



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

NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 01.06.21

Antrag der Mehrheit
Annahme der Motion

Antrag der Minderheit
(Fischer Roland, Badran Jacqueline, Baumann, Birrer-Heimo, Funiciello, Grossen Jürg, Martullo, Rytz Regula, Wermuth, Wettstein)
Ablehnung der Motion

Proposition de la majorité
Adopter la motion

Proposition de la minorité
(Fischer Roland, Badran Jacqueline, Baumann, Birrer-Heimo, Funiciello, Grossen Jürg, Martullo, Rytz Regula, Wermuth, Wettstein)
Rejeter la motion

Präsident (Aebi Andreas, Präsident): Sie haben einen schriftlichen Bericht der Kommission erhalten.

Feller Olivier (RL, VD), für die Kommission: Die Motion, die wir heute beraten, wurde von Ständerat Olivier Français im Dezember 2018 eingereicht. Sie wurde dann am 15. Dezember 2020 mit 34 zu 3 Stimmen bei 2 Enthaltungen im Ständerat angenommen. Die WAK des Nationalrates hat diese Motion am 18. Mai 2021 vorberaten und beantragt mit 11 zu 11 Stimmen und Stichentscheid des Präsidenten, die Motion anzunehmen. Eine Minderheit Fischer Roland empfiehlt Ihnen, die Motion abzulehnen.

Worum geht es? Es geht um Artikel 5 des Kartellgesetzes, das den unzulässigen Wettbewerbsabreden gewidmet ist. Die Motion fordert den Bundesrat auf, Artikel 5 zu präzisieren, damit es ermöglicht wird, den Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede unter Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Kriterien zu bestimmen.





Die Minderheit der WAK betont, dass die Frage der erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs durch eine Abrede lange Zeit umstritten war. Sie ist aber der Meinung, dass der Bundesgerichtsentscheid in Sachen Gaba/Elmex, der im Juni 2017 gefällt wurde, bezüglich der Anwendung der Bestimmungen über unzulässige Abreden Klarheit gebracht hat und dass die jetzige Situation für die Unternehmen befriedigend ist. Für die Minderheit hätte die von der Motion verlangte Änderung von Artikel 5 des Kartellgesetzes eine erneute Praxisänderung zur Folge und somit auch einen Verlust an Rechtssicherheit für die Unternehmen. Zudem führt die Rechtsprechung Gaba Elmex zu einer Vereinfachung der Verfahren, die eine Revision infrage stellen würde.

La majorité de la commission vous invite en revanche à accepter la motion. L'article 5 de la loi sur les cartels est affreusement compliqué dans sa formulation et confus dans son application dès lors qu'il fait coexister trois concepts juridiques indéterminés: les accords qui affectent de manière notable la concurrence, les accords qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique et les accords qui entraînent la suppression d'une concurrence efficace. Une clarification par le législateur se justifie dès lors.

A la suite de la publication de l'arrêt Gaba/Elmex, la Commission de la concurrence (Comco) a immédiatement modifié sa pratique, un peu comme si elle avait été au courant à l'avance de la décision que rendraient les juges de Mon-Repos, et s'est mise à poursuivre d'office plusieurs pratiques de collaboration entre entreprises en les déclarant illicites par nature, indépendamment de leurs effets concrets sur la concurrence. Il y a encore un autre problème, c'est que la modification de la pratique de la Comco ne fait suite qu'à un seul arrêt du Tribunal fédéral, qui reste de surcroît très controversé dans la doctrine juridique, sans que le Parlement ait eu son mot à dire.

Sur le terrain, la situation s'est substantiellement complexifiée pour les entreprises, dès lors qu'il est devenu très difficile de savoir si les pratiques jugées licites jusqu'en juin 2017 le sont encore aujourd'hui. Des entreprises peuvent-elles encore créer des consortiums et échanger des informations techniques dans ce cadre? Les associations professionnelles peuvent-elles encore publier des recommandations concernant les "best practices" de branche? Tout cela est devenu très flou.

C'est pourquoi la majorité de la commission considère que le Parlement doit empoigner le dossier et réfléchir à une meilleure formulation de l'article 5 de la loi sur les cartels de manière à rétablir la sécurité juridique dont les entreprises ont légitimement besoin.

AB 2021 N 914 / BO 2021 N 914

La majorité de la commission vous invite donc à accepter la motion.

Fischer Roland (GL, LU): Die Minderheit der Kommission beantragt Ihnen, die Motion abzulehnen. Gegen die Motion sprechen aus unserer Sicht verschiedene Gründe:

Erstens würde die Annahme der Motion eine deutliche Schwächung des Schweizer Kartellrechts bedeuten. Die Motion zielt auf Artikel 5 des Kartellgesetzes. In diesem Artikel sind diejenigen Absprachen genannt, bei denen eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet werden kann und welche dementsprechend untersucht werden müssen. Es handelt sich um horizontale Preisabsprachen, horizontale Absprachen über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- und Liefermengen, vertikale Absprachen über Mindest- und Festpreise, vertikale Absprachen über die Aufteilung und Abschottung von Betriebsmärkten und horizontale Absprachen über die Aufteilung von Märkten und Geschäftspartnern. Das sind alles Absprachen, welche aus ökonomischer Sicht klar wettbewerbschädigend sind. Wenn Sie der Motion zustimmen, würden Sie verlangen, dass diese Absprachen relativiert und in gewissen Fällen wieder toleriert würden.

Das Kartellrecht würde, wenn Sie hier Änderungen und eine Abschwächung vornehmen, auch nicht mehr den Wettbewerbsregeln der EU entsprechen. Da die Schweiz wirtschaftlich so stark mit der EU verflochten ist, macht das keinen Sinn.

Die neue Praxis, die sich auf das im Motionstext erwähnte Bundesgerichtsurteil stützt, schafft hingegen Rechtssicherheit. Die beteiligten Unternehmen wissen, dass die Praktiken gemäss Artikel 5 Absätze 3 und 4 – abgesehen von der Ausnahme der wirtschaftlichen Effizienz, ich komme dann noch darauf – allesamt nicht erlaubt sind. Das war ja auch die Absicht des Gesetzgebers, hat er doch diese fünf Abreden als besonders schädlich bezeichnet. Die Rechtslage gleicht sich der Rechtslage in der EU und in den Nachbarstaaten an und ist mit der neuen Praxis für international tätige Unternehmen einfacher in der Handhabung. Hinzu kommt, dass die Abläufe der Wettbewerbskommission (Weko) effizienter werden, da sie die Erheblichkeitsprüfung nicht mehr machen muss.

Ein zweiter Grund, weshalb wir beantragen, die Motion abzulehnen, ist, dass sie eine Frage anspricht, welche eigentlich in grossen Teilen schon gelöst ist. Die Befürworter befürchten, der Bundesgerichtsentscheid würde



gemeinsame Eingaben von Arbeits- und Einkaufsgemeinschaften und anderen Kooperationen behindern. Diese Befürchtungen sind jedoch nicht begründet. Denn in Artikel 5 Absatz 2 ist festgehalten, dass Absprachen, welche die wirtschaftliche Effizienz erhöhen, zulässig sind. Es ist heute schon Praxis, dass solche Arbeitsgemeinschaften und Konsortien nicht beanstandet werden. Bei der Einführung von qualitativen Kriterien, so wie es die Motion fordert, würde hingegen eine klare Definition dessen, was eigentlich erlaubt ist und was nicht, fehlen. Das war auch in der Vergangenheit ein Problem.

Ein dritter Grund, weshalb wir beantragen, die Motion abzulehnen, ist, dass wir die Bestimmung zur relativen Marktmacht im Grunde genommen auch wieder etwas schwächen. Die eidgenössischen Räte haben in der Frühjahrssession den indirekten Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative mit grosser Mehrheit angenommen. Das Parlament hat Bestimmungen zur relativen Marktmacht ins Kartellgesetz aufgenommen, um der Hochpreisinsel Schweiz entgegenzuwirken. Wenn Sie die Motion annehmen, würden Sie gerade wieder in die andere Richtung gehen. Es würde für die Weko schwieriger, gegen vertraglich vereinbarte Importbeschränkungen und Kartelle vorzugehen, was zu höheren Preisen und Kartellgewinnen führen würde.

Zum Schluss auch noch ein Hinweis auf die Debatte im Ständerat: Der Kommissionssprecher des Ständerates hat erwähnt, dass es doch ein sehr harter Auftrag sei, der hier gegeben würde. Er hat auch erwähnt, dass er durchaus ein Fragezeichen dahinter setzen würde. Man könne sich die Frage stellen, wie man allenfalls mehr Rechtssicherheit für Arbeitsgemeinschaften und Konsortien schaffen könnte.

Falls nun die Motion entgegen unserem Antrag angenommen würde, bitte ich den Bundesrat im Namen der Minderheit, diese Frage nicht gemäss der Motion in Artikel 5 zu regeln. Artikel 5 soll nicht abgeschwächt werden. Vielmehr soll er eine andere Lösung suchen, falls es tatsächlich notwendig wäre, in diesem Bereich mehr Rechtssicherheit zu schaffen.

Das Beste wäre jedoch, wenn Sie die Motion ablehnen.

Parmelin Guy, président de la Confédération: Le porte-parole de la minorité a déjà exposé plusieurs arguments qui plaident clairement en faveur du rejet de la motion.

Certains d'entre vous ont déjà participé au débat sur la précédente révision de la loi sur les cartels qui a échoué en 2014. Vous vous souvenez certainement que la discussion sur la révision de l'article 5 avait été vive. Depuis l'échec de cette révision, l'arrêt Gaba/Elmex du Tribunal fédéral a fait couler beaucoup d'encre, et ceci depuis 2016 – M. le rapporteur l'a évoqué tout à l'heure. Certains en sont extrêmement satisfaits, constatant qu'il apporte une sécurité juridique sur l'interprétation de la notion d'entrave notable, d'autres y voient une interdiction de certains types d'accords trop sévères. Cette interdiction se rapproche d'ailleurs de l'interdiction partielle avec possibilité de justification qui avait été proposée par le Conseil fédéral dans son projet de 2012.

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. Les cinq types d'accords des alinéas 3 et 4 sont dorénavant considérés comme accords qui, en principe, affectent de manière notable la concurrence. Il est important de souligner que ces cinq types d'accords sont des cartels durs, c'est-à-dire particulièrement dommageables pour la concurrence. Le législateur les avait lui-même qualifiés ainsi.

Pour tous les autres accords en matière de concurrence, la jurisprudence du Tribunal fédéral ne change rien. Même les accords durs peuvent toujours être justifiés pour des raisons d'efficacité économique. Dans le cas contraire, ils sont considérés en principe comme illicites. Par conséquent, les autorités de la concurrence et les tribunaux n'ont plus nécessairement besoin de considérer des critères quantitatifs pour définir si un accord dur affecte notablement la concurrence ou pas.

Un accord est illicite en principe de par sa forme, indépendamment des parts de marché ou de la taille de l'entreprise par exemple.

En quoi la nouvelle jurisprudence est-elle positive? Elle apporte une plus grande sécurité aux entreprises, qui savent quels types d'accords sont interdits en principe. Les procédures sont simplifiées, la Comco ne doit plus mener un examen fastidieux du caractère notable des accords durs. Il ne s'agit pas d'un changement de pratique de la Comco comme cela a été dit lors du débat au Conseil des Etats, mais d'une adaptation à la jurisprudence.

Les procédures sont donc aussi plus rapides, ce qui va dans le sens de la motion Fournier 16.4094 transmise au Conseil fédéral, qui vise à une accélération des procédures cartellaires. Enfin, la procédure tend également à devenir moins coûteuse pour les entreprises, puisque les honoraires de la Comco et des avocats sont basés sur le temps investi. Il faut relever que la Comco 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 Comco les considère dans l'analyse des motifs justificatifs ou dans le calcul du montant de la sanction. Il a été dit lors du



débat au Conseil des Etats que la Comco pouvait désormais interdire toute forme de collaboration entre entreprises, même en l'absence d'accords en matière de concurrence. Cette pratique prêterait les PME qui par exemple se regroupent en consortium. Or, cette affirmation n'est pas correcte. Je vous invite à lire le rapport de l'administration préparé à la demande de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des Etats. Ce rapport est public. Les éléments que je vais esquisser y sont détaillés.

AB 2021 N 915 / BO 2021 N 915

La question est de savoir si un consortium est un accord en matière de concurrence, c'est-à-dire s'il vise ou entraîne une restriction de la concurrence. En principe, la réponse est non. Les consortiums ne sont pas assimilés à des accords en matière de concurrence. Au contraire, la coopération favorise en général la concurrence, dans la mesure où elle permet aux entreprises et notamment aux PME, de soumettre une offre, de la concrétiser pour un projet donné. Ils sont donc en principe admissibles sans autre examen. Ils ne tombent donc pas sous le coup de l'article 4 de la loi sur les cartels. Par conséquent, l'article 5 de la loi sur les cartels dont il est question dans la motion ne s'applique pas.

L'arrêt du Tribunal fédéral Gaba/Elmex ne change rien à la pratique; la Commission de la concurrence (Comco) n'a jamais interdit un vrai consortium. Mais il existe des prétendus consortiums qui sont en fait des cartels classiques. Dans ce cas, il s'agit d'accords de soumission dommageables à la concurrence; ceux-ci sont soumis à la loi sur les cartels. Comme auparavant, la Comco ne se penche pas sur les cas de peu d'importance qu'on désigne sous le nom de bagatelle, mais les autorités concentrent leurs ressources sur des accords particulièrement nuisibles à la concurrence.

Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral n'est pas favorable à 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 une perte de la sécurité juridique. Si vous voulez vraiment renforcer la sécurité juridique pour les PME, une adaptation légale en dehors de l'article 5 serait possible. Une proposition de reformuler la motion dans ce sens qui avait d'ailleurs été faite par un représentant du Conseil des Etats. Une formulation plus ouverte de la motion pourrait viser à reprendre les exigences de la motion mais sans référence spécifique à l'article 5. Il s'agirait alors de clarifier au niveau légal le fait que les cas bagatelles ou n'ayant pas d'impact sur la concurrence ne sont pas poursuivis par la Comco. Une telle disposition avait déjà été discutée lors de la précédente révision. Le Conseil des Etats avait proposé une adaptation de l'article 27 de la loi sur les cartels.

Le Conseil fédéral vous recommande donc de ne pas suivre le Conseil des Etats, mais de suivre la minorité de votre commission et de rejeter cette motion.

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 18.4282/22947)

Für Annahme der Motion ... 97 Stimmen

Dagegen ... 88 Stimmen

(4 Enthaltungen)

Präsident (Aebi Andreas, Präsident): Ich möchte einer Ratskollegin und einem Ratskollegen zum Geburtstag gratulieren. Es sind dies Frau Min Li Marti und Herr Peter Schilliger. Herzliche Gratulation! (*Beifall*)