



18.4282

**Motion Français Olivier.
Die Kartellgesetzrevision
muss sowohl qualitative
als auch quantitative Kriterien
berücksichtigen,
um die Unzulässigkeit einer
Wettbewerbsabrede zu beurteilen**

**Motion Français Olivier.
La révision de la loi sur les cartels
doit prendre en compte des critères
tant qualitatifs que quantitatifs
pour juger de l'illicéité d'un accord**

CHRONOLOGIE

STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 20.03.19 (ORDNUNGSANTRAG - MOTION D'ORDRE)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 15.12.20

Präsident (Hefti Thomas, erster Vizepräsident): Es liegt ein schriftlicher Bericht der Kommission vor. Die Kommission beantragt mit 8 zu 1 Stimmen bei 3 Enthaltungen, die Motion anzunehmen. Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der Motion.

Noser Ruedi (RL, ZH), für die Kommission: Der Vizepräsident hat schon den ersten Teil meines Votums vortragen. Ich kann Ihnen noch sagen: Das, was die Motion will und was der Vizepräsident vorhin gesagt hat, wurde in der Kommission mit 8 zu 1 Stimmen bei 3 Enthaltungen unterstützt.

Warum tun wir das? Sie tun gut daran, wenn Sie die Begründung des Motionärs lesen und dann in unserem Kommissionsbericht auch die Begründung dessen, was die Kommission und der Bundesrat herausgefunden haben. Wenn Sie den Text des Motionärs nehmen, dann sehen Sie, dass in der Begründung zwei Kernsätze drin sind, die das Gewerbe sehr verunsichern. Denn dort wird zur Weko geschrieben: "Fortan geht sie davon aus, dass die Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG per se eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Die zur Beurteilung der tatsächlichen Tragweite einer Wettbewerbsabrede notwendigen Elemente werden nicht mehr berücksichtigt." Dann kommt, als Folge davon: "Gegenwärtig kann die Weko potenziell gegen jegliche Form der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen mit der Begründung vorgehen, dass dies potenziell den Wettbewerb beeinträchtigen könnte." Sprich, auf der Gewerbeseite gibt es eine sehr grosse Verunsicherung darüber, was eigentlich noch geht und was nicht mehr geht. Diese Verunsicherung gilt es zu anerkennen. Wir können nicht sagen, das sei nicht so, denn sie ist wirklich vorhanden.

Wenn Sie dann die Stellungnahme des Bundesrates lesen, die juristisch ganz exakt auch dem Gewerbe entgegenkommen will und besagt, dass dem eigentlich nicht ganz so sei, dann haben Sie auch dort zwei Kernsätze drin. In diesen wird erstens einmal gesagt, dass "eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich bei den fünf Typen von harten Abreden gegeben ist, die in Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG aufgeführt sind". Das heisst, wer in diesem Bereich eine Abrede gemäss Artikel 5 Absätze 3 und 4 macht, verletzt das Wettbewerbsrecht, und damit kann man auch gegen ihn vorgehen.

Die Weko muss aber prüfen, und dieser zweite Kernpunkt geht oft vergessen, ob die quantitativen Kriterien erfüllt sind, wenn sie wegen eines dieser fünf Punkte vorgehen will. Das muss sie bei der Prüfung der Frage, ob der Wettbewerb eingeschränkt ist, tun. Sie muss aber auch prüfen, ob der Wettbewerb damit wirklich benachteiligt wird. Das heisst, man kann aufgrund der Stellungnahme der Weko auch sagen, dass quantitative Massnahmen auch heute noch rechtlich geprüft werden.





Das Dilemma ist nun einfach: Niemand weiss, wie die Weko das tut und wo es eigentlich passiert. Kommt noch hinzu, dass die Weko auch die Möglichkeit hat zu unterscheiden, ob eine Abrede ein Bagatellfall ist, sprich gar nicht angeschaut werden soll, oder ob sie eine Abrede als wichtig erachtet. Das führt dazu, dass es für das Gewerbe gewisse Rechtsunsicherheiten gibt, die man eigentlich klären müsste.

Darum ist Ihre Kommission der Ansicht, dass man diese Motion jetzt so unterstützen muss, insbesondere nachdem nun das Gaba-Urteil vorliegt, das man genauer anschauen muss. Um was für Absprachen geht es da? Es gibt auch positive Absprachen: Wenn zwei kleine Handwerksbetriebe miteinander eine Offerte einreichen, weil sie zu klein sind, um die Offerte alleine einzureichen, ist das eigentlich etwas Positives. Wenn vier, fünf Handwerksbetriebe miteinander eine Offerte einreichen, weil sie für die ganze Aufgabe zu klein sind, ist das ebenfalls etwas Positives. Aber wenn die fünf Handwerker sich gegenseitig absprechen und fünf Offerten einreichen, kann das auch etwas Negatives sein. Das ist rechtlich sehr schwierig zu handhaben, und dort möchte das Gewerbe – in meinen Augen zu Recht – mehr Rechtssicherheit.

Was ich als Berichterstatter an dieser Stelle auch sagen möchte, ist: Das Problem wäre etwas weniger gross, wenn die Ausschreibungen, die der Staat macht, nicht immer grösser würden. Ich weiss nicht, ob Sie das mitgekriegt haben, aber die Ausschreibungen, die der Staat macht, werden heute nicht mehr aufgeschlüsselt. Wenn er die Erstellung eines Dachs ausschreibt, werden die Spenglerarbeiten, die Dachdeckerarbeiten und die Zimmermannsarbeiten nicht einzeln ausgeschrieben, sondern es wird eine Dacherstellung ausgeschrieben, in der dann alle diese Arbeiten enthalten sind. Dadurch werden auch viel mehr Arbeitsgemeinschaften nötig. Auch die Lose beim Autobahnbau werden immer grösser und nicht kleiner. Das heisst, ein kleiner Strassenbauer kann heute fast gar nicht mehr offerieren. Sie haben es gesehen: Die grösste Ausschreibung, die es je gegeben hat, gab es beim Gotthardtunnel, wo man die ganze Bahntechnik als eigenes Los ausgeschrieben hatte. Europaweit konnten hier nur zwei, drei Anbieter offerieren, und der ganze Rest konnte nicht offerieren. Hier wäre dem Gewerbe also sicher geholfen, wenn die Behörden, die die Ausschreibungen machen, sich etwas mehr Zeit nähmen, um kleinere Lose auszuschreiben. Dann würde diese Frage auch ein bisschen weniger gestellt.

Ich möchte einfach zuhänden des Amtlichen Bulletins noch Folgendes sagen: Falls die Schwesterkommission und der Schwesterrat auf die Idee kämen, den Text noch ein wenig abzuändern, dann würden wir uns dagegen auch nicht wehren. Das könnte man also tun. Denn jetzt ist es ein sehr harter Auftrag, der hier gegeben wird. Man könnte also durchaus auch noch ein Fragezeichen dahinter setzen und bitten, dass man genauer abklären soll, wie man hier mehr Rechtssicherheit schaffen könnte. Das heisst, wenn der Schwesterrat das tun würde, wäre das aus unserer Sicht auch gut.

AB 2020 S 1374 / BO 2020 E 1374

Jene, die bei der letzten Wettbewerbsrechtsrevision – die abgestürzt ist – dabei waren, wissen, dass dieser Artikel 5 zu sehr vielen Emotionen geführt hat. Wenn man nun eine neue Revision des Gesetzes auf den Tisch legt, wird man vermutlich nicht darum herumkommen, diesen Artikel 5 auch hier wieder anzuschauen und zu schauen, ob man nicht eine Klärung herbeiführen kann.

Mit diesen Worten möchte ich Sie bitten, diese Motion zu unterstützen.

Français Olivier (RL, VD): Merci au rapporteur pour ses explications, même si je peux remettre en question quelques propos sur la fin de son intervention. Mais je me permettrai de vous apporter quelques éclaircissements, aussi, sur l'objectif de cette motion.

D'abord, il est nécessaire de rappeler que jusqu'au 28 juin 2016, la jurisprudence et les communications de la COMCO avaient régulièrement confirmé l'obligation, pour juger du caractère notable de l'impact d'un accord en termes de concurrence, de prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs. La prise en compte de tels critères permettait de juger de la réalité d'une atteinte portée à la concurrence sur un marché et donc de qualifier un accord de licite ou d'illicite en toute connaissance de cause, à savoir en tenant compte de ses effets avérés. Or, depuis cet arrêt du Tribunal fédéral, la COMCO a modifié cette pratique. Et si j'ai déposé une motion, c'est en particulier en raison de l'impact de cette décision sur le marché intérieur – et j'insiste sur la notion de marché intérieur.

Cette application de la loi pose différents problèmes au niveau tant constitutionnel, qu'économique et administratif. Tout d'abord, du point de vue constitutionnel, il est bon de rappeler l'article 96 de la Constitution fédérale, qui pose l'objectif de la politique suisse de la concurrence. Cet objectif est de lutter contre les conséquences négatives des cartels et autres formes de limitation de la concurrence, et non de lutter contre ce qu'on appelle les ententes elles-mêmes ou les assemblages d'entreprises qui s'associent pour répondre à un marché. Cette association est vitale pour la vie économique de notre pays. Cela est expressément confirmé par la doctrine et



la jurisprudence. Dans un pays comme la Suisse, où 99 pour cent des entreprises sont des PME, nous savons bien que des marchés existent et nécessitent de rassembler des compétences et des moyens humains pour garantir une bonne exécution, en particulier sur le marché intérieur.

De plus, le Parlement avait refusé le projet du Conseil fédéral de révision de la loi sur les cartels en 2014, précisément parce que cette révision proposait une interdiction partielle des cartels sans prendre en considération l'aspect économique d'une offre.

Cet arrêt du Tribunal fédéral contourne donc à la fois le mandat constitutionnel et la volonté du Parlement, et en particulier ne respecte pas la base même de la loi sur les marchés publics, qui permet de prendre en compte l'aspect économique d'une offre, en mettant uniquement en avant la notion qualitative de celle-ci – et rappelons aussi que la loi sur les marchés publics, qui a été récemment modifiée, demande des outils, j'y reviendrai.

Du point de vue économique, cette nouvelle application de la loi a des conséquences négatives pour les entreprises, et principalement pour les PME. En effet, toute forme de collaboration entre entreprises peut potentiellement être illicite, même en l'absence d'accord formel ou d'impact réel sur la concurrence et le marché – pensez à de simples discussions ou à des échanges spontanés entre entrepreneurs. Ce renforcement d'appréciation d'un accord entre parties est porteur d'incertitudes importantes pour les entreprises, dont les PME, et a pour conséquence une baisse des objectifs d'investissement collectifs, voire des opportunités de croissance et d'implantation de projets.

L'existence même de consortiums d'entreprises est fondamental pour notre vie économique. Le consortium est une forme d'accord entre entreprises comportant une composante portant sur les prix, c'est une évidence. Bien que l'administration fédérale affirme que l'arrêt ne change rien concernant les consortiums, le risque juridique existe que la COMCO s'attaque à l'avenir à ceux-ci – ils étaient jusqu'à présent licites – en les déclarant dorénavant automatiquement illicites par nature. Le consortium est un moyen efficace pour permettre aux PME d'améliorer leur compétitivité, de mettre leurs compétences en commun et, surtout, d'assurer le meilleur prix à l'égard du client.

Aujourd'hui, l'arrêt a même supprimé le niveau de référence de prix et alourdit le processus d'expertise. Et là, c'est l'expert que je suis de temps en temps qui est mis à mal, puisque, aujourd'hui, dans le cas de l'expertise, on prend la référence de la KBOB d'il y a quelques années. On n'a plus aujourd'hui de niveau de référence au niveau juridique, ce qui, bien sûr, complique la notion d'expertise et la notion même de la preuve. Bref, je vous passe toutes les surcharges que cela donne au niveau administratif!

Une entreprise est souvent contrainte d'accepter un accord à l'amiable avec la COMCO, même si elle estime être dans son bon droit; elle n'a pas le choix, il faut dire oui.

Aussi, en conclusion, pour toutes ces raisons, je vous invite à adopter ma motion et à charger le Conseil fédéral de préciser la notion de manière notable à l'article 5 de la loi sur les cartels. Soyons pragmatiques, les éléments permettant de conclure qu'il n'y a plus de concurrence efficace doivent inclure des critères tant qualitatifs que quantitatifs, afin d'établir l'impact réel d'un accord ou d'une forme de collaboration entre les parties. Une telle démarche permettra de réduire l'incertitude entourant la loi sur les cartels et, donc, de favoriser une concurrence, en particulier sur le marché intérieur, entre entreprises, qui soit à la fois efficace, équitable et réaliste.

Parmelin Guy, conseiller fédéral: La motion de M. le conseiller aux Etats Français demande donc une modification de l'article 5 de la loi sur les cartels. C'est un sujet qui, on l'aura bien compris, est assez émotionnel. Cet article concerne les accords illicites. La modification devrait préciser que les autorités de la concurrence sont tenues de prendre en considération à la fois les critères qualitatifs et les critères quantitatifs pour juger du caractère qu'on qualifie de notable d'un accord.

Les accords dits durs ne doivent pas être jugés comme "notables" en principe. C'est une exigence qui fait suite au fameux arrêt du Tribunal fédéral concernant le cas Gaba/Elmex. L'arrêt Gaba/Elmex du Tribunal fédéral a fait couler beaucoup d'encre depuis 2016. Il y a ceux qui sont satisfaits de cet arrêt; d'autres y voient une interdiction trop sévère de certains types d'accord. Il y a certainement des arguments à prendre des deux côtés.

Cependant, il est évident que la jurisprudence du Tribunal fédéral a clarifié l'application des dispositions de l'article 5 de la loi sur les cartels. En ce sens, les cinq types d'accord mentionnés aux alinéas 3 et 4 sont désormais considérés en principe comme "notables". Le législateur, et il est intéressant de le relever, avait lui-même déjà qualifié ces cinq types d'accord de particulièrement dommageables. Ces accords peuvent néanmoins toujours être justifiés pour des raisons d'efficacité économique. Mais si ce n'est pas le cas, ils sont alors considérés en principe comme illicites. Par conséquent, les autorités de la concurrence et les tribunaux n'ont plus né-



cessairement besoin de considérer les critères quantitatifs pour définir si un accord dur est "notable" ou pas. C'est-à-dire que l'accord est illicite en principe de par sa forme, indépendamment des parts de marché ou de la taille de l'entreprise.

En quoi cette nouvelle jurisprudence est-elle considérée comme positive? Premièrement, elle apporte une plus grande sécurité juridique pour les entreprises. Celles-ci savent quels types d'accord sont interdits en principe. Deuxièmement, les procédures sont simplifiées. La Commission de la concurrence ne doit plus mener un examen fastidieux du caractère "notable" des accords durs. Troisièmement, les procédures sont aussi plus rapides. Cela va dans le sens de la motion Fournier 16.4094, qui a été transmise au Conseil fédéral et qui demande une accélération des procédures cartellaires.

AB 2020 S 1375 / BO 2020 E 1375

Il est important de relever aussi que la Commission de la concurrence porte toujours le fardeau de la preuve concernant le caractère illicite d'un accord. La prise en compte d'éléments quantitatifs ne disparaît pas. Par exemple, la Commission de la concurrence les prend en considération dans l'analyse des motifs justificatifs ou dans le calcul du montant de la sanction. Comme auparavant, la Commission de la concurrence ne se penche pas sur des cas de minime importance qu'on appelle les cas bagatelles. Les autorités concentrent donc leurs ressources sur des accords particulièrement nuisibles à l'économie.

Pour les consortiums, la nouvelle jurisprudence ne change rien. Ils sont toujours autorisés en principe, pour autant, bien sûr, qu'ils ne dissimulent pas des ententes cartellaires illicites. Depuis la décision Gaba/Elmex de 2016, il est intéressant de noter que la Commission de la concurrence n'a pas traité de cas en lien avec des consortiums.

Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral ne souhaite pas se lancer dans une réforme de l'article 5 de la loi sur les cartels. Il craint qu'une modification de la loi sur les cartels dans le sens de la motion implique un risque de perte sur le plan de la sécurité juridique. C'est avec ces arguments que je vous prie, au nom du Conseil fédéral, de ne pas suivre votre commission.

Abstimmung – Vote

Für Annahme der Motion ... 34 Stimmen

Dagegen ... 3 Stimmen

(2 Enthaltungen)