de ce mandat.

1.2 Solutions examinées

Dans le cadre de la *procédure de consultation relative au premier projet de révision de la LCart* (procédure menée du 30 juin au 19 novembre 2010), différents points de droit matériel devant être révisés ont été soumis à la discussion, dont l'adaptation de l'art. 5, al. 4, LCart portant sur les ententes verticales sur les prix et la répartition géographique. Les propositions de révision présentées à l'époque poursuivaient un double objectif : d'une part, éliminer l'insécurité juridique induite par l'aménagement légal décidé en 2003 par le législateur et, d'autre part, permettre une analyse plus nuancée des accords verticaux prenant mieux en considération les effets de ces accords sur la concurrence (effets d'inhibition et effets de promotion).

Ces propositions ont été accueillies avec un grand scepticisme et n'ont pas permis de dégager, entre les deux variantes présentées, de préférence tranchée, y compris chez les partisans d'une révision de la loi. La variante 1 prévoyait l'abandon de la présomption de suppression de la concurrence efficace pour les accords verticaux sur les prix et la répartition géographique (c.-à-d. suppression de l'art. 5, al. 4) et donc un traitement systématique au cas par cas des accords en maintenant les sanctions prévues à l'art. 5, al. 4, LCart pour les deux formes d'accords. La variante 2 proposait quant à elle l'introduction de « refuges » dans les cas de faibles parts de marché et de compatibilité avec l'EEE. Compte tenu des résultats de la procédure de consultation, il n'y a pas lieu de donner suite aux propositions de l'époque, qui plus est suite aux décisions prises par le Conseil fédéral le 17 août 2011.

1.3 Le nouveau régime proposé

Dans le contexte du franc fort et de la répercussion des gains de change globalement jugée insuffisante et conformément à la décision qu'il a prise lors de sa séance du 17 août 2011, le Conseil fédéral entend interdire plus efficacement, outre les accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique visés à l'art. 5, al. 3, LCart, les ententes verticales sur les prix et les cloisonnements territoriaux visées à l'al. 4. Ces accords seront illicites si un examen au cas par cas conclut qu'ils ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique.



1.4 Motivation et appréciation de la solution proposée

La différence fondamentale par rapport au droit en vigueur et aux deux variantes proposées dans le cadre de la procédure de consultation réside dans le fait que l'illicéité d'un accord tiendra à sa forme et non plus à ses effets économiques, à savoir à une atteinte notable à la concurrence. En conséquence, des formes d'accords directement illicites seront désignées. Il s'agit concrètement des cinq formes d'accords qui sont déjà directement passibles de sanctions aujourd'hui. Le fait que l'illicéité d'un accord tienne dans le cas d'espèce à sa forme et non plus à ses effets économiques constitue une nette amélioration, du moins sous l'angle de la sécurité juridique, pour ce qui touche justement aux états de fait de la présomption.

Interdire de manière générale certains types d'accords pose toutefois problème du point de vue économique car cela peut nuire à une coopération économique efficace entre les entreprises. Cela vaut notamment pour les deux formes d'accords verticaux directement punissables aujourd'hui en vertu de l'art. 5, al. 4, LCart. Du reste, ce n'est pas le Conseil fédéral mais le législateur qui a assimilé, en 2003, ces deux formes d'accords aux cartels horizontaux rigides que sont les accords portant sur les prix, la répartition géographique et les quantités, accords dont le caractère nuisible est généralement reconnu. Comme indiqué, le Conseil fédéral a souhaité corriger cela en 2010 dans le cadre de la première procédure de consultation portant sur une révision de la LCart, en laissant encore intact l'art. 5, al. 3, LCart (accords portant sur les prix, la répartition géographique et les quantités) mais en prévoyant, en référence à l'art. 5, al. 4, LCart, un examen au cas par cas qui incluait encore, à l'époque, un examen de l'importance des effets. En mettant désormais l'accent sur la forme, cette adaptation s'appliquera de la même façon aux accords visés par les actuels al. 3 et 4 de l'art. 5 LCart.

Il convient toutefois de continuer de prendre en compte les considérations économiques qui parlent en faveur d'un traitement au cas par cas. Conformément à la décision du Conseil fédéral du 17 août 2011, les accords visés à l'art. 5, al. 3 et 4, LCart doivent être considérés comme licites à partir du moment où des motifs prépondérants d'efficacité économique plaident pour leur tolérance. Il incombera à une entreprise avançant ces motifs d'en apporter la preuve. Ce que l'on retient en principe au titre de l'analyse des gains en efficacité pourra être fixé au niveau de l'ordonnance ou de la communication.

En fin de compte, si la nouvelle solution simplifie et accélère les procédures et apporte une plus grande sécurité juridique aux entreprises et aux autorités, elle rapproche également le dispositif suisse de lutte contre les cartels des standards internationaux (et plus particulièrement de la législation de l'UE sans la reproduire ; voir ch. 1.5).

1.5 Droit comparé et rapports avec le droit européen

Le DFE a aussi examiné plusieurs *solutions de remplacement*, parmi lesquelles notamment un rapprochement plus marqué avec le droit de l'UE, mais il les a rejetées les jugeant peu pertinentes. L'UE a inscrit dans sa législation une



interdiction générale des accords en question, interdiction qu'un règlement infléchit de manière sectorielle. Citons ici les exemptions individuelles et les exemptions de groupes. Vu sous l'angle du système juridique suisse, la loi devrait au moins citer, en cas d'approche prohibitive, certains critères d'exception (ce qu'il est convenu d'appeler des exemptions). Cela impliquerait un énorme travail législatif et soulèverait toute une série de questions sur le caractère exhaustif de la liste des exemptions sans apporter de plus-value notable par rapport à la solution proposée ici. Car il est reconnu qu'une législation contre les abus prévoyant des interdictions partielles de cartels peut se révéler tout aussi sévère qu'une législation prohibitive assortie de possibilités d'exemption au sens large (et donc peu ciblées). De même, une interdiction sous réserve d'autorisation est peu libérale, l'Etat commençant par tout interdire avant d'autoriser avec largesse au moyen d'exceptions, tandis que dans la solution proposée ici, un accord n'est illicite qu'à partir du moment où il ne peut pas se justifier dans un cas d'espèce concret. Enfin, en ce qui concerne la solution retenue dans l'UE, il convient de remarquer qu'une interdiction générale des accords sous réserve d'autorisation serait incompatible avec le libellé de l'art. 96, al. 1, de la Constitution.

2. Commentaire des adaptations juridiques envisagées à l'art. 5

2.1 Généralités

La nouvelle solution qui est proposée ici, celle d'une *interdiction partielle des cartels avec possibilité de justification*, peut être mise en œuvre en exigeant *peu de travail législatif*, car elle prévoit uniquement des adaptations mineures dans la conception actuelle de la loi. Il n'y a pas de changement concernant la distinction qui est faite actuellement entre les accords classiques énoncés à l'al. 1, qui peuvent être interdits, et les cinq types d'accords rigides visés aux al. 3 et 4 (les accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique, les ententes verticales sur les prix ainsi que les cloisonnements territoriaux), qui entraînent une sanction. Une entreprise aura la possibilité, comme aujourd'hui, de justifier dans des cas particuliers, un accord par des motifs d'efficacité économique.

Critique du droit en vigueur et de la pratique

La jurisprudence actuelle s'est écartée de la volonté du législateur de la LCart de 1995 en ce qui concerne les accords horizontaux, selon laquelle la présomption définie à l'art. 5, al. 3, LCart doit être réfutée uniquement en cas de preuve d'une véritable concurrence. Cette présomption n'est pas retenue dès qu'il est démontré que, malgré l'accord fondant la présomption, il subsiste une certaine concurrence résiduelle ou partielle, même si elle est affectée de manière notable.

L'introduction de sanctions directes dans le sillage de la révision du droit des cartels de 2003 plaide également en faveur de l'abandon du renversement du fardeau de la preuve, inhérent à la présomption, de l'existence d'accords rigides. Cette intervention a pratiquement coïncidé avec la décision du Tribunal fédéral concernant le prix



imposé du livre, lequel avait déjà avalisé le fait de ne pas retenir la présomption dans le cas d'accords rigides sur les prix lorsqu'une concurrence résiduelle règne eu égard à d'autres paramètres concurrentiels tels que la qualité ou le conseil.

La présomption légale que le législateur a introduite dans la LCart de 1995 à la place d'une interdiction partielle aurait dû permettre, en soi, une appréciation plus simple des cartels rigides. Or il n'en est rien. Comme relevé en préambule, la jurisprudence et l'introduction de sanctions directes parlent aujourd'hui clairement en faveur de l'abandon de la présomption que prévoit la loi en vigueur. Dans la pratique, les autorités en matière de concurrence ont elles-mêmes aussi vérifié dans chaque procédure, dans le respect de la maxime inquisitoire, si la présomption légale de suppression de concurrence peut être réfutée ou non. Cela est indispensable, d'autant que la présomption, en ce qui concerne les accords verticaux notamment, qui ont généralement pour effet de stimuler la concurrence, aboutit souvent à un diagnostic légal erroné des conditions de concurrence, sous l'angle économique ou empirique. La présomption légale introduit inutilement une étape supplémentaire dans les motivations des décisions.

Le droit actuel contraint presque en permanence les autorités à procéder à un *examen des conséquences* d'un accord. *Cet examen relatif à l'importance des effets*, qui n'est pas appliqué sous cette forme au niveau international en cas d'accords rigides, alourdit la procédure et entraîne au surplus une insécurité juridique, car ce n'est qu'au terme d'un énorme travail que l'on est en mesure de déterminer, rarement de manière claire de surcroît, si un accord affecte de manière notable ou non la concurrence. Les exemples suivants illustrent le travail disproportionné que l'examen de l'importance des effets imposé par le droit en vigueur occasionne à la fois aux entreprises et aux autorités :

- même si les autorités prouvent que les différents fabricants d'un produit se sont mis d'accord pour répercuter sur leur clientèle des suppléments liés au renchérissement des matériaux, il est nécessaire d'analyser dans le détail les effets de cet accord sur le marché ;
- même si le fabricant étranger d'une marque de vêtements oblige les commerçants en Suisse à respecter un prix minimum indiqué ou qu'il empêche les commerçants suisses d'importer parallèlement à meilleur prix des marchandises de l'étranger, les autorités doivent toujours fournir la preuve d'une atteinte notable à la concurrence ;
- plusieurs entreprises concurrentes de la construction qui se sont concertées avant de déposer leurs offres pourraient invoquer que l'entente cartellaire n'a pas eu de conséquences notables, en arguant par exemple que c'est un tiers qui a obtenu l'adjudication.

A l'inverse, il est difficile pour les entreprises qui souhaitent mettre en place un système de distribution vertical conforme à la LCart, par exemple, de juger à l'avance si le système prévu est licite ou non. Ce n'est généralement qu'après un certain temps d'application qu'il est possible de déterminer si un accord donné produit des effets notables ou non, et il est alors rare de pouvoir le démontrer de manière claire,



les données relatives au marché n'étant pas toujours disponibles. En cas d'accords particulièrement nuisibles tel que ceux définis aux al. 3 et 4 en vigueur, ce constat prône la solution visant à ne plus exiger la preuve de l'importance des effets et à prévoir de lier l'illicéité uniquement à la forme de l'accord et non plus à ses conséquences. En d'autres mots, la conclusion de tels accords sera *désormais déclarée en principe illicite par la loi*, sous réserve d'une justification prévue pour les cas particuliers. Les procédures liées au droit des cartels s'en trouveront ainsi simplifiées et raccourcies. Naturellement, la gravité des conséquences d'un accord influera sur l'importance de la sanction qui pourrait être infligée.

Constitutionnalité de la nouvelle réglementation

Conçue en vue d'offrir une marge de manœuvre dans des cas particuliers par rapport à l'interdiction légale proposée de certains accords, la justification par des motifs d'efficacité économique est déjà possible, pour des raisons de *constitutionnalité*. En effet, l'art. 96, al. 1, Cst. autorise uniquement la Confédération à légiférer pour lutter contre les cartels et les autres formes de limitation de la concurrence lorsque ceux-ci produisent des conséquences sociales et économiques dommageables (cf. également l'article 1 « But » de la LCart). Toutefois, la marge de manœuvre du législateur est considérable en matière de cartels : notamment, il « peut même utiliser, dans certains cas, l'instrument de l'interdiction des cartels » ; l'art. 96 Cst. ne permet pas « d'interdire de façon générale les accords entre les concurrents en tant que tels » (cf. message du 20.11.1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale ; FF 1997 I 1). Le message concernant la LCart de 1995 précise à ce sujet que « la compétence d'édicter des dispositions pour combattre les conséquences nuisibles ne doit toutefois certainement pas être comprise comme une compétence de ne faire face à ces effets qu'à partir du moment où ils se sont concrètement manifestés. Au contraire, il y a également lieu de prendre des mesures légales préventives de nature à empêcher la survenance d'effets nuisibles. » Une interdiction sélective des cartels destinée à combattre les effets nuisibles peut aussi être considérée comme compatible avec l'article sur les cartels, dans la mesure où elle serait « justifiée par l'intérêt général et conforme au principe de la proportionnalité » : « la Constitution ne contient ainsi pas d'interdiction *per se* de créer des normes d'interdiction *per se* » (cf. message du Conseil fédéral du 23.11.1994 relatif à la LCart ; FF 1995 I 472).

Conformément aux prescriptions de la constitution, la nouvelle interdiction envisagée se limite aux cinq types de cartels déjà visés dans la loi au titre de restrictions particulièrement graves à la concurrence (notamment les cartels sur les prix, les quantités et la répartition géographique, ainsi que les ententes verticales sur les prix et la protection territoriale absolue). Cette interdiction des cartels n'en demeure pas moins une *interdiction sélective ou partielle*. De plus, celle-ci n'est pas conçue absolument comme une interdiction « *per se* », car il est toujours possible, à titre de marge de manœuvre, de justifier un accord dans des cas particuliers. Le choix d'inscrire dans la loi une *interdiction partielle des cartels avec possibilité de justification* est légitimé par l'intérêt général, conforme au principe de proportionnalité et compatible avec la Constitution.



Preuve des motifs justificatifs

Si l'on renonce comme prévu à exiger la preuve de l'importance des effets de certains accords, la possibilité de justification par des motifs d'efficacité économique pourrait devenir le cœur de l'examen ; il y a donc lieu de déterminer qui a la charge de prouver l'existence d'états de fait justificatifs. L'écart entre l'autorité chargée de l'enquête et l'entreprise incriminée quant aux connaissances relatives à l'existence d'avantages concrets en termes d'efficacité nécessite une modification supplémentaire de la LCart, sinon la volonté du Conseil fédéral de faire plus efficacement obstacle aux cartels n'est pas réalisée. En vertu du principe général inscrit à l'art. 8 du code civil, il incombe aux entreprises de démontrer la nécessité d'un accord passé entre elles pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources. Cette règle s'applique à tous les accords illicites, à savoir aux accords « classiques » définis à l'al. 1 et aux accords « rigides » prévus aux al. 3 et 4 (ou al. 2 P-LCart).

Lorsqu'il existe une base légale claire, même en cas de sanctions directes, cette obligation faite aux entreprises de prouver qu'un accord peut être justifié dans des cas particuliers respecte notamment la présomption d'innocence, si elle est conçue de manière pertinente et proportionnée et si les droits de la défense sont garantis (cf. la situation comparable à l'art. 173, ch. 2, du code pénal). Ces conditions sont réunies en l'occurrence : l'autorité devra encore apporter la preuve qu'il y a une entente cartellaire, et que ses conséquences sont notables dans le cas de l'al. 1. Il est néanmoins pertinent d'associer les entreprises, s'agissant de justifier un accord. En effet, d'une part, les entreprises elles-mêmes savent (ou doivent savoir) pour quels motifs elles ont créé une entente cartellaire et quels sont les avantages qu'elles en tirent concrètement en termes d'efficacité. D'autre part, il est généralement impossible aux autorités en matière de concurrence de fournir la preuve négative de l'absence de motifs justificatifs (« *negativa non sunt probanda* »).

Conséquences pour la mise en œuvre au niveau de l'ordonnance

Pour donner la plus grande sécurité juridique possible aux entreprises également en ce qui concerne les motifs d'efficacité économique envisageables, il sera judicieux de formuler, en vertu de la compétence actuelle de fixer des ordonnances, plus concrètement les motifs justificatifs énumérés à l'art. 6 LCart. Sur la base des faits existants et de la pratique de l'autorité de la concurrence, ces motifs, qui sont présentés en des termes relativement généraux, pourront être précisés plus clairement dans une ordonnance (ou dans une communication de la COMCO), comme cela a déjà été fait par le passé pour répondre aux besoins des entreprises, notamment des PME (cf. la communication de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010 concernant l'appréciation des accords verticaux [communication sur les accords verticaux], ainsi que celle du 19 décembre 2005 relative aux accords dont l'impact sur le marché est restreint [communication PME]). Ce faisant, le législateur devra tenir compte des motifs justifiant des accords horizontaux et verticaux qui ne



se recoupent pas. Pour les accords justifiés par des motifs d'efficacité économique prévus à l'actuel art. 5, al. 3, le seuil devra être relevé dans l'ordonnance par rapport à celui pour les accords visés à l'actuel art. 5, al. 4.

En ce qui concerne la justification d'accords verticaux en vertu de l'art. 5, al. 4, de l'actuelle LCart, il convient notamment de penser aux motifs, compatibles avec le droit européen, énumérés au chiffre 16, al. 4, let. a) à g) de la communication sur les accords verticaux de la COMCO. Il sera plus délicat de décider si les cas de figure réglés au chiffre 16, al. 2 et 3, peuvent eux aussi constituer une justification admissible. En sa compétence de législateur, le Conseil fédéral devra se prononcer à ce sujet en lien avec la communication PME, qui devra, le cas échéant, soit être révisée, soit être remplacée par une ordonnance. L'art. 6, al. 1, let. e, LCart, admet, pour les accords entre PME qui n'ont qu'un impact restreint sur le marché, des motifs moins importants ; toutefois, en conformité avec le droit européen, la communication en vigueur limite cette possibilité à la catégorie des accords qui ne sont pas sanctionnés directement en Suisse.

Résumé

Même après que la loi aura été modifiée, les autorités devront démontrer l'existence d'un cartel rigide (accord horizontal sur les prix, les quantités et la répartition géographique, ententes verticales sur les prix ou cloisonnements territoriaux). Ce n'est que dans le cas d'accords usuels au sens de l'al. 1 que les autorités devront démontrer en plus leur caractère notable. Si, dans une deuxième étape, les entreprises ne réussissent pas à démontrer en l'espèce que l'accord est justifié pour des raisons matérielles, ce dernier sera interdit (cela vaut également pour les cas prévus à l'al. 1). Dans le cas d'un cartel rigide, des sanctions seront fixées lors d'une troisième étape.

Par rapport à la conception de la loi actuelle qui, justement pour les accords verticaux sans motifs économiques ou empiriques, a introduit la présomption de suppression de la concurrence et n'a amené qu'en de rares cas une véritable simplification des procédures, entraînant au contraire une grande insécurité juridique en ce qui concerne les sanctions directes en particulier, les autorités de la concurrence disposeraient désormais d'un instrument bien plus efficace pour empêcher les accords de ce genre, ouvrir les marchés et faire prévaloir la concurrence. Les entreprises, quant à elles, pourraient mieux évaluer au préalable si un accord est licite ou non ; il s'agit là d'un progrès sur les plans de la sécurité du droit et de la prévention qu'il convient de saluer.

2.2 La nouvelle réglementation dans le détail

Al. 1

L'al. 1 prévoit comme précédemment que les accords ne sont, quant au principe, illicites que si, d'une part, ils affectent de manière notable la concurrence et que, d'autre part, ils ne se justifient pas pour des motifs d'efficacité économique. Par rapport à la version actuelle, il a été renoncé à la mention explicite de la suppression



possible d'une concurrence efficace. Il s'agit là d'une modification d'ordre rédactionnel qui ne touche pas au contenu de la loi, tout simplement parce que s'il y a suppression d'une concurrence efficace, cette dernière est forcément affectée de manière notable et que la réglementation prévue à l'art. 5, al. 3, let. b, P-LCart (aujourd'hui : art. 5, al. 2, let. b, LCart) exclut déjà toute possibilité d'accord supprimant la concurrence.

Al. 2

La nouvelle formulation de l'al. 2 règle l'autre cas de figure dans le cas de l'existence de trois types d'accords horizontaux et de deux types d'accords verticaux. Indépendamment de la preuve d'une restriction notable de la concurrence au cas par cas, ces types d'accord sont toujours illicites sous réserve d'une justification par des motifs d'efficacité économique. L'al. 2 reprend tels quels les cinq types d'accord déjà cités explicitement aux al. 3 et 4 de la loi actuelle, qui sont considérés par le législateur comme étant particulièrement graves et pouvant déjà aujourd'hui être sanctionnés directement en vertu de l'art. 49a LCart. Il est nécessaire de procéder à une adaptation sur le plan rédactionnel du renvoi à l'art. 49a, al. 1, LCart, pour maintenir les mêmes possibilités de sanctions (« L'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5, al. 2... » au lieu de « aux termes de l'art. 5, al. 3 et 4... »).

La légère différence en ce qui concerne la définition du cloisonnement territorial à la let. b, ch. 2, est motivée par des raisons d'ordre linguistique et est la conséquence de la présentation proposée. Eu égard aux fait que ce ch. 2 se rapporte aux « autres fournisseurs agréés », « ... les contrats de distribution » devient superflu, raison pour laquelle la suppression de cet élément n'entraîne pas de modification matérielle.

Al. 3

L'al. 3 reprend en grande partie la réglementation actuelle de l'al. 2. Le catalogue, exhaustif selon l'opinion dominante, des motifs d'efficacité économique admissibles a été repris tel quel. Il paraît toutefois judicieux, en raison de l'importance de ces motifs, de concrétiser plus précisément, comme le prévoit l'art. 6, ces notions abstraites de droit par voie d'ordonnance ou, le cas échéant, par le biais d'une communication. La disposition de la let. b, selon laquelle un motif n'est pas justifié si l'accord conduit à la suppression d'une concurrence efficace, est aussi reprise.

La seule modification de fond concerne la let. a, à laquelle il est désormais précisé que c'est aux entreprises de démontrer que l'accord est nécessaire pour des motifs d'efficacité. Cette nouveauté s'applique de manière conséquente aux accords définis aux al. 1 et 2. Il appartiendra désormais aux entreprises d'avancer un (ou plusieurs) motif(s) d'efficacité économique parmi ceux énumérés et de démontrer dans le cas particulier pourquoi l'accord conclu est nécessaire pour atteindre cette efficacité. Les autorités en matière de concurrence devront vérifier en particulier, en ce qui concerne ce caractère « nécessaire », dans quelle mesure les avantages évoqués du point de vue de l'efficacité économique contrebalancent les entraves à la concurrence constatées.



3. Conséquences pour les finances et le personnel

L'adaptation prévue de l'art. 5 LCart n'a pas de conséquences directes sur le plan des finances, ni du personnel. A tout le moins dans un premier temps, la COMCO devra se saisir de davantage de cas jusqu'à ce que le nouveau droit se soit établi. A l'inverse, le traitement de ces cas sera facilité sous certains aspects dans la mesure où le caractère notable d'un accord ne devra plus être examiné et que les motifs d'efficacité économique devront être en premier lieu démontrés par les entreprises.