



Brève note à l'intention de la CER-E

Séances des 23 et 24 octobre 2025

Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart) : évaluation des variantes de l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart

8 octobre 2025

1 Remarques préliminaires et problématique

La présente note compare, sur mandat de la CER-E, 3 variantes de l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart : la variante de la CER-N (qui correspond à la proposition du Conseil fédéral), la variante du Conseil des États (= proposition 28 = statu quo) et la variante de la proposition subsidiaire 29 (nouvelle variante avec règle de présomption).

2 Comparaison schématique des variantes de l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart

	Conseil des États = proposition 28 = statu quo	CER-N ≙ Conseil fédéral	Proposition subsidiaire 29
Sécurité juridique	+	-	-
Durée de la procédure	-	+	+
Protection de la concurrence	+	o	o
Examen au cas par cas	o	+	o
Droit civil des cartels	+	-	o
Marge d'interprétation ¹ des autorités/tribunaux	-	+	+
Mise en œuvre claire ² de la motion 18.4282 Français	-	+	o

Légende : + « plus » / o neutre / - « moins » : les évaluations se réfèrent à la comparaison entre les variantes.

- ¹ Lors des discussions menées au sein de la CER-E le 16 septembre 2025, l'administration a été priée de présenter la variante laissant la « plus petite marge d'interprétation » possible aux autorités en matière de concurrence et aux tribunaux.
- ² Lors des discussions menées au sein de la CER-E le 16 septembre 2025, l'administration a été priée de présenter la variante mettant « le plus clairement » en œuvre la motion 18.4282 Français.





Le Conseil fédéral rejette toute modification de l'art. 5 LCart. Si une modification était néanmoins souhaitée, la proposition de la CER-N ($\triangleq$ proposition du Conseil fédéral) semble être une **voie acceptable** du point de vue de l'administration pour renforcer l'examen au cas par cas du caractère notable de l'atteinte. La proposition subsidiaire 29 serait également envisageable, mais elle est plus proche du droit en vigueur que la proposition de la CER-N.

3 Situation juridique actuelle

Aujourd'hui, en vertu de l'art. 4, al. 1, LCart, **on commence par examiner au cas par cas** si un accord existe et s'il vise ou entraîne une restriction à la concurrence. **Dans ce cas uniquement, on a affaire à un accord en matière de concurrence** dont la licéité doit être évaluée. Aux termes de l'art. 5, al. 1, LCart, les accords en matière de concurrence ne sont illicites que s'ils :

1. **suppriment une concurrence efficace** ou
2. **l'affectent de manière notable**, et **ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité**.

Les 5 types d'**accords durs** considérés comme particulièrement nuisibles par le législateur en vertu de l'art. 5, al. 3 et 4, LCart sont particulièrement graves sur un plan qualitatif. Selon la jurisprudence, les accords durs constituent donc « en principe » ou « en règle générale », par leur nature, des **restrictions notables de la concurrence**, sous réserve des cas d'importance mineure³. Le caractère notable de l'atteinte doit dans tous les cas être examiné à l'aune d'éléments qualitatifs et quantitatifs pour les **accords non durs**. Même un accord en matière de concurrence qui remplit le critère du caractère notable n'est interdit qu'à partir du moment où il n'est pas **justifié** par des **motifs économiques** conformément à l'art. 5, al. 2, LCart.

4 Proposition de la CER-N ($\triangleq$ proposition du Conseil fédéral⁴)

Art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart

Le caractère notable de l'atteinte est évalué au cas par cas dans le cadre d'une appréciation globale fondée sur des éléments qualitatifs (valeurs empiriques) et quantitatifs (situation concrète sur le marché concerné).

L'évaluation des « éléments qualitatifs (valeurs empiriques) » doit être effectuée en se basant notamment sur des études et la théorie économiques. Il faut en outre également tenir compte de la pratique actuelle. Par « éléments quantitatifs (situation concrète sur le marché concerné) », on entend les conditions du marché dans le cas d'espèce (parts de marché, p. ex.). Selon la proposition de la CER-N, le potentiel de nuisance à la concurrence que recèle un accord suffit à établir le caractère notable de l'atteinte.

³ ATF 143 II 297, *Gaba*.

⁴ La proposition du Conseil fédéral était la suivante : « *L'appréciation du caractère notable de l'atteinte est effectuée sur la base de critères tant qualitatifs que quantitatifs.* »



La proposition de la CER-N **correspond** ainsi, **sur le fond** à celle du **Conseil fédéral en réponse à la motion 18.4282 Français**, ce qui a été confirmé à plusieurs reprises lors des débats parlementaires⁵. Ainsi, il y aurait lieu de prendre en considération, lors de l'évaluation du caractère notable dans le cadre d'une appréciation globale, des critères tant qualitatifs que quantitatifs, y compris en cas d'accords durs en matière de concurrence. De l'avis de l'administration, cela permettrait de rétablir la **situation juridique de fait qui prévalait avant l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire GABA**. Seule la pratique montrera comment cela se traduira concrètement lors de l'appréciation de chaque accord par la COMCO et les tribunaux. Il est clair cependant que, dans le cadre de cartels durs classiques (ententes cartellaires sur les prix, p. ex.), l'examen des critères quantitatifs peut être réduit à un minimum⁶. Toutefois, les investigations des autorités en matière de concurrence, la durée des procédures et l'insécurité juridique vont augmenter avec l'abandon de la pratique GABA par le Tribunal fédéral, posant de nouveaux défis, notamment aux PME qui ne disposent pas d'un service juridique.

En résumé, la proposition de la CER-N constitue, du point de vue de l'administration, **une voie acceptable** pour matérialiser sur le plan légal l'examen du caractère notable de l'atteinte, et donner davantage de poids à l'évaluation au cas par cas. Cela ne devrait guère affaiblir la concurrence en Suisse ni le travail des autorités en matière de concurrence. Toutefois, **la situation juridique pourrait être plus difficile à anticiper**, et les **procédures** pourraient **devenir plus compliquées et plus longues**.

5 Proposition subsidiaire 29

Art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart⁷

Le caractère notable de l'atteinte est évalué au cas par cas dans le cadre d'une appréciation globale fondée sur des éléments qualitatifs (valeurs empiriques) et quantitatifs (situation concrète sur le marché concerné). Il est présumé dans le cas d'un accord au sens de l'art. 5, al. 3 et 4.

La première phrase de la proposition subsidiaire 29 reprend le libellé de la proposition de la CER-N (ou du Conseil fédéral). La deuxième phrase est un complément. **L'examen du caractère notable de l'atteinte serait ainsi plus proche du droit en vigueur** (et donc de l'arrêt GABA). Cependant, **sur le plan matériel**, la différence exacte entre le droit en vigueur, la proposition de la CER-N et la proposition subsidiaire 29 **n'apparaît pas clairement**.

⁵ Cf. les interventions du porte-parole de la majorité de la CER-N, le conseiller national Beat Walti (BO 2025 N 831 s.) et du conseiller fédéral Guy Parmelin (BO 2025 N 829).

⁶ Cf. les interventions du porte-parole de la majorité de la CER-N, le conseiller national Beat Walti, indiquant, par exemple, qu'en cas de « cartel dur avec des accords sur les prix finaux », il n'y aura « quasiment plus rien à faire » concernant les critères quantitatifs (BO 2025 N 818). Voir également ses commentaires dans le cadre de la discussion par article portant sur l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart (BO 2025 N 831 s.).

⁷ La deuxième phrase soulignée constitue un complément à la proposition de la CER-N (≙ Conseil fédéral).



L'art. 5, al. 3 et 4, LCart contient déjà une **présomption de suppression de la concurrence** en cas d'accords durs. Lorsque la présomption ne peut être renversée, l'accord est interdit. Cependant, il n'arrive quasiment jamais que la concurrence disparaisse totalement d'un marché. Cette **présomption est donc régulièrement renversée**. Or, selon l'arrêt GABA, ces accords durs constituent en principe des restrictions notables de la concurrence, sous réserve des cas d'importance mineure.

L'art. 5, al. 1^{bis}, 2^e phrase, P-LCart (= proposition subsidiaire 29) introduirait une nouvelle **présomption du caractère notable de l'atteinte** d'un accord dur en matière de concurrence. Les accords durs ne seraient ainsi plus réputés affecter en principe la concurrence de manière notable comme le retient l'arrêt GABA. Mais, parallèlement, une nouvelle présomption serait inscrite dans la loi, qui serait relativement proche de l'arrêt GABA. Une chose reste floue néanmoins : à partir de quand exactement la nouvelle présomption proposée pourrait-elle être renversée ?

Dans les **procédures administratives** au titre de la LCart, cette nouvelle présomption ne conduirait **guère** à un allègement sensible du fardeau de la preuve en faveur des autorités en matière de concurrence. Dans les procédures de sanction relevant du droit des cartels, le **fardeau de la preuve** incombe en principe **aux autorités en matière de concurrence** pour les cas passibles de sanction. L'art. 53, al. 4, P-LCart déjà adopté par le Parlement dans le cadre de la présente révision règle expressément ce point. Comme les autorités en matière de concurrence doivent de toute façon toujours **procéder à l'examen du renversement de la présomption**, cette dernière se trouve de facto vidée de son sens pour la procédure administrative au titre de la LCart.

Dans les **procédures civiles** au titre de la LCart, cela entraînerait en revanche tendanciellement un allègement du fardeau de la preuve en faveur d'un plaignant qui s'estimerait lésé par un accord illicite en matière de concurrence. En vertu de l'art. 8 du code civil suisse⁸, le renversement de la présomption incombe à celui qui allègue ladite présomption. Dans une procédure civile, il s'agit de la partie défenderesse.

6 Art. 5, al. 3, let. a, P-LCart

Art. 5, al. 3, let. a, P-LCart

Sont présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords :

- a. qui fixent directement ou indirectement un prix minimum, un prix fixe ou un prix maximum payé par l'acheteur ;*

L'adaptation de l'art. 5, al. 1^{bis}, P-LCart doit être replacée dans le contexte de la modification déjà décidée de l'art. 5, al. 3, let. a, P-LCart. Cette disposition concerne les cartels horizontaux durs sur les prix et constitue par conséquent l'une des **normes les plus importantes de la LCart**. Bien qu'elle aille moins loin que la décision initiale du

⁸ RS 210



Conseil des États de juin 2024⁹, elle conduit à un affaiblissement du droit des cartels, en réduisant les éléments constitutifs des cartels horizontaux sur les prix, et entraîne une insécurité juridique. De plus, à la différence de la proposition minoritaire Michaud Gigon de juin 2025, cette proposition renonce à mentionner explicitement la fixation d'un « niveau de prix »¹⁰. Le Conseil des États a argumenté que cette suppression permettait d'éviter une redondance compte tenu du fait que la fixation d'un niveau de prix comporte toujours un élément de prix minimum¹¹. Certes, l'administration partage en principe ce point de vue. Toutefois, la nouvelle formulation entraînera en pratique d'importantes incertitudes, laissera une marge d'interprétation et conduira donc à des litiges devant les tribunaux.

Lors des débats parlementaires, il est apparu que la volonté de régler les modalités d'appréciation des accords sur les prix bruts motivait cette proposition. Selon la compréhension de l'administration, qui s'appuie sur les interventions dans les Conseils, seuls les accords portant **uniquement sur des prix bruts** devraient donc être exclus de l'art. 5, al. 3, let. a, LCart, s'ils ne sont pas susceptibles d'influencer le niveau des prix dans un cas d'espèce. En revanche, la nouvelle exception ne devrait pas bénéficier aux accords sur les prix bruts combinés à d'autres formes de coordination des prix : par exemple, lorsque des entreprises conviennent d'augmenter un prix brut de 10 % sans modifier les remises individuelles, ou lorsqu'elles conviennent de manière globale d'une taxe supplémentaire de 5 % sur les (différents) prix pratiqués jusqu'ici. Ne sont pas non plus considérés comme des exceptions les accords sur des augmentations de prix, ni les éléments de prix, même lorsque les prix diffèrent sur le marché.

Comparativement à la décision du Conseil des États de juin 2024, la proposition modère l'affaiblissement de la LCart, mais utilise de nouvelles notions juridiques comme « prix maximum payé par l'acheteur » et des termes inappropriés pour les accords horizontaux comme « prix minimum et prix fixe ». De surcroît, faire disparaître la mention de « niveau de prix » laisse une marge d'interprétation. Tout changement touchant le cœur de la LCart induit un **travail d'interprétation** et, par conséquent, une **insécurité juridique**, tout au moins pour un temps.

⁹ L'art. 5, al. 3, let. a, P-LCart initialement adopté était libellé comme suit : « [les accords] qui fixent des prix minimums ou des prix fermes pour des contrats avec des tiers ».

¹⁰ Cf. proposition de la minorité Michaud Gigon : « a. [les accords] qui fixent directement ou indirectement un prix minimum, un prix fixe, un prix maximum payé par l'acheteur ou un niveau de prix ».

¹¹ Cf. intervention de l'auteur de la proposition, le conseiller aux États Benedikt Würth, lors de la séance du Conseil des États du 8 septembre 2025 concernant l'art. 5, al. 3, let. a, P-LCart.



7 Art. 7, al. 3, P-LCart

Art. 7, al. 3, P-LCart

Le caractère abusif des pratiques doit être examiné au cas par cas dans le cadre d'une appréciation globale sur la base de valeurs empiriques et de la situation concrète sur le marché.

Dans sa brève note à l'intention de la CER-N du 17 mars 2025 « Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart) : évaluation des propositions 16 et 17 », l'administration s'est exprimée de façon circonstanciée sur l'art. 7, al. 3, P-LCart tel que décidé¹². Cette disposition n'a connu aucune modification depuis et a été acceptée *telle quelle* par les deux Conseils. L'interprétation de l'administration selon laquelle cette disposition est de nature purement déclaratoire et vise à inscrire expressément dans la loi la situation juridique en vigueur conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral a été confirmée par l'auteur de la proposition en plénum du Conseil des États¹³. Le conseiller fédéral Guy Parmelin l'a également relevé lors du même débat.

¹² Cette brève note peut être consultée sur le site internet du Parlement sous le numéro de dossier 23.047.

¹³ Cf. intervention du conseiller aux États Beat Rieder lors de la séance du Conseil des États du 8 septembre 2025 concernant l'art. 7, al. 3, P-LCart.