

Liste des participants

Cantons

1. Canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
2. Canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures
3. Canton d'Argovie
4. Canton de Bâle-Campagne
5. Canton de Bâle-Ville
6. Canton de Berne
7. Canton de Fribourg
8. Canton de Glaris
9. Canton des Grisons
10. Canton du Jura
11. Canton de Lucerne
12. Canton de Neuchâtel
13. Canton de Nidwald
14. Canton d'Obwald
15. Canton de Saint-Gall
16. Canton de Schaffhouse
17. Canton de Soleure
18. Canton du Tessin
19. Canton de Thurgovie
20. Canton d'Uri
21. Canton du Valais
22. Canton de Vaud
23. Canton de Zoug
24. Canton de Zurich

Partis Politiques

25. Die Mitte
26. FDP. Die Liberalen
27. Grünliberale Partei Schweiz GLP
28. Schweizerische Volkspartei SVP
29. Sozialdemokratische Partei der Schweiz SP

Autres Organisations et Parties Intéressées

30. Aargauische Industrie- und Handelskammer
31. Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht
32. Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana
33. Auto Tuning & Design Verband Schweiz
34. Bauenschweiz
35. Carron et Botteron
36. Centre Patronal
37. Commission extraparlamentaire Forum PME
38. Constructionvalais
39. Constructionvaud
40. Economiesuisse
41. Fachverband der Schweizerischen Kies- und Betonindustrie
42. Fédération des entreprises romandes
43. Fédération genevoise des métiers du bâtiment
44. Fédération romande des consommateurs
45. Fédération romande des entreprises de charpenterie, d'ébénisterie et menuiserie
46. Fédération Suisse des Avocats
47. Fédération suisse romande des entreprises plâtrerie-peinture
48. Fédération vaudoise des entrepreneurs

49. Gastrosuisse
50. Gebäudehülle Schweiz
51. HotellerieSuisse
52. International Bar Association
53. Konferenz Steine und Erden
54. Konsumentenschutz
55. Lenz & Staehelin
56. metal.suisse
57. National League AG
58. Promarca
59. Schweizerischer Baumeisterverband
60. Scienceindustries
61. spiritsuisse.ch
62. Stiftung KMU
63. Swiss Association for Compliance and Competition Law
64. Swiss automotive aftermarket
65. Swisscom
66. SwissHoldings
67. Swissmem
68. The American Bar Associations's
69. Tribunal administratif fédéral
70. Tribunal fédéral
71. Tribunal pénal fédéral
72. Union suisse des arts et métiers
73. Union suisse des paysans
74. Union syndicale suisse
75. Verband Baustoffrecycling Schweiz
76. Verband freier Autohandel Schweiz
77. Vereins für Wettbewerbsökonomik
78. WEKO
79. Zürcher Handelskammer



Regierungsrat, 9102 Herisau

Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und
Forschung WBF

per E-Mail an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

(PDF- und Wordversion)

Dr. iur. Roger Nobs
Ratschreiber
Tel. +41 71 353 63 51
roger.nobs@ar.ch

Herisau, 4. März 2022

Eidg. Vernehmlassung; Teilrevision des Kartellgesetzes (KG); Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 unterbreitet das Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung einen Vorentwurf des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen bis zum 11. März 2022 zur Vernehmlassung.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

Er unterstützt den Vorentwurf für das Kartellgesetz im Grundsatz.

Als wichtig erachtet der Regierungsrat die Übernahme der international verwendeten SIEC-Tests anstelle der bisherigen Marktbeherrschungstests für die Zusammenschlusskontrolle. Einerseits kommt so ein weiterentwickelter Prüfstandard zur Anwendung und andererseits gelingt damit eine Angleichung an internationales Wettbewerbsrecht.

Der Regierungsrat befürwortet zudem die Stärkung des Kartellzivilrechts für eine effektive Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Damit erhalten auch alle von Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen die Möglichkeit, Schadenersatz zu erhalten.

Zu den einzelnen Artikeln hat der Regierungsrat keine Bemerkungen.



Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates

Dr. iur. Roger Nobs, Ratschreiber



KANTON
APPENZEL INNERRHODEN

Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 11
info@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Per E-Mail an
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Appenzell, 17. Februar 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Teilrevision des Kartellgesetzes zukommen lassen.

Die Standeskommission hat die Unterlagen geprüft. Sie unterstützt die Vorlage.

Das mit dem Kartellgesetz verfolgte Ziel der Zusammenschlusskontrolle zur Verhinderung von zukünftigen Wettbewerbsbeschränkungen wird heute mit dem in der Schweiz bestehenden qualifizierten Marktbeherrschungstest nur ungenügend erreicht. Insbesondere sogenannte unilaterale Effekte wie Preiserhöhungen, Qualitätsverminderungen oder Wettbewerberverdrängungen im Nachgang von Zusammenschlüssen werden heute nicht oder zu wenig berücksichtigt. Die vorgeschlagenen Änderungen, insbesondere der Wechsel auf den in der EU anerkannten Standard des SIEC-Tests, erscheinen zweckmässig und ökonomisch sinnvoll.

Ebenso unterstützt wird die moderate Weiterentwicklung der zivilrechtlichen Möglichkeiten mit der Ausweitung der Aktivlegitimation auf Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand. Dies ist für die Kantone, beispielsweise im Bereich möglicher unzulässiger Submissionsabreden, von Bedeutung.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:


Markus Dörig

Zur Kenntnis an:

- Volkswirtschaftsdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 2, 9050 Appenzell
- Ständerat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell
- Nationalrat Thomas Rechsteiner (thomas.rechsteiner@parl.ch)

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus

Staatssekretariat für Wirtschaft
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

2. März 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 wurden die Kantonsregierungen eingeladen, die Unterlagen zur Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetzes, KG) zu prüfen und dazu Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Möglichkeit und nehmen die Gelegenheit gerne wahr.

Der Regierungsrat begrüsst die vorgeschlagenen Änderungen und stimmt ihnen, unter Vorbehalt der untenstehenden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 1^{bis}, zu. Insbesondere wird begrüsst, dass künftig Unternehmenszusammenschlüsse überprüft werden sollen, die den wirksamen Wettbewerb möglicherweise signifikant behindern, was mit der Einführung des SIEC-Tests erkannt werden kann. Auch unterstützen wir die Stärkung des Kartellzivilrechts, indem neu auch Endkundinnen und Endkunden zur Erhebung von Klagen legitimiert sind, einhergehend mit der Möglichkeit, Schadenersatzforderungen geltend zu machen.

Der Umsetzung der Motion Français stehen wir hingegen kritisch gegenüber. Mit der Motion wird verlangt, dass die tatsächlichen Auswirkungen von Wettbewerbsabreden bereits bei der Prüfung der Frage, ob eine "Erheblichkeit" der Beeinträchtigung vorliegt, berücksichtigt werden.

Das Kartellgesetz hat präventiven Charakter. Insofern erachten wir es als richtig, dass die Kartellbehörde bei Vorliegen bestimmter im Gesetz definierter Abreden, deren Schädlichkeit von Gesetzes wegen vermutet wird (Art. 5 Abs. 3 und 4 KG), eingreifen kann und eingreifen soll. Die Berücksichtigung quantitativer Kriterien ist nach geltendem Recht bei der Frage der Erheblichkeit jedenfalls nicht ausgeschlossen. Dass aber bei der Frage der Erheblichkeit als Aufgreifschwelle neu immer auch eine ökonomische Analyse etwa zur Bestimmung von Marktanteilen erfolgen muss, verkompliziert unseres Erachtens die Kartellverfahren unnötigerweise. Ob solche Abreden tatsächlich schädlich sind, zeigt sich bei der Effizienzprüfung als Kernelement der materiellen Prüfung dessen, ob Wettbewerbsabreden zulässig sind oder nicht.

Wir erachten den neu vorgeschlagenen Art. 5 Abs. 1^{bis} KG aus diesen Gründen als unnötig, möglicherweise sogar als kontraproduktiv, analog der Auffassung des Bundesrats im erläuternden Bericht (vgl. Seiten 16 f.), und lehnen ihn deshalb ab.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Alex Hürzeler
Landammann

Joana Filippi
Staatsschreiberin

Kopie

- wp-sekretariat@seco.admin.ch

Regierungsrat, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF

Per Mail an wp-sekretariat@seco.admin.ch

Liestal, 15. Februar 2022
VGD/StaFö/TS

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG), Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 haben Sie uns eingeladen, im Rahmen der Vernehmlassung betreffend Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) Stellung zu nehmen. Wir danken dafür und lassen Ihnen folgende Rückmeldung zukommen.

Die Merkmale auf den Märkten haben sich in den letzten Jahren durch die zunehmende Digitalisierung stark verändert. Daher haben sich auch die Regulierungsanforderungen zur Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs gewandelt. Zusätzlich gilt es, diverse Vorstösse aus den eidgenössischen Räten umzusetzen. Der Bundesrat schlägt nun mit der Teilrevision des Kartellgesetzes im wesentlichen folgende Anpassungen vor: Eine Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle und ein Wechsel zum SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition); eine Stärkung des Kartellzivilrechts; eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens; die Einführung von Ordnungsfristen beim Verwaltungsverfahren; die Einführung von Parteientschädigungen; die Revision von Art. 5 KG zu den besonders schädlichen Wettbewerbsabreden.

Aus unserer Sicht sind die allermeisten Anpassungen zweckmässig. Auch eine Angleichung an die Regelungen und Verfahren der EU sind aus unserer Sicht angebracht. Wir stehen einzig der Revision von Art. 5 KG kritisch gegenüber. Die Anpassung resp. die Ergänzung, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede stets anhand qualitativer und quantitativer Kriterien und einzelfallweise geprüft werden muss, schwächt die angestrebten positiven Auswirkungen der anderen Revisions-elemente erheblich und unverhältnismässig stark. Es entsteht Rechtsunsicherheit, die Verfahrensdauern bleiben lang, und aus gesamtwirtschaftlicher Optik ist mit abnehmendem Wettbewerb und in der Folge allenfalls mit steigenden Preisen zu rechnen. Aus diesen Gründen lehnen wir die Revision von Art. 5 KG ab.

Die anderen Elemente der Teilrevision des Kartellgesetzes können wir befürworten.

Hochachtungsvoll



Thomas Weber
Regierungspräsident



Elisabeth Heer Dietrich
Landschreiberin



Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 80 54
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Per E-Mail an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Basel, 15. Februar 2022

Regierungsratsbeschluss vom 15. Februar 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 haben Sie den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt zu einer Stellungnahme zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) eingeladen.

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt begrüsst die geplante Änderung des Kartellgesetzes in weiten Teilen. Er befürwortet die wirksamere Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen, besonders die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle, die Stärkung des Kartellzivilrechts, sowie die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Diese Verbesserungen sind wegen der zunehmenden Digitalisierung der Wirtschaft und der damit verbundenen Tendenz zur Dominanz einzelner Anbieter wichtige Punkte der Revision. Weiter unterstützt der Regierungsrat die Einführung von Ordnungsfristen und potenziellen Parteientschädigungen.

Als kritisch erachtet der Regierungsrat jedoch die vorgeschlagene Anpassung von Artikel 5 KG zur Berücksichtigung von quantitativen und qualitativen Kriterien bei Wettbewerbsabreden. Diese Anpassung gefährdet das wesentliche Ziel einer wirksameren Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen. Der Regierungsrat bittet das SECO zu prüfen, ob sich der angestrebte Schutz der Zusammenarbeit von Unternehmen auf anderem Weg sicherstellen lässt.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen steht Ihnen gerne das Amt für Wirtschaft und Arbeit, Samuel Hess (samuel.hess@bs.ch, Tel. 061 267 85 38), zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt

Beat Jans
Regierungspräsident

Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



Regierungsrat

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
info.regierungsrat@be.ch
www.be.ch/rr

Staatskanzlei, Postfach, 3000 Bern 8

Herr Bundesrat
Guy Parmelin
Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung
Bundeshaus Ost
3003 Bern

wp-sekretariat@seco.admin.ch

RRB Nr.:

- 198 / 2022

2. März 2022

Direktion: Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion

Klassifizierung: Nicht klassifiziert

Vernehmlassung des Bundes: Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) Stellungnahme des Kantons Bern

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Das Kernelement der Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) bildet die Modernisierung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle. Der Prüfstandard der Wettbewerbskommission (WEKO) wird der internationalen Praxis angepasst und ermöglicht es somit, schädliche Konzentrationstendenzen auf Zuliefer- und Absatzmärkten von KMU besser zu berücksichtigen.

Der Regierungsrat begrüsst das verbesserte Widerspruchsverfahren, durch das Unternehmen frühzeitig Planungssicherheit über allenfalls kartellrechtlich heikle Verhaltensweisen erhalten werden und stimmt der Vorlage ohne weitere Bemerkungen zu.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Beatrice Simon
Regierungspräsidentin

Christoph Auer
Staatsschreiber

Verteiler

– Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48
www.fr.ch/ce

PAR COURRIEL

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Courriel : wp-sekretariat@seco.admin.ch

Fribourg, le 18 janvier 2022

2022-45

Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart)

Monsieur le Conseiller fédéral,

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de prendre position sur la révision partielle de la loi sur les cartels (LCart).

Le Conseil d'Etat a pris connaissance avec intérêt du projet de révision susmentionné qui vise à préserver et à encourager globalement l'efficacité de la concurrence au sens d'un ordre orienté vers une économie de marché libérale. Il adhère tant à l'analyse du contexte qu'aux objectifs généraux formulés en lien avec la révision, à savoir améliorer l'effet préventif de la LCart, renforcer la sécurité juridique et augmenter l'efficacité de la mise en œuvre de la loi.

En ce qui concerne les orientations générales du projet, le Conseil d'Etat note avec satisfaction qu'une importance prépondérante est accordée à la modernisation de la loi dans une perspective de convergence avec les standards internationaux et notamment européens. Il soutient cette harmonisation du cadre normatif suisse avec les normes internationales ; elle reflète en effet les besoins d'une économie toujours plus numérisée et transfrontalière et apporte donc une amélioration significative par rapport à la situation actuelle. De plus, les modifications proposées sont susceptibles d'améliorer les conditions cadres de l'économie suisse tout en évitant des distorsions de concurrence.

Le Conseil d'Etat est conscient des nouvelles exigences liées à la transformation numérique de l'économie et de l'impératif de lutter contre les abus de position dominante. Dans ce contexte, il est pertinent d'adopter le test *Significant Impediment to Effective Competition* (SIEC) comme nouvelle procédure standard pour améliorer le contrôle de concentration. Le test est bien plus complet que l'existant et répond par ailleurs à la nécessité de renforcer les instruments de contrôle *ex ante*, conformément aux exigences liées à la transformation numérique de l'économie et l'émergence rapide de nouveaux acteurs dominants. En outre, la modification proposée à l'art. 9, al. 1 bis LCart devrait permettre d'éviter les doublons qui occasionnent des efforts et des frais superflus aux entreprises et aux autorités concernées. Cela peut représenter un atout supplémentaire pour la place économique suisse.

En ce qui concerne l'introduction d'indemnités pour les coûts des procédures administratives, le Conseil d'Etat estime que celles-ci peuvent se justifier en raison de la nature onéreuse de ces démarches. Il note toutefois que selon le modèle proposé, les procédures liées au droit de concurrence auront un traitement différencié par rapport à d'autres procédures administratives.

Enfin, le Conseil d'Etat suggère de mieux clarifier l'art. 5 LCart, qui met en œuvre la motion 18.4282 Français, afin de garantir que les deux types de critères prévus (qualitatif et quantitatif) soient pris en compte de manière efficace dans l'examen de l'illicéité d'un accord. En effet, le Conseil d'Etat craint que la formulation de cette disposition, délibérément ouverte, n'induisse une charge de travail plus élevée pour les autorités de la concurrence et les tribunaux, et en définitive une plus grande insécurité juridique pour les entreprises. De surcroît, l'art. 5 LCart proposé introduit un écart avec les standards internationaux et notamment avec la législation européenne, de manière contraire aux principes généraux qui ont présidé à la présente modification de loi. Il convient donc de veiller à une mise en œuvre aussi souple et légère que possible de la disposition en question.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'expression de nos respectueuses salutations.

Au nom du Conseil d'Etat :

Olivier Curty, Président



Olivier Curty

Signature électronique qualifiée - Droit suisse

Danielle Gagnaux-Morel, Chancelière d'Etat



Danielle Gagnaux-Morel

Signature électronique qualifiée - Droit suisse

L'original de ce document est établi en version électronique

Copie

—
à la Direction de l'économie et de l'emploi ;
à la Chancellerie d'Etat.

Regierungsrat
Rathaus
8750 Glarus

An das Eidgenössische Departement
für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WBF

Glarus, 22. Februar 2022
Unsere Ref: 2021-233

Vernehmlassung i. S. Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Hochgeachteter Herr Bundespräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gab uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir, verzichten jedoch im Rahmen dieser Vernehmlassung auf eine Äusserung.

Genehmigen Sie, hochgeachteter Herr Bundespräsident, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Freundliche Grüsse

Für den Regierungsrat


Marianne Lienhard
Landammann

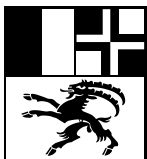

Hansjörg Dürst
Ratsschreiber

E-Mail an (PDF- und Word-Version):
- wp-sekretariat@seco.admin.ch

Die Regierung
des Kantons Graubünden

La Regenza
dal chantun Grischun

Il Governo
del Cantone dei Grigioni



Sitzung vom
8. März 2022

Mitgeteilt den
9. März 2022

Protokoll Nr.
202/2022

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

per E-Mail an:

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) – Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 24. November 2021 in erwähnter Sache und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

I. Allgemeine Ausführungen

Ein funktionierender Wettbewerb ist eine zentrale Voraussetzung für ein hohes Produktivitätswachstum der Unternehmen und damit ihrer Wettbewerbsfähigkeit. Gerade weil die Schweiz einen relativ kleinen Binnenmarkt hat, gilt es, die Regulierung so auszugestalten, dass ein dynamischer Wettbewerb möglich ist und die Wettbewerbsbehörden mit adäquaten Instrumenten ausgestattet sind, um volkswirtschaftlich schädliche Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern.

Der Bundesrat sieht die Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere

Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) als bedeutende Massnahme zur Stärkung unseres Wirtschaftsstandorts und zur Erhöhung der Wettbewerbsdynamik im Binnenmarkt.

Die Regierung des Kantons Graubünden teilt im Grundsatz diese Auffassung.

II. Ausführungen zu den einzelnen Elementen

Das Kernelement der vorliegenden Teilrevision des KG bildet die Modernisierung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle. Durch den Wechsel vom heutigen qualifizierten Marktbeherrschungstest zum Significant Impediment to Effective Competition-Test (SIEC-Test) wird der Prüfstandard der Wettbewerbskommission (WEKO) der internationalen Praxis angepasst. Dadurch können Zusammenschlüsse untersagt oder mit geeigneten Auflagen versehen werden, wenn sie zu einer signifikanten Behinderung des Wettbewerbs führen. Gemäss dem heutigen Prüfstandard ist dies erst möglich, wenn durch einen Zusammenschluss der wirksame Wettbewerb vollständig beseitigt wird. Relevant werden deshalb die Auswirkungen auf den Wettbewerb sein, auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle. Das ist auch wichtig angesichts der zunehmend digitalisierten Märkte.

Neben der Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle sollen die vorgeschlagenen Elemente der Vernehmlassungsvorlage auch das Kartellzivilrecht und das Widerspruchsverfahren verbessern. Die Anwendung des Kartellzivilrechts soll erleichtert werden, vor allem damit auch geschädigte Endkundinnen und -kunden vor einem Zivilgericht klagen können. Das verbesserte Widerspruchsverfahren soll es den Unternehmen ermöglichen, frühzeitig Planungssicherheit über allenfalls kartellrechtlich heikle Verhaltensweisen zu erhalten. Die weiteren Änderungen betreffen das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren und die Erheblichkeitsprüfung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen.

Aus Sicht der Regierung des Kantons Graubünden ist insbesondere die mit der Revisionsvorlage verfolgte Stärkung des Kartellzivilrechts von erheblicher Bedeutung. Heute ist das Kartellzivilrecht in der Schweiz kaum entwickelt. Die Hürden für die Geltendmachung eines Schadens sind – gerade auch für Vergabestellen – im internationalen Vergleich übermässig hoch. Nicht ohne Grund sind deshalb im Ausland

(z.B. Deutschland, Niederlande, Vereinigtes Königreich) Schadenersatzklagen im Gegensatz zur Schweiz üblich, die sich auf eine verwaltungsrechtliche Entscheidung der Kartellbehörden stützen (sog. follow-on-Klagen).

Im Bereich des Kartellzivilrechts gelang es bekanntermassen dem Kanton Graubünden im Jahr 2019 im Zuge der WEKO-Entscheide betreffend die Bündner Baubranche schweizweit erstmalig, für sich und für viele betroffene Gemeinden mit den involvierten Bauunternehmen Vergleichszahlungen abzuschliessen. Dies wäre mit grösster Sicherheit kaum möglich gewesen, wenn die WEKO den betroffenen Unternehmen nicht eine spürbare Sanktionsreduktion bei Leistung einer Ausgleichszahlung an die "Kartellopfer" in Aussicht gestellt hätte. Vor diesem Hintergrund ist es sehr zu begrüssen, dass neu mit Art. 49a Abs. 5 KG eine explizite gesetzliche Regelung für die Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der kartellrechtlichen Sanktionsbemessung für die Wettbewerbsbehörde geschaffen wird. Mit den im Kanton Graubünden unter Mitwirkung der WEKO zustande gekommenen aussergerichtlichen Vergleichen konnten letztlich Kanton und Gemeinden weitgehend schadlos gehalten und Wettbewerb, Vertrauen sowie Rechtssicherheit wiederhergestellt werden. Eine langjährige Vergabeblockade bei Baubeschaffungen der öffentlichen Hand mit grossen volkswirtschaftlichen Konsequenzen für den gesamten Kanton wurde dadurch vermieden.

Eine weitere wichtige Neuerung stellt die Ausdehnung der Klagelegitimation im Zivilverfahren dar. Durch den revidierten Art. 12 KG wären neu alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen zur Zivilklage legitimiert, also auch öffentliche Auftraggeber. In diesem Zusammenhang stellt auch der geplante Verjährungsstillstand von zivilrechtlichen Schadenersatzforderungen während des laufenden verwaltungsrechtlichen Untersuchungsverfahrens (Art. 12a KG) eine bedeutende Neuerung dar. Bis anhin war der zivilrechtliche Weg für Geschädigte aufgrund der kurzen Verjährungsfristen des Obligationenrechts bzw. der teilweise sehr langen Untersuchungsverfahren der WEKO kaum erfolgsversprechend, weil allfällige Schadenersatzansprüche infolge Zeitablaufs bereits untergegangen wären. Mit der angestrebten Teilrevision dürfte sich das nun ändern. Die öffentliche Hand erhält somit erstmalig ein wirksames Instrument, um bei Kartellabsprachen ihre Interessen als Geschädigte auf zivilrechtlichem Weg wahrnehmen zu können.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Ausführungen.

Freundliche Grüsse



Namens der Regierung

Der Präsident:

Marcus Caduff

Der Kanzleidirektor:

Daniel Spadin

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Secrétariat d'Etat à l'économie – SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Par courriel : wp-sekretariat@seco.admin.ch

Delémont, le 8 mars 2022

Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart)

Madame, Monsieur,

Le Gouvernement jurassien a pris connaissance avec intérêt de la révision de la LCart mise en consultation.

De manière générale, il partage les propositions de modification de la LCart. Elles tiennent compte de l'évolution de l'économie vers le numérique et permettent aussi aux cantons et aux communes d'agir en justice, notamment sur des questions relatives à des accords de soumission.

Il salue également le passage au test SIEC ainsi que les simplifications envisagées pour éviter le risque de doublons entre les enquêtes menées dans l'Union européenne et en Suisse dans les cas de concentrations internationales.

Le Gouvernement accueille aussi favorablement l'introduction de délais d'ordre dans les procédures administratives. La durée moyenne de huit ans, de l'ouverture d'une enquête par la COMCO jusqu'à la décision de dernière instance, telle qu'évoquée dans le rapport de consultation, est bien trop longue. La ramener à cinq ans au maximum est donc raisonnable.

Il partage enfin l'avis du Conseil fédéral sur le flou juridique qui entoure l'alinéa 1bis de l'article 5 et sur la majoration des prix que pourraient subir les entreprises, les collectivités publiques et les consommateurs. En effet, cette disposition, réalisant la motion 18.4282 Français adoptée par les Chambres fédérales, va dans une direction opposée aux clarifications et aux simplifications proposées. Il ne peut donc pas souscrire à cet alinéa et espère vivement que le Parlement reviendra sur sa décision.

En vous remerciant d'avoir sollicité son avis, le Gouvernement vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de ses sentiments distingués.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


David Eray
Président




Jean-Baptiste Maître
Chancelier d'Etat



Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement

Bahnhofstrasse 15
Postfach 3768
6002 Luzern
Telefon 041 228 51 55
buwd@lu.ch
www.lu.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

E-Mail an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Luzern, 18. Februar 2022

Protokoll-Nr.: 249

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Namen und Auftrag des Regierungsrates teile ich Ihnen mit, dass wir dem Entwurf des revidierten Kartellgesetzes grundsätzlich zustimmen. Inhaltlich möchten wir im Folgenden zu einzelnen Bestimmungen explizit Stellung nehmen:

Artikel 10 VE-KG

Die Übernahme des in der EU verwendeten Prüfungskonzepts SIEC hat eine Stärkung des Wettbewerbs zur Folge. Fusionen sollen unzulässig sein, wenn sie zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs führen und nicht erst dann, wenn der wirksame Wettbewerb vollständig beseitigt wird.

Artikel 12 ff. VE-KG

Wir begrüssen die Ausdehnung der zivilrechtlichen Klagelegitimation auf alle von Wettbewerbsbeschränkungen Betroffene. Dass es sich dabei nicht um Popularbeschwerden handeln darf, geht aus dem erläuternden Bericht zu diesem Artikel hervor. So reichen beispielsweise ideelle Interessen nicht für eine Aktivlegitimation aus. Wie sich die Stärkung des kartellrechtlichen Zivilrechts – insbesondere infolge der in Artikel 12a VE-KG enthaltenen Verjährungsunterbrechung – in der Praxis auswirken wird, wird sich zeigen.

Artikel 44a VE-KG

Wir haben Verständnis für die vorgeschlagene Einführung von Ordnungsfristen in Artikel 44a VE-KG. Ob Behörden und Gerichte Möglichkeiten haben, ohne Einschränkung der Verfahrensrechte der Parteien die Verfahren zu beschleunigen und seriöse Abklärungen durchzuführen, wird sich zeigen. Nachdem die Nichteinhaltung von Ordnungsfristen keine Folgen hat, kann diese sowieso höchstens ein Indiz für eine Verletzung des Beschleunigungsgebots bilden.

Artikel 53b VE-KG

Wir begrüssen die Schaffung einer Grundlage zur Einführung von Parteientschädigungen ab dem erstinstanzlichen Verfahren. Wer unschuldig in ein Verfahren verwickelt wird, hat oftmals grosse Anstrengungen zur eigenen Verteidigung zu unternehmen, was insbesondere KMU

finanziell erheblich belasten kann. Wird das Verfahren eingestellt, erachten wir eine Entschädigung als sachgerecht.

Freundliche Grüße



Fabian Peter
Regierungsrat



LE CONSEIL D'ÉTAT

DE LA RÉPUBLIQUE ET
CANTON DE NEUCHÂTEL

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart) – procédure de consultation

Monsieur le conseiller fédéral,

Nous vous remercions de nous consulter dans le cadre de la procédure mentionnée sous objet.

Le projet qui nous est soumis est ambitieux dans la mesure où il élargit sensiblement le périmètre de la loi sur les cartels pour ne plus prendre seulement en considération les concentrations qui constituent une entrave significative à la concurrence, mais aussi les mesures qu'une entreprise peut prendre dans des marchés concentrés, pour modifier les conditions du marché en raison d'une diminution de la pression concurrentielle (hausse de prix, baisses de qualité, etc.), lesquelles constituent ainsi aussi des distorsions du marché.

Nous sommes favorables aux modifications proposées et partageons pleinement les objectifs exprimés dans le rapport explicatif selon lequel « la réglementation proposée permettra de rapprocher le droit suisse des cartels des normes internationales (UE, États-Unis, etc.) » et qu'elle constituera « un atout supplémentaire pour le positionnement de notre place économique ».

Sous l'angle du test SIEC, il s'agira effectivement de faire aussi en sorte que « la vaste pratique de l'UE liée à ce test (notamment les lignes directrices de la Commission européenne) » puisse être reprise par la Suisse, de façon à assurer une sécurité juridique avec nos partenaires économiques européens et à faciliter la vie à nos entreprises. Il va de soi que notre droit national, dans une économie mondialisée doit être en phase avec ce que font nos voisins européens surtout lorsque nous partageons les mêmes préoccupations.

Plus en détail, nous nous posons la question de savoir si le Code des obligations (CO) ou la Loi sur les fusions (LFus) ne devraient pas prévoir qu'en cas de concentration au sens de la Loi sur les cartels, le système de contrôle interne des risques devrait aussi porter sur le respect du principe du test SIEC. Cette exigence pourrait inciter les entreprises à saisir la COMCO *ex ante*, renforçant ainsi le recours à cette procédure « préventive » et permettant d'éviter plus encore des conflits devant la COMCO ou devant les Tribunaux cantonaux.

Enfin, en lien avec la systématique de la loi, ne s'agirait-il pas d'examiner, en raison du rapprochement des matières, si la loi sur la concurrence déloyale et la loi sur les cartels ne devraient pas être réunies en une seule et même loi ?

En vous remerciant encore de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Monsieur le conseiller fédéral, à l'assurance de notre très haute considération.

Neuchâtel, le 9 février 2022

Au nom du Conseil d'État :

Le président,
L. FAVRE

La chancelière,
S. DESPLAND





KANTON
NIDWALDEN

LANDAMMANN UND
REGIERUNGSRAT

Dorfplatz 2, Postfach 1246, 6371 Stans
Telefon 041 618 79 02, www.nw.ch

CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

PER E-MAIL

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung
Herr Bundesrat Guy Parmelin
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
staatskanzlei@nw.ch
Stans, 15. Februar 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes. Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 24. November 2021 haben Sie uns eingeladen, zur Teilrevision des Kartellgesetzes Stellung zu nehmen. Wir bedanken uns für die Gelegenheit dazu.

Wir unterstützen die Stossrichtung des Bundes und sind mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf einverstanden. Insbesondere begrüßen wir die mit den Anpassungen verbundene verbesserte Planungssicherheit bei den Unternehmen.

Wir danken für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse
NAMENS DES REGIERUNGSRATES

Karin Kayser-Frutschi
Landammann



lic. iur. Armin Eberli
Landschreiber

Geht an:

- wp-sekretariat@seco.admin.ch



CH-6061 Sarnen, Postfach 1562, Staatskanzlei

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF,
Bundeshaus Ost, 3003 Bern

per E-Mail an:

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen: OWSTK.4220
Unser Zeichen:

Sarnen, 8. März 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat, *Chen Guy*
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 geben Sie uns die Möglichkeit, zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG; SR 251) Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen.

Allgemeine Bemerkungen zur Vorlage

Im Vergleich zur Revision von 2014 fällt die aktuelle Teilrevision deutlich kleiner aus. Das damalige Vorhaben hatte unter anderem auch die Institutionenreform und die Einführung von strafmildernden Compliance-Programmen berücksichtigt. Leider scheiterte die Vorlage damals im eidgenössischen Parlament. Die damals diskutierten Themen sind heute aktueller denn je und die Teilrevision des Kartellgesetzes wird deshalb begrüsst.

Das mit dem Kartellgesetz verfolgte Ziel der Zusammenschlusskontrolle zur Verhinderung von zukünftigen Wettbewerbsbeschränkungen wird heute mit dem in der Schweiz bestehenden qualifizierten Marktbeherrschungstest nur ungenügend erreicht. Insbesondere sogenannte unilaterale Effekte wie Preiserhöhungen, Qualitätsvermindierungen oder Wettbewerbsverdrängungen im Nachgang von Zusammenschlüssen werden heute nicht oder zu wenig berücksichtigt. Die vorgeschlagenen Änderungen, insbesondere der Wechsel auf den in der EU anerkannten Standard des SIEC-Tests, erscheinen zweckmässig und ökonomisch sinnvoll.

Einzelbemerkungen

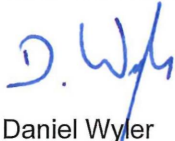
Der Regierungsrat des Kantons Obwalden lehnt die Ausdehnung der Aktivlegitimation zur Zivilklage auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen ab, insbesondere auch auf Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand (Art. 12 VE-KG). Diese Änderung ist unverhältnismässig und könnte zu einer markanten Zunahme der anhängig gemachten Prozesse vor den Zivilgerichten führen. Da es sich dabei regelmässig um sehr aufwendige Prozesse handelt, würde dies für die Kantone zu erheblichen Mehrkosten führen, da die Personalressourcen der Gerichte entsprechend erhöht werden müssten.

Ebenfalls abgelehnt wird die Einführung von Ordnungsfristen in Art. 44a VE-KG. Zwar wäre eine Beschleunigung der Verfahren sinnvoll. Es müssen aber auch die Verfahrensrechte der Parteien (z.B. im Beweisverfahren und beim unbedingten Replikrecht) gewahrt werden. Ferner dürfen bei der Qualität der Entscheide keine Abstriche gemacht werden, was in vielen Fällen wohl nicht mehr gewährleistet wäre, wenn die Ordnungsfristen eingehalten werden müssten.

Wir danken Ihnen, sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats



Daniel Wyler
Landammann



Nicole Frunz Wallimann
Landschreiberin



Regierung des Kantons St.Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St.Gallen

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 74 44
info.sk@sg.ch

St.Gallen, 7. März 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes; Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 24. November 2021 laden Sie uns zur Vernehmlassung zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz [SR 251; abgekürzt KG]) bis zum 11. März 2022 ein. Wir danken für diese Gelegenheit und nehmen gern wie folgt Stellung:

Wir begrüssen im Grundsatz die vorgelegte Teilrevision des Kartellgesetzes. Insbesondere die Berücksichtigung zivilrechtlicher Entschädigungsleistungen bei der Sanktionsbemessung sowie die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens sind sinnvolle Massnahmen, um die Wirksamkeit des Kartellgesetzes zu verbessern. Allerdings reichen diese Revisionspunkte nicht aus, um dem aus wirtschaftlicher Sicht bestehenden Reformstau des Kartellrechts ausreichend zu begegnen. Für die bevorstehende Revision des Kartellgesetzes wäre eine umfangreichere Revisionsvorlage angezeigt. So sollen auch Themen aufgegriffen werden, die im Rahmen der letztmaligen Revision kontrovers diskutiert worden sind, wie beispielsweise die Institutionenreform und die Einführung von strafmildernden Compliance-Programmen. Dabei gilt es, unter Einbezug der Interessenvertretenden, die damaligen Gründe für die politische Ablehnung aufzuarbeiten und allenfalls neue, modifizierte Vorschläge zu entwickeln, die sowohl die wirtschaftlichen Anliegen berücksichtigen und gleichzeitig politisch mehrheitsfähig sind.

Gern gehen wir im Folgenden näher auf einige Punkte ein:

- Die im Rahmen der Teilrevision geforderte Ausdehnung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen, insbesondere auch auf Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand, erscheint auf den ersten Blick sinnvoll. Bei genauerer Betrachtung ist allerdings darauf hinzuweisen, dass eine Ausdehnung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes vor dem Hintergrund, dass keine Möglichkeit zu einer Verbands- oder Sammelklage besteht, nicht sinnvoll ist. Klagen einzelner Endkundinnen oder -kunden erscheinen als wenig zielführend. Dies gilt es im Rahmen der Revision zu hinterfragen.



- Wie einleitend erwähnt, sollen in der vorliegenden Teilrevision auch die in der letztmaligen Revision kontrovers diskutierten Themen – die Institutionenreform und die strafmildernden Compliance-Programme – in angemessener Art und Weise aufgegriffen werden.

Eine aus wirtschaftlicher Sicht erstrebenswerte Institutionenreform sollte sich im Grundsatz an den nachfolgenden Aspekten orientieren: Die Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit sowie der Rechtsstaatlichkeit sollten die Grundpfeiler der Reformarbeiten markieren. Ausgangspunkt der Umgestaltung sollte dabei die konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene darstellen. Es gilt die Verflechtung zwischen der Wettbewerbskommission (WEKO) und ihrem Sekretariat und die damit einhergehenden rechtsstaatlichen Unzulänglichkeiten zu eliminieren oder zumindest zu reduzieren. Zudem sollte im Zentrum der Reformierungsbestrebungen die Beschleunigung der Verfahren – sowohl von der WEKO wie auch den Gerichten – stehen. Im Sinn der Rechtssicherheit sollte ein erster Entscheid innert zwölf Monaten nach Abschluss der Untersuchung vorliegen. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass mit der Neugestaltung der institutionellen Strukturen kein wesentlicher finanzieller Mehrbedarf einhergehen darf. Zu beachten gilt auch, dass die fortschreitende Digitalisierung und die damit für das Kartellrecht einhergehenden Herausforderungen ebenfalls ein Argument für eine weitgehende Professionalisierung der Wettbewerbsbehörde darstellen.

Strafmildernde Compliance-Programme basieren auf dem Verschuldensprinzip und sollen einen Anreiz für präventive Massnahmen gegen Verletzungen des Kartellrechts bieten. Gemäss vorliegendem Vorschlag können Unternehmen nur dann auf eine Sanktionsminderung hoffen, wenn sie ein wirksames und angemessenes Compliance-Programm vorweisen können. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, welche konkreten Anforderungen an die entsprechenden Massnahmen gestellt werden. Die Ausführungen in der Botschaft lassen klar definierte Compliance-Massstäbe vermissen. Auch wenn die Ausgestaltung effizienter Massnahmen zweifelsohne von den individuellen Eigenschaften eines Unternehmens abhängen, wären gewisse konkrete Mindestvorgaben im Sinn der Rechtssicherheit geboten.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Im Namen der Regierung


Marc Mächler
Präsident


Dr. Benedikt van Spyk
Staatssekretär



Zustellung auch per E-Mail (pdf- und Word-Version) an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Kanton Schaffhausen
Regierungsrat
Beckenstube 7
CH-8200 Schaffhausen
www.sh.ch



Telefon +41 (0)52 632 71 11
Fax +41 (0)52 632 72 00
staatskanzlei@sh.ch

Regierungsrat

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung
WBF

per E-Mail an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Schaffhausen, 18. Januar 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG); Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 haben Sie uns den Entwurf in obgenannter Angelegenheit zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir bedanken uns für diese Möglichkeit und nehmen dazu gerne Stellung.

Grundsätzlich begrüssen wir die vorgeschlagenen Änderungen. Hinsichtlich der vorgesehenen Stärkung des Kartellzivilrechts ist indes zu bemängeln, dass Schätzungen zu einem allfälligen Mehraufwand für die kantonalen Zivilgerichte fehlen.

Für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Stellungnahme danken wir Ihnen.

Freundliche Grüsse
Im Namen des Regierungsrates



Die Präsidentin:

C. Stamm Hurter

Cornelia Stamm Hurter

Der Staatsschreiber:

Bilger

Dr. Stefan Bilger



Staatssekretariat für Wirtschaft
SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

8. März 2022

Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Vorsteher des Eidgenössischen Departementes für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF, hat mit Schreiben vom 24. November 2021 die Kantone zur Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) eingeladen. Dazu nehmen wir gerne wie folgt Stellung.

Mit der Revision des Kartellgesetzes verfolgt der Bundesrat das Ziel, die Zusammenschlusskontrolle zu modernisieren. So schlägt er vor, den qualifizierten Marktbeherrschungstest durch den unter anderem in der EU verwendeten SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition) zu ersetzen. Dieser Test kann die Besonderheiten der digitalen Märkte besser berücksichtigen und bietet die Möglichkeit, Zusammenschlüsse zu verbieten, die keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Durch die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle darf eine gewisse Intensivierung des Wettbewerbs erwartet werden.

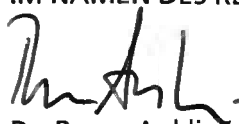
Daneben soll mit der Teilrevision des Kartellgesetzes die Stärkung des Kartellzivilrechts sowie die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens angestrebt werden. Dadurch soll eine bessere Wirksamkeit und Umsetzung des Kartellgesetzes ermöglicht werden.

Wir sind mit der vorgeschlagenen Zielsetzung der Teilrevision des Kartellgesetzes grundsätzlich einverstanden. Zu den einzelnen Bestimmungen haben wir keine Anmerkungen.

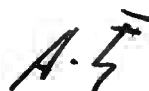
Für die Möglichkeit, eine Stellungnahme abgeben zu dürfen, bedanken wir uns.

Mit freundlichen Grüssen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES



Dr. Remo Ankli
Landammann



Andreas Eng
Staatsschreiber

Numero
6404

fr

0

Bellinzona
22 dicembre 2021

Consiglio di Stato
Piazza Governo 6
Casella postale 2170
6501 Bellinzona
telefono +41 91 814 41 11
fax +41 91 814 44 35
e-mail can@ti.ch
web www.ti.ch

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Segreteria di Stato dell'economia SECO
Direzione politica economica
Holzikofenweg 36
3003 Berna

Invio per posta elettronica:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Procedura di consultazione sulla Revisione parziale della legge sui cartelli (LCart)

Gentili signore,
egregi signori,

vi ringraziamo per l'invito a prendere posizione in merito alla consultazione in oggetto.

A tale proposito vi informiamo che non abbiamo particolari osservazioni da formularvi. Accogliamo infatti favorevolmente quanto proposto in relazione alla modernizzazione del sistema svizzero di controllo delle concentrazioni di imprese, che garantisce alla Svizzera non solo di adeguarsi alla prassi internazionale ma di garantire al contempo il fondamentale principio della concorrenza leale.

Ringraziandovi per la preziosa opportunità accordata di esprimerci in materia, vogliate gradire, gentili signore ed egregi signori, l'espressione della nostra stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente


Manuele Bertoli

Il Cancelliere


Arnoldo Coduri

Copia a:

- Consiglio di Stato (di-dir@ti.ch; dss-dir@ti.ch; decs-dir@ti.ch; dt-dir@ti.ch; dfe-dir@ti.ch; can-sc@ti.ch)
- Divisione dell'economia (dfe-de@ti.ch)
- Deputazione ticinese alle camere federali (can-relazioniesterne@ti.ch)
- Pubblicazione in internet

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches Departement für
Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF)
Herr Guy Parmelin
Bundesrat
3003 Bern

Frauenfeld, 8. März 2022

150

Entwurf für die Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Entwurf für die Teilrevision des Kartellgesetzes (KG). Wir sind mit der vorgeschlagenen Teilrevision einverstanden.

Mit freundlichen Grüssen

Die Präsidentin des Regierungsrates



Der Staatsschreiber





Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG); Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit E-Mail vom 24. November 2021 haben Sie den Regierungsrat des Kantons Uri eingeladen, zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG; SR 251) Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für diese Möglichkeit.

Der Regierungsrat begrüsst im Grundsatz die vorgeschlagenen Änderungen, die zum Ziel haben, die Wirksamkeit der Anwendung des Kartellgesetzes zu verbessern.

In Bezug auf die vorgeschlagene Ergänzung des Artikels 5 erklärt sich der Regierungsrat mit dem Anliegen der Motion Français und der Mehrheit der eidgenössischen Räte einverstanden. So sollen Abreden nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 nicht per se eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellen, sondern es sollen auch quantitative Kriterien berücksichtigt werden, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen. Das Ziel einer Revision des Artikels muss es sein, die diesbezügliche Rechtssicherheit für Unternehmen zu erhöhen. Wie der Bundesrat in seinem erläuternden Bericht jedoch festhält, könnte sich mit der vorgeschlagenen Formulierung die Rechtsunsicherheit vergrössern und zu einer Mehrbelastung der Wettbewerbsbehörden und Gerichte führen. Der Regierungsrat bittet den Bund daher, Alternativen zu prüfen, wie das Anliegen der Motion Français aufgenommen werden kann, ohne die Rechtsunsicherheit für Unternehmen zu erhöhen.

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Altdorf, 11. März 2022



Im Namen des Regierungsrats

Der Landammann

Der Kanzleidirektor

Urban Camenzind

Roman Balli



2022.00555

P.P. CH-1951
Sion

Poste CH SA

Monsieur Guy Parmelin
Conseiller fédéral
Chef du Département fédéral de l'économie,
de la formation et de la recherche
Palais fédéral est
3003 Berne



Notre réf. SICT

Date 16 février 2022

Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart) – Procédure de consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,

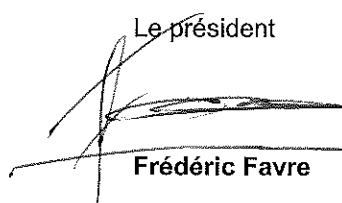
Le Conseil d'Etat du Canton du Valais a pris connaissance du projet de révision partielle de la loi sur les cartels soumis à consultation. Il vous remercie de l'opportunité qui lui est offerte de faire valoir son point de vue et vous transmet les remarques suivantes.

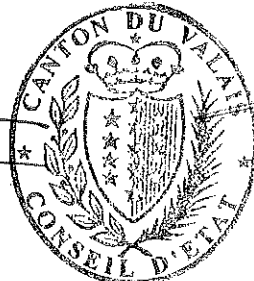
Tout d'abord, nous tenons à saluer la proposition visant à remplacer le test de dominance qualifié prévu actuellement par la Loi sur les cartels par le test SIEC (« *Significant Impediment to Effective Competition* ») utilisé notamment dans la plupart des pays de l'Union Européenne. Cette évolution permettra de mieux tenir compte à la fois de la digitalisation croissante de l'économie mais également de son interconnexion toujours plus forte avec l'étranger.

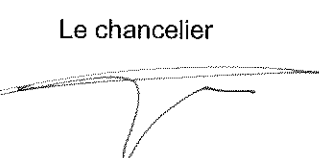
Quant aux mesures visant à améliorer le droit civil des cartels et la procédure d'opposition, nous les soutenons sans réserve. Les autres modifications prévues n'apportent pas de commentaire particulier de notre part du fait qu'elles permettront non seulement d'accélérer la procédure administrative en lien avec la Loi sur les cartels mais également d'améliorer l'efficacité de l'application de cette législation.

Nous vous remercions par avance de l'attention que vous porterez à notre prise de position et vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'expression de notre considération distinguée.

Au nom du Conseil d'Etat

Le président

Frédéric Favre



Le chancelier

Philipp Spörri

Copie à par courriel à wp-sekretariat@seco.admin.ch

Réf. : 22_COU_1103

Lausanne, le 2 mars 2022

Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart)

Madame, Monsieur,

Le Conseil d'Etat a examiné avec attention le projet de révision partielle de la loi sur les cartels (LCart) et vous remercie de l'avoir consulté. Ce projet marque une amélioration par rapport à la situation actuelle et nous soutenons la plupart des propositions qu'il contient.

Nous relevons cela étant en premier lieu qu'une réflexion plus approfondie devrait être menée dans la perspective d'une révision plus globale du droit de la concurrence, en particulier sur les questions d'une réforme institutionnelle des autorités de la concurrence et de l'évaluation des consortiums illicites par la mise en œuvre de la motion Français (18.4282). Aussi, il conviendrait à terme d'entamer une réflexion sur les défis de la numérisation pour le droit de la concurrence et la nécessité ou non de légiférer dans ce domaine en fonction des avancées technologiques.

S'agissant du projet de révision, nous saluons en particulier l'introduction du test SIEC (Significant Impediment to Effective Competition) qui constitue une modernisation du contrôle des concentrations et qui a fait ses preuves devant les juridictions européennes. L'alignement du droit suisse avec le droit européen est favorable aux entreprises suisses qui n'auront pas à souffrir d'un double standard lorsqu'elles planifieront une concentration multinationale.

Nous soutenons par ailleurs les modifications proposées s'agissant des dispositions de procédures civile et administrative.

Nous demandons cependant, s'agissant de la procédure d'annonce, que les entreprises ne soient pas sanctionnées à compter de l'ouverture d'une enquête (art. 49a al. 3 de l'avant-projet). En effet, après une annonce, en raison de l'enquête préalable, les entreprises concernées peuvent rester dans l'attente d'une validation pendant de nombreux mois, voire plusieurs années. Même si elles peuvent mettre en œuvre leur projet pendant ce temps sans risquer de sanction, cette incertitude est incompatible avec le développement de leurs affaires. Elles renonceront, par exemple, à se lancer dans des accords de codistribution, dont la qualification n'est pas toujours évidente, si elles risquent de devoir ensuite faire machine arrière du jour au lendemain quelques mois ou années plus tard. Il en va de même pour certains accords verticaux pouvant être conclus dans le cadre de la mise en place d'un réseau de distribution. Dans de tels cas, il faut à tout le moins prévoir une période transitoire qui permet d'adapter son comportement à la position de l'autorité avant d'entrer dans la zone amenable. Nous souhaitons ainsi qu'on tienne compte de la bonne foi des entreprises qui annoncent spontanément et par avance un comportement à la Commission de la concurrence (COMCO). A défaut, cette procédure d'annonce révisée ne sera pas utilisée.

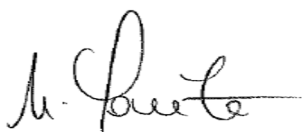
Toujours en ce qui concerne les questions de procédure, nous émettons une réserve s'agissant de l'introduction d'une base légale pour des fouilles de personnes et nous souhaitons qu'il y soit renoncé. Nous remarquons que ces fouilles constituent des méthodes qui relèvent du droit pénal alors même que la LCart est appliquée par des autorités administratives. En outre, la LCart vise des entreprises, à savoir généralement des personnes morales. Les personnes physiques qui feraient l'objet de fouilles corporelles sont généralement des employé-e-s de l'entreprise concernée, que la COMCO considère en principe comme des témoins. Ceux-ci n'ont pas à subir une fouille corporelle. Surtout, le refus de remettre un moyen de preuve à l'autorité lors d'une perquisition, ou la dissimulation d'un moyen de preuve, peut être constitutif de l'infraction d'empêchement d'accomplir un acte officiel (art. 286 du Code pénal). La menace d'une action pénale est suffisante pour atteindre le but visé.

Enfin, concernant la mise en œuvre de la motion Français 18.4282 dans l'article 5 de la LCart, le Conseil d'Etat souhaite l'élaboration d'une solution tenant compte des demandes de clarifications concernant les consortiums exprimées par le motionnaire, tout en maintenant la jurisprudence et les évolutions actuelles en droit de la concurrence afin de lutter contre l'îlot de cherté. Ainsi, des critères tant quantitatifs que qualitatifs doivent servir de base pour l'analyse des accords de l'article 5 alinéa 3 pour autant que ceux-ci n'ont pas pour objet principal un accord de prix ou de quantité. Par ailleurs, la prise en compte de critères qualitatifs et de critères quantitatifs doit être inscrite dans la loi s'agissant de l'ensemble des accords visés à l'article 5 alinéa 4 LCart.

Nous vous remercions de l'attention que vous voudrez bien porter à nos déterminations et nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE



Nuria Gorrite

LE CHANCELIER



Aurélien Buffat

Copies :

- Office des affaires extérieures
- Secrétariat général du Département de l'économie, de l'innovation et du sport



Regierungsrat, Postfach, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung, WBF
Herr Guy Parmelin, Bundesrat
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Zug, 22. Februar 2022 rv

Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 haben Sie die Kantone eingeladen, zur vorgeschlagenen Teilrevision des Kartellgesetzes Stellung zu nehmen.

Das Kartellgesetz wird bis anhin ausschliesslich über Institutionen des Bundes – WEKO, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht – abgewickelt. Insofern haben die kantonalen Behörden kaum Vollzugs- und Praxiserfahrung, um die vorgeschlagenen Anpassungen bis ins Detail beurteilen zu können.

Dennoch möchten wir festhalten, dass wir die in Vernehmlassung geschickte Teilrevision des Kartellgesetzes begrüssen. Einerseits ist die Ausdehnung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsabreden Betroffenen, d. h. auch die öffentliche Hand als Auftraggeber, zu begrüssen, da die Bestrafung von Submissionsabreden über den Betrugstatbestand von Art. 146 StGB nach herrschender Lehre regelmässig am Nachweis des Vermögensschadens scheitern dürfte (fehlender Marktpreis, der als Vergleich herangezogen werden könnte). Andererseits teilen wir die Auffassung im erläuternden Bericht Kapitel 5.3.2, Seite 36, hinsichtlich der volkswirtschaftlichen Auswirkungen, wonach die Standortattraktivität der Schweiz – und damit des Kantons Zug – mit diesen Veränderungen gestärkt wird.

Wir danken für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug



Martin Pfister
Landammann



Tobias Moser
Landschreiber

Versand per E-Mail an:

- wp-sekretariat@seco.admin.ch (Word und PDF)
- Zuger Mitglieder der Bundesversammlung (PDF)
- Volkswirtschaftsdirektion (info.vds@zg.ch) (PDF)
- Finanzdirektion (info.fd@zg.ch) (PDF)
- Obergericht (info.og@zg.ch) (PDF)
- Handelsregister- und Konkursamt (contact.hra@zg.ch) (PDF)
- Amt für Wirtschaft und Arbeit (info.awa@zg.ch) (PDF)



Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung
3003 Bern

23. Februar 2022 (RRB Nr. 300/2022)

Teilrevision des Kartellgesetzes (Vernehmlassung)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 24. November 2021 haben Sie uns die Vernehmlassungsvorlage zur Teilrevision des Kartellgesetzes unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und teilen Ihnen mit, dass wir der Vorlage grundsätzlich zustimmen und insbesondere die damit beabsichtigte Verbesserung der Wirksamkeit der Anwendung des Kartellgesetzes begrüssen. Hingegen haben wir zu Art. 5 Abs. 1^{bis} des Revisionsentwurfs folgende Bemerkungen:

Bei wettbewerbsrechtlichen Absprachen zwischen Unternehmen ist es wesentlich, zwischen horizontalen Abreden (also Unternehmen auf gleicher Marktstufe) und vertikalen Abreden (Marktteilnehmenden verschiedener Marktstufen) zu unterscheiden. Im Gegensatz zu horizontalen Absprachen, die den Wettbewerb regelmässig erheblich beeinträchtigen, können vertikale Absprachen positive Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt aufweisen und Effizienzgewinne bewirken. Ein faktisches Verbot von vertikalen Absprachen kann deshalb negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Gesamtwohlfahrt haben und stellt in solchen Fällen einen unerwünschten Eingriff in das Funktionieren der Märkte dar. Es rechtfertigt sich daher eine differenzierte Behandlung von horizontalen und vertikalen Absprachen. Diesem Aspekt trägt die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus unserer Sicht zu wenig Rechnung. Die Ergänzung von Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG, wonach die Zulässigkeit einer Abrede mittels bestimmter Kriterien, namentlich auch quantitativer Art, beurteilt werden soll, ist daher grundsätzlich zu unterstützen. Jedoch beantragen wir, diesbezüglich zwischen horizontalen und vertikalen Absprachen zu unterscheiden und die Prüfung gemäss Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG lediglich bei vertikalen Abreden vorzusehen.



Mit Blick auf die 2014 gescheiterte Revision des Kartellgesetzes hat der Bundesrat vorliegend auf eine Institutionenreform verzichtet. Wir verstehen zwar diesen Beweggrund, bitten Sie jedoch, die Institutionenreform in den nächsten Revisionsschritten voranzutreiben, um eine klare Trennung zwischen der Untersuchungs- und der Entscheidbehörde herzustellen. Zudem wäre bei der Zusammensetzung der Gremien auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen zu achten und allgemein auf eine weitere Beschleunigung der Verfahren sowohl bei der Wettbewerbskommission als auch bei den Gerichten hinzuwirken. Gleiches gilt für die gesetzliche Verankerung einer strafmildernden Berücksichtigung von bestehenden und funktionierenden Compliance-Programmen von betroffenen Unternehmen bei der Beurteilung von wettbewerbsrechtlichen Verfehlungen. Bei Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen drohen Unternehmen Geldbussen bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dementsprechend bemühen sich Unternehmen verstärkt, Wettbewerbsverstösse durch organisatorische Massnahmen zu verhindern. Solche Compliance-Bemühungen der Unternehmen sollten von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten entsprechend berücksichtigt werden können.

Genehmigen Sie, sehr geehrter Herr Bundesrat,
die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:

Die Staatsschreiberin:

Jacqueline Fehr

Dr. Kathrin Arioli



Vernehmlassung: Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Per Mail: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 11. März 2022

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns eingeladen, zur obengenannten Vernehmlassungsvorlage Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens.

Unterstützung über weite Teile

Die Mitte unterstützt die vorliegende Vernehmlassungsvorlage zur Teilrevision des Kartellgesetzes grundsätzlich. Sie begrüsst insbesondere die verbesserte internationale Koordination bei Zusammenschlüssen, die Stärkung des Kartellzivilrechts sowie auch die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Aus Sicht der Mitte handelt es sich dabei um sinnvolle Massnahmen, den internationalen Wirtschaftsstandort Schweiz zu stärken, die Rechtssicherheit für Unternehmen zu verbessern und gleichzeitig auch dem Schutzbedürfnis von Konsumentinnen und Konsumenten besser Rechnung zu tragen.

Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

Die Mitte erkennt den Handlungsbedarf im Rahmen der Fusionskontrolle. Mit der bisherigen Regelung lassen sich beispielsweise Unternehmenszusammenschlüssen auf digitalen Märkten und deren Implikationen auf den Wettbewerb nur schwer beurteilen. Mit der Einführung des SIEC-Tests soll diesem Problem nun entgegengetreten und eine zielgenauere Kontrolle ermöglicht werden. Die Mitte zeigt sich dieser Anpassung grundsätzlich offen gegenüber, gerade weil sie international gut abgestimmt ist. Sie hält aber fest, dass damit die Eingriffshürden faktisch gesenkt werden. Dies hat auch die Studie von Polynomics und Prager Dreifuss gezeigt. Die Mitte mahnt deswegen im Rahmen der Anwendung zur gebotenen Umsicht. Es soll um die zielgenauere Kontrolle und nicht um das grundsätzliche Erschweren von Unternehmenszusammenschlüssen gehen.

Revision von Artikel 5 KG

Im Rahmen der Umsetzung der Mo. Français 18.4282 «*Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen*» wird vorgeschlagen, dass bei der Beurteilung von harten horizontalen und harten vertikalen Wettbewerbsabreden neu auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind. Aus Sicht der Mitte stellt sich die Umsetzung dieser Motion als komplex heraus. Einerseits besteht die Gefahr eines Widerspruchs zum erst kürzlich in Kraft getretenen indirekten Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative. Andererseits ist mit der vorgeschlagenen Anpassung nicht davon auszugehen, dass sich die Rechtssicherheit für Unternehmen verbessern lässt. Aus Sicht der Mitte braucht es hier eine Überprüfung. Sie würde sich einer Umsetzung im Sinne einer gesetzlichen Klarstellung der grundsätzlichen Unbedenklichkeit von ARGEs nicht verschliessen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und verbleiben mit freundlichen Grüssen.

Die Mitte Schweiz

Sig. Gerhard Pfister
Präsident Die Mitte Schweiz

Sig. Gianna Luzio
Generalsekretärin Die Mitte Schweiz

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Bern, 28.02.2022 / CW
VL Kartellgesetzrevision

Per Email an:

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden von unserer Position Kenntnis.

FDP.Die Liberalen ist einverstanden, dass das Kartellgesetz einer Revision bedarf, insbesondere nach dem 2014 gescheiterten Revisionsvorhaben. Aus diesem Grunde kritisiert die FDP, dass der Bundesrat sich anlässlich des aktuellen Revisionsvorhabens nur auf mehrheitsfähige Punkte beschränkt, unabhängig vom Ziel der Kartellgesetzrevision. Wir brauchen ein funktionierendes Kartellgesetz, welches auf die Aktualität eingeht und im Rahmen des EU-Rechts funktioniert. Und da kommt man nicht darum, das eine oder andere Problem konkret anzugehen. Wir beziehen uns hiermit auf die Institutionenreform und die Compliance Defence, die im Vergleich zur vorangehenden Revisionsvorlage nicht mehr Teil der Vorlage sind.

Anlässlich des letzten Revisionsvorhabens war die Institutionenreform für uns das Alpha und Omega der Vorlage, da sie eine konkrete Massnahme zur Stärkung des Kartellgesetzes darstellt. Gerade in institutioneller Hinsicht besteht weiterhin Handlungsbedarf, da es aus unserer Sicht rechtsstaatlich bedenklich ist, dass Verwaltungssanktionen in Millionenhöhe von einem Milizgremium gesprochen werden, in dem keine klare Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsfunktion besteht. Überdies bemängeln wir, dass die Compliance Defence nicht Teil der Vorlage ist. Mit strafmildernden Compliance-Programmen würden diejenigen Unternehmen belohnt, die sich nachweislich anstrengen, Kartelle zu vermeiden. In diesem Zusammenhang befürworten wir auch die Motion [21.4189](#) unseres Ständerats Wicki «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz», welche fordert, dass die in der Verfassung verankerte Unschuldsvermutung als Untersuchungsgrundsatz auch im Kartellgesetz in allen Fällen Anwendung findet.

Aufgrund dieser fehlenden Punkte können wir die Vorlage zum aktuellen Zeitpunkt nicht unterstützen und weisen sie an den Bundesrat zurück. Wir machen beliebt, wie bei der ebenfalls sehr komplexen Revision des Urheberrechts vorzugehen, sprich durch die Einsetzung einer Arbeitsgruppe mit Vertretern aller betroffenen Interessensgruppen.

Im Folgenden nimmt die FDP zu den vorgeschlagenen Grundzügen der Revisionsvorlage kurz Stellung.

Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

Der Bundesrat schlägt vor, dass der heute von der WEKO angewandte qualifizierte Marktbeherrschungstest durch den in der EU verwendeten SIEC-Test (Significant Impediment to Effective

Competition) ersetzt wird. Damit sollen den negativen und positiven Auswirkungen von Zusammenschlüssen und der fortschreitenden Digitalisierung der Märkte mehr Rechnung getragen werden. Sofern sich der Mehraufwand für Behörden und Unternehmen in Grenzen hält, können wir dieser Änderung zustimmen. Wir begrüßen in diesem Zusammenhang zudem die Beseitigung von Doppelspurigkeiten bei Fällen, die bereits von EU-Instanzen geprüft wurden sowie eine Angleichung der Fristen und Verfahren an jene der EU.

Stärkung des Kartellzivilrechts

Mit diesem Revisionspunkt sollen im Sinne eines effektiven Wettbewerbsschutzes durch systemkonforme Änderungen Anreize zur zivilrechtlichen Klageerhebung geschaffen werden. Der Bundesrat nimmt hierzu die Elemente aus dem gescheiterten Revisionsvorhaben wieder auf. Um eine drohende Klageflut nach amerikanischen Verhältnissen zu vermeiden, welche mit ruinösen Auswirkungen für die Unternehmen verbunden wäre, sind wir mit der Ausdehnung der zivilrechtlichen Klagemöglichkeit auf alle von Kartellen Betroffenen nur unter der Bedingung einverstanden, dass lediglich klageberechtigt ist, wer einen finanziellen Schaden erlitten hat und dass eine Mehrfachbestrafung der Unternehmen (Stichwort Abschöpfung der Rente und Schadenersatz) vermieden wird.

Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Das Widerspruchsverfahren sieht vor, dass ein Unternehmen den Wettbewerbsbehörden geplante Verhaltensweisen, welche allenfalls als unzulässig und direkt sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden könnten, vor deren Umsetzung melden kann. Falls die Wettbewerbsbehörden nicht innerhalb der Widerspruchsfrist intervenieren, entfällt für das Unternehmen für die gemeldete Verhaltensweise das Sanktionsrisiko. Beide in der Vorlage unterbreiten Vorschläge zur Verbesserung des Widerspruchsverfahrens waren ebenfalls Gegenstand des vorherigen Revisionsvorhabens. Durch die Verkürzung des Widerspruchverfahrens von fünf auf zwei Monate sowie dadurch, dass neu nicht mehr die Eröffnung einer Voruntersuchung, sondern erst die Eröffnung einer formellen Untersuchung ein Sanktionsrisiko für Unternehmen mit sich bringt, wird die Planungs- und Rechtssicherheit für Unternehmen in Bezug auf potenziell kartellrechtlich heikle Verhaltensweisen jedoch nicht genügend verbessert. Wie bisher genügt innerhalb der Frist die Eröffnung einer Vorabklärung. Solange das Damoklesschwert einer zukünftigen Sanktionsdrohung (welche von einem Tag auf den anderen mit der Mitteilung einer Untersuchungseröffnung wieder auflebt) über Unternehmen schwebt, werden diese keine Umsetzungen vornehmen. Gerade bei Vorhaben mit erheblichen Investitionssummen (wie beispielsweise gemeinsame Produktion, Arbeitsgemeinschaften oder Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung) wäre es unvernünftig, Kooperationen umzusetzen bevor nicht klar ist, dass diese zulässig sind. Im Ergebnis besteht daher auch bei Umsetzung des Revisionsvorschlages die Gefahr, dass in allen nicht eindeutigen Fällen (und nur solche werden überhaupt gemeldet) in jedem Fall eine Vorabklärung eröffnet wird und diese Vorhaben somit faktisch während Jahren blockiert werden. Dies auch in Fällen, in denen die Wettbewerbsbehörden keine genügenden Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung sehen. Daher ist der bundesrätliche Vorschlag dahingehend anzupassen, wonach Art. 49a Abs. 4 Bst a E-KG ersatzlos gestrichen wird.

Einführung von Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren

Am 5. März 2018 hat das Parlament die Motion [16.4094](#) Fournier „Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren“ teilweise bzw. die Forderungen eins und vier angenommen. Die erste Forderung verlangt, dass Fristen im Verwaltungsverfahren für die Gerichte eingeführt werden. Mit der vorgeschlagenen Festlegung der Höchstdauer der Verwaltungsverfahren auf fünf Jahre – gerechnet von der Eröffnung einer formellen Untersuchung (ohne Berücksichtigung der Vorabklärung) bis zu einer rechtskräftigen Verfügung über alle Instanzen – soll diese erste Forderung umgesetzt werden. In der parlamentarischen Beratung haben wir diese Forderung gutgeheissen und wir sind auch mit dem Umsetzungsvorschlag grundsätzlich einverstanden. Mit Blick auf die besondere Praxisrelevanz zeitnaher Entscheide v.a. in der Fusionskontrolle sollte zudem die Anwendung der aktuell geltenden gerichtlichen

Frist für die Behandlung von Zusammenschlussvorhaben (von maximal 4 Monaten) auch auf die Verfahren vor BVGer bei Fusionskontrollfällen geprüft werden.

Allgemeiner Hinweis: Weil Ordnungsfristen für Gerichtsverfahren nicht verbindlich und hinsichtlich der Gewaltentrennung nicht unproblematisch sind, sollte alternativ auch die Einführung einer Verjährungsfrist (ab Beendigung der Verhaltensweise bis zum Vorliegen eines erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheids) geprüft werden. Dies würde (analog zum Strafverfahren) wirksamen Druck auf die involvierten Behörden und das Bundesverwaltungsgericht ausüben, innert nützlicher Frist Entscheide zu fällen.

Einführung von Parteienentschädigungen für die Kosten der Verwaltungsverfahren

Die vierte Forderung der obengenannten Motion Fournier [16.4094](#) fordert die Einführung von Parteienentschädigung auf allen Verfahrensstufen. Damit erhielten Unternehmen künftig die Möglichkeit, je nach Ausgang der betreffenden Verwaltungsverfahren für die oft komplexen, lang dauernden und aufwendigen Verwaltungsverfahren für die Verfahrenskosten entschädigt zu werden. In der Vorlage zur Kartellgesetzrevision wird auch die Umsetzung der vierten Forderung der Motion Fournier aufgenommen. Wir sind auch mit diesem Element einverstanden.

Revision von Artikel 5 KG

Die Motion [18.4282](#) unseres Ständerats François „Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen“ fordert die Präzisierung von Artikel 5 KG um die Rechtssicherheit für die Unternehmen zu erhöhen. Durch die vorgeschlagene Regelung zur Umsetzung der Motion würde auf gesetzlicher Ebene klargestellt, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede stets anhand qualitativer und quantitativer Kriterien geprüft werden muss. Wir fordern, dass die Formulierung des Artikels 5 KG angepasst wird um die Verbindlichkeit besser zum Ausdruck zu bringen und um den Wortlaut der Motion aufzunehmen (Muss-Vorschrift).

Fazit

Wie eingangs festgehalten fehlen zwei wesentliche Punkte in der vorgeschlagenen Kartellgesetzrevision, sprich die Institutionenreform und die Compliance Defence. In Hinblick auf eine Revision, die tatsächlich einen Mehrwert bietet und massgeblich zur Stärkung des Kartellgesetzes beitragen würde, weisen wir diese Vorlage zurück und beantragen, dass der Bundesrat die Vorlage um diese beiden Punkte erweitert. Wir betrachten es als nicht zielführend, überall und immer die umstrittenen Punkte weglassen und quasi nur noch die unbestrittenen Punkte anzugehen.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse
FDP.Die Liberalen
Der Präsident

Der Generalsekretär



Thierry Burkart
Ständerat



Jon Fanzun

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
Staatssekretariat für Wirtschaft
3003 Bern

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

10. März 2022

Ihr Kontakt: Ahmet Kut, Co-Generealsekretär, Tel. +41 31 311 33 03, E-Mail: schweiz@grunliberale.ch

Stellungnahme der Grünliberalen zur Teilrevision des Kartellgesetzes

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Vorlage und den erläuternden Bericht zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) und nehmen dazu wie folgt Stellung:

Grundsätzliche Position der Grünliberalen und allgemeine Beurteilung der Vorlage

Die Grünliberalen stehen zur liberalen Wirtschaftsordnung der Schweiz. Der Staat soll der Wirtschaft möglichst wenig Schranken auferlegen und auf funktionierenden Märkten einen gesunden Wettbewerb spielen lassen. In der Wettbewerbspolitik kommt ihm aber eine zentrale Aufgabe zu. Die Grünliberalen unterstützen deshalb seit Jahren Bestrebungen für ein griffigeres Wettbewerbs- und Kartellrecht.

Vor diesem Hintergrund begrüssen die Grünliberalen insbesondere die vorgeschlagene Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle sowie die Stärkung des Kartellzivilrechts. Demgegenüber sind die Vorschläge zur Umsetzung der Motion 18.482 Français abzulehnen.

Stellungnahme zu einzelnen Elementen der Vorlage

Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle:

Der Bundesrat schlägt vor bei der Zusammenschlusskontrolle vor, zum Significant Impedient to Effective Competition-Test (SIEC-Test) zu wechseln. Dadurch können Zusammenschlüsse untersagt oder mit geeigneten Auflagen versehen werden, die zu einer signifikanten Behinderung des Wettbewerbs führen. Heute ist die Eingriffsschwelle für die Behörden höher, da erforderlich ist, dass der Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb vollständig beseitigt.

Die Grünliberalen begrüssen diesen Vorschlag, da er den Schutz des wirksamen Wettbewerbs verbessern wird, gerade auch mit Blick auf die zunehmend digitalisierten Märkte. Da es sich um eine Angleichung an den in der EU verwendeten Test handelt, dürfte sich auch die grenzüberschreitende Zusammenarbeit vereinfachen.

Stärkung des Kartellzivilrechts:

Der vorgeschlagene Ausbau des kartellzivilrechtlichen Instrumentariums ist sinnvoll und zu begrüssen. Das schweizerische Kartellzivilrecht ist verglichen mit dem Ausland unterentwickelt. Entsprechende Prozesse sind in der Praxis sehr selten. Es ist Zeit, dass die endlich korrigiert wird.

Dass die Durchsetzung des Kartellrechts nicht nur der WEKO vorbehalten ist, sondern ein Stück weit auch den betroffenen Unternehmen und Konsument:innen überlassen wird, ist richtig. Die WEKO soll sich angesichts ihrer beschränkten Ressourcen auf die grossen Fälle konzentrieren können.

Widerspruchsverfahren:

Die Grünliberalen begrüßen, dass das Widerspruchsverfahren praxistauglicher und damit attraktiver gestaltet werden soll. Unternehmen können auf diesem Weg den Behörden geplante Verhaltensweisen, welche allenfalls als unzulässige und direkt sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden können, vor deren Umsetzung melden. Falls die Behörde nicht innerhalb der Widerspruchsfrist interveniert, entfällt für das Unternehmen das Sanktionsrisiko. Das schafft Rechtssicherheit.

Ergänzung von Art. 5 KG (Umsetzung der Motion Français):

Die Grünliberalen haben die Motion Français (18.4282) im Nationalrat abgelehnt und lehnen nun auch ihre gesetzliche Umsetzung ab. Sie würde zu einer Schwächung des Schweizer Kartellrechts führen.

Der Gesetzgeber hat in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Absprachen bezeichnet, die vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigen (harte horizontale und vertikale Absprachen). Auch wenn die Vermutung, dass der Wettbewerb beseitigt werden kann, widerlegt werden kann, bleiben diese Abreden immer noch sehr schädlich (aus ökonomischer und durch die Aufnahme ins Gesetz auch aus rechtlicher Sicht). Diese Absprachen sind aufgrund ihrer *Qualität* schädlich. Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass bei den anderen Abreden (also nicht solche nach Abs. 3 und 4) sowohl qualitative als auch *quantitative* Elemente zu berücksichtigen seien, da in diesen Fällen der Gesetzgeber mangels ökonomischer Evidenz keine Kriterien festgelegt hat. Damit sind Absprachen, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aber noch nicht unzulässig. Es erfolgt eine Prüfung im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG, d.h. die Möglichkeit für die betroffenen Unternehmen, die Absprache durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen (z.B. Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten).

Die Bundesgerichtsentscheide GABA und BMW, bei denen eine Abschottung des Schweizer Marktes mit der Folge von höheren schweizerischen Preisen zur Debatte stand, haben Rechtssicherheit hergestellt. Unternehmen wissen seither, wenn sie Absprachen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG tätigen, dass sie in jedem Fall problematisch sind. Sie können ihr Verhalten dementsprechend anpassen und gezielt nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen. Mit den Entscheiden GABA und BMW wird zudem das Verfahren wesentlich beschleunigt. Zu prüfen sind vor allem die Rechtfertigungsgründe. Früher wurde monatelang darüber gestritten, ob eine Abrede erheblich den Wettbewerb beeinträchtigt. Im Übrigen entspricht die geltende Regelung materiell auch dem EU Recht.

Weiter ist zu beachten, dass der vorgeschlagene Art. 5 Abs. 1 bis VE-KG den eben erst in Kraft getreten indirekten Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative unterlaufen würde (so auch der Bundesrat, erläuternder Bericht, S. 16 f.).

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in der Mo. Français geäußerten Befürchtungen nicht zutreffen. ARGE sind zwar Verträge, aber in aller Regel wettbewerbsfördernd und keine Absprachen, welche den Wettbewerb beseitigen bzw. beeinträchtigen, es sei denn mit den Verträgen soll der Wettbewerb beseitigt oder beeinträchtigt werden.

Verfahrensfristen und Parteientschädigung (Umsetzung der Motion Fournier):

Die Grünliberalen haben die Motion Fournier (16.4094) im Nationalrat abgelehnt und lehnen nun auch ihre gesetzliche Umsetzung ab. Der Bundesrat schlägt vor, die Höchstdauer der gesamten Verfahrensdauer (ohne Vorabklärung) auf fünf Jahre zu beschränken. Kartellverfahren sind jedoch komplex – sowohl in sachverhaltlicher als auch rechtlicher Sicht. Die ganze Digitalisierung, mehrseitige Märkte etc. kommen erschwerend hinzu. Auch wenn es selbstverständlich grundsätzlich richtig ist, von den Behörden und Gerichten möglichst rasch rechtskräftige Entscheidungen zu erwarten, müssen die Anforderungen praktikabel bleiben.

Das Bundesverwaltungsgericht ist nach der Europäischen Rechtsprechung verpflichtet, aufgrund der strafrechtsähnlichen Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG eine volle Kontrolle des Sachverhalts und des Rechts vorzunehmen. Sie muss daher grundsätzlich die gleiche Arbeit wie die WEKO leisten. Insofern rechtfertigt es sich nicht, kürzere Fristen als für die WEKO zu verlangen (abgesehen davon hat sich die WEKO bereits in der Vorabklärung mit der Sache beschäftigen können).

Die Dauer der Verfahren wird nicht zuletzt auch durch die Parteien selbst beeinflusst. Nur die Beschwerdefrist ist gesetzlich vorgegeben. Die Fristen für Vernehmlassungen, Replik sind richterliche Fristen, doch verlangen Anwälte i.d.R. eine Verlängerung der Fristen. Das Replikrecht ist vorgegeben durch die EMRK. Sind auf beiden Seiten Private, verlängert sich diese Phase – vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht. Die Annahme, dass das Verfahren am Bundesgericht nur ein Jahr dauern wird, ist (leider) nicht realistisch.

Eine korrekte Beurteilung von Fällen vor Gericht verlangt, dass die Mitglieder der Abteilung mindestens die Beschwerden, die vorinstanzlichen Entscheide, Vernehmlassungen, Replik etc. durchlesen (je nachdem 500 bis 800 Seiten). Dazu sind die vorgeschlagenen Fristen zu kurz. Sind mehrere Kartellfälle gleichzeitig anhängig, ist dies nicht mehr möglich. Eine Priorisierung der Kartellrechtsfälle vor anderen Fällen ist zudem eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung.

Weiter sieht der Vorentwurf des Bundesrates eine Parteienschädigung für das erstinstanzliche Verwaltungsfahren vor. Eine solche ist nirgends sonst im Verwaltungsrecht vorgehen und würde daher zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung führen. Es gibt andere Fälle und Rechtsgebiete, die genauso komplex sind und die zudem Einzelpersonen und nicht Unternehmen betreffen. Eine Ausnahme nur für das Kartellrecht zu schaffen, ist daher nicht gerechtfertigt.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die Prüfung unserer Anmerkungen. Bei Fragen stehen Ihnen die Unterzeichnenden sowie unser zuständiges Fraktionsmitglied, Nationalrätin Kathrin Bertschy, gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Jürg Grossen
Parteipräsident



Ahmet Kut
Co-Generalsekretär

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Elektronisch an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 11. März 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Volkspartei (SVP)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen im Rahmen der rubrizierten Vernehmlassung Stellung zur Vorlage.
Wir äussern uns dazu wie folgt:

Im Kontext der gescheiterten Vorlage von 2014 konzentriert sich der Bundesrat in der aktuellen Vorlage mehrheitlich auf technische Elemente. Die SVP lehnt den Markbeherrschungstest (SIEC-Test) ab, unterstützt hingegen die Umsetzung der Motion 16.4094 Fournier, der Motion 18.4282 Français, der Motion 18.3898 Pfister sowie der Motion 21.4189 Wicki. Die vorgeschlagene Ausdehnung des kartellrechtlichen Zivilverfahrens lehnt die SVP ab. Zusätzlich fordert die SVP hingegen, dass der Bundesrat mit der vorliegenden Teilrevision des Kartellgesetzes dem Parlament auch einen Vorschlag für eine Institutionenreform unterbreitet.

Die aktuell vorliegenden Änderungen beinhalten unter anderem eine Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle. Mit einem Markbeherrschungstest (SIEC-Test) sollen Zusammenschlüsse einfacher untersagt werden, wenn diese zu einer signifikanten Behinderung des Wettbewerbs führen. Die SVP lehnt diesen ab.

Unterstützung bei der SVP findet hingegen die Umsetzung der Motion 16.4094 Fournier, der Motion 18.4282 Français, der Motion 18.3898 Pfister sowie der Motion 21.4189 Wicki.

Die Stärkung des Kartellzivilrechts, unabhängig von der seltenen Anwendung in der Schweiz, ist abzulehnen. Diese Ausweitung birgt die Gefahr eines prozessualen Paradigmenwechsels und eine Ausweitung der Verbandsklage, welche beide abzulehnen sind.

Unbestritten ist allerdings, dass die Verfahren vor der WEKO aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich sind. Das WEKO-Sekretariat ist heute sozusagen Polizist (Hausdurchsuchungen), Untersuchungsrichter, Staatsanwalt und Richter in Einem. Das

führt zu verzerrten Entscheiden. Die SVP fordert, dass der Bundesrat mit der vorliegenden Teilrevision des Kartellgesetzes dem Parlament auch einen Vorschlag für eine Institutionenreform unterbreitet.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI

Der Parteipräsident



Marco Chiesa
Ständerat

Der Generalsekretär



Peter Keller
Nationalrat



Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung
und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 11. März 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Sozialdemokratische Partei
der Schweiz

Theaterplatz 4
Postfach · 3011 Bern

Wir danken für die Zustellung der Vernehmlassungsunterlagen.

Telefon 031 329 69 69
Telefax 031 329 69 70

Die SP Schweiz steht der Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) grundsätzlich positiv gegenüber – eine Ausnahme bildet die Umsetzung der Motion Français. Wir beschränken uns bei unseren Ausführungen auf die Umsetzung der erwähnten Motion sowie die Anpassungen bei der Zusammenschlusskontrolle und der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellgesetzes.

Zu den einzelnen Themenbereichen

Umsetzung Mo. Français (Art. 5 Abs. 1bis VE-KG)

Seit dem «GABA-Urteil» von 2016 (BGE 143 II 297) befürchten offenbar gewisse Unternehmen, insbesondere aus der Baubranche, dass die Bildung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) und anderen Kooperationsformen kartellrechtliche Sanktionen nach sich ziehen könnten. Diese Befürchtung ist unbegründet (vgl. dazu z.B. den Bericht des WBF an die WAK-S vom 13. Oktober 2020¹), dennoch hat das Parlament die Motion Français überwiesen. Das in der Motion verlangte *Mittel* zur Zielerreichung, nämlich bei der Beurteilung von Abreden nach Art. 5 KG «quantitative und qualitative Kriterien» zu berücksichtigen, schiesst jedoch weit über das Ziel (Rechtssicherheit für ARGE) hinaus und hätte folgende negative Konsequenzen:

¹https://www.parlament.ch/centers/kb/_layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=4U7YAJRAVM7Q-1-48169

- Besonders schädliche Abreden (horizontale und vertikale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden) wären teilweise wieder zulässig. Damit könnten insbesondere international tätige Konzerne den Schweizer Markt wieder abschotten, Parallelimporte behindern und überhöhte Preise zulasten der Schweizer Konsumenten und Konsumentinnen sowie KMU durchsetzen. Es droht die Wiedereinführung der Hochpreisinsel Schweiz, die das Parlament mit der Annahme des indirekten Gegenvorschlags zur Fair-Preis-Initiative abschaffen wollte.
- Die Prüfung der Erheblichkeit von Abreden ist klassisches Ökonomen- und Juristenfutter. Die Prüfung verlängert und verteuert unnötigerweise die kartellrechtlichen Verfahren. Dies mag im Interesse von grossen Konzernen und Anwaltskanzleien liegen, sicher aber nicht im Interesse der KMU.
- Der nun vorgeschlagene Art. 5 Abs. 1bis VE-KG führt nicht zu mehr Rechtssicherheit für KMU – das Gegenteil ist der Fall: Gerade für Unternehmen mit kleinem Marktanteil wäre es schwierig abzuschätzen, ob Abreden nun erheblich wären oder nicht. Das GABA-Urteil hat diesbezüglich Rechtssicherheit geschaffen.

Seit dem GABA-Urteil gab es in Bezug auf ARGE keine Änderung der WEKO-Praxis oder Gerichtsurteilen – deshalb sehen wir grundsätzlich keinen Handlungsbedarf. Eine Mehrheit des Parlamentes befürwortet jedoch Massnahmen in diesem Bereich. Zu berücksichtigen ist, dass aus den Voten der Kommissionsprecher (Noser, Feller) und des Motionärs (Français) klar hervorgeht, dass die Rechtssicherheit bei der Bildung von ARGE und anderen Kooperationsformen das zentrale Anliegen des Parlamentes ist. Der Bundesrat sollte sich deshalb aus unserer Sicht nicht am vorgeschlagenen *Mittel* (Präzisierung von Art. 5 KG) orientieren, sondern das eigentliche Anliegen möglichst sinnvoll umsetzen. Die WEKO hat in ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung beispielsweise vorgeschlagen, einen Art. 4 Abs. 1bis ins Kartellgesetz einzufügen:

Es wird vermutet, dass Absprachen zwischen Unternehmen über projektbezogene Arbeitsgemeinschaften, die für deren Teilnahme am Wettbewerb erforderlich sind, sowie vergleichbare Kooperativen keine Wettbewerbsabreden nach Absatz 1 darstellen.

Um die bisherige Praxis der WEKO, keine Bagatellfälle aufzugreifen, rechtlich abzusichern, schlägt die WEKO ausserdem eine Ergänzung von Art. 27 KG mit einem Abs. 1bis vor:

Bei Anhaltspunkten für leichte Verstösse können die Wettbewerbsbehörden von der Eröffnung einer Untersuchung absehen oder eine eröffnete Untersuchung einstellen.

Denkbar wäre auch Art. 27 gemäss der KG-Revision von 2012 anzupassen, so wie dies der Bundesrat im erläuternden Bericht (S. 17) erwogen hat.

Aus all diesen Gründen fordern wir den Bundesrat, auf die umstrittene Änderung von Art. 5 KG zu verzichten und stattdessen dem Parlament eine Anpassung von Art. 4 und/oder Art. 27 KG zu unterbreiten und in der Botschaft deren Anwendung zu präzisieren, damit die vom Motionär gewünschte Rechtssicherheit für ARGE tatsächlich gewährleistet ist. Mit der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage strebt der Bundesrat eine Annäherung an das EU-Kartellrecht an, was die SP Schweiz ausdrücklich unterstützt.

Dies wird aber mit der Umsetzung der Motion 18.4282 Français konterkariert. Hierdurch würden neue Differenzen zum EU-Recht geschaffen. Das ist unbedingt zu vermeiden. Die vorgeschlagene Umsetzung der Motion würde in den nächsten Jahren überdies (bis neue Entscheide des Bundesgerichts vorliegen) nur zu Rechtsunsicherheit, einer Verlängerung der Verfahren und zu höheren Preisen führen.

Zusammenschlusskontrolle

Die SP Schweiz begrüsst die Neuerungen bei der Zusammenschlusskontrolle. Der Fokus auf das Merkmal «Marktbeherrschung» ist überholt, der SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition) ist besser geeignet, um schädliche Wettbewerbseinschränkungen zu verhindern. Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, sollten jedoch die Kriterien zur Beurteilung eines Falles konkretisiert werden, so wie dies zum Beispiel Art. 2 Abs. 1 der EG-Fusionskontrollverordnung tut. Zudem sollte – gleich wie in der EU – der Konsumentenwohlfahrts-Standard das massgebende Kriterium für eine Beurteilung sein. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb in diesem Punkt keine vollumfängliche Harmonisierung mit den einschlägigen EU-Vorschriften stattfinden soll.

Zivilrechtliche Durchsetzung

Wir begrüssen auch die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zur Stärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechtes. Grundsätzlich bestehen bei Zivilklagen in der Schweiz nach wie vor zu grosse Hürden (u.a. Höhe der Prozesskosten), die sich auch auf das Kartellzivilrecht auswirken.

Wir danken Ihnen, geschätzte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Anliegen und verbleiben

Mit freundlichen Grüßen.

Sozialdemokratische Partei der Schweiz

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Mattea Meyer'.

Mattea Meyer
Co-Präsidentin

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Wermuth'.

Cédric Wermuth
Co-Präsident

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'L. Ferrari'.

Luciano Ferrari
Leiter Politische Abteilung

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Ort, Datum
Aarau, 10. März 2022

Ansprechperson
Philip Schneider

Telefon direkt
062 837 18 04

E-Mail
philip.schneider@aihk.ch

Teilrevision des Kartellgesetzes; Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Aargauische Industrie- und Handelskammer (AIHK) steht der vorgesehenen Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) kritisch gegenüber.

Aus der Sicht unserer Mitglieder, die zu einem überwiegenden Teil aus KMU bestehen, sind vor allem folgende beiden Punkte von Bedeutung:

- In Art. 5 KG soll ein neuer Absatz 1^{bis} aufgenommen werden, nach dem bei der Beurteilung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen des Wettbewerbs qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind. Das Anliegen, das damit verfolgt wird, wird von der AIHK unterstützt. Mit dem neuen Absatz 1^{bis} erfolgte jedoch keine befriedigende Umsetzung des Anliegens. Der neue Absatz 1^{bis} beeinträchtigte die Rechtssicherheit, die gerade für KMU ein zentraler Wert ist, massiv. Es ist bereits unklar, in welchen Fällen die qualitativen und quantitativen Kriterien greifen würden. Darüber hinaus sollen im Sinne eines beweglichen Systems eine qualitative Erheblichkeit eine quantitative Unerheblichkeit sowie eine quantitative Erheblichkeit eine qualitative Unerheblichkeit relativieren können. Bei der Ausarbeitung des Vorentwurfs wurde als *Alternative* zum neuen Absatz 1^{bis} geprüft, ob eine gesetzliche Klarstellung der grundsätzlichen Unbedenklichkeit von Arbeitsgemeinschaften und das Verbot des Aufgreifens von Bagatellfällen durch die Wettbewerbskommission einzuführen sind. Diese Alternative wurde allein deshalb nicht weiterverfolgt, weil die Motion 18.4282, deren Umsetzung in Frage steht, ausdrücklich eine Änderung von Art. 5 KG verlangt. Aus der Sicht der AIHK schliessen sich die verschiedenen Instrumente aber keineswegs gegenseitig aus. Die AIHK spricht sich deshalb dafür aus, *neben* dem neuen Absatz 1^{bis} *auch* eine gesetzliche Klarstellung der grundsätzlichen Unbedenklichkeit von Arbeitsgemeinschaften und das Verbot des Aufgreifens von Bagatellfällen durch die Wettbewerbskommission vorzusehen. Auf diese Weise könnte dem Gebot der Rechtssicherheit zumindest teilweise Rechnung getragen werden.
- Mit der Teilrevision des KG soll das Kartellzivilrecht gestärkt werden. Insbesondere soll Konsumentinnen und Konsumenten die Aktivlegitimation zuerkannt werden und die Verjährung von Zivilansprüchen für die Dauer der Untersuchung der Angelegenheit durch die Wettbewerbskommission stillstehen. Namentlich das Stillstehen der Verjährung von Zivilansprüchen für die Dauer der Untersuchung der Angelegenheit durch die Wettbewerbskommission führte jedoch

bloss vordergründig zu einer Stärkung des Kartellzivilrechts. Es hätte ohne Zweifel zur Folge, dass Zivilprozesse in aller Regel erst *nach* dem Abschluss der Untersuchung der Angelegenheit durch die Wettbewerbskommission geführt würden. Damit würde der Zivilprozess zu einem *nachgelagerten* Instrument degradiert. Darüber hinaus führte das Stillstehen der Verjährung gerade für KMU zu einer problematischen zeitlichen Verlängerung der Phase der Unsicherheit. Mit der Verlängerung der Verjährungsfristen, die per 1. Januar 2020 erfolgt ist, wird den Anliegen, das mit der Stärkung des Kartellzivilrechts verfolgt wird, bereits Rechnung getragen. Die AIHK spricht sich dafür aus, auf die Stärkung des Kartellzivilrechts insgesamt zu verzichten. Die Stärkung des Kartellzivilrechts führte zu Doppelspurigkeiten und Zielkonflikten, die im Interesse der Wirtschaft zu vermeiden sind.

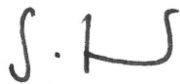
Für die Berücksichtigung unserer Ausführungen danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse

AARGAUISCHE INDUSTRIE- UND HANDELSKAMMER
Geschäftsstelle

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Bechtold'.

Beat Bechtold
Direktor

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. Schneiter'.

Philip Schneiter
Jurist

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT E.V.

www.studienvereinigung-kartellrecht.de

Studienvereinigung Kartellrecht e.V.
Arbeitsgruppe Schweiz
c/o CORE Rechtsanwälte AG
Dufourstrasse 105
CH-8008 Zürich | Schweiz
Tel: +41 43 555 70 07
mario.strebel@core-attorneys.com

Zürich, 11. März 2022

Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes – Stellungnahme der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung Kartellrecht e.V.

A. Einleitung

- 1 Die Studienvereinigung Kartellrecht (**Studienvereinigung**) ist ein eingetragener Verein deutschen Rechts, dessen Zweck die Förderung von Wissenschaft und Forschung auf dem Gebiet des nationalen, europäischen und internationalen Kartellrechts ist und der mehr als 1'300 Anwälte/-innen sowie Wettbewerbsökonom/-innen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz zu seinen Mitgliedern zählt. Diese beraten regelmässig Unternehmen und natürliche Personen in allen Bereichen des Kartellrechts und vertreten diese in Verfahren vor nationalen Wettbewerbsbehörden, der EU-Kommission sowie in Zivilrechtsstreitigkeiten. Sie verfügen deshalb in besonderem Masse über Erfahrung in der Anwendung des Kartellrechts auf nationaler und europäischer Ebene.
- 2 Die Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung (**Arbeitsgruppe Schweiz**) bedankt sich für die Gelegenheit, an der Vernehmlassung des Bundesrates bzw. des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO zur vorgeschlagenen Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (**Kartellgesetz, KG**) teilnehmen zu dürfen.
- 3 Nach einer zusammenfassenden Übersicht über die wesentlichsten Ergebnisse der vorliegenden Stellungnahme (Kapitel B) wird auf die Revisionspunkte im Einzelnen eingegangen (Kapitel C bis G). Die Stellungnahme folgt dabei grundsätzlich dem thematischen Aufbau des erläuternden Berichts vom 24. November 2021. Die Stellungnahme schliesst mit einer Auflistung und Erläuterung von weiteren wichtigen, im Entwurf zur KG-Teilrevision jedoch fehlenden Revisionsanliegen (Kapitel H). Das Inhaltsverzeichnis befindet sich auf der letzten Seite.

B. Zusammenfassende Übersicht

4 Die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Stellungnahme lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle (Kapitel C):
 - Einführung des SIEC-Tests: Die limitierte präventive Funktion der Schweizer Zusammenschlusskontrolle liegt in der Qualifizierung des Marktbeherrschungstests und dessen sehr hohen Eingriffshürde der Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung begründet. Falls die wettbewerbspolitische Entscheidung getroffen wird, die Eingriffskriterien zu verschärfen, wäre daher zu prüfen, ob der SIEC-Test oder ein einfacher Marktbeherrschungstest einzuführen ist. Die Möglichkeit, positive Effekte eines Zusammenschlussvorhabens bzw. entsprechende Effizienzen zu berücksichtigen, ist zu begrüßen. Dies ist jedoch nicht zwingend mit der Einführung des SIEC-Tests verbunden. Wird der SIEC-Test eingeführt, sollte sich der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit an dessen Konzeption im europäischen Recht orientieren und auf einen *Swiss Finish* verzichten.
 - Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle ist wie bereits erwähnt zu begrüßen. Dabei ist darauf zu achten, dass an die entsprechenden Nachweise keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Die Anwendung eines "dynamischen Konsumentenwohlstand-Standards" ist abzulehnen. Dabei handelt es sich um ein ökonomisch nicht etabliertes und überdies konturloses Konzept, das zu erheblicher Rechtsunsicherheit und einem unerwünschten *Swiss Finish* führen würde.
 - Die Stossrichtung, Doppelspurigkeiten in Fusionskontrollverfahren mit grenzüberschreitendem Charakter zu vermeiden oder reduzieren ist zu begrüßen. Die vorgeschlagenen Massnahmen sind aufgrund praktischer Schwierigkeiten aber nicht zielführend. Auf die vorgeschlagene Regelung in Art. 9 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} E-KG sollte verzichtet, stattdessen jedoch bereits bestehende Massnahmen konsequenter umgesetzt werden, um den Aufwand für Zusammenschlussvorhaben mit internationaler Dimension zu reduzieren.
 - Eine Annäherung des Fristenlaufs in der Schweiz und der EU ist grundsätzlich zu begrüßen. Zu beachten ist jedoch, dass diesem Bedürfnis über das *Timing* für die Einreichung der definitiven Meldung in der Schweiz bereits heute Rechnung getragen wird. Sollte eine Fristverlängerungsmöglichkeit gleichwohl eingeführt werden, muss klargestellt werden, dass diese nur zur Harmonisierung nicht parallel laufender Fristen in schweizerischen und ausländischen Verfahren möglich ist.

– Stärkung des Kartellzivilrechts (Kapitel D):

- Die Absicht, die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts zu fördern, ist grundsätzlich zu begrüßen. Innerhalb der Arbeitsgruppe Schweiz werden einzelne Instrumente dieser Förderung jedoch unterschiedlich beurteilt. Zu begrüßen ist, dass eine bloße Bedrohung wirtschaftlicher Interessen für Zivilansprüche genügen soll. Letzteres ist jedoch explizit auf Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsansprüche zu beschränken. Im Rahmen der Förderung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts sollten auch potentiell negative Auswirkungen auf das Institut "Bonusmeldungen" berücksichtigt werden.
- Die Verjährungshemmung ab der Eröffnung einer Untersuchung der WEKO bis zu deren rechtskräftigen Abschluss ist für die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts grundsätzlich förderlich und entspricht der Regelung in der EU. Vor dem Hintergrund, dass mit der Verlängerung der relativen Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung auf drei Jahre den entsprechenden, berechtigten Bedenken Rechnung getragen wurde und eine Verjährungsunterbrechung mittels Betreibung oder Einholens einer Verjährungsverzichtserklärung bewirkt werden kann, kann hinterfragt werden, ob die Einführung der Verjährungshemmung zwingend notwendig ist. Soll das Verjährungsrecht entsprechend revidiert werden, sind dessen Grenzen gesetzlich klar zu regeln, insbesondere etwa hinsichtlich sequentiell-hybrider Verfahren.
- Die Anrechnung von zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen an die Verwaltungssanktion ist sinnvoll. Nicht relevant sein darf jedoch die Freiwilligkeit einer solchen Leistung. Dies würde nur zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen. Zudem darf die Bestimmung des Umfangs einer Sanktionsreduktion nicht im Ermessen der WEKO und der Rechtsmittelinstanz liegen. Vielmehr ist die Sanktion exakt im Umfang geleisteter Ausgleichsansprüche zu reduzieren. Eine solche Lösung würde der Rechtssicherheit dienen. Schliesslich sollte auch dem Grundsatz von *ne bis in idem* dergestalt Rechnung getragen werden, dass durch weitere (nationale) Behörden für dieselbe Verhaltensweise ausgesprochene Bussen ebenfalls in vollem Umfang von einer Sanktion durch die WEKO in Abzug zu bringen sind.

– Verbesserung des Widerspruchsverfahrens (Kapitel E):

- Der Revisionsbedarf des Widerspruchsverfahrens ist akut. Er hat seit der gescheiterten KG-Revision 2012 weiterhin erheblich zugenommen. Der Revisionsvorschlag verfehlt jedoch sein intendiertes Regelungsziel, Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen. Daher ist er trotz einer begrüssenswerten Tendenz abzulehnen.
- Für ein effektives Widerspruchsverfahren sollte dieses so ausgestaltet werden, dass die Möglichkeit einer Sanktionierung für die gesamte Dauer einer allfälligen Untersuchung entfällt. Dafür sprechen auch rechtssystematische Gründe, allem voran aufgrund der bereits geltenden Bonusregelung.

- Einführung von Ordnungsfristen und Parteientschädigungen im Verwaltungsverfahren (Kapitel F):
 - Ordnungsfristen erscheinen weder in Gerichts- noch in Verwaltungsverfahren als angebracht. Es ist nicht davon auszugehen, dass diese überlange Verfahrensdauern tatsächlich verhindern. Sie können demgegenüber faktisch zu einer Beschneidung von Parteirechten führen. Deren Einführung ist daher abzulehnen. Hingegen können klare Verjährungsregeln überlangen Verfahren effektiv einen Riegel schieben. Deren Einführung erscheint vor dem Hintergrund des Strafcharakters kartellrechtlicher Sanktionen auch angezeigt. Alternativ könnte die Einführung einer Fristenregelung für die Dauer von Rechtsmittelverfahren im Rahmen der Fusionskontrolle in Betracht gezogen werden.
 - Die Einführung einer Parteientschädigung im Verwaltungsverfahren ist zu begrüssen. Die vorgeschlagene Regelung ist jedoch um weitere Formen der Verfahrensbeendigung zu ergänzen.
- Revision von Artikel 5 KG / Motionen Français und Wicki (Kapitel G):
 - Die Motion 18.4282 Français ist vor dem Hintergrund einer zunehmenden Entkoppelung des Kartellrechts von den tatsächlichen Marktverhältnissen zu sehen. Es wurden – von den Rechtsmittelinstanzen sogar befördert – zunehmend Vermutungen und Beweiserleichterungen zu Lasten der Rechtsunterworfenen erschaffen, welche die Wettbewerbsbehörden immer mehr von der Aufgabe entheben, die tatsächlichen Marktverhältnisse abzuklären. Diese Entkoppelung widerspricht dem verfassungsrechtlich verankerten Missbrauchsprinzip, denn dieses verlangt explizit tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen. Überdies beeinträchtigt sie die Rechtssicherheit und Rechtsvoraussehbarkeit: Das Kartellrecht findet insbesondere keine Entsprechung mehr im tatsächlichen Sachverhalt.
 - Die Umsetzung der Motion 18.4282 Français ist daher grundsätzlich zu begrüssen. Der Vorschlag des Bundesrates ist in zweierlei Hinsicht jedoch zu ergänzen: Einerseits ist klarzustellen, dass Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG nur vorliegen, wenn diese tatsächlich umgesetzt werden und unter den gegebenen rechtlichen und faktischen Umständen effektiv eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Andererseits ist in Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG zu konkretisieren, wie die quantitative und die qualitative Erheblichkeit zu bestimmen sind.
- Fehlende, noch zu berücksichtigende Revisionspunkte (Kapitel H):
 - Institutionenreform: Der bestehende institutionelle Aufbau der Wettbewerbsbehörden und das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren weisen nachweislich signifikante, rechtsstaatlich bedenkliche Mängel auf. Diese dürfen nicht für weitere Jahrzehnte fortgeschrieben, sondern müssen im Rahmen der aktuellen Revisionsvorlage angegangen werden. Dies betrifft vor allem die fehlende effektive Trennung von Untersuchungs- und Ankla-

gefunktion (Sekretariat) einerseits und Entscheidungsfunktion (WEKO) andererseits sowie ein Verfahrensrecht, das dem Strafcharakter kartellrechtlicher Sanktionen nicht gerecht wird, insbesondere aufgrund fehlender expliziter Regeln zum Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*) und zum Unmittelbarkeitsprinzip.

- Zusammenschlusskontrolle: Im Rahmen der geplanten Teilrevision des KG noch zu berücksichtigen ist insbesondere eine Klarstellung hinsichtlich der fehlenden Meldepflicht für ausländische Gemeinschaftsunternehmen, die Streichung von Art. 2 Abs. 2 VKU betreffend die Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen, eine engere Fassung von Art. 9 Abs. 4 KG sowie eine Harmonisierung der Definition betroffener Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU mit dem Europäischen Recht.
- Compliance-Massnahmen: In die geplante Teilrevision des KG aufzunehmen ist eine explizite gesetzliche Grundlage für die sanktionsbefreiende bzw. zumindest sanktionsmindernde Berücksichtigung von *Compliance*-Massnahmen.

C. Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

I. Einführung des SIEC-Tests

- 5 Ob die materiellen Prüfkriterien des schweizerischen Fusionskontrollrechts durch Ersetzung des qualifizierten Marktbeherrschungstests verschärft und damit Wettbewerbsbehörden vermehrt Eingriffsmöglichkeiten gegeben werden sollen, ist eine wettbewerbspolitische Frage. Die zweifellos limitierte präventive Funktion der Schweizer Zusammenschlusskontrolle als Strukturkontrolle liegt in der Qualifizierung des Marktbeherrschungstests und dessen sehr hohen Eingriffshürde der Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung begründet. Falls die wettbewerbspolitische Entscheidung getroffen wird, die Eingriffskriterien zu verschärfen, wäre daher zu prüfen, ob der SIEC-Test oder ein einfacher Marktbeherrschungstest einzuführen ist.
- 6 Für einen einfachen Marktbeherrschungstest spricht die erhöhte Rechtssicherheit. Zum Begriff der Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG liegt relevante Behörden- und Gerichtspraxis vor. Demgegenüber ist der Begriff der signifikanten Behinderung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 1 E-KG unklar, insbesondere auch vor dem Hintergrund der vorgesehenen Einführung des neuen, ökonomisch nicht etablierten Konzepts des dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards (vgl. Kapitel C.II). Die Lücke, die durch den SIEC-Test im Vergleich zu einem einfachen Marktbeherrschungstest geschlossen würde – Eingriffsmöglichkeiten bei unilateralen Effekten in oligopolistischen Märkten –, dürfte praktisch zudem nur wenige Fälle erfassen. Mit dem Marktbeherrschungstest lassen sich die Probleme kollektiver Marktbeherrschung ebenfalls lösen. Die Möglichkeit der Berücksichtigung positiver Effekte eines Zusammenschlussvorhabens bzw. entsprechender Effizienzen ist zu begrüßen. Die Einführung des SIEC-Tests erscheint hierfür aber nicht zwingend erforderlich. Bei entsprechender Gesetzesredaktion könnte dies auch mit dem einfachen Marktbeherrschungstest erreicht werden.
- 7 Wird der SIEC-Test eingeführt, sollte sich der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit an dessen Konzeption im europäischen Recht orientieren – und auf einen *Swiss Finish* verzichten. So hat das Gericht der Europäischen Union (**EuG**) kürzlich sinngemäss festgehalten, dass mit dem 2004 erfolgten Wechsel vom Marktbeherrschungs- zum SIEC-Test keine allgemeine Senkung der Eingriffshürde bezweckt war, sondern nur, aber immerhin die erwähnten Lückenfälle erfasst werden sollten, d.h. Fälle unilateraler Effekte unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle.¹ Auch unter dem SIEC-Test haben die Wettbewerbsbehörden die von ihnen geltend gemachten Schadenstheorien im Einzelnen zu beweisen.²

II. Anwendung des dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards

- 8 Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass Effizienzgewinne im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle berücksichtigt werden sollen. Der Nachweis an die Effizienzgewinne darf dabei nicht zu hoch angesetzt werden. Die Einführung eines sog. dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards ist jedoch abzulehnen.

¹ EuG, Urteil T-399/16 vom 28. Mai 2020, Rz. 77-105 - *CK Telecoms UK Investments Ltd vs. Europäische Kommission*.

² EuG, Urteil T-399/16 vom 28. Mai 2020, Rz. 106-119 - *CK Telecoms UK Investments Ltd vs. Europäische Kommission*.

- 9 Das KG ist grundsätzlich auf die Gesamtwohlfahrt ausgerichtet. Folgerichtig, wie im Erläuternden Bericht angeführt, sollte dieser auch in der Fusionskontrolle zur Anwendung kommen. Friktionen zwischen der Fusionskontrolle und anderen Bereichen des KG könnten damit vermieden werden. Das KG stellt zu Recht auf die Gesamtwohlfahrt ab, da ein Schutz der Struktur des Wettbewerbs angestrebt und langfristig als vorteilhaft für die Gesamtwohlfahrt angesehen wird. Bei der Anwendung dieses Standards geht es darum, die Gesamtwohlfahrt der Produzenten- und Konsumentenrente zu maximieren. Auf die Verteilung der Wohlfahrt kommt es nicht an. Es können daher auch produktive Effizienzgewinne berücksichtigt werden. Bei der Anwendung eines Konsumentenwohlfahrts-Standards wäre demgegenüber entscheidend, ob die Konsumentenrente steigt. Bei gleichbleibenden Leistungen ist dies der Fall, wenn die Preise fallen. In der ökonomischen Diskussion wird daher meist die Gesamtwohlfahrt als vorzugswürdig angesehen, da diese mehr wohlfahrtserhöhende Entwicklungen ermöglicht.
- 10 Mit der Anwendung eines dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards scheint der Bundesrat einen Paradigmenwechsel in der Schweizer Fusionskontrolle vollziehen zu wollen, ohne dass dies durch die Einführung des SIEC-Tests zwingend nötig wäre. Die künftige Anwendung eines dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards ist daher insbesondere aus den folgenden Gründen abzulehnen:
- Die Zusammenschlusskontrolle wäre nicht mehr auf den Schutz des Wettbewerbs *per se* ausgerichtet und die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in benachbarten Märkten schwierig;
 - Eine Fokussierung auf die Konsumentenrente würde verhindern, dass produktive Effizienzgewinne berücksichtigt werden können. Nachhaltigkeitseffizienzen könnten im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle somit etwa nur noch erschwert dargelegt werden. Klimaziele können nachweislich aber nur erreicht werden, wenn es zu produktiven Effizienzgewinnen kommt. In Märkten, in denen ein Marktversagen besteht, da externe Effekte bei der Preissetzung nicht berücksichtigt werden, führen Industriekooperation oder -zusammenschlüsse allenfalls (kurzfristig) zu "höheren" Preisen, die gesamtwirtschaftlich jedoch (langfristige) Vorteile für die Konsumentinnen und Konsumenten (i.S.v. Abnehmern) bringen. Wird vom derzeitigen Gesamtwohlfahrtstandard abgewichen, könnten gesamtwirtschaftliche Wohlfahrtsgewinne im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nicht angemessen berücksichtigt werden, was die Transformation der Wirtschaft zu mehr Nachhaltigkeit behindert bzw. erschwert;
 - Mit der Einführung eines "dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards" würde vielmehr eine Schweizer Besonderheit (*Swiss Finish*) geschaffen, welche sich in dieser Art auch nicht im EU-Recht widerfinden würde. Was mit diesem Standard effektiv gemeint ist, erscheint denn auch unklar. Soweit ersichtlich folgt dieser, wenn überhaupt, keinem etablierten ökonomischen Konzept. Er stellt vielmehr eine konturlose Hybridform dar, dessen Anwendung zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde. Argumente, die Anwendung eines Gesamtwohlfahrtstandards sei praktisch schwierig und die Ermittlung der Produzentenrente zu aufwendig, sind zurückzuweisen.

- 11 Soll am dynamischen Konsumentenwohlstands-Standard festgehalten werden, ist klarzustellen, dass sich dieser grundsätzlich am Gesamtwohlstandsstandard zu orientieren hat und im Rahmen einer angestrebten "langfristigen Maximierung der Konsumentenwohlstand" insbesondere etwa auch Nachhaltigkeitseffizienzen berücksichtigt werden können.

III. Vermeidung von Doppelspurigkeiten mit europäischen Verfahren

- 12 Die Stossrichtung, Doppelspurigkeiten in Fusionskontrollverfahren mit grenzüberschreitendem Charakter zu vermeiden bzw. reduzieren ist zu begrüßen. Die vorgeschlagene Massnahme ist hierfür aufgrund praktischer Schwierigkeiten jedoch voraussichtlich nicht zielführend. Auf die im Entwurf zum KG (**E-KG**) vorgeschlagene Regelung (Art. 9 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} E-KG) ist daher zu verzichten.
- 13 Bei internationalen Fusionskontrollverfahren müssen in der Regel zahlreiche Meldepflichten und Verfahren in unterschiedlichen Jurisdiktionen geprüft und koordiniert werden. Keine der uns bekannten Jurisdiktionen stellt für die Meldepflicht massgeblich auf die räumliche Marktdefinition ab. Dies soll mit Art. 9 Abs. 1^{bis} E-KG offenbar geschehen. Für die Zusammenschlusskontrolle und insbesondere im Rahmen der Koordination internationaler Transaktionen ist für die beteiligten Unternehmen zentral, Rechtssicherheit in Bezug auf das Bestehen einer Meldepflicht und das Timing der Freigaben zu haben. Aufgrund der in der Regel entstehenden Zusatzkosten bei Verzögerungen des Vollzugs eines Zusammenschlussvorhabens sind daher Verfahrensregeln zu bevorzugen, welche diese Bedingungen erfüllen.
- 14 Mit den vorgeschlagenen Änderungen dürfte in vielen Fällen keine Erleichterung einhergehen. In der Praxis wird die Anwendung der vorgesehenen Ausnahmeregelung wohl oft daran scheitern, dass weder in der Schweiz noch auf europäischer Ebene eine gefestigte Praxis zur räumlichen Marktabgrenzung vorliegt. Diese wird von den Behörden mangels Relevanz für das Verfahrensergebnis letztlich regelmässig offengelassen.
- 15 Zur Klärung der Meldepflicht basierend auf einer räumlichen Marktabgrenzung wären umfangreiche Sachverhaltsabklärungen erforderlich, unter anderem mit Involvement des lokalen Managements. Derart umfangreiche Abklärungen sind allem voran dann problematisch, wenn ein Zusammenschlussvorhaben (insb. zur Vermeidung von sog. *Leaks*) nur einem engen Personenkreis bekannt sein darf.
- 16 Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit müsste zur Klärung des Bestehens einer Meldepflicht ein Beratungsinstrument zur Verfügung stehen, das Unklarheiten in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung und die Meldepflicht ausräumen kann. Es ist zwar denkbar, dies im Rahmen einer Sekretariatsberatung (Art. 23 Abs. 2 KG) zu versuchen. Die fehlende Bindungswirkung für die WEKO und die fehlenden Fristen für die Ausstellung einer solchen Beratung dürften deren Effektivität aber massgeblich hindern. Sollten die vorgeschlagenen Änderungen umgesetzt werden, müsste zusätzlich ein Beratungsinstrument geschaffen werden, das die WEKO bindet und den beteiligten Unternehmen innert kurzer Frist (max. 5-10 Tage) Rechtssicherheit zur Meldepflicht verschaffen kann.
- 17 Hinzu kommt, dass – anders als von Art. 9 Abs. 1^{ter} E-KG wohl vorausgesetzt – die Zuständigkeit der Europäischen Kommission (**EU-Kommission**) bei zahlreichen Zusammen-

schlussvorhaben keineswegs eindeutig feststeht. Dies liegt unter anderem an den zahlreichen Verweisungsmöglichkeiten. Nach der Europäischen Fusionskontrollverordnung (**FKVO**)³ kann – unter jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen – sowohl von der EU-Kommission an die mitgliedstaatlichen Behörden eine vollständige oder teilweise Verweisung erfolgen (Art. 4 Abs. 4 FKVO sowie Art. 9 FKVO) als auch von den Mitgliedstaaten an die EU-Kommission (Art. 4 Abs. 5 FKVO und Art. 22 FKVO). Insbesondere kann Art. 22 FKVO (sog. "niederländische Klausel") in der Weise zum Einsatz gebracht werden, dass ein Mitgliedstaat die Prüfung eines Zusammenschlusses durch die EU-Kommission selbst dann verlangen darf, wenn er selbst und in extremen Fällen sogar alle 27 Mitgliedstaaten der EU keine Prüfkompentenz nach ihren nationalen Fusionskontrollregeln besitzen. Die EU-Kommission hat bekanntlich Art. 22 FKVO zuletzt auch praktisch in dieser Weise verwendet.⁴ Entsprechende Leitlinien⁵ sowie Verlautbarungen der Wettbewerbskommissarin lassen eine zunehmende Verwendung dieses Mechanismus erwarten.⁶ Ein weiterer Unsicherheitsfaktor für die praktische Beurteilung der Zuständigkeit der EU-Kommission sind die der Anmeldung vorgelagerten, teilweise sehr lange dauernden informellen Vorverfahren mit der EU-Kommission (sog. "*Informal Guidance*"-Gespräche bzw. "*Prenotification*"). In Ausnahmefällen können diese über ein Jahr dauern, bevor eine Meldung erfolgen kann (oder eventuell auch unterbleibt). Die für die Schweiz angedachten Regelungen für eine Vermeidung von Doppelspurigkeiten mit europäischen Verfahren sollten all diesen Besonderheiten der europäischen Zusammenschlusskontrolle Rechnung tragen, damit die erhofften praktischen Vereinfachungen auch tatsächlich eintreten können.

- 18 Wenn das Sekretariat der WEKO (**Sekretariat**) zudem mittels formloser Mitteilung die Meldepflicht jederzeit wiederaufleben lassen kann, so besteht ein erhebliches Risiko für eine Verzögerung des Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens bzw. eines Verstosses gegen das Vollzugsverbot. Betroffene Unternehmen werden diese Risiken nicht in Kauf nehmen und ein Vorhaben im Zweifel letztlich einfach anmelden.
- 19 Sollen die vorgeschlagenen Änderungen umgesetzt werden, ist im Interesse der Rechtssicherheit und Praktikabilität auf jeden Fall klarzustellen, dass:
 - die WEKO innerhalb von 10 Tagen nach Eingang der EU-Meldung feststellen muss, ob die Meldepflicht wiederauflebt und ansonsten von der Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 1^{bis} E-KG ausgegangen wird;
 - die Praxis der WEKO und der EU-Kommission zur räumlichen Marktabgrenzung für das Sekretariat der WEKO verbindlich ist;
 - Beratungsanfragen zur Frage der räumlichen Marktabgrenzung bzw. Meldepflicht innerhalb von 10 Tagen beantwortet werden müssen und die WEKO binden; und

³ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 Über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung").

⁴ Vgl. etwa das Verfahren M.10188, Illumina/Grail (weitere Informationen abrufbar unter : https://ec.europa.eu/competition/elo-jade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_10188 [letztmals abgerufen am 11. März 2022]).

⁵ Vgl. die Leitlinien vom 26. März 2021 "*Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases*", abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/guidance_article_22_referrals.pdf (letztmals abgerufen am 11. März 2022).

⁶ Margrethe Vestager, The future of EU merger control, speech, 11.09.2020: "*So the time has come to change our approach. We plan to start accepting referrals from national competition authorities of mergers that are worth reviewing at the EU level – whether or not those authorities had the power to review the case themselves.*"; abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en (letztmals abgerufen am 11. März 2022).

- auch Zusammenschlussvorhaben, die nach Verweisungen an die EU-Kommission gemäss Art. 4 Abs. 5 oder Art. 22 FKVO in den Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Regelung fallen⁷ und dass auch hierfür eine Frist von 10 Tagen gilt (vgl. oben, erstes Lemma).
 - Schliesslich wäre zu überlegen, ob auch für Fälle, die originär in die Zuständigkeit der EU-Kommission fallen, jedoch (ganz oder teilweise) an EU Mitgliedstaaten verwiesen werden (Art. 4 Abs. 4 FKVO und Art. 9 FKVO), eine Meldung in der Schweiz entbehrlich ist.
- 20 Aufgrund der vorstehenden Bedenken sollte auf die Einführung der vorgeschlagenen Regelung in Art. 9 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} E-KG verzichtet werden. Dem Sekretariat stehen anderweitige, einfache Massnahmen zur Verfügung, um den Aufwand für Zusammenschlussvorhaben mit internationaler Dimension erheblich zu reduzieren. Eine Vereinfachung bei parallelen Meldungen in der Schweiz und bei der EU-Kommission könnte ohne Gesetzesänderung im Rahmen der Gesetzesanwendung oder durch eine Ergänzung von Art. 12 VKU umgesetzt werden. Das Sekretariat könnte im Meldeformular überdies klarstellen, dass regelmässig nur beschränkte Informationen verlangt werden, wenn parallel eine europäische Anmeldung eingereicht wird. Auch könnten in diesem Rahmen praktische Lösungsansätze für die beschriebenen Besonderheiten der europäischen Fusionskontrolle, etwa des informellen Vorverfahrens und der Verweisungsmöglichkeiten, aufgezeigt werden.

IV. Anpassung der Fristverlängerungen

- 21 Die vorgeschlagene Annäherung des Fristenlaufs in der Schweiz und in der EU ist grundsätzlich zu begrüssen. In der Praxis wird dem Bedürfnis nach zeitlicher Verfahrenskoordination aber bereits heute Rechnung getragen, indem die Einreichung der definitiven Meldung in der Schweiz oft so erfolgt, dass das Ende der Vorprüfung auf das Ende der Phase I des europäischen Verfahrens fällt.
- 22 Soll eine Fristverlängerungsmöglichkeit gleichwohl eingeführt werden, ist die Revisionsvorlage jedoch anzupassen. Die vorgeschlagene Regelung birgt aufgrund der in der Fusionskontrolle geltenden kurzen Fristen das Risiko, dass die Wettbewerbsbehörden die Fristverlängerungen regelmässig einverlangen, auch wenn keine Angleichung des Fristenlaufs erforderlich ist. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn aus Sicht der Behörde andere Gründe wie z.B. Personalmangel bestehen. Auch wenn die betroffenen Unternehmen grundsätzlich ihre Zustimmung zur Fristverlängerung geben müssen, bestünde die Gefahr, dass diese Behörde die Zustimmung *de facto* erzwingen könnte.
- 23 Um die dargestellten Risiken zu reduzieren, sind in Bezug auf Art. 32 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 4 E-KG die folgenden Klarstellungen vorzunehmen:
- Die Passage "mit Zustimmung der meldenden Unternehmen" sollte durch "auf Antrag der meldenden Unternehmen" ersetzt werden; und
 - "aus wichtigen Gründen" sollte durch "zur Angleichung des Fristenlaufs an ausländische Fusionskontrollverfahren" ersetzt werden.

⁷ Davon ist aufgrund des Wortlauts von Art. 9 Abs. 1^{bis} Bst. b E-KG wohl auszugehen.

- 24 Diese Klarstellungen stellen sicher, dass eine Fristverlängerung nur dann zur Anwendung kommt, wenn diese aufgrund der nicht parallel laufenden Fristen in schweizerischen und ausländischen Verfahren notwendig ist.

V. Änderungen bei Aufgreifschwellen: Transaktionswert und Verfahren

- 25 Dem Bundesrat ist zuzustimmen, dass in Bezug auf die Einführung eines neuen Aufgreifkriteriums des Transaktionswerts kein Handlungsbedarf besteht. Neben dem im Bericht angesprochenen Fehlen einer "Kontrolllücke" und dem daher unnötigen Aufwand (für Verwaltung und Unternehmen) entsprechender Meldeverfahren wäre die Einführung einer solchen Meldeschwelle auch mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden. So zeigt die Erfahrung in Ländern wie Deutschland oder Österreich (die im Gegensatz zu den anderen EU-Mitgliedstaaten eine solche Meldeschwelle eingeführt haben), dass der Wert der Gegenleistung als auslösendes Kriterium durchaus unklar sein kann; dies gilt beispielsweise bei *Earn Out*-Zahlungen, deren Höhe von der künftigen Unternehmensentwicklung abhängt, die aber für die Abklärung einer Meldepflicht in ihrem Wert auf den Vollzugszeitpunkt diskontiert werden müssen.
- 26 Art. 9 Abs. 5 KG soll insbesondere die Veränderung der Aufgreifschwellen nach Art. 9 Abs. 1-3 KG dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren entziehen, um eine Möglichkeit raschen Handelns zu schaffen. Diese Möglichkeit wurde bislang nicht genutzt. Eine Änderung der Aufgreifschwellen aufgrund der weiten, damit verbundenen Auswirkungen sollte dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren – und damit der Möglichkeit eines Referendums – unterstehen. Dies gilt aus rechtsstaatlichen Überlegungen, aber bereits auch aus dem Umstand, dass sich bislang kein (dringlicher) Bedarf für eine Änderung ergeben hat. Die vorgeschlagene Streichung dieser Bestimmung ist zu befürworten.

VI. Weitere Vorschläge zur Zusammenschlusskontrolle

- 27 Mögliche Gesetzes- bzw. Ordnungsänderungen, die betreffend die Zusammenschlusskontrolle im Rahmen der geplanten KG-Teilrevision in Betracht zu ziehen wären, werden unten in Kapitel H.II dargestellt.

D. Stärkung des Kartellzivilrechts

I. Vorbemerkungen

- 28 Die Absicht, die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts zu fördern, ist grundsätzlich zu begrüßen. Innerhalb der Arbeitsgruppe Schweiz werden einzelne Instrumente dieser Förderung jedoch unterschiedlich beurteilt.
- 29 Die zivilprozessualen Hürden im Kartellrecht sind nicht grundsätzlich höher als in anderen Rechtsgebieten. Relevant ist das Kartellzivilverfahren einerseits dann, wenn die WEKO im Rahmen ihres Aufgreifermessens Anzeiger aufgrund der aus Sicht der Behörde beschränkten Auswirkungen auf den Wettbewerb an die Zivilgerichte verweist. Dies dürfte aufgrund der bisherigen Verlautbarungen der Behörde insbesondere im Bereich des neuen Konzepts der relativen Marktmacht künftig vermehrt der Fall sein. Mangels einer Möglichkeit, im Rahmen von Verfahren vor der WEKO Schadenersatzansprüche geltend zu machen (vgl.

dazu aber Kapitel D.V unten), ist das Kartellzivilverfahren andererseits für Folgeklagen (*Follow-on* Klagen) von Bedeutung. Hinzu kommen Zivilverfahren zwecks Erlasses vorsorglicher Massnahmen, insbesondere vor dem Hintergrund der diesbezüglich restriktiven Praxis der WEKO. Für potentielle Zivilkläger wird die Anzeige bei der WEKO aufgrund der fehlenden Kostenrisiken und der Sachverhaltsermittlung durch die Wettbewerbsbehörden aber gleichwohl attraktiv bleiben.

- 30 Im Rahmen der Förderung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts sollten schliesslich potentiell negative Auswirkungen auf das Institut "Bonusmeldungen" berücksichtigt werden. Erfahrungen im Ausland zeigen, dass eine Stärkung des Kartellzivilrechts mit einem Rückgang an Selbstanzeigen einhergehen kann.⁸ Als wesentlicher Grund für die entsprechende Entwicklung in der EU und deren Mitgliedstaaten wird die Einführung der EU-Schadenersatzrichtlinie⁹ gesehen.

II. Ausdehnung der Aktivlegitimation

- 31 Dass neu alle von einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung Betroffenen, d.h. auch Konsumentinnen und Konsumenten zu Kartellzivilklagen legitimiert sein sollen, wird grundsätzlich begrüsst. Diese Entwicklung entspricht einem internationalen Trend. Ob diese Änderung für sich allein genommen eine grosse Wirkung haben wird, bleibt jedoch abzuwarten. Es ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass einzelne Konsumentinnen oder Konsumenten eine Kartellzivilklage anstrengen werden. Die Ausdehnung der Aktivlegitimation ist mit den geplanten Änderungen hinsichtlich des kollektiven Rechtsschutzes durch Erweiterung und Ergänzung der Verbandsklage und des kollektiven Vergleichs abzustimmen. Allfällige unerwünschte Auswirkungen (Aufbau eines übermässigen Vergleichsdrucks auf Beklagte) sind dabei zu vermeiden (vgl. Kapitel D.VII).
- 32 Begrüssenswert ist grundsätzlich auch, dass neu bereits eine bloss Bedrohung wirtschaftlicher Interessen für einen Zivilanspruch genügen soll. Allerdings ist diese Ausweitung auf Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsansprüche zu beschränken. Es wäre konzeptionell verfehlt, die Legitimation zur gerichtlichen Geltendmachung finanzieller Wiedergutmachung nur an das Vorliegen einer drohenden Beeinträchtigung der eigenen wirtschaftlichen Interessen zu knüpfen und auf den Nachweis einer tatsächlichen Beeinträchtigung zu verzichten. Diese Einschränkung sollte in Art. 12 E-KG entsprechend klargestellt werden.

III. Feststellungsanspruch

- 33 Die vorgesehene Einführung eines Feststellungsanspruchs ist aus rechtssystematischen Gründen zu begrüssen. Die praktische Bedeutung dieses Anspruchs dürfte aber gering bleiben.

⁸ Vgl. etwa LENA HORNKHOHL, A Solution To Europe's Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions With Fair Funds vom 18. Februar 2022 (abrufbar unter <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/18/a-solution-to-europes-leniency-problem-combining-private-enforcement-leniency-exemptions-with-fair-funds/>; [letztmals abgerufen am 11. März 2022]).

⁹ Art. 10 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (**EU-Schadenersatzrichtlinie**).

IV. Verjährungshemmung

- 34 Zum Revisionspunkt der Einführung einer Verjährungshemmung bestehen innerhalb der Arbeitsgruppe Schweiz unterschiedliche Sichtweisen. Einerseits kann das vorgesehene Institut der Verjährungshemmung für die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts förderlich sein. Andererseits wurde mit der vor kurzem erfolgten generellen Verlängerung der relativen Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 60 OR von einem auf drei Jahre den berechtigten Bedenken in Zusammenhang mit einer verfrühten Verjährung von zivilrechtlichen Ansprüchen aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung in gewissem Ausmass Rechnung getragen. Zu berücksichtigen ist auch, dass eine Verjährungshemmung aufgrund der langen und variierenden kartellrechtlichen Verfahrensdauern zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führen kann. Mittels Betreibung oder Einholens einer Verjährungsverzichtserklärung kann eine Verjährungsunterbrechung überdies relativ problemlos erreicht werden. Demgegenüber entspricht die Hemmung bzw. Unterbrechung der Verjährung während laufenden Verfahren von Wettbewerbsbehörden bis zu deren rechtskräftigem Abschluss der Regelung in der EU bei einer zugrunde liegenden minimalen Verjährungsfrist von 5 Jahren.¹⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint die Einführung einer zusätzlichen Verjährungshemmung ab der Eröffnung einer Untersuchung der WEKO bis zu deren rechtskräftigen Abschluss nicht zwingend, aber durchaus vertretbar.
- 35 Soll das Verjährungsrecht angepasst und eine Verjährungshemmung während laufender Untersuchung durch die WEKO eingeführt werden, sind deren Grenzen gesetzlich klar zu regeln. Beispielsweise bei sequentiell-hybriden Verfahren sollte die Verjährungshemmung mit Bezug auf eine involvierte Partei enden, sobald der Entscheid der WEKO gegen diese Partei rechtskräftig geworden ist. Die Verjährungshemmung sollte jedenfalls nicht andauern, bis der letzte Entscheid mit Bezug auf die untersuchte Verhaltensweise in Rechtskraft erwachsen ist.

V. Reduktion von Verwaltungssanktionen

- 36 Der Vorschlag in Art. 49a Abs. 5 E-KG, wonach eine von der WEKO ausgefallte Busse reduziert wird, wenn das sanktionierte Unternehmen zivilrechtliche Schadenersatz-, Genugtuungs- oder Gewinnherausgabebzahlungen geleistet hat, ist zu begrüssen.
- 37 Dabei ist zu berücksichtigen, dass Rechtsnatur und Zweck von (ausgefallten) Sanktionen und (gewährten) Zivilansprüchen verschieden sind:
- Bei der kartellrechtlichen Geldbusse handelt es sich um eine echte Strafe. Das vom Gesetzgeber damit verfolgte Ziel war Prävention mittels (repressiver) Abschreckung. Geschützt werden soll wirksamer Wettbewerb in der Schweiz.
 - Kompensiert ein Unternehmen, dem die Schädigung des wirksamen Wettbewerbs vorgeworfen wird, ein anderes (geschädigtes) Unternehmen, so handelt es sich hingegen um individuelle (reparatorische) Ausgleichsansprüche.
- 38 Während der Bussenrahmen bei Verwaltungssanktionen abstrakt ist und tatsächliche Auswirkungen im Markt praxisgemäss bei der Bussenberechnung unberücksichtigt bleiben,

¹⁰ Art. 10 Abs. 3 und 4 der EU-Schadenersatzrichtlinie.

werden Zivilansprüche nur insofern gewährt, als das ansprechende Unternehmen eine Differenz zwischen seinem Vermögen ohne und seinem Vermögen mit der Wettbewerbsschädigung geltend machen kann. Daraus ergibt sich aus der Perspektive des wirksamen Wettbewerbs in der Schweiz, dass die Verwaltungssanktion als Instrument den (tatsächlich) entstandenen Gesamtschaden wohl überkompensiert. Die Anrechnung von zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen an die Verwaltungssanktion ist daher sinnvoll.

- 39 Für die Anrechnung kann hingegen nicht von Bedeutung sein, ob der Ausgleichsanspruch freiwillig oder unfreiwillig geleistet wurde. Daraus ergäben sich nur schwierige Abgrenzungsfragen. Selbst die vergleichsweise Erledigung einer Zivilrechtsstreitigkeit erfolgt in der Regel nicht freiwillig, da ihr meist ein reguläres Verfahren vorangeht, das in einer (Vergleichs-)Empfehlung des angerufenen Gerichts mündet. Selbst aussergerichtliche Vergleiche werden von Unternehmen regelmässig nicht gänzlich freiwillig geschlossen, sondern aufgrund entsprechender Forderungen von Seiten der Geschädigten oder angesichts eines drohenden Ausschlusses von künftigen öffentlichen Vergaben bei fehlenden Kompensationsleistungen.
- 40 Nicht überzeugend ist sodann, dass die Sanktionsreduktion im Ermessen der WEKO und der Rechtsmittelinstanz liegen soll. Aufgrund des zuvor Erwähnten bzw. zwecks Korrektur der Überkompensation durch die Verwaltungssanktion sollte die Sanktion exakt im Umfang von geleisteten Ausgleichsansprüchen reduziert werden. Eine klare Regelung der Reduktionshöhe erscheint neben dem Aspekt der Rechtssicherheit auch deshalb geboten, weil – wie in Art. 49a Abs. 5 E-KG vorgesehen – die Reduktion der Sanktion nicht nur durch die WEKO, sondern auch durch die Rechtsmittelinstanz vorgenommen werden kann; wenn die Sanktionsreduktion im Ermessen der die Reduktion vornehmenden Instanz stünde, würde dem betroffenen Unternehmen im Fall einer erstmaligen Reduktion durch die Rechtsmittelinstanz der volle Instanzenzug verwehrt, um sich gegen eine zu geringe Sanktionsreduktion zur Wehr zu setzen. Um dem pönalen Charakter der kartellrechtlichen Sanktion und der Wirksamkeit des Instituts der Selbstanzeige Rechnung zu tragen, könnte im Gesetz eine bestimmte Mindestgrenze vorgesehen werden, die bei einer Sanktionsreduktion nicht unterschritten werden darf, beispielsweise in Höhe von 10% der Sanktion.
- 41 Weiter ist zu berücksichtigen, dass gemäss Art. 45 Abs. 1 der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) Auftraggeber ebenfalls die Möglichkeit haben, im Fall von unzulässigen Wettbewerbsabreden eine Busse in Höhe von bis zu 10% der bereinigten Angebotssumme aufzuerlegen. Um dem Grundsatz von *ne bis in idem* Rechnung zu tragen, sollte daher weiter vorgesehen werden, dass durch Dritte aufgrund derselben Verhaltensweise ausgesprochene Bussen ebenfalls in vollem Umfang von einer Sanktion durch die WEKO in Abzug zu bringen sind.
- 42 Ein Entscheid über zivilrechtliche Ausgleichsansprüche und/oder eine vergaberechtliche Busse dürfte oftmals erst ergehen, nachdem der Entscheid über die Verwaltungssanktion in Rechtskraft erwachsen ist. In solchen Fällen kann die Sanktion nur im Rahmen einer Revision reduziert werden. Sinnvollerweise sollte die Bestimmung zur Sanktionsreduktion daher festhalten, dass die Leistung von zivilrechtlichen Ausgleichsansprüchen durch ein sanktioniertes Unternehmen einen Grund zur Revision des Bussenentscheids darstellt.

- 43 Im Ergebnis sollte Art. 49a Abs. 5 und 6 E-KG wie folgt lauten:

Art. 49a Abs. 5 und 6 (neu)

⁵Richtet ein Unternehmen Ausgleichleistungen nach Art. 12 Buchstaben c und d aus, so reduziert die Wettbewerbskommission oder die Rechtsmittelinstanz auf ein Begehren dieses Unternehmens hin seine Belastung oder veranlasst die Rückerstattung im Umfang dieser Ausgleichleistungen, wobei die Höhe der Reduktion maximal 90 Prozent der zu reduzierenden Belastung beträgt. Dieser Anspruch auf Reduktion gilt als Revisionsgrund.

⁶Durch andere Stellen ausgesprochene Bussen wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden wie insbesondere durch Auftraggeber gestützt auf Art. 45 Abs. 1 IVöB oder entsprechendes kantonales Recht sind in vollem Umfang von der Sanktion in Abzug zu bringen. Dieser Anspruch auf Reduktion gilt als Revisionsgrund. Bei der Bemessung der maximalen Reduktion von 90 Prozent gemäss Abs. 5 ist auf den Betrag nach Abzug von Bussen gemäss diesem Absatz abzustellen.

VI. Formelle Anpassungen

- 44 Die Streichung von Art. 12 Abs. 2 und 3 KG und die Anpassung von Art. 13 E-KG an Art. 12 lit. B E-KG sind zu begrüssen.

VII. Rechtsdurchsetzung / kollektiver Rechtsschutz

- 45 Für das Kartellzivilverfahren von Relevanz sind auch bereits laufende parlamentarische Bestrebungen, die (kollektive) Rechtsdurchsetzung generell im Rahmen der ZPO zu stärken.¹¹
- 46 Der Bundesrat sandte am 10. Dezember 2021 zudem eine Botschaft betreffend die Durchsetzung ziviler Rechtsansprüche durch Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes an das Parlament.¹² Damit soll die bestehende Verbandsklage ausgebaut und künftig auch die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ermöglicht werden. Die parlamentarischen Beratungen dieser Vorlage stehen derzeit noch aus.
- 47 Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sind in der Schweiz grundsätzlich systemfremd.¹³ Aus kartellzivilrechtlicher Perspektive ebenfalls zielführend und angemessen, aber weniger einschneidend, wäre es, bereits existierende Instrumente zur Anspruchsbündelung gezielt zu stärken. Sollten neue Instrumente für einen weiter gestärkten kollektiven Rechtsschutz eingeführt werden, ist darauf zu achten, dass deren Ausgestaltung das grundsätzlich ausbalancierte Schweizer Zivilprozessrecht nicht unnötig gefährdet und insbesondere keine potentiell fehlgeleiteten kommerziellen Anreize geschaffen werden.¹⁴

¹¹ Einerseits hat dazu der Bundesrat am 26. Februar 2020 eine Botschaft an die Räte verabschiedet (Parlamentsgeschäft 20.026; vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?Affairid=20200026> [letztmals abgerufen am 11. März 2022], vgl. auch die Botschaft vom 26. Februar 2020 zur generellen Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung). Nachdem der Ständerat dieser Vorlage mit einigen Abweichungen bereits zugestimmt hat, wird sich der Nationalrat demnächst damit befassen müssen.

¹² Abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86344.html> (letztmals abgerufen am 11. März 2022).

¹³ Bei der Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung im Jahre 2011 wurde die Notwendigkeit von Regelungen zum kollektiven Rechtsschutz noch ausdrücklich verneint.

¹⁴ Bereits die als "abgestimmt" bezeichneten Anpassungsvorschläge des Bundesrates können erhebliche Auswirkungen aufweisen. Beim Gruppenvergleich könnten gegen den Willen der Betroffenen Ansprüche aggregiert werden, um gegenüber Beklagten Druck aufzubauen: Unter-

E. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

I. Akuter und gesteigerter Revisionsbedarf

48 Die dringende Revisionsbedürftigkeit des Widerspruchsverfahrens ist weitestgehend unbestritten. Dies erkennt der Erläuternde Bericht in zutreffender Weise an, wie im Grundsatz auch die Notwendigkeit für ein solches Verfahren. Zu wenig berücksichtigt bleibt dabei, dass das Bedürfnis nach einem effektiven, Rechtssicherheit vermittelnden Widerspruchsverfahren seit der gescheiterten KG-Revision 2012 aufgrund der nachfolgend aufgeführten Umstände weiterhin erheblich zugenommen hat:

- Rechtsunsicherheit bezüglich digitaler Geschäftsmodelle: Die Digitalisierung führt zu einer Vielzahl disruptiver, transformativer Geschäftsmodelle, die völlig neuartige kartellrechtliche Rechtsfragen aufwerfen. Gleichzeitig verlangen zunehmend dynamische Wettbewerbsprozesse von Unternehmen immer schnellere Geschäftsentscheide ab.
- Rechtsunsicherheit bezüglich Nachhaltigkeitskooperationen: Die Bekämpfung der Klimaerwärmung und Umweltzerstörung erfordern verstärkt auch Initiativen der Privatwirtschaft, insbesondere in Form von Nachhaltigkeits- und Umweltkooperationen. Wie jüngere Beispielfälle in der Schweiz und der EU zeigen, profitieren solche Kooperationen unter Umständen nicht von einem Nachhaltigkeitsprivileg und begründen allenfalls ihrerseits kartellrechtliche Risiken.
- Rechtsunsicherheit bezüglich Effizienzgründen: Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Gaba¹⁵ kommt der Effizienzrechtfertigung für die kartellrechtliche Beurteilung von Verhaltensweisen eine umso wichtigere Bedeutung zu. Ausgerechnet hierzu fehlt hinreichende bzw. Rechtssicherheit begründende Fallpraxis, nicht zuletzt aufgrund der faktischen Beweislastumkehr.
- Rechtsunsicherheit bezüglich direktsanktionierbarer Tatbestände: Durch eine vermehrt überschüssende bzw. weite Auslegung der Vermutungstatbestände nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie des Missbrauchstatbestandes nach Art. 7 KG haben diese ihre Begrenzungsfunktion in hohem Masse eingebüsst und sich abstrakten Gefährdungsdelikten angenähert.

49 Der Revisionsbedarf für das Widerspruchsverfahren hat somit akut zugenommen. Es besteht dringender Revisionsbedarf.

II. Der Revisionsvorschlag schafft keine hinreichende Rechtssicherheit und verfehlt daher das intendierte Regelungsziel

50 Der aktuelle Revisionsvorschlag entspricht inhaltlich grundsätzlich der Revisionsvorlage 2012. Im Kern soll die Rechtssicherheit für die Unternehmen dadurch erhöht werden, dass

nehmen könnten dadurch vermehrt gezwungen werden, selbst in aussichtsreichen Fällen aus Risikoüberlegungen Vergleiche abzuschliessen. Die Verbindung des Gruppenvergleichsverfahrens mit dem ausgebauten Verbandsklagerecht und den Kostenerleichterungen zu Gunsten der Kläger könnte diese Tendenz weiter akzentuieren.

¹⁵ BGE 143 II 297 – Gaba.

erstens die Widerspruchsfrist von fünf Monaten auf zwei Monate verkürzt wird und zweitens das direkte Sanktionsrisiko erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Art. 27 KG wiederaufleben soll.

- 51 Abweichend von der Revisionsvorlage 2012 sollen statt "*Wettbewerbsbeschränkungen*" nunmehr "*Verhaltensweisen*" gemeldet werden. Ferner entfällt die Belastung, wenn die Verhaltensweise gemeldet wird, bevor sie "*umgesetzt*" wird, statt "*Wirkung entfaltet*".
- 52 Durch die Verkürzung der Widerspruchsfrist und das Erfordernis der Untersuchungseröffnung wird der Kern der Rechtsunsicherheit nicht adressiert. Denn mit der Eröffnung einer Untersuchung schwebt über den betroffenen Unternehmen weiterhin für die gesamte Dauer der Untersuchung das Damoklesschwert einer einschneidenden Sanktion. Neuartige Kooperationsformen und andere Innovationen werden dadurch unnötig erschwert.
- 53 Der Revisionsvorschlag könnte sich sogar kontraproduktiv auswirken: Die Wettbewerbsbehörden könnten veranlasst sein, Vorabklärungen oder Untersuchungen aufgrund der Verkürzung der Widerspruchsfrist vorsorglich *in dubio contra reum* zu eröffnen und die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung aufgrund des entsprechenden Erfordernisses zu Lasten der Unternehmen zu senken.
- 54 Der Revisionsvorschlag verkürzt bzw. verringert zwar die initiale Dauer und weist somit in die richtige Richtung. Da das Sanktionsrisiko während der Dauer einer allfälligen Untersuchung unverändert fortbesteht, bleibt die Rechtsunsicherheit im Kern aber unadressiert.
- 55 Problematisch ist schliesslich, dass zur Sanktionsbefreiung die Meldung der Verhaltensweise nicht erst vor der Entfaltung allfälliger Wirkungen erfolgen muss, sondern bereits bevor diese umgesetzt ist. Damit werden die Hürden für die meldenden Unternehmen erhöht, indem der Zeitraum für eine potentielle Meldung unnötig vorverlegt wird. Hierfür ist kein aner kennenswertes Interesse ersichtlich.
- 56 Der Revisionsvorschlag zum Widerspruchsverfahren verfehlt sein Regelungsziel, Rechtssicherheit für die Unternehmen zu schaffen. Er ist daher trotz einer begrüssenswerten Tendenz abzulehnen.

III. **Alternativer Vorschlag: Verzicht auf Sanktionsandrohung für Dauer der Untersuchung**

- 57 Ein effektives, Rechtssicherheit vermittelndes Widerspruchsverfahren setzt zwingend voraus, dass auch für die Dauer der Untersuchung auf eine Sanktionsandrohung verzichtet wird. Es sind keine überzeugenden Gründe ersichtlich, weshalb das Wiederaufleben der Sanktionsandrohung zum Schutze des Wettbewerbs erforderlich sein sollte:
 - Kooperatives Verhalten: Unternehmen zeigen mit ihrer Widerspruchsmeldung und der damit verbundenen Offenlegung potentiell kartellrechtlich problematischer Verhaltensweisen bereits ihre umfassende Bereitschaft zur Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden. Damit wird die behördliche Aufgreifmöglichkeit geschaffen. Ohne vollständige Sanktionsbefreiung im Widerspruchsverfahren bestünde zudem ein Wertungswiderspruch zur Bonusmeldung nach Art. 49a Abs. 2 KG. Bei letzterer kann die Erstanzeigerin über die sog. Feststellungskooperation selbst dann einen vollumfänglichen Sanktionserlass erlangen, wenn sie die Selbstanzeige

erst nach Untersuchungseröffnung einreicht. Ein Aufleben der Sanktion im Rahmen einer Widerspruchsmeldung rechtfertigt sich daher nicht. Mit einer Flut von Meldungen hinsichtlich offensichtlich unzulässiger Verhaltensweisen ist nicht zu rechnen. Sollte dies wider Erwarten der Fall sein, hätten die Wettbewerbsbehörden – wie nachfolgend unter anderem aufgezeigt – die entsprechenden Instrumente zur Hand, um Abhilfe zu schaffen.

- Möglichkeit der Anordnung sanktionsbewehrter vorsorglicher Massnahmen: Sollten die Wettbewerbsbehörden es zur Verhinderung von nicht leicht wieder gutzumachenden Schäden für den Wettbewerb tatsächlich für erforderlich erachten, bestünde die Möglichkeit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Diese wären im Falle einer Widerhandlung sanktionsbedroht. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen könnten Beschwerden die aufschiebende Wirkung entzogen werden. Daneben könnten vorsorgliche Massnahmen gegebenenfalls auch durch die von den gemeldeten Verhaltensweisen betroffenen Unternehmen auf dem Zivilrechtsweg durchgesetzt werden.
- Disziplinierende kartellzivilrechtliche Haftungsrisiken: Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens befreit die Unternehmen nicht von allfälligen kartellzivilrechtlichen Haftungsrisiken hinsichtlich der gemeldeten Verhaltensweisen. Diese dürften sich durch die vorliegende Revisionsvorlage nochmals in erheblichem Masse akzentuieren. Daraus dürfte ein disziplinierender Effekt auf allfällige Missbrauchsanreize resultieren.
- Anreiz zu speditiver Verfahrensführung: Die Wettbewerbsbehörden hätten es neben der Anordnung vorsorglicher Massnahmen in der Hand, durch einen speditiven Verfahrensabschluss allfällige unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen mit einer wiederum strafbewährten Untersagungs- und Abstellverfügung zu beseitigen. Das Widerspruchsverfahren würde zugleich die Beachtung der in der Revisionsvorlage vorgesehenen Ordnungsfristen fördern, sollten diese letztlich eingeführt werden (vgl. Kapitel F.I).

- 58 Der Revisionsvorschlag ist dahingehend abzuändern, dass nach Meldung der Verhaltensweise auch im Falle der Eröffnung einer Untersuchung eine Sanktionierung der Unternehmen vorbehaltlich Widerhandlungen gegen allfällige vorsorgliche Massnahmen für die gesamte Verfahrensdauer entfällt.

F. Verwaltungsverfahren

I. Zu den vorgeschlagenen Ordnungsfristen (Motion Fournier)

- 59 Ordnungsfristen erscheinen grundsätzlich weder in Gerichts- noch in Verwaltungsverfahren angebracht. Die Einführung solcher Fristen könnte sich letztlich zum Nachteil der Rechtsunterworfenen auswirken, indem sie faktisch zu einer Beschneidung von Parteirechten führt (beispielsweise durch kurze behördliche Fristen) oder zur Beschränkung wirksamen Rechtsschutzes (beispielsweise durch eine beschränkte Sachverhaltsüberprüfung vor

Bundesverwaltungsgericht). Insbesondere gerichtliche Ordnungsfristen scheinen vor diesem Hintergrund, und mit Blick auf eine von Fall zu Fall stark unterschiedliche Verfahrenskomplexität, als nicht angebracht.

- 60 Mit Ordnungsfristen würden sodann zwar die aktuell überlangen Verfahren (insbesondere in den Rechtsmittelverfahren) noch besser kenntlich gemacht. An den Ursachen des Problems werden Ordnungsfristen jedoch kaum etwas ändern. Das unpassende Verwaltungsverfahrenrecht für Sanktionen mit Strafcharakter sowie die hohe Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Regeln betreffend die Untersuchungsführung der Wettbewerbsbehörden führen zu relativ vielen Rechtsmittelverfahren bezüglich verfahrensleitender Zwischenverfügungen der WEKO. Ausserdem sind die Gerichte gezwungen, sich mit vielfältigen Verfahrensfragen zu befassen, was zusätzliche Arbeit zu den ohnehin bereits komplexen, zu behandelnden Hauptfragen führt. Die Dauer der Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zeigt, dass das Gericht für wettbewerbsrechtliche Fragestellung nicht optimal aufgestellt ist (vgl. zum Thema Institutionenreform und insbesondere der Vorschlag für eine Kürzung des Instanzenzugs Kapitel H.I).

II. Alternativvorschlag: Verjährungsregelung

- 61 Im Strafverfahrensrecht wird dem Problem von überlangen Verfahren mit griffigen Verjährungsregelungen begegnet. Die Verjährung hat dabei mehrere Aspekte: Erstens hat ein Angeklagter das Recht, dass sein Fall innert nützlicher Frist (und aufgrund von aktuellen Beweismitteln) entschieden wird bzw. dass er nicht für weit zurückliegende Taten bestraft wird. Zweitens erzeugt die Verjährung einen wirksamen Druck auf die Staatsanwaltschaft und das erstinstanzliche Gericht, rechtzeitig einen Entscheid zu treffen.
- 62 Aktuell gibt es im Kartellgesetz nur die Frist von fünf Jahren zwischen Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung und der Eröffnung einer Untersuchung durch die WEKO (Art. 49 Abs. 3 lit. b KG). Die WEKO ist der Meinung, dass sie nur diese Frist einhalten muss, um ein Unternehmen sanktionieren zu dürfen – egal wie lange das Untersuchungsverfahren und anschliessend das gerichtliche Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dauert. Mit einer Verjährungsregelung, die analog zum Strafprozessrecht an einem erstinstanzlichen Gerichtsentscheid anknüpft, würden die Behörden sowie die Gerichte Fälle rasch bearbeiten, um eine Sanktionierung zu ermöglichen.¹⁶

III. Alternativvorschlag: Ausbau der gesetzlichen Fristen in der Zusammenschlusskontrolle

- 63 Bearbeitungsfristen für die WEKO gibt es heute im geltenden Kartellrechtsverfahren einzig bei der Prüfung von Zusammenschlussvorhaben. Diese Fristen sind zentral für die Funktionsweise der Zusammenschlusskontrolle und haben sich in der Praxis bewährt. Aktuell gelten keine Fristen für die gerichtliche Überprüfung von Entscheiden der WEKO in Zusammenschlussfällen. Dies führt in der Praxis zu einer faktischen Rechtsschutzlücke, weil Zusammenschlussparteien ihr Vorhaben in aller Regel nicht während eines langen Rechtsmittelverfahrens auf Eis legen können. Sie verzichten daher für gewöhnlich auf eine gerichtliche Überprüfung des Entscheids der WEKO. Eine gesetzliche Frist (analog zu Art. 32 und 33

¹⁶ Vgl. zur möglichen Dauer der Verjährungsfrist die Überlegungen und Hinweise auf die Bundesgerichtspraxis im Bericht "Pekuniäre Verwaltungssanktionen" des Bundesrats vom 23. Februar 2022 in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, S 47 f. (abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/berichte/verwaltungssanktionen/ber-br-verwaltungssanktionen.pdf> (Bericht über pekuniäre Verwaltungssanktionen; [letztmals abgerufen am 11. März 2022])).

KG) für das Bundesverwaltungsgericht, limitiert auf die Kontrolle von Entscheiden der WEKO betreffend die Zusammenschlusskontrolle gemäss Art. 32 ff. KG, wäre daher zu begrüssen. Diese Frist sollte analog der Frist für die vertiefte Prüfung der WEKO definiert werden und somit maximal vier Monate betragen.

IV. Parteientschädigung

- 64 Die Einführung einer Parteientschädigung im Verwaltungsverfahren ist zu begrüssen. Eine Entschädigung sollte indes nicht nur zugestanden werden, wenn das Verfahren eingestellt oder aufgehoben wird, sondern entsprechend auch bei teilweiser Einstellung oder Aufhebung.

G. Revision von Artikel 5 KG (Motion Français und Wicki)

- 65 Die Motion 18.4282 Français verlangt eine Präzisierung von Art. 5 KG, um bei der Prüfung der Unzulässigkeit von Abreden sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen.

I. Hintergrund der Motionen Français und Wicki

- 66 Bevor auf die Umsetzung der Motion in Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG eingegangen wird, ist vorab auf die Hintergründe der Motion 18.4282 Français einzugehen. Diese ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Wettbewerbsbehörden sich zunehmend selbst von der Aufgabe enthoben haben, die tatsächlichen Verhältnisse abzuklären. Diese Vorgehensweise wurde von den Rechtsmittelinstanzen nicht nur geschützt, sondern gar befördert. Konkret wurden Rechtsfiguren geschaffen, die eine Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse entbehrllich machen. Gemeinsam ist diesen Beweiserleichterungen und Vermutungen, dass sie alle zu Lasten der Rechtsunterworfenen gehen.
- 67 Die Motion 18.4282 Français, aber auch Motion 21.4189 Wicki sind ein Ausdruck dieser Entkoppelung des Kartellrechts von den tatsächlichen Marktverhältnissen. Beispiele hierfür sind:
- Die in der Motion Wicki erwähnte Figur der Gesamtabrede: Die praktische Problematik der Gesamtabrede in der Praxis der WEKO besteht darin, dass die WEKO häufig nicht das Bestehen einer eigentlichen Rahmenabrede nachweist, sondern die Gesamtabrede aus dem Bestehen der Einzelabreden ableitet.¹⁷ Diese Praxis kann dazu führen, dass weder das Vorliegen der Gesamtabrede noch der Einzelabreden rechtsgenügend nachgewiesen wird. Denn die Gesamtabrede wird aus behaupteten Einzelabreden abgeleitet, und auf den Nachweis der Einzelabreden wird dann unter Hinweis auf die Gesamtabrede verzichtet. Obwohl die Figur der Gesamtabrede von der Rechtsanwendung in der EU (der sog. "*einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung*") inspiriert ist, erfüllt sie die im Recht der EU aufgestellten Voraussetzungen nicht.¹⁸

¹⁷ Siehe hierzu die Nachweise in BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 318 ff. und N 336 f.

¹⁸ BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 317 ff.

- Die Figur der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung: Nach dem Recht der EU bezweckt eine Vereinbarung nur dann eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie schon ihrem Wesen nach schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs ist.¹⁹ Nach einer vom EuGH in *Generics (UK)* verwendeten Formulierung ist eine Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung einzustufen, wenn sie allein durch das geschäftliche Interesse der Vertragsparteien an der Vermeidung von Leistungswettbewerb erklärt werden kann.²⁰

Gemäss WEKO soll es indessen genügen, dass der Inhalt der Abrede objektiv geeignet sei, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung/Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.²¹ Die WEKO vertritt gar die Auffassung, dass das Tatbestandselement des Bezweckens selbst dann erfüllt sei, wenn die Vereinbarung vage ist und verschiedene Interpretationen – die einen gesetzeskonform, die anderen unzulässig i.S. des KG – zulässt.²² Mit dem unscharfen Kriterium der "objektiven Eignung" lässt sich bei jeder Abrede argumentieren, dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke. Das Kriterium der objektiven Eignung macht eine Beweisführung darüber, ob die Abrede tatsächlich schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs ist, überflüssig. Dies ist namentlich bei jenen Abreden unbefriedigend, die vom Gesetzesgeber als besonders schädlich und daher als direkt sanktionierbar gewürdigt werden. Wenn die WEKO bei derartigen Abreden nicht in der Lage ist, (schädliche!) Wirkungen auf den Wettbewerb darzulegen, ist – trotz der angeblichen Eignung dieser Abreden zur Schädigung – nicht erkennbar, weshalb sie ins Recht gefasst werden sollen.

- Ausreichen einer potentiellen Beeinträchtigung: Das Bundesgericht lässt im Rahmen der Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG eine potentielle Beeinträchtigung genügen (was auch die Motion 18.4282 Français moniert). Nach Auffassung des Bundesgerichts hat dies unter anderem zur Folge, dass irrelevant sein soll, ob eine Vereinbarung tatsächlich umgesetzt wurde.²³ Dies ist namentlich deshalb unbefriedigend, weil die WEKO Verhaltensweisen untersucht und ins Recht fasst, die in der Vergangenheit stattgefunden haben oder andauern. Die WEKO sollte also ohne weiteres in der Lage sein, festzustellen, ob aufgrund der Vereinbarung tatsächlich Wirkungen im Markt zu verzeichnen waren bzw. sind.
- Dogmatisch verfehlt Einordnung wettbewerbsintensivierender Auswirkungen: Das Sekretariat der WEKO will wettbewerbsintensivierende Auswirkungen einer Abrede nur dann im Rahmen der Frage berücksichtigen, ob eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliege, wenn die wettbewerbsintensivierenden Auswirkungen offensichtlich seien.²⁴ Umgekehrt bejaht die WEKO eine

¹⁹ EuGH, Urteil RS C-67/13 P vom 11.9.2014, CB/Kommission, Rz. 57; EuGH, C-345/14, 26.11.2015, Maxima Latvija, Rz. 21.

²⁰ EuGH, Urteil RS C-307/18 vom 30.1.2020, *Generics (UK)* u.a., Rz. 87 und 90; EuGH, Urteil, RS C-591/16 P vom 25.3.2021, *Lundbeck/Kommission*, Rz. 118; P. IBÁÑEZ COLOMO, *Restrictions by object after Generics and Budapest Bank: a road map*.

²¹ RPW 2020/4a, 1569 Rz. 214, *SwissZinc AG*; weitere Nachweise bei BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 512 FN 929.

²² RPW 2019/3b, 954 Rz. 2278, *Badezimmer*; RPW 2011/4, 584 Rz. 389, *ASCOPA*; RPW 2014/2, 377 Rz. 32, *Meldesystem Baumeisterverbände*.

²³ BGE 143 II 324 E. 5.4.2.

²⁴ RPW 2021/1, 117 Rz. 165 – Dauer-ARGE Graubünden mit Berufung auf BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 N 130.

bezweckte Wettbewerbsbeschränkung schon bei einer blossen Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung und nicht erst dann, wenn die Wettbewerbsbeschränkung offensichtlich ist.²⁵

- Ausufernde Anwendung der Vermutungstatbestände: Die WEKO subsumiert immer mehr Abreden unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG. Diese Vermutungstatbestände waren ursprünglich gedacht, um die schwerwiegendsten Wettbewerbsverstösse bzw. "nur die krassen Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen"²⁶ zu erfassen.²⁷ Unter Art. 5 Abs. 3 KG subsumiert die WEKO zu Unrecht z.B. Einkaufsgemeinschaften²⁸, Spezialisierungsvereinbarungen²⁹, Mitversicherungsgemeinschaften und Rückversicherungspools³⁰, Mindestabnahmepflichten³¹ und Interchange Fees³². Diese Praxis ist strenger als die Praxis der EU-Behörden, welche in diesen Verhaltensweisen grundsätzlich entweder gar keine Wettbewerbsbeschränkung erblicken oder zumindest keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.³³

Unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert die WEKO z.B. Verkaufsbeschränkungen in Vertriebsverträgen betreffend Vertragsgebiete ausserhalb der Schweiz und des EWR (wie z.B. das Verbot von Exporten aus den USA)³⁴; dies geht über die (nach den Materialien massgebende)³⁵ Praxis der EU-Behörden hinaus, die in Verboten von Einfuhren in den EWR oder in die EU (z.B. aus den USA oder dem Ostblock) keinen Verstoss gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV erblickt.³⁶ Ausserdem subsumieren die WEKO und das Bundesverwaltungsgericht (allerdings im Widerspruch zum *Gaba-Urteil*)³⁷ auch Bezugsbeschränkungen unter Art. 5 Abs. 4 KG.³⁸

Seit der *Gaba*-Rechtsprechung besteht ein verstärkter Anreiz, Abreden unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu subsumieren, da diese als grundsätzlich erheblich gelten.³⁹

²⁵ BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 461.

²⁶ BBl 2001 2036.

²⁷ BBl 1995 I 566.

²⁸ RPW 2015/2, 156, *Beratung betreffend Einkaufsgemeinschaften zur Beschaffung von ATM-Geräten, ATM-Unterhaltsarbeiten und einem ATM-Monitoring-System*; RPW 2008/4, 555 Rz. 70 ff. insb. Rz. 74 f., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2014/1, 169 Rz. 98 ff., *Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung*; RPW 2004/4, 1113 Rz. 46, *Krankenversicherer/Weita AG*; kritisch hierzu auch WEBER/VOLZ, 97 Rz. 2.188.

²⁹ RPW 1998/1, 20 und 23, Rz. 3 und 23, *Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS)*.

³⁰ RPW 2007/1, 153 Rz. 100, *Schweizer Pool für die Versicherung von Nuklearrisiken - Schlussbericht vom 8. Juli 2005*.

³¹ RPW 2012/2, 178 Rz. 108 und 179 Rz. 123, *FTTH Freiburg*.

³² RPW 2015/2, 174 Rz. 81 ff., *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*; RPW 2012/4, 789 Rz. 211 ff., *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*; RPW 2009/2 132 Rz. 87 f., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*; RPW 2006/1, 85, Rz. 159, *Kreditkarten – Interchange Fee*; RPW 2006/4, 609 Rz. 66, *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*.

³³ Für Einkaufsgemeinschaften siehe z.B. horizontale Leitlinien, ABl 2011 C 11/1 ff. Rz. 208 ff.; für Spezialisierungsvereinbarungen siehe z.B. horizontale Leitlinien, ABl 2011 C 11/1 ff. Rz. 169; für Mitversicherungsgemeinschaften und Rückversicherungspools siehe z.B. KOMM, IV/D-1/30.373, 12.4.1999, P&I-Clubs. IGA und IV/D-I/37.143 - P&I-Clubs. Pooling Agreement, Rz. 65 sowie die im *Commission Staff Working Document* zum Bericht der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und an den Europäischen Rat über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 358/2003 (http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance_ber_working_document.pdf [letztmals abgerufen am 11. März 2022]), Rz. 124 ff. beschriebenen Fälle; für Mindestabnahmepflichten siehe etwa Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl 2010 C 130/1 ff., Rz. 128 ff.; für Interchange Fees siehe z.B. KOMM, ABl. 2002 L 318/29 Rz. 69, *Visa International – Multilateral Interchange Fee*; KOMM, 19.12.2007, COMP/34.579, COMP/36.518, COMP/38.580, *MasterCard*, Rz. 400 ff. m.w.H.; EuGH, Urteil RS C-382/12 P vom 11.9.2014, *MasterCard/Kommission*, Rz. 185 f.

³⁴ RPW 2013/3, 291 f. Rz. 72 ff., *Harley-Davidson Switzerland GmbH*; RPW 2016/2, 471 Rz. 252, *Nikon AG*.

³⁵ Voten von SR Schiesser und Büttiker in AB 2003 S 329 ff.

³⁶ EuG, Urteil RS T-204/03 vom 27.9.2006, Rz. 51 ff., insbesondere Rz. 58 f., *Haladjian Frères / Kommission*, Slg. 2006, II-3779; EuG, Urteil RS T-198/98 vom 16.12.1999, Rz. 34, *Micro Leader / Kommission*, Slg. 1999, II 3992; EuGH, Urteil RS C-306/96 vom 28.4.1998, Rz. 14 (der ausdrücklich auf Parallelimporte innerhalb der EU beschränkt ist) sowie Rz. 17 ff. und 26, *Javico*, Slg. 1998, I-1997.

³⁷ BGE 143 II 330 E. 6.3.4.

³⁸ RPW 2016/2, 471 Rz. 252 und 468 f. Rz. 226, *Nikon AG*; RPW 2016/3, 853 E. 7.3.2, *Nikon AG/Weko*; RPW 2019/4, 1165 Rz. 66 ff., *Bucher Landtechnik/Ersatzteihandel Traktoren*.

³⁹ BGE 143 II 318 E. 5.2.5.

- 68 Die obige Liste liesse sich um weitere Beispiele erweitern. Die zunehmende Entkoppelung des Kartellrechts vom tatsächlichen Marktgeschehen widerspricht nicht nur dem Missbrauchsprinzip, das tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen verlangt, damit ein Verhalten kartellrechtlich unzulässig ist (pro memoria: Art. 96 Abs. 1 BV hält fest, dass "*Der Bund [...] Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen [erlässt]*" und nach Art. 1 KG bezweckt das Kartellgesetz, "*volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern*").⁴⁰ Die Entkopplung des Kartellrechts vom tatsächlichen Marktgeschehen beeinträchtigt auch die Rechtsicherheit und Rechtsvoraussehbarkeit, weil das Kartellrecht keine Entsprechung mehr im tatsächlichen Sachverhalt und in der Parallelwertung der Laiensphäre hat.
- 69 Vor diesem Hintergrund ist die Einfügung eines Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG zwar zu begrüßen. Allerdings löst eine solche Bestimmung das den Motionen 18.4282 Français und 21.4189 Wi-cki zugrunde liegende Problem nicht hinreichend.

II. Verdeutlichung von Artikel 4 Abs. 1 KG

- 70 Um das Problem der zunehmenden Entkoppelung des Kartellrechts vom tatsächlichen Sachverhalt zu lösen, muss zusätzlich in Art. 4 Abs. 1 KG ausdrücklich festgehalten werden, was aufgrund des Missbrauchsprinzips zwar bereits ohnehin gilt, aber durch die Rechtsprechung zunehmend ignoriert wird: Dass eine Verhaltensweise nur dann unzulässig sein kann, wenn im Einzelfall tatsächlich eine Abrede bestand und diese im konkreten Fall tatsächlich wettbewerbswidrige Auswirkungen hatte. Um das ohnehin geltende Missbrauchsprinzip im Kartellgesetz besser zum Ausdruck zu bringen, sollte Art. 4 Abs. 1 KG deshalb wie nachfolgend hervorgehoben ergänzt werden:

Art. 4 Abs. 1 E-KG

¹ Als Wettbewerbsabreden gelten tatsächlich umgesetzte rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die unter den gegebenen rechtlichen und faktischen Umständen effektiv eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

- 71 Um Missverständnissen vorzubeugen, sei angemerkt, dass dies nicht bedeutet, dass bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen dieselbe umfassende Untersuchung sämtlicher Auswirkungen zu erfolgen hat wie bei bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen.
- 72 Bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ist allerdings im konkreten Einzelfall⁴¹ (und nicht bloss abstrakt) anhand einer Untersuchung der nachfolgend aufgeführten Faktoren darzulegen, dass eine Abrede schon ihrem Wesen nach hinreichend schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs ist:⁴²

⁴⁰ Hervorhebungen hinzugefügt; BSK KG-BIRKHÄUSER, Art. 1 N 5 und 41 m.w.H.; R. JACOBS, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. Schweizer/K. Vallen-der (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. A., 2014, Art. 96 N 16 ff.; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 30 ff.

⁴¹ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 25.3.2021, C-591/16 P, EU:C:2021:243, Lundbeck/Kommission, Rz. 115; EuGH, 30.1.2020, C-307/18, EU:C:2020:52, Generics (UK) u. a., Rz. 84 und 85.

⁴² Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 53; EuGH, 30.1.2020, C-307/18, EU:C:2020:52, Generics (UK) u. a., Rz. 68; EuGH, 6.10.2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P und C-519/06 P, EU:C:2009:610, GlaxoSmithKline Services u. a./Kommission u. a., Slg. 2009. I-9291 Rz. 58; EuGH, 8.11.1983, 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, EU:C:1983:310, IAZ/Kommission, Slg. 1983, 3369, Rz. 25; EuGH, 30.6.1966, 56/65, EU:C:1966:38, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 303 f.

- Inhalt der Abrede;
- Mit der Abrede verfolgte Ziele;
- Rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang, in dem die Abrede steht;
- Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen;
- Die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen; und
- Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte.

- 73 Die sorgfältige⁴³ Prüfung der genannten Faktoren muss es erlauben, im Einzelfall eindeutig eine Wettbewerbsbeschränkung festzustellen, die hinreichend schädlich ist, um das untersuchte Verhalten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren.⁴⁴ Hierfür müssen hinreichend belastbare und solide Erfahrungswerte bestehen.⁴⁵ Die Schädlichkeit der Vereinbarung für den Wettbewerb muss erwiesen sein.⁴⁶ Die entsprechenden Faktoren sind dabei tatsächlich darzulegen.⁴⁷ Unsubstantiierte Behauptungen reichen nicht aus.⁴⁸ Dabei kann auch eine kontrafaktische Analyse notwendig sein.⁴⁹ Eine derartige Analyse wird von der WEKO wie bereits oben dargelegt, nicht vorgenommen. Mit der vorgeschlagenen Verdeutlichung wird klargestellt, dass eine solche Analyse (auch aufgrund des Missbrauchsprinzips) vorzunehmen ist.
- 74 Angemerkt sei in diesem Zusammenhang auch, dass dort, wo es um besonders einschneidende Wettbewerbsbeschränkungen wie etwa Preiskartelle geht, dieser Nachweis für die Wettbewerbsbehörden auch leicht zu erbringen ist. Es geht vorliegend keineswegs darum, Kartellanten in Watte zu packen. Es geht darum, zu verhindern, dass – wie dies jetzt in der Praxis der WEKO der Fall ist⁵⁰ – aufgrund einer äusserst oberflächlichen Argumentation immer eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung aufgrund einer angeblichen objektiven Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung bejaht werden kann.

III. Umsetzung der Motion Français in Art. 5 Abs.1^{bis} E-KG

- 75 Was Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG anbelangt, setzt diese Bestimmung die Motion 18.4282 Français nicht bzw. nur unzureichend um. Sie bringt unzureichend zum Ausdruck, dass die quantitative Erheblichkeit aufgrund des Missbrauchsprinzips eine bedeutsame Rolle spielt. Art. 5

⁴³ Vgl. hierzu beispielhaft: EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 59 ff.; Schlussanträge des Generalanwalts, 5.9.2019, C-228/18, EU:C:2019:678, Budapest Bank u. a., Rz. 52 ff.

⁴⁴ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 58; EuGH, 26.11.2015, C-345/14, EU:C:2015:784, Maxima Latvija, Rz. 18 und 23; Schlussanträge des Generalanwalts, 5.9.2019, C-228/18, EU:C:2019:678, Budapest Bank u. a., Rz. 40.

⁴⁵ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 2.4.2020, C-228/18, EU:C:2020:265, Budapest Bank u. a., Rz. 76.

⁴⁶ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 11.9.2014, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, CB/Kommission, Rz. 65.

⁴⁷ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 2.4.2020, C-228/18, EU:C:2020:265, Budapest Bank u. a., Rz. 69.

⁴⁸ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 30.1.2020, C-307/18, EU:C:2020:52, Generics (UK) u. a., Rz. 65.

⁴⁹ Vgl. für das Recht der EU: EuGH, 30.6.1966, 56/65, EU:C:1966:38, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, 303 f.; EuGH, 2.4.2020, C-228/18, EU:C:2020:265, Budapest Bank u. a., Rz. 82; EuGH, 15.12.1994, C-250/92, EU:C:1994:413, DLG, Rz. 32; EuGH, 13.7.1989, 395/87, EU:C:1989:319, Tournier, Rz. 16 ff.; EuGH, 6.10.1982, 262/81, EU:C:1982:334, Coditel/Ciné-Vog Films, Slg. 1982, 3381 Rz. 15 f.; EU-Leitlinien Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rz. 18; RPW 2018/4, 721 Rz. 30 FN 11 – Beratung Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG; IBÁÑEZ COLOMO, Persistent myths in competition law (II), passim; IBÁÑEZ COLOMO, Journal of Competition Law & Economics, 2020, 49 f.

⁵⁰ Vgl. die Nachweise in BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 N 519 FN 935.

Abs. 1^{bis} E-KG sollte deshalb konkretisieren, wie die quantitative und qualitative Erheblichkeit zu bestimmen sind:

Art. 5 Abs. 1^{bis} E-KG

^{1bis} Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ist erheblich, wenn sie quantitativ und qualitativ erheblich ist. Bei der quantitativen Erheblichkeit sind insbesondere Kriterien wie der Marktanteil der beteiligten Unternehmen und der Befolungsgrad der Abrede zu prüfen. Dabei ist auch darzutun, dass die Abrede konkret (unter den gegebenen rechtlichen und faktischen Umständen) eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt. Bei der qualitativen Erheblichkeit ist insbesondere die Wichtigkeit des betroffenen Wettbewerbsparameters zu prüfen.

- 76 Angemerkt sei, dass diese Regelung nicht bedeutet, dass die WEKO nicht gegen geplante Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen kann. Die WEKO kann weiterhin gegen eine zukünftige oder geplante Verhaltensweise vorgehen, wenn diese nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung aller Wahrscheinlichkeit nach eintreten wird.⁵¹

H. Fehlende, relevante Revisionspunkte

I. Institutionenreform

i. Vorbemerkung

- 77 Die rechtsstaatlichen Unzulänglichkeiten des bestehenden institutionellen Aufbaus und der Verfahren vor der WEKO und dem Sekretariat haben seit der gescheiterten KG-Revision 2012 nichts an Aktualität verloren. Vielmehr ist aufgrund weiterhin zunehmender Komplexität der kartellrechtlichen Rechtsprechung und der zu untersuchenden Märkte (z.B. Digitalisierung) das Gegenteil der Fall. Gerade eine stärkere und klarere Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidfunktion erscheint heute mehr denn je als dringend notwendig. Auch der Bundesrat ist der Ansicht, dass in dieser Hinsicht Revisionsbedarf besteht (vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 10. November 2021 zur Interpellation 21.4108, Kartellgesetz umfassend modernisieren, von Ständerat Ruedi Noser). Der Bundesrat befürchtet allerdings, die Revisionsvorlage zu überladen, und erinnerte dabei an die gescheiterte KG-Revision 2012. Das damalige Scheitern beruhte jedoch auf verschiedenen Gründen und kann nicht alleine auf den Versuch, die Institution zu verbessern, zurückgeführt werden. Der heute notwendige erneute Anlauf für eine Institutionenreform soll sich denn auch nicht auf Überlegungen gemäss der KG-Revision 2012 beschränken, sondern auch modifizierte Reformvorschläge als Alternativen prüfen und vorschlagen. Der durch eine Institutionenreform zu behebende Rechtsstaatlichkeitsmangel wiegt viel schwerer als die von der Vernehmlassungsvorlage adressierten Mängel.
- 78 Die bestehende institutionelle Struktur stützt sich auf ein Mischmodell mit der WEKO als Milizbehörde und dem professionellen Sekretariat. Das Sekretariat führt die Untersuchungen und übernimmt die Anklagefunktion vor der die Entscheidungen formell treffenden

⁵¹ Vgl. RPW 2001/2, 316 Rz. 44 – JC Decaux/Affichage; RPW 2018/2, 268 Rz. 190 – Marché du livre écrit en français; RPW 2016/2, 398 Rz. 119 – Altimum SA; RPW 2015/2, 224 Rz. 186 – Tunnelreinigung; RPW 2012/2, 174 Rz. 38 – FTTH Freiburg; RPW 2011/3, 379 Rz. 54 – Behinderung des Online-Handels; RPW 2011/2, 243 Rz. 124 – Eierhandel; RPW 2010/1, 71 Rz. 87 – Gaba; SHK Kartellgesetz-KÖCHLI/REICH, Art. 4 N 25; SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 4 N 30 f.; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 Abs. 1 LCart N 84.

WEKO. Effektiv fehlt es jedoch an der Trennung zwischen der Untersuchungs- und Anklagefunktion einerseits und der Entscheidfunktion andererseits. Eine solche Trennung wäre sowohl zur Erfüllung grundsätzlicher rechtsstaatlicher Anforderungen als auch im Hinblick auf die Richtigkeitsgewähr der Entscheide von elementarer Bedeutung. Wenn beide Funktionen faktisch zusammenfallen, kann die Entscheidfunktion nicht frei und unbefangen über die vorgetragenen Ermittlungsergebnisse urteilen. Die WEKO verfügt insbesondere über keine eigenen Gerichtsschreiber. Ihre Mitglieder sind vielmehr auf die Arbeit des Sekretariats angewiesen, weil sie nicht über die nötigen Ressourcen verfügen, um sich in die umfangreichen Fälle und die Argumente der betroffenen Unternehmen einzulesen. Im Evaluationsbericht von Prof. Carl Baudenbacher wurde dazu Folgendes ausgeführt:

*"Der Vertreter des Sekretariats nimmt sodann an allen wichtigen Sitzungen der WEKO teil und kann wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen. Selbst Exponenten des Sekretariats geben zu bedenken, dass die WEKO in ihrer heutigen Form nicht in der Lage ist, eine saubere Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Grundlagen eines Falles vorzunehmen. Die WEKO entscheidet also unter Ausschluss der Öffentlichkeit, aber in Anwesenheit von Vertretern des Sekretariats. Die Vermutung liegt nahe, dass die Kommission dadurch den Standpunkt der betroffenen Parteien nur gefiltert zur Kenntnis nimmt."*⁵²

- 79 Die fehlende effektive Trennung von Untersuchungs- und Anklagefunktion einerseits und Entscheidfunktion andererseits stellt einen gravierenden Mangel im institutionellen Aufbau dar und zeitigt Auswirkungen auf sämtliche Verfahren vor der WEKO und deren Sekretariat. Diese rechtsstaatliche Unzulänglichkeit sollte nicht für weitere Jahrzehnte fortgeschrieben werden, sondern muss im Rahmen der aktuellen Revisionsvorlage angegangen werden.

ii. Bestehende Abhängigkeiten der Wettbewerbsbehörden

- 80 Nebst anderen Aspekten (administrative Unterstellung, Budgethoheit) wiegt unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vor allem schwer, dass es zwischen der WEKO und dem Sekretariat an einer eindeutigen Trennung fehlt. Das Sekretariat führt, nur aber immerhin mit Zustimmung des Präsidiums der WEKO, die formellen Untersuchungen durch und legt der WEKO mit ihrem Antrag (Art. 30 Abs. 1 KG) einen fertigen Entscheidungswurf vor, den sog. Sekretariatsvorschlag. Damit übernimmt sie die Untersuchungs- und Anklagefunktion. In der Lehre wird zurecht kritisiert, dass das berufsbehördlich fungierende Sekretariat entsprechend über einen nicht zu unterschätzenden Wissensvorsprung gegenüber den nur miliz-mässig amtierenden Mitgliedern der WEKO verfügt, was zu einer Abhängigkeit und einem Übergewicht der Ansichten der dossierführenden Sekretariatsmitarbeiter führt. Entsprechend ist die WEKO auch bei der ihr eigentlich zustehenden Entscheidfunktion weitgehend auf das Sekretariat angewiesen. Sie ist nicht unabhängig und ohne Abstützen auf die Vorarbeiten des Sekretariats praktisch kaum in der Lage, sich ein eigenes Bild vom Sachverhalt zu machen. Es fehlt damit auch an einer anzustrebenden Waffengleichheit zwischen den die Untersuchung führenden Sekretariatsmitarbeitern und den beschuldigten Unternehmen bzw. deren Vertretern.

⁵² Vgl. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der Evaluationsgruppe vom 5. Dezember 2008, Anhang 12, Gutachten von Prof. Baudenbacher zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes, S. 22.

iii. Heilung rechtsstaatlicher Mängel als unzureichende Behelfslösung

- 81 Diese Mängel an Rechtsstaatlichkeit (Art. 6 Abs. 1 EMRK) im erstinstanzlichen Verfahren vor der WEKO und dem Sekretariat müssen mit dem heutigen institutionellen Rahmen im Rechtsmittelverfahren vor dem mit voller Kognition ausgestatteten Bundesverwaltungsgericht "geheilt" werden. Die dargestellte Identität von Anklage und Entscheidbehörde wäre im traditionellen Strafrecht nicht denkbar und kann auch im schweizerischen Kartellrecht nur als eine Behelfslösung angesehen werden. Immerhin geht es um strafrechts-äquivalente direkte Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 des geltenden Kartellgesetzes, die sich ohne weiteres auf viele Millionen Franken belaufen können.
- 82 Nicht nur das erstinstanzliche Verfahren, sondern auch gerade das für die "Heilung" der rechtsstaatlichen Mängel notwendige Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist sehr kostenintensiv. Für KMU kann sich eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht daher selbst bei intakter Erfolgsprognose aus finanziellen Erwägungen als prohibitiv erweisen.
- 83 Auch inhaltlich sind die Gerichtsverfahren nicht in der Lage, die Hoffnung auf eine echte "Heilung" der Rechtsstaatlichkeitsdefizite zu erfüllen. Dem steht schon die prozessuale Ausgangslage entgegen. Denn es stehen sich nicht eine anklagende Behörde und ein beschuldigtes Unternehmen vor einer unabhängigen Instanz gegenüber, die umfassend eigene Ermittlungskompetenzen ausübt. Vielmehr müssen sich die betroffenen Unternehmen und deren Anwälte in einer "Angreifer"- statt einer Beschuligtenrolle gegen einen bereits getroffenen Entscheid zur Wehr setzen. Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist dabei der Prozessgegenstand durch den Entscheid der Erstinstanz bereits vorgespurt. Das Bundesverwaltungsgericht kann zwar in der Theorie Rechtsfehler der WEKO (auch in Bezug auf die Sachverhaltsfeststellung) korrigieren; aufgrund der knappen personellen Ressourcen ist der am Bundesverwaltungsgericht primär damit befasste Gerichtsschreiber aber kaum in der Lage, eigene Sachverhaltserhebungen durchzuführen (Partei- und Zeugeneinvernahmen, Markterhebungen wie z.B. Fragebogenversand und -auswertung, umfangreiche ökonomische Analysen, ggf. Hausdurchsuchungen etc.). Das Bundesverwaltungsgericht gewährt der WEKO zudem ein sogenanntes technisches Ermessen und schreitet nicht ohne Not ein. Entsprechend vermag das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht die praktischen rechtsstaatlichen Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens in der Praxis nicht befriedigend zu korrigieren, auch wenn nach Auffassung des Bundesgerichts die Anforderungen der EMRK durch "Heilung" erfüllt werden.⁵³

iv. Verbesserungsansätze Institutionen

- 84 Als Kernanliegen für ein verbessertes institutionelles Modell im Schweizer Kartellrecht soll die Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit sowie der Rechtsstaatlichkeit erwähnt sein, insbesondere durch klare Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsebene bei den Wettbewerbsbehörden.
- 85 Seit der gescheiterten KG-Revision 2012 sind viele Jahre vergangen. Eine konstruktive Institutionenreform würde mittels klarer Trennung zwischen der Untersuchungs- und Entscheidungsebene zu inhaltlich besseren und rechtsstaatlich abgesicherten erstinstanzlichen

⁵³ Vgl. BGE 139 I 72 – *Publigroupe*.

Entscheidungen führen. Eine Institutionenreform sollte in die aktuelle Revisionsvorlage aufgenommen werden und nicht erst in mehreren Jahren angegangen werden.

- 86 Eine Institutionenreform könnte etwa in ähnlicher Form wie in der seinerzeitigen KG-Revision 2012 angegangen werden (vgl. BBl 2012 3905), nämlich in Form einer unabhängigen untersuchenden Wettbewerbsbehörde (unabhängige Nachfolge des heutigen Sekretariats) und einem neutralen, erstinstanzlich entscheidenden Wettbewerbsgericht (heutige WEKO überführt in eine Gerichtsinstanz) mit einem effizientem Rechtsmittelweg (Kürzung des Instanzenzugs). Dadurch würde die notwendige Korrektur der identifizierten rechtsstaatlichen Mängel erreicht, die auch inhaltliche Verbesserungen wie etwa die Verringerung der Gefahr von sog. "False Positives" in erstinstanzlichen Entscheiden mit sich bringen dürfte.
- 87 Es sind aber als erster Schritt auch weniger weitgehende Reformvorschläge denkbar. So könnte eine Stärkung der WEKO ins Auge gefasst werden, indem ihr ein eigenes Fachsekretariat (Gerichts- bzw. Kommissionsschreiber) zugesprochen würde, welches die Verfahrensführung und Entscheidredaktion im Auftrag der WEKO ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Antrags übernehmen würde. Diese Kommissionsschreiber wären in personeller und räumlicher Hinsicht vom Sekretariat zu trennen. Weiter wäre im Gesetz vorzusehen, dass Mitglieder des Sekretariats bei der Entscheidberatung der WEKO in Zukunft nur anwesend sind, wenn gleichzeitig auch die betroffenen Unternehmen bzw. deren Vertreter anwesend sind. Dadurch könnte die Problematik der Abhängigkeit der WEKO vom Sekretariat weitgehend behoben werden. Darüber hinaus könnte damit für die so verstärkte WEKO auch die tatsächliche Möglichkeit eröffnet werden, sich zu Vorwürfen, wie sie etwa in Selbstanzeigen (Bonusregelung) erhoben werden, mittels Einvernahmen einen eigenen unmittelbaren Eindruck zu verschaffen.

v. Weitere verfahrensrechtliche Aspekte

- 88 Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass Reformbedarf in Bezug auf das Verwaltungsstrafkartellrecht besteht. Dieser rührt daher, dass das geltende Verwaltungsverfahrensrecht nicht auf Strafsanktionen zugeschnitten ist. Die Rechtsprechung versucht diese rechtsstaatlich bedenkliche Ausgangslage über den einzelfallweisen Einbezug von Grundsätzen des Verfassungsrechts sowie der EMRK zu adressieren. Es gelang jedoch nicht, ein konsistentes, praxistaugliches und faires Verwaltungsstrafverfahren für Unternehmen zu schaffen. Dies auch deshalb, weil Verwaltungsrichter strafrechtliche Kartellsanktionen zu beurteilen haben, ohne auf ein etabliertes Unternehmensstrafrecht zurückgreifen zu können. Diese Missstände, welche sich auch in anderen Gebieten des Verwaltungsrechts gezeigt haben, sind erkannt. Der Bundesrat führte beispielsweise in der Botschaft zur Revision des Datenschutzgesetzes folgendes aus (BBl 2017, 6974):

"Der Bundesrat verzichtet hingegen darauf, dass Unternehmen direkt durch Verwaltungssanktionen bestraft werden können. Er ist der Ansicht, dass die Einführung solcher Sanktionen im DSG nicht angemessen ist, denn Verwaltungsstrafen, die Sanktionscharakter haben, müssen die Ausnahme und auf Sektoren beschränkt bleiben, in denen die Zielgruppe beschränkt ist (namentlich Kartelle, Geldspiele). Mangels spezifisch auf solche Sanktionen anwendbarer Verfahrensgrundsätze besteht die Gefahr, dass die Verfahrensgarantien zum Schutz der fehlbaren Personen verletzt werden."

89 Richtigzustellen ist diesbezüglich, dass das KG gerade nicht auf einzelne Sektoren beschränkt ist. Sein Anwendungsbereich erstreckt sich vielmehr auf das ganze Wirtschaftsleben, in welchem Wettbewerb aufgrund von staatlichen Massnahmen nicht verunmöglicht wird. Der Erkenntnis des Bundesrates zum datenschutzrechtlichen Verfahren folgend, wurde der Bundesrat von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats mit dem Postulat 18.4100 betreffend Instrument der pekuniären Verwaltungssanktionen damit beauftragt, aufzuzeigen, wie im Schweizer Recht ein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen sowie die erforderlichen rechtlichen Garantien eingeführt werden können. Der entsprechende Bericht über pekuniäre Verwaltungssanktionen wurde am 23. Februar 2022 publiziert. Dem parlamentarischen Auftrag wurde nicht nachgekommen. Der Bundesrat kommt dagegen zur Auffassung, dass kein allgemeines System der pekuniären Verwaltungssanktionen erforderlich sei. Er schlägt dementsprechend vor, die Einzelerlasse (also beispielsweise das KG) in Bezug auf verfahrensrechtliche Aspekte anzupassen und weiterzuentwickeln. Daraus folgt, dass zumindest die dringendsten verfahrensrechtlichen Missstände im Rahmen der vorliegenden Revision mitdiskutiert und mitberücksichtigt werden sollten. Dazu gehören namentlich die folgenden Themen:

- Die Einführung eines Mitwirkungsverweigerungsrechts und eines Beweisverwertungsverbots, welches das Spannungsverhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz, sich nicht selber belasten zu müssen (*nemo tenetur*), auflöst.⁵⁴ Aktuelle und ehemalige Mitarbeiter eines Unternehmens, welche in einen kartellrechtlich relevanten Sachverhalt involviert sein könnten (namentlich der/die eigentliche(n) "Kartelltäter"), dürfen entgegen der aktuellen Praxis nicht als Zeugen, sondern nur als Partei oder Auskunftsperson befragt werden.
- Die Einführung einer Verjährungsfrist bis zum Vorliegen eines erstinstanzlichen gerichtlichen Sanktionsentscheids (vgl. Kapitel F.II)⁵⁵;
- Die Einführung einer Rechtsgrundlage, welche es den Wettbewerbsbehörden explizit erlaubt, bei Sachverhalten mit untergeordneten negativen Effekten eine Untersuchung einzustellen oder von einer Bestrafung abzusehen, wenn ein Entscheid der WEKO auf einer unklaren Rechtsgrundlage beruht (*nulla poena sine lege*). Diese Grundsätze gelten zwar aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips und von Art. 7 EMRK ohnehin, jedoch muss den Wettbewerbsbehörden ein expliziter Ermessensspielraum eingeräumt werden, da dieser heute schon bestehende Ermessensspielraum nicht ausgeschöpft wird.
- Die explizite Einführung des Unmittelbarkeitsprinzips im Beschwerdeverfahren vor dem (aktuell einzigen) Gericht mit voller Kognition, dem Bundesverwaltungsgericht. Heute existiert keine Waffengleichheit vor der WEKO (vgl. insbesondere Kapitel H.I.i) und das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht besteht im Wesentlichen aus einem Aktenverfahren, obwohl in aller Regel komplexe Sachverhalte erfasst und beurteilt werden müssen. Mündliche Instruktionsverfah-

⁵⁴ Dies entspricht der aufgezeigten Option 3 im Bericht über pekuniären Verwaltungssanktionen, S. 86 ff.

⁵⁵ Vgl. auch Bericht über pekuniären Verwaltungssanktionen, S. 47 f.

ren können das Beschwerdeverfahren besser strukturieren und effizienter gestalten, da der Sachverhalt unmittelbar dargelegt werden kann. Ein solches Vorgehen würde überdies die Akzeptanz von Urteilen bei den involvierten Parteien erhöhen.

II. Zusammenschlusskontrolle

- 90 Die nachfolgend dargestellten, die Zusammenschlusskontrolle betreffenden Gesetzes- bzw. Verordnungsänderungen sind im Rahmen der geplanten Teilrevision des KG ebenfalls in Betracht zu ziehen.

i. Keine Meldepflicht bei ausländischen Gemeinschaftsunternehmen

- 91 Gemeinschaftsunternehmen ohne relevanten Bezug zur Schweiz beschäftigen die Kartellrechtspraxis regelmässig. Nach der Mitteilung des Sekretariats der WEKO zur Praxis betreffend die Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25. März 2009 ist die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in der Schweiz – auch bei Überschreiten der Umsatzschwellen durch die Muttergesellschaften – nicht meldepflichtig, wenn das Gemeinschaftsunternehmen *"einerseits weder Aktivitäten noch Umsätze in der Schweiz aufweist (d.h. insbesondere keine Lieferungen in die Schweiz tätigt) und andererseits solche Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz auch zukünftig weder geplant noch zu erwarten sind"* (Rz. 4). Damit werden Zusammenschlüsse von einer Beurteilung durch die WEKO ausgenommen, von denen keine Auswirkungen in der Schweiz zu erwarten sind; gleichzeitig schafft die Mitteilung Rechtssicherheit. Diese klaren Vorgaben werden durch eine jüngst publizierte Beratung des Sekretariats in Frage gestellt.⁵⁶ Dort bejahte das Sekretariat eine Meldepflicht für ein ausländisches Gemeinschaftsunternehmen, das ausschliesslich im Ausland tätig zu sein plante, und hielt fest, eine Meldepflicht scheide nur aus, wenn die Tätigkeit des GU *"offensichtlich keinerlei Bezug zum hiesigen Wettbewerb"* habe (Rz. 10).
- 92 Diese Beratung widerspricht der eigenen Mitteilung des Sekretariats, überdehnt das Auswirkungsprinzip und verringert die Rechtssicherheit, indem es das klare Kriterium von Aktivitäten oder Umsätzen in der Schweiz durch einen diffusen Massstab eines *"offensichtlich fehlenden Bezugs zum hiesigen Wettbewerb"* ersetzt. Angesichts dieses Widerspruchs erscheint eine ausdrückliche Regelung angebracht, z.B. als neuer Art. 2 Abs. 3 VKU. In Anwendung und Konkretisierung des Auswirkungsprinzips (Art. 2 Abs. 2 KG) sollte dort die Regelung gemäss Mitteilung des Sekretariats (Aktivitäten oder Umsätze in der Schweiz) aufgenommen werden. Ergänzend könnte allenfalls eine Bagatellschwelle in Form eines Maximalumsatzes des Gemeinschaftsunternehmens mit Kunden in der Schweiz (von z.B. CHF 100'000) vorgesehen werden, unter dem keine Meldepflicht besteht.

ii. Anpassung der Definition betroffener Märkte (Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU)

- 93 Bei der Definition betroffener Märkte weicht das Schweizer Recht ohne sachlichen Grund vom Europäischen Recht ab. Diese Differenz führt zu einem Widerspruch zwischen Gesetzeswortlaut und Rechtswirklichkeit und teilweise zu Ungleichbehandlungen und Einbussen bei der Rechtssicherheit.

⁵⁶ RPW 2021/3, 625 f., *Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Enel X S.r.l. und Volkswagen Finance Luxembourg S.A.*

- 94 Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU sind insbesondere dann Informationen zu Märkten beizubringen, wenn diese vom Zusammenschluss betroffen sind und wenn der Marktanteil von einem der beteiligten Unternehmen in der Schweiz 30% oder mehr beträgt. Dies gilt unabhängig davon, ob dieser Markt überhaupt einen Bezug zum Zusammenschlussvorhaben (d.h. zu den Tätigkeiten eines anderen beteiligten Unternehmens) hat. Demgegenüber liegt nach europäischem Recht nur dann ein betroffener Markt vor, wenn ein anderes beteiligtes Unternehmen zu diesem Markt in einer relevanten Beziehung steht.⁵⁷ Die schweizerische Regelung ist überschüssig und führt in der Praxis dazu, dass regelmässig, aber nicht durchgehend, i.S. einer erleichterten Meldung nur Informationen zu Märkten eingeholt werden, die auch nach europäischem Recht betroffen sind. Zur Angleichung von gesetztem und gelebtem Recht und zur Wahrung der Rechtssicherheit und -gleichheit sollte daher eine Anpassung von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU an das europäische Recht erfolgen. Dabei sollte auch klargestellt werden, dass die relevante Beziehung bei Gemeinschaftsunternehmen zwischen einer Muttergesellschaft und dem Gemeinschaftsunternehmen bestehen soll – und nicht nur unter den Muttergesellschaften.

iii. Anpassung an das europäische Wettbewerbsrecht bei öffentlichen Übernahmeangeboten

- 95 Das europäische Recht sieht bei öffentlichen Übernahmeangeboten oder bei Aktienkäufen über die Börse von mehreren Veräusserern (*creeping bids*) vor, dass die Anteile trotz Vollzugsverbot erworben werden können, wenn "*der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt*".⁵⁸ Eine analoge Bestimmung fehlt im Schweizer Recht. Dies führt in der Praxis zu Schwierigkeiten: Bei öffentlichen Übernahmeangeboten bestehen insbesondere Herausforderungen, wenn das anwendbare Übernahmerecht – anders als das Schweizer Recht⁵⁹ – keine Möglichkeit eines Vollzugaufschubs kennt oder hierfür erforderliche Zustimmungen nicht gewährt werden. Bei *creeping bids* besteht zudem Rechtsunsicherheit aufgrund der schwebenden Unwirksamkeit für Massengeschäfte an der Börse. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit für Unternehmen sollte folglich eine dem europäischen Recht entsprechende Bestimmung – im KG oder in der VKU – eingefügt werden.

iv. Streichung von Art. 2 Abs. 2 VKU

- 96 Gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU stellt die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens – in Abweichung vom europäischen Kartellrecht – nur dann einen Zusammenschluss dar, wenn in das Gemeinschaftsunternehmen Geschäftstätigkeiten mindestens eines der Gründerunternehmen einfließen. Die Regelung ist materiell verfehlt, denn die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens kann auch dann negative Auswirkungen auf die Marktstruktur haben, wenn die Muttergesellschaften bislang nicht im entsprechenden Markt tätig waren (aber beispielsweise wichtige potentielle Konkurrenten sind). Zudem besteht die Gefahr einer unberechtigten Ungleichbehandlung: Wird eine Meldepflicht wegen fehlender Einbringung von Geschäftstätigkeiten ausgeschlossen, können sich Unternehmen ggf. nur in vermindertem Mass auf das Konzentrationsprivileg stützen. Da gemäss WEKO das

⁵⁷ Ziff. 6.3 und 6.4 von Anhang 1 zur Verordnung Nr. 802/2004 vom 7. April 2004.

⁵⁸ Art. 7 Abs. 2 lit. b FKVO.

⁵⁹ Art. 14 Abs. 6 UEV.

Kriterium der Einbringung von Geschäftstätigkeiten ohnehin "*üblicherweise weit auszulegen*" ist,⁶⁰ ist diese Bestimmung ersatzlos zu streichen.

v. Anpassung von Art. 9 Abs. 4 KG

- 97 Die Meldepflicht für Zusammenschlüsse gemäss Art. 9 Abs. 4 KG führt in der Praxis zu hohem Aufwand, der durch die wettbewerbsrechtliche Problematik der gemeldeten Zusammenschlüsse oft nicht gerechtfertigt ist. Die Bestimmung war ursprünglich als Korrektiv zur hohen Aufgreifschwelle nach Art. 9 Abs. 1 KG gedacht. Diesem Anliegen wird sie in der Praxis allerdings kaum gerecht, da sie eine sehr selektive Meldepflicht von einigen wenigen Unternehmen herbeiführt, die eine grosse Zahl von sehr kleinen Transaktionen melden müssen. Dies wird verstärkt durch ein ausuferndes Verständnis der "benachbarten" Märkte durch die WEKO und das Bundesverwaltungsgericht. Nach europäischem Recht liegen benachbarte Märkte vor, wenn sich die betreffenden Produkte ergänzen oder wenn sie zu einer Palette von Produkten gehören, die für den gleichen Verwendungszweck erworben werden.⁶¹ Die WEKO nimmt hingegen bei Art. 9 Abs. 4 KG ein viel weiteres Verständnis an, das bereits gewisse Wechselwirkungen zwischen Produkten miteinschliesst.⁶²
- 98 Die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG sollte daher auf Zusammenschlüsse beschränkt werden, die den Markt betreffen, auf dem die Marktbeherrschung festgestellt wurde, oder einen diesem vor- oder nachgelagerten Markt – d.h. ohne benachbarte Märkte. Zudem ist zu erwägen, eine sog. "Sunset"-Bestimmung einzufügen, wonach eine einmal festgestellte Marktbeherrschung angesichts sich verändernder Marktverhältnisse nur für eine bestimmte Dauer (beispielsweise fünf oder zehn Jahre) für die Beurteilung einer Meldepflicht relevant ist.

III. Sanktionserlass bzw. -minderung bei Unternehmen dank *Compliance*-Massnahmen

- 99 Die Berücksichtigung von *Compliance*-Massnahmen bei der Sanktionsbemessung wäre aufgrund des Verschuldensprinzips bereits heute angezeigt und möglich (Art. 2 Abs. 1 und 2 sowie Art. 6 der KG-Sanktionsverordnung (**SVKG**)). In der Praxis der WEKO geschieht dies aber nicht. Die Wettbewerbsbehörden verfallen eher dem Zirkelschluss, von einem Kartellrechtsverstoss auf die Unwirksamkeit eines *Compliance*-Programms zu schliessen.
- 100 Die Bedeutung von *Compliance*-Anstrengungen für Unternehmen und deren motivierende Wirkung hin zum Guten ist wissenschaftlich anerkannt und deren Förderung ist in der einen oder anderen Form Bestandteil jedes wirtschaftspolitischen Programms. Eine explizite gesetzliche Regelung, die zumindest eine entsprechende Sanktionsminderung vorsieht, sollte daher wieder Eingang in das KG finden.⁶³ Unternehmen hätten dadurch einen zusätzlichen Anreiz, Massnahmen in dieser Hinsicht weiter zu stärken. Dies sollte auch aus Sicht der Wettbewerbsbehörden wünschenswert sein.

⁶⁰ So in jüngerer Vergangenheit etwa: RPW 2016/1 265 Rz. 54 – *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

⁶¹ Ziff. 6.4(c) von Anhang 1 der Verordnung Nr. 802/2004 vom 7. April 2004.

⁶² So etwa zwischen Radiowerbung und regionalen Tageszeitungen; vgl. RPW 2019/3b 1039 Rz. 10 – *Tamedia/Planet 105*.

⁶³ Die strafmildernde Wirkung des Nachweises angemessener *Compliance*-Massnahmen ist bereits vom Parlament gefordert worden (Motion Schweiger, 07.3856) und fand sich dementsprechend auch im bundesrätlichen Entwurf von 2012 (vgl. <https://www.parlament.ch/en-terseparl/curia/2012/20120028/N2%20D.pdf> [letztmals abgerufen am 11. März 2022]). In der Folge gehörte diese Neuerung im parlamentarischen Verfahren zu den unbestrittenen Teilen und war vom Ständerat wie auch von der Nationalratskommission bereits gutgeheissen.

101 Art. 49a Abs. 1 KG sollte folglich wie folgt ergänzt werden (Ergänzung unterstrichen):

Art. 49a Abs.1 E-KG

¹ Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessene organisatorische Vorkehrungen zur Verhinderung von Kartellrechtsverstössen sind sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

* * * * *

An dieser Stellungnahme haben folgende Mitglieder der Arbeitsgruppe Schweiz der Studienvereinigung mitgewirkt (in alphabetischer Reihenfolge): Jacques Beglinger, Nicolas Birkhäuser, Frank Bremer, Marquard Christen, Daniel Emch, Franz Hoffet, Boris Kasten, Fabian Koch, Bernhard Lauterburg, David Mamane, Klaus Neff, Philippe Reich, Mani Reinert, Richard Stäuber, Michael Tschudin, Michael Vlcek, Susanne A. Wagner, Regula Walter, Astrid Waser und Herbert Wohlmann.

Die Zusammenarbeit wurde von Mario Strebel (Mitglied des Vorstands der Studienvereinigung und Vorsitzender der Arbeitsgruppe Schweiz) koordiniert.

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Zusammenfassende Übersicht	2
C.	Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle	6
I.	Einführung des SIEC-Tests	6
II.	Anwendung des dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards	6
III.	Vermeidung von Doppelspurigkeiten mit europäischen Verfahren	8
IV.	Anpassung der Fristverlängerungen	10
V.	Änderungen bei Aufgreifschwelen: Transaktionswert und Verfahren	11
VI.	Weitere Vorschläge zur Zusammenschlusskontrolle	11
D.	Stärkung des Kartellzivilrechts	11
I.	Vorbemerkungen	11
II.	Ausdehnung der Aktivlegitimation	12
III.	Feststellungsanspruch	12
IV.	Verjährungshemmung	13
V.	Reduktion von Verwaltungssanktionen	13
VI.	Formelle Anpassungen	15
VII.	Rechtsdurchsetzung / kollektiver Rechtsschutz	15
E.	Verbesserung des Widerspruchsverfahrens	16
I.	Akuter und gesteigerter Revisionsbedarf	16
II.	Der Revisionsvorschlag schafft keine hinreichende Rechtssicherheit und verfehlt daher das intendierte Regelungsziel	16
III.	Alternativer Vorschlag: Verzicht auf Sanktionsandrohung für Dauer der Untersuchung	17
F.	Verwaltungsverfahren	18
I.	Zu den vorgeschlagenen Ordnungsfristen (Motion Fournier)	18
II.	Alternativvorschlag: Verjährungsregelung	19
III.	Alternativvorschlag: Ausbau der gesetzlichen Fristen in der Zusammenschlusskontrolle	19
IV.	Parteientschädigung	20
G.	Revision von Artikel 5 KG (Motion Français und Wicki)	20
I.	Hintergrund der Motionen Français und Wicki	20
II.	Verdeutlichung von Artikel 4 Abs. 1 KG	23
III.	Umsetzung der Motion Français in Art. 5 Abs.1 ^{bis} E-KG	24
H.	Fehlende, relevante Revisionspunkte	25
I.	Institutionenreform	25
II.	Zusammenschlusskontrolle	30
III.	Sanktionserlass bzw. -minderung bei Unternehmen dank <i>Compliance</i> -Massnahmen	32

Associazione
consumatrici e
consumatori della
Svizzera italiana

strada di Pregassona 33
6963 Pregassona
Telefono
091 922 97 55
IBAN
CH41 0900 0000 6900 4470 1
www.acsi.ch
acsi@acsi.ch

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Par mail à wp-sekretariat@seco.admin.ch

Lugano, le 11 mars 2022

Consulenze:
Infoconsumi
Casse malati
Pazienti
Contabilità domestica

Consultation sur la révision partielle de la Loi sur les cartels

Madame, Monsieur,

L'Associazione consumatrici e consumatori della Svizzera italiana (ACSI) vous remercie de l'avoir associée à la consultation sur la révision partielle de la Loi sur les cartels.

Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

La motion [18.4282](#) Français demande un retour en arrière par rapport à l'arrêt Gaba (ATF 143 II 297), lequel permet de déterminer plus facilement l'existence d'une entrave à la concurrence. Des efforts importants ont été faits pour que les problèmes liés à l'ilot de cherté en Suisse soient atténués et cette motion risque bien de les anéantir.

C'est pourquoi notre association a combattu son adoption par le Parlement et continuer de s'opposer vivement à sa mise en œuvre, dans la mesure où elle aurait pour conséquence de favoriser le cloisonnement du marché suisse et engendrerait une augmentation des prix.

Par ailleurs, à la lecture des débats parlementaires ainsi que du message du Conseil fédéral, il apparaît que cette motion découle d'une incompréhension de l'étendue de l'arrêt Gaba. Elle a en effet été rédigée de façon très large alors que l'inquiétude principale semble porter sur la question des consortiums en droit des cartels, auxquels la notion d'atteinte notable à la concurrence de l'art. 5, al. 1 LCart ne s'appliquerait pas. Une mise en œuvre stricte de cette motion mal calibrée risque donc de n'avoir que des effets indésirables, notamment sur les consommateurs, qui n'auront plus accès au meilleur prix.

Nous nous opposons donc à l'adoption de l'art. 5, al. 1bis AP-LCart. Nous proposons en revanche que les inquiétudes liées à la question des consortiums en matière de construction soient entendues et que ceux-ci soient exclus clairement de la norme.

Introduction du test Significant Impediment to Effective Competition (SIEC)

L'ACSI ne s'oppose pas à l'introduction du test SIEC en lieu et place du test de dominance qualifiée prévu par la LCart dans la mesure où il permet un alignement cohérent avec les pratiques de l'Union européenne et qu'il a fait ses preuves devant les juridictions européennes.



La Borsa
della Spesa

Telefono
091 922 97 55
bds@acsi.ch

Alleanza
delle organizzazioni
dei consumatori

acsi

frc

KONSUMENTEN
SCHUTZ

Renforcement du droit civil des cartels

La position de l'ACSI concernant les nouvelles dispositions de procédure civile n'a pas changé depuis sa participation à la consultation du 19 novembre 2010 relative à la révision avortée de la loi sur les cartels ([12.028](#)).

En l'état actuel du droit, la LCart refuse la qualité pour agir au client final, c'est-à-dire au consommateur au motif que celui-ci ne participe pas à la concurrence et ne peut donc pas être entravé dans l'accès ou l'exercice de celle-ci.

Néanmoins, il s'agit d'un domaine où le consommateur peut régulièrement être touché par une violation. Dans le cas BMW par exemple, sanctionné par la Comco dans sa décision du 7 mai 2012 (Comco, DPC 2012/3, pp. 540ss), les consommateurs suisses n'ont pas pu profiter des avantages de changes en raison d'une clause contractuelle d'interdiction d'exportation figurant dans les contrats de distribution entre BMW et ses concessionnaires de l'EEE, cloisonnant ainsi le marché suisse. Il en a résulté un préjudice non négligeable pour les consommateurs suisses. La Comco a en effet constaté que les véhicules neufs des marques MINI et BMW étaient entre 20 à 25% plus chers en Suisse qu'en Allemagne.

L'ACSI tient donc à saluer les nouvelles dispositions de procédure civile qui visent à permettre au consommateur final d'agir en droit des cartels. Il s'agit d'un premier pas important pour renforcer les droits procéduraux en droit des cartels et notre organisation est convaincue que l'introduction de ce droit est essentielle pour l'équilibre des forces entre consommateurs et entreprises.

La solution proposée pourrait toutefois être grandement améliorée. Tout d'abord, l'article 12 prévoit que: *«la personne dont les intérêts économiques sont menacés ou atteints par une restriction illicite à la concurrence peut demander...»*. Il nous semble dès lors que le consommateur devra prouver que ses intérêts économiques sont menacés ou atteints, ce qui sera sans doute très compliqué et difficile pour le citoyen lambda sans l'apport d'expertises difficiles et onéreuses à réaliser. Par ailleurs, le Message du Conseil fédéral admet que les consommateurs pourront céder leurs créances aux associations de consommateurs afin d'agir à leur place. D'un point de vue pratique, cela semble également extrêmement compliqué, car il faudra d'abord prouver la créance (ce qui n'est pas toujours évident). En outre, vu leurs ressources limitées, les organisations de consommateurs auront beaucoup de difficultés à ouvrir de telles actions, notamment contre de grandes entreprises. Il y a une asymétrie évidente entre les possibilités des uns et des autres et, pour l'ACSI, il s'agit d'une mesure alibi qui ne pourra jamais être exercée.

Il serait dans ce cadre beaucoup plus utile et pertinent d'octroyer la qualité pour agir également aux organisations à but non lucratif à l'instar des organisations de consommateurs, comme le prévoit le projet de révision du Code de procédure civile relatif aux actions des organisations. Il conviendrait alors de leur donner également la possibilité de demander la réparation du dommage, du tort moral ainsi que la remise du gain réalisé indûment.

Ainsi, l'ACSI souhaite que, dans le cadre du droit des cartels et en application de la possibilité laissée par l'art. 89, al. 4 P-CPC, une procédure **d'action collective** soit mise en place afin que les consommateurs puissent se grouper pour agir lors d'une restriction illicite à la concurrence. Les frais procéduraux, honoraires d'avocats pourraient ainsi être répartis de manière juste et équitable entre les consommateurs. Ils seraient alors mis à pied d'égalité avec de grandes

entreprises et c'est seulement par cette voie que la qualité pour agir octroyée aux consommateurs pourrait être exercée. A défaut, la possibilité d'agir doit à tout le moins être réservée aux organisations de consommateurs à l'instar de ce qui est prévu par la Loi contre la concurrence déloyale avec une possibilité d'obtenir une compensation en leur nom. Dans le cas inverse, il est à craindre que cette disposition ne reste lettre morte en raison de l'apathie rationnelle du consommateur.

S'agissant de la question des frais de procédure, la LCart ne règle pas cette question qui risque d'empêcher consommateurs et organisations de déposer des actions s'ils doivent avancer les frais d'un tel procès. Un plafonnement des frais de justice, peu importe la valeur litigieuse, serait bienvenu et permettrait une mise en œuvre effective de cette disposition.

Proposition:

Art. 12 LCart

¹ Si une personne présume une atteinte illicite à la concurrence la menaçant ou atteignant ses intérêts économiques, elle peut demander :

- a. la suppression et la cessation de la restriction à la concurrence ;*
- b. La constatation du caractère illicite de la restriction à la concurrence ;*
- c. La réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations ;*
- d. La remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires ».*

² Les actions prévues à l'alinéa 1 peuvent être exercées Les associations et autres organisations à but non lucratif peuvent agir en leur propre nom pour exercer les actions prévues à l'alinéa 1 pour faire valoir une atteinte aux droits des membres d'un groupe de personnes déterminé.

La question de la transaction de groupe lors d'une action portée par une organisation mériterait également d'être traitée dans le présent projet de loi sous deux angles. Tout d'abord, en prévoyant une diminution de l'amende dans les cas où un accord amiable avec les personnes touchées ou l'organisation les représentant serait trouvé afin d'encourager les parties en ce sens. Deuxièmement, en donnant la possibilité aux parties de soumettre au tribunal une demande visant à étendre la force obligatoire d'une transaction collective à toutes les personnes concernées par l'atteinte et ayant leur domicile ou leur siège en Suisse qui ne se sont pas jointes à l'action de l'organisation (*Opt out*) à l'instar de ce que prévoit l'art. 307h, al. 2 P-CPC, afin de permettre à l'entreprise concernée de régler l'affaire une fois pour toute.

Enfin, l'art. 12a AP-LCart qui prévoit que la prescription des prétentions découlant de restrictions illicites à la concurrence ne commence pas à courir ou est suspendu dès l'ouverture d'une enquête jusqu'à sa clôture définitive est bienvenu. Il permet d'éviter que les personnes touchées pas une restriction illicite à la concurrence ne se retrouvent hors délai au terme d'une procédure administrative qui peut durer de nombreuses années.



Introduction de délais d'ordre pour les procédures administratives

L'ACSI voit d'un bon œil l'introduction de délais d'ordre et espère que ces délais permettront effectivement d'accélérer les procédures. En effet, en 8 ans de procédure, les personnes touchées ont le temps de se décourager et renoncer à faire valoir leurs droits. Un raccourcissement des procédures garantira également une application des dispositions civiles figurant à ce projet.

En vous remerciant de prendre en compte notre position, nous vous prions de recevoir, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.

Associazione consumatrici e consumatori
della Svizzera italiana

Laura Regazzoni Meli – secrétaire générale

L. Regazzoni Meli

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Herzogenbuchsee, 11. März 2022

**Vernehmlassung
Teilrevision des Kartellgesetzes**

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf das am 24. November 2021 eröffnete Vernehmlassungsverfahren betreffend Teilrevision des Kartellgesetzes. Der ATVSL vertritt seit 1997 auch die Interessen des unabhängigen und freien Autohandels in der Schweiz. Der Verband setzt sich auch für die Konsumenten ein, in dem er sich gegen sämtliche Einschränkungen und Behinderungen im freien Autohandel wehrt und faire Rahmenbedingungen fordert. Wir vertreten liberale Werte und hinterfragen deshalb alle Vorschriften und Auflagen, welche das unternehmerische Umfeld unserer Mitglieder tangieren.

Mit dem vorliegenden Schreiben möchte der ATVSL der Einladung des Bundesrates folgen und zum Vorschlag wie folgt Stellung nehmen:

1. Antrag an den Bundesrat:

Der Vernehmlassungsvorschlag ist zwecks Überarbeitung an den Bundesrat **zurückzuweisen** und die **nachstehenden Punkte (Ziffer 2a – 2e) sind in den Vorschlag mitaufzunehmen**.

Der Antrag des ATVSL begründet sich wie folgt:

2. Begründung des Antrages:

a. Institutionenreform

Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Revisionspunkte sind nach Ansicht des ATVSL unzureichend. Das heute geltende Kartellgesetz bedarf einer umfassenden und vor allem zukunftsgerichteten Revision. Seit der letzten (gescheiterten) Revision im Jahr 2014 haben sich viele gravierende Probleme im Bereich des Wettbewerbsrechts akzentuiert, welche mit der

vorliegenden Teilrevision nicht angegangen werden. Als Beispiel hierfür sei die Institutionenreform genannt: Seit Jahren setzt sich die Wirtschaft für eine Trennung und Professionalisierung der Wettbewerbsbehörden ein.¹ Die Schaffung eines selbständigen Kartellgerichts an Stelle der heutigen Wettbewerbskommission (im Folgenden «WEKO»), welche gemäss dem Kartellgesetz eine reine Milizbehörde aus mehreren Interessenvertretern und unabhängigen Sachverständigen ist, entspricht nicht nur einem klaren Bedürfnis der Wirtschaft, sondern dürfte vor dem Hintergrund der Kompetenz zur Ausfällung von erheblichen Sanktionen in Form von Bussen auch in rechtsstaatlicher Hinsicht längstens angezeigt sein.

Darüber hinaus verträgt sich die heute fehlende Trennung zwischen Untersuchungsbehörde (Sekretariat der Wettbewerbskommission; im Folgenden «Sekretariat») und Entscheidbehörde nicht mit den verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensgarantien. Es fehlt klar an einer Unabhängigkeit des Sekretariats gegenüber der WEKO.

Zudem wird auch insbesondere dem für das Strafrecht geltende Öffentlichkeitprinzip mit der heutigen Gesetzeslage nur ungenügend nachgekommen. Das Verfahren vor der WEKO wird gänzlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt. Zugang zum Verfahren haben überdies einzig die Mitarbeitenden des Sekretariats, welche auch die Untersuchung geführt haben. Das führt nicht nur zu einem Ungleichgewicht zwischen Entscheid- und Untersuchungsbehörde in Bezug auf die Fachkompetenz und Dossierkenntnisse, sondern eröffnet dem Sekretariat gleichzeitig die Möglichkeit, auf den Entscheid Einfluss zu nehmen, was dem Prinzip der Waffengleichheit widerspricht.

Auch rechtsstaatlicher Sicht ist auch die Praxis der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die einvernehmlichen Regelungen zu bemängeln. Diese Form eines Abschlusses von Untersuchungsverfahren erlaubt es nicht, eine Fallpraxis zu schaffen, welche für die Unternehmen Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit garantieren würde.

b. Schaffung von Vorschriften gegen die vertikale Integration

Insbesondere im Automobilsektor ist in den letzten Jahren vermehrt eine vertikale Integration von Vertriebsketten festzustellen. Automobilhersteller nutzen dabei neben eigenen Markenfilialen (physische Verkaufspunkte) neue Vertriebskanäle wie z.B. der Onlinevertrieb, um deren Produkte direkt an die Endkunden zu verkaufen oder neue Vertragsmodelle wie z.B. das Agenturmodell.

Das bisher klassische Vertriebsgeschäft über Importeure und Händler verliert dabei immer mehr an Bedeutung. Also Folge davon ist in erster Linie der Primärmarkt (Vertrieb von Neufahrzeugen) betroffen: Dieser unterliegt bereits seit Jahren einer starken Konzentrierung auf einzelne grössere Importeure und Markenhändler (z.B. Emil Frey, AMAG). Die vertikale Integration durch die Markenhersteller - insbesondere in der Form der Digitalisierung und neuer Vertragsmodelle - wird diesen Trend in naher Zukunft noch erheblich verstärken.

¹ Vgl. hierzu das von economiesuisse publizierte Dossier „[Kartellgesetzrevision: Grosser Handlungsbedarf aus Sicht der Wirtschaft](#)“; zuletzt besucht: 04.03.2022.

Von einer vertikalen Integration profitieren die Markenhersteller in doppelter Hinsicht:

- Zum einen können diese das Preisgefüge direkt bis hin zum Endkunden selbst bestimmen. So werden Markenhersteller künftig über ihre Webseite ihre Neuwagen nicht nur selbständig vermarkten, sondern auch direkt an den Endkunden verkaufen. Letzterer erhält beispielsweise über die Webseite des Markenherstellers einen Kundencode und kann anschliessend bei einem Vertragshändler eine oder mehrere Probefahrten machen. Ist der Endkunde mit dem Produkt zufrieden, kann er das Fahrzeug noch individuell konfigurieren und beim Markenhersteller über dessen Webseite direkt einkaufen. Den Markenherstellern verbleibt die Preishoheit und damit die Möglichkeit, die Preisdisziplin besser zu kontrollieren.
- Zum anderen erhalten die Markenhersteller die Kontrolle über sämtliche Kundendaten, was ihnen ermöglicht, die Daten künftig für eigene Vertriebs- und Marketingzwecke zu verwenden. Dieser Trend wird durch neue Kommunikationstechnologien, welche in der Automobilbranche eingesetzt werden, noch verstärkt. Der Markenhersteller verfügt jederzeit über die entsprechenden Informationen zum Gebrauch des Produktes und kann dadurch den Kunden noch besser an sich binden.

Als Folge der vertikalen Integration wird der bisher schon durch «Knebelverträge» sehr beeinträchtigte Intra-brand-Wettbewerb zwischen den markengebundenen Autohändlern, also den Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, gänzlich unterbunden und die marktmächtige Stellung der Autohersteller zementiert.

Dies hat auch sehr einschneidende Konsequenzen auf die Parallelimporteure und freien Autohändler. Durch den Ausbau des Direktvertriebs mittels vertikaler Integration erhalten die Markenhersteller die vollständige Kontrolle über den Vertrieb der Kraftfahrzeuge bis hin zum Endkunden. Dies bedeutet, dass der Direkt- oder Parallelimport und somit der Intra-brand-Wettbewerb noch mehr abnehmen wird, als es bereits in den letzten Jahren der Fall war.

Bisher konnten die freien Autohändler den unter den markengebundenen Autohändlern bestehende Intra-brand-Wettbewerb durch Direkt- oder Parallelimporte zusätzlich verstärken, in dem sie einen gewissen Druck auf die Preise und Konditionen innerhalb des selektiven Vertriebs ausübten. Mit der vertikalen Integration des Automobilvertriebes wird der Wettbewerbsdruck durch die freien Autohändler aber praktisch vollständig ausgeschaltet.

Zudem besteht ein erhebliches Risiko, dass aufgrund der vertikalen Integration Märkte, so insbesondere der Schweizer Markt, komplett abgeschottet werden, da die Markenhersteller die Preise je nach Markt unterschiedlich gestalten können. Mit anderen Worten trägt die vertikale Integration von Vertriebsketten zur Erhöhung der Preise und somit zur bekannten «Hochpreisinsel Schweiz» bei.

Der Bundesrat soll diesem Trend entgegenwirken, in dem er mit der vorgesehenen Revision Vorschriften in das Kartellgesetz aufnimmt, welche die vertikale Integration bei Markenherstellern der kartellrechtlichen Kontrolle unterstellt. Die Vorschriften sind dabei so zu gestalten, dass die Markenhersteller verpflichtet werden, ihre Vertriebsketten so zu gestalten, dass eine Teilnahme von allen Händlern (also auch den ungebundenen Händlern) am Intra-brand-Wettbewerb auf

diversen Vertriebsstufen weder behindert, noch eliminiert und damit der Wettbewerbsverzerrung durch die vertikale Integration entgegengetreten werden kann.

c. Schaffung von Vorschriften zur Kontrolle von digitalen Märkten

Auch wenn bisher noch unbekannt oder eher ungewöhnlich, so drängen auch «Internetgiganten» wie z.B. die markenübergreifende US-Informationsplattform Amazon Vehicles immer mehr in den Automobilmarkt. Kunden verwenden z.B. diese Plattform, welche auch Kundenbewertungen enthält, zur Informationssuche, aber auch zur Spezifizierung von Fahrzeugen. Dadurch erhalten diese Plattformen einen enormen Informationsvorsprung, da die potenziellen Kunden solche Informationsdienstleistungen meist «unentgeltlich» erhalten. Im Gegenzug verpflichten sie sich, möglichst viele Daten über sich als Person und über das eigene Verhalten preiszugeben.

Diese Gefahr der «Monopolisierung» von Daten droht aber nicht nur bei solchen zweiseitigen Internetplattformen wie Amazon, Google oder Facebook, sondern besteht auch im klassisch einseitigen, digitalen Vertrieb (siehe beispielsweise Apple und Microsoft). Die entstandene Marktmacht dieser Unternehmen erlaubt es, als Intermediär zwischen Angebots- und Nachfrageseite aufzutreten.

Konsequenz davon ist, dass sie aus ihrer Position heraus grundlegende Marktfunktionen wie Preisfindung, Matching und Marktzugang kontrollieren können. Die Ausnutzung von Marktmacht und der Umgang mit Nutzer- und Kundendaten und deren Privatsphäre, sowie der zunehmende Einfluss ihrer Angebote und Technologien auf Bereiche oder Prozesse von gesellschaftspolitischem Interesse, haben in den letzten Jahren zu massiver Kritik seitens von Konsumenten, aber auch der Industrieökonomie und der Rechtswissenschaft geführt. Der Markt für alternative Anbieter und Start-ups wird gebremst und die Innovation leidet darunter. Wenige übermächtige Unternehmen verbleiben und diktieren den Markt.

Durch die Digitalisierung des Markenvertriebs über die eigenen Kanäle erhalten auch die Markenhersteller im Automobilbereich eine Vielzahl von persönlichen Daten der Endkunden, welche ihnen bisher in dieser Bandbreite und Detaillierungsgrad nicht zur Verfügung standen. Diese Datensätze können die Markenhersteller nutzen, um sich letztlich die Abhängigkeit von den Händlern zu minimieren, aber auch, um die Kundenbindung gegenüber den Endkunden zu erhöhen.² Dadurch sind diese in der Lage, den Interbrand-Wettbewerb gänzlich zu beseitigen.

Allerdings besteht aufgrund der vermehrten Nutzung personenbezogener Daten aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Handlungsbedarf. Viele digitale Märkte weisen Konzentrationstendenzen auf und sind bereits von wenigen grossen Anbietern geprägt. Aus diesem Grund ist darauf zu achten, dass Wettbewerber eine Chance und die Endkonsumenten eine Auswahl haben. Nur so können alle von der möglichen Dynamik der Märkte profitieren. Es sind deshalb neue Eingriffsbefugnisse für die Wettbewerbsbehörden zu schaffen, welche künftige bereits bei einer Gefährdung des Wettbewerbs durch «Digitalkonzerne» (zu solchen gehören nach der Auffassung des ATVSL nunmehr auch die Markenhersteller im Automobilbereich) greifen. Auch die klassische Missbrauchsaufsicht ist zu modernisieren. Damit können die Wettbewerbsbehörden

² Christian Raab, Wenn der Neuwagen nur noch einen Klick entfernt ist; Accenture GmbH (Hrsg.), in: [Sonderbeilage in Automobilwoche](#), 09/2015 (zuletzt besucht am 06.03.2022).

das Verhalten von Digitalkonzernen und die Rolle digitaler Geschäftsmodelle noch besser erfassen.

d. Aufhebung der Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme

Vertikale Integration und Digitalisierung des Vertriebs führen zwangsläufig auch zur Frage, ob ein selektiver Vertrieb unter den gegebenen Umständen heute noch zu rechtfertigen ist: Die Wettbewerbsbehörden haben in der Vergangenheit selektive Vertriebssysteme als kartellrechtlich zulässig anerkannt, um das Trittbrettfahrerrisiko zu minimieren und den Vertrieb so weit wie möglich nach den Vorstellungen des Herstellers zu gestalten. Das heisst, der Vertrieb ist nicht offen und für jeden Händler zugänglich, sondern es werden nur selektiv ausgewählte Händler beliefert. Die Auswahl dieser Händler kann hierbei von verschiedenen Kriterien abhängig gemacht werden. Der Weiterverkauf an Händler, welche die vorgeschriebenen Kriterien nicht erfüllen, wird zwischen Hersteller und Grossist vertraglich untersagt.

Aus kartellrechtlicher Sicht stellt ein solches Verbot des Weiterverkaufs an andere Händler eine Abrede dar, die den Wettbewerb möglicherweise beschränkt. Deshalb hat die Weko in der Praxis gewisse Einschränkungen formuliert. So sieht sie selektive Vertriebssysteme nur unter folgenden Voraussetzungen als unbedenklich an:

- Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, das heisst, die Wahrung der Qualität und die Gewährleistung des richtigen Gebrauchs muss ein solches Vertriebssystem bedingen.
- Die Kriterien, nach denen die Händler ausgesucht werden, müssen objektiv sowie nachvollziehbar sein und diskriminierungsfrei gegen über allen Händlern angewandt werden.
- Diese Kriterien dürfen nicht über dasjenige Mass hinausgehen, das für das selektive System erforderlich ist.

Der selektive Vertrieb hat in den letzten Jahren im Automobilbereich nicht zu den Verbesserungen insbesondere im Intra-brand-Wettbewerb geführt. Vielmehr konnten sich die Markenhersteller gerade aufgrund der selektiven Vertriebssysteme, welche mittels «Knebelverträgen» zwischen Herstellern und Händlern geschaffen wurden, bisher bereits unabhängig von den Importeuren und Händlern verhalten. Diese Unabhängigkeit wird nun durch die vertikale Integration und die Digitalisierung des Vertriebs weiterhin verschärft, wie das bereits oben ausgeführt worden ist.

Vor diesem Hintergrund sieht der ATVSL keine Notwendigkeit mehr, ein selektives Vertriebssystem im Automobilhandel weiterhin zum Schutz der Markenhersteller vor Trittbrettfahrer aus ökonomischer oder rechtlicher Sicht zu schützen. Vielmehr muss der Schutz der Hersteller im Zuge der fortschreitenden Entwicklungen in diesem Wirtschaftssektor zu Gunsten der Händler nunmehr aufgehoben werden. Der Bundesrat soll deshalb Vorschriften schaffen, welche insbesondere bei Digitalmärkten die Steuerung von Waren und Dienstleistungen innerhalb der Vertriebskette nach den Vorstellungen der Hersteller unterbinden.

e. Gewährung der Herstellergarantie

In den vergangenen Monaten wurden insbesondere die Mitglieder des ATVSL von Markenherstellern darauf hingewiesen, dass die vom Hersteller gewährte Werksgarantie nicht gültig sei, wenn das betreffende Fahrzeug aufgrund eines Direkt- oder Parallelimportes in die Schweiz importiert werde und das Fahrzeug anschliessend von einem freien Autohändler an den Endkunden verkauft werde. Die Haltung wurde damit begründet, dass eine solche Werkgarantie ausschliesslich für Fahrzeuge gelte, welche innerhalb der EU und der Schweiz direkt bei einem markengebundenen Händler gekauft würden. Entsprechend wurden Garantiewerke an direkt- oder parallelimportierten Fahrzeugen vom Hersteller verweigert.

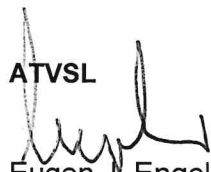
Das Sekretariat der Wettbewerbskommission («Sekretariat») führte zu dieser Frage im Jahr 2017 eine Marktbeobachtung gegen die Markenherstellerin Hyundai Motor Europe GmbH («Hyundai») mit Sitz in Offenbach, Deutschland, durch und kam damals zum Ergebnis, dass eine Werksgarantie auch dann gelte, wenn das Fahrzeug über einen bevollmächtigten Vermittler gekauft wurde. Eine Beschränkung seitens Hyundai, dass unabhängige Händler nicht von der Garantie profitieren könnten, sei zwar im Rahmen eines selektiven Vertriebes zulässig und werde von Art. 5 Abs. 4 des schweizerischen Kartellgesetzes («KG») nicht erfasst. Die Werksgarantie gelte jedoch dann, wenn das Fahrzeug über einen bevollmächtigten Vermittler gekauft wurde. Als bevollmächtigter Vermittler würden dabei Personen oder Unternehmen gelten, die im Auftrag und auf Rechnung eines bestimmten Verbrauchers ein neues Fahrzeug beziehen würden, ohne Mitglied des jeweiligen Vertriebssystems zu sein.

Mitglieder des ATVSL konnten in mehreren Fällen unter Vorlage von entsprechenden Vertragsdokumenten nachweisen, dass sie als bevollmächtigte Vermittler die Fahrzeuge im Auftrag ihrer Kunden im EU-Raum bezogen hatten. Dieser Nachweis wurde jedoch von Hyundai nicht akzeptiert und die Werksgarantie weiterhin verweigert. Erst unter Androhung von rechtlichen Schritten lenkte Hyundai dann ein. In der Folge waren die Verbraucher und Eigentümer von Neufahrzeugen der Marke Hyundai gezwungen, eine seitenlange Erklärung zur Teilnahme an einem «Customer Protection Program» und zur Weitergabe ihrer personenbezogenen Daten zu unterzeichnen, einen umfangreichen Fragekatalog über die Aufklärung und Information betreffend Werksgarantie auszufüllen, und – last but not least – eine Abtretungserklärung zu unterzeichnen, wodurch sämtliche Rechte und Forderungen der Käufer gegenüber den bevollmächtigten Vermittlern an Hyundai abgetreten wurden.

Das erwähnte Beispiel zeigt eindrücklich, welchen Druck Markenhersteller heute auf Händler und insbesondere auf freie Autohändler ausüben können, um den markeninternen Wettbewerb zum Nachteil der Endkonsumenten zu beschränken respektive auszuschliessen. Dieser Druck wird sich in den kommenden Jahren noch akzentuieren, sollte der Bundesrat hier nicht im Rahmen der vorgesehenen Kartellgesetzrevision Massnahmen vornehmen, die es auch einem freien Autohändler ermöglichen, eine solche Werksgarantie rechtsgültig an Endkonsumenten zu übertragen, ohne dass der Kunde dadurch von der Inanspruchnahme gehindert wird. Denn nur so kann ein funktionierender Intra-Brand-Wettbewerb überhaupt entstehen.

Wir danken für die Möglichkeit einer Stellungnahme und stehen für Rückfragen oder Ergänzungen gerne zur Verfügung!

Freundliche Grüsse

ATVSL

Eugen J. Engeler
Präsident

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

11. März 2022

Stellungnahme Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Unsere Stellungnahme bezieht sich insbesondere auf die Umsetzung der Motion Français (Art. 5 Abs. 1bis VE-KG). Mit den übrigen Änderungsvorschlägen der Vorlage sind wir einverstanden.

Die Motion Français, wonach ausdrücklich qualitative und quantitative Kriterien zur Beurteilung der Erheblichkeit hinzugezogen werden müssen, verlangt eine Korrektur der negativen Folgen des Gaba-Urteils, schafft Rechtssicherheit und senkt den Compliance-Aufwand für Unternehmen. Dennoch muss die Vorlage aus zwei Gründen überarbeitet werden.

Erstens trägt der Vorschlag dem Umstand wenig Rechnung, dass beide Kriterien gleichwertig beurteilt werden sollen. Zweitens sind die Ausführungen im erläuternden Bericht zu Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG in weiten Teilen inhaltlich unzutreffend. Wir fordern, dass diese im Hinblick auf die anschliessende Botschaft dringend überarbeitet werden.

Qualität und Quantität müssen gleichwertig behandelt werden

Mit Artikel 5 Abs. 1^{bis} VE-KG soll das Erfordernis einer quantitativen Überprüfung der Erheblichkeit wieder hergestellt werden. Die vorgeschlagene Formulierung lässt jedoch zu viel Spielraum, indem quantitative Kriterien zwar berücksichtigt, ihnen aber weiterhin eine untergeordnete Rolle gegenüber qualitativen Kriterien zugewiesen werden kann.

Gerade weil es sich bei der Motion um eine ausdrückliche Korrektur des Gaba-Urteils¹ handelt, ist es im Interesse der Rechtssicherheit, dass das Erfordernis einer ausgewogenen Prüfung der beiden Kriterien auch explizit in die Formulierung aufgenommen wird.

Aus diesen Gründen fordern wir, Artikel 5 Abs. 1^{bis} VE-KG wie folgt zu ändern:

Art. 5 Abs. 1^{bis}

1^{bis} Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind immer qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Sie ist auf jeden Fall zu beurteilen.

¹ BGE 143 II 297.

Dringender Korrekturbedarf bei den Erläuterungen

Der erläuternde Bericht enthält im Zusammenhang mit der Umsetzung der Motion eine Vielzahl von inhaltlich unzutreffenden Aussagen. Diese müssen im Hinblick auf die Botschaft dringend korrigiert werden. Einige besonders kritische Aussagen werden im Folgenden diskutiert.

Die Motion 18.4282 verlangt die Rückkehr zu einer bewährten Praxis

Der Vernehmlassungsbericht legt nahe, dass eine mögliche Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) im Sinne der Motion 18.4282 negative Folgen sowohl für die Kartellbekämpfung als auch für die Gesamtwirtschaft hätte. Die Wettbewerbskommission (WEKO) wäre dann nicht mehr in der Lage, Kartellabsprachen effektiv zu bekämpfen. Das ist eine unnötige «Angstmacherei». Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede unter Berücksichtigung von sowohl qualitativen als auch quantitativen Kriterien war die Norm, bis das Bundesgericht den Bundesgerichtsentscheid (BGE) Gaba vorlegte. Die Formulierungen der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) der WEKO von vor 2016 sind ein sehr klarer Beleg dafür. Aus den in der VertBek beschriebenen Richtlinien und Praktiken der WEKO geht eindeutig hervor, dass die Beurteilung einer Abrede im Einzelfall unter sowohl qualitativen als auch quantitativen Aspekten möglich ist. Die Aussage, eine wirksame Bekämpfung von schlimmen Abreden sei zwischen 1996 und 2016 unmöglich gewesen, trifft ebenfalls nicht zu. Die WEKO und die Gerichte haben zahlreiche schädliche Abreden zwei Jahrzehnte lang erfolgreich verhindert und dazu kommuniziert. Im Übrigen gestattet der BGE Gaba, da er vertikale Abreden betrifft, keine Änderung der Praxis bei der Beurteilung von horizontalen Abreden. Diese unglaublich weite Auslegung, welche die WEKO sich zu eigen gemacht hat, stellt das eigentliche Problem für eine gesunde Konkurrenz dar. Daher betonen die Unterzeichnerverbände der vorliegenden Stellungnahme, dass es nach der Änderung des KG im Sinne des oben dargelegten Vorschlags dringend notwendig sein wird, auch die Bekanntmachungen und Richtlinien der WEKO zu überarbeiten.

Ausserdem heisst es im Vernehmlassungsbericht, die Anwendung der Motion 18.4282 würde zu erhöhten Divergenzen mit dem Recht der Europäischen Union (EU) führen. Hierzu ist zu betonen, dass das EU-Recht Absicherungen vorsieht, die das schweizerische Recht seit dem BGE Gaba nicht mehr kennt. In diesem Zusammenhang untersagt das EU-Recht nur Beschränkungen, die «spürbare» Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, was insbesondere in der *Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung)*, der Europäischen Kommission konkretisiert wurde. Diese Praxis lässt sich mit dem Erheblichkeitskriterium vergleichen, das in der Schweiz bis zur Veröffentlichung des BGE Gaba/Elmex angewendet wurde. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU enthalten analoge Absicherungen, beispielsweise in Deutschland das *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*. Somit erreicht der BGE Gaba statt einer Annäherung des schweizerischen an das EU-Recht das genaue Gegenteil, und die juristische Praxis in der Schweiz ist nun so unausgewogen und starr wie sonst nirgends in Europa.

Gaba-Urteil widerspricht Willen des Gesetzgebers

Bei den in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten Tatbeständen wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Die Vermutung kann widerlegt werden. In der Folge stellt sich die Frage, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird oder bloss unerheblich (Art. 5 Abs. 1 KG). Zur Beurteilung einer Wettbewerbsabrede erachtete es der Gesetzgeber als massgebend, «ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt [wird], ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig»².

Der Gesetzgeber verlangt somit im Grundsatz, dass im Einzelfall neben den qualitativen Kriterien, welche sich aus dem Gesetzestext ergeben, auch quantitative Kriterien (z.B. Marktanteile, Umsätze, etc.) hinzugezogen werden.

In Bezug auf das Kriterium der Erheblichkeit hatte nun das Bundesgericht in Sachen Gaba festgestellt, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG dieses grundsätzlich erfüllen würden und es genüge, wenn Abreden den Wettbewerb beeinträchtigen könnten.³ Zur Entlastung der Verwaltung könne somit dann auf die Prüfung der quantitativen Kriterien verzichtet werden, wenn die Bestimmung der Erheblichkeit bereits nach qualitativen Kriterien aus dem Gesetzestext möglich sei.⁴

Diese Auslegung des Bundesgerichts widerspricht aber dem Willen des Gesetzgebers, welcher von einer grundsätzlichen Einzelfallprüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien bei der Bewertung der Auswirkungen einer Abrede ausging. Das Parlament bestätigte diese Ausrichtung ausdrücklich, als es 2014 den Entwurf zur Revision des KG prüfte und den Entwurf auf dieser Grundlage ablehnte.

Auch wenn bei der Widerlegung der Vermutung das Vorliegen einer Erheblichkeit «[i]n der Regel» zu treffen dürfte,⁵ lässt sich nicht daraus schliessen, dass diese ohne Einzelfallprüfung stattfinden darf.⁶

Die Absicht des Gesetzgebers war es gerade nicht, wie fälschlicherweise im erläuternden Bericht aufgeführt, die WEKO zu entlasten, indem auf eine differenzierte Erheblichkeitsprüfung verzichtet werden kann,⁷ sondern die Rechtssicherheit durch eine im Grundsatz zu erfolgende Einzelfallprüfung zu gewährleisten.

Faktische Beweislastumkehr durch Gaba-Urteil

Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede ist durch die WEKO zu beweisen. Mit dem Wegfall der Erheblichkeitsprüfung gemäss Erwägungen des Bundesgerichts in Sachen Gaba, verbleibt einzig zu prüfen, ob eine Abrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 2 KG). Bei der Beurteilung, ob solche Gründe vorliegen, verfügen WEKO und die Gerichte aber über einen grossen Ermessensspielraum, der kaum gerichtlich überprüft werden kann. Fehlen konkrete Beweise für

² Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995, 555.

³ BGE 143 II 297 E. 5.1-5.3 S. 313 ff. und E. 5.6 S. 325.

⁴ BGE 143 II 297 E. 5.2.1 f. S. 315 f.

⁵ BBl 1995, 565 f.

⁶ Vgl. auch Emch/Gottret, 376.

⁷ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

die Rechtfertigungsgründe, tragen die betroffenen Unternehmen die negativen Folgen dieser Beweislosigkeit. Faktisch führt der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung somit zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Die Aussage im erläuternden Bericht, wonach der Gaba-Entscheid keine Änderung der Beweislast zur Folge hat, ist deshalb falsch.⁸

Hohe Rechtsunsicherheit für Arbeitsgemeinschaften (ARGEs)

Das Sekretariat der WEKO hatte in der Vergangenheit stets betont, sie erachte ARGE «als typischerweise kartellrechtlich zulässig».⁹ Gemäss Vorlagenbericht spiele die Frage der Erheblichkeit und damit die Auswirkung des Gaba-Entscheids im Falle von ARGEs «praxisgemäss keine Rolle».¹⁰ Umgekehrt erhöhe die Motion die Rechtsunsicherheit, den Verwaltungsaufwand und liesse, im Widerspruch zum indirekten Gegenvorschlag der Fair-Preis-Initiative, gar eine „Abschottung des Schweizer Marktes“ zu.¹¹

Sämtliche Aussagen sind unzutreffend. Da die kartellrechtliche Beurteilung von ARGEs weder im Gesetz noch durch ein Bundesgerichtsurteil geklärt worden ist, besteht Rechtsunsicherheit. Die Zusicherungen des Sekretariats der WEKO entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Auch war die Erheblichkeitsprüfung in der Vergangenheit sehr wohl Gegenstand bei der Beurteilung von ARGEs.¹² Weiter werden ARGEs neuerdings anhand einer komplizierten und für kleine Unternehmen nicht einfach erschliessbaren Methodik beurteilt.¹³ Würde die Erheblichkeitsschwelle durch die Motion Français wieder eingeführt, entstünde für Kleinunternehmen ein zusätzlicher Schutz vor unerwarteten Sanktionen. Zudem senkt das Anliegen der Motion den Aufwand für Behörden, da dank der Erheblichkeitsschwelle Bagatellfälle ohne aufwendige Sachverhalts- und Effizienzprüfungen ausgeschlossen werden können. Dagegen hat der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung den Compliance-Aufwand gerade bei grundsätzlich zulässigen vertikalen Abreden massiv erhöht, weil die Abreden über eine komplexere Struktur verfügen und die besagten rechtlichen Unsicherheiten bestehen. Der indirekte Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative betrifft nur marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen.

Die Feststellung einer vorliegenden (relativen) Marktmacht setzt quantitative Analysen zwingend voraus, was gerade das Kernanliegen der Motion darstellt.

Wir nutzen die Gelegenheit ebenfalls, um auf ein für uns zentrales Anliegen zu verweisen. Der Ständerat hat in der Wintersession 2021 die von Hans Wicki eingebrachte **Motion 21.4189 «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz»** mit deutlicher Mehrheit angenommen. Sobald der Nationalrat die Motion ebenfalls annimmt, sollte ihr Anliegen umgehend umgesetzt werden.

⁸ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

⁹ RPW 1/2021, S. 114 Rz. 150.

¹⁰ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 16.

¹¹ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 16.

¹² WEKO-Verfügung in Sachen „Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Untersuchung 22-0385

¹³ RPW 2021/1, S. 90 ff – Dauer-ARGE Graubünden.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die wohlwollende Berücksichtigung unserer Position.

Unsere Mitglieder nehmen zusätzlich individuell Stellung.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'H. Bigler'.

Schweizerischer Gewerbeverband sgV
Hans-Ulrich Bigler, Direktor

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'C. Schaffner'.

Bauenschweiz
Cristina Schaffner, Direktorin

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'N. Rufener'.

Constructionromande
Nicolas Rufener, Directeur

Neuchâtel, le 2 mars 2022

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
M. Eric Scheidegger
Directeur
Holzikofenweg 36
CH-3003 Berne

Sujet : Consultation du 24 novembre 2021 concernant la révision partielle de la loi sur les cartels (LCart).

Monsieur le Directeur,

Prof. Blaise Carron, LL.M.
Professeur de droit privé
blaise.carron@unine.ch

Dr Valentin Botteron
Chargé d'enseignement
valentin.botteron@unine.ch

Nous avons pris acte de la procédure de consultation citée en objet et vous proposons nos remarques relatives au projet de loi ainsi qu'au rapport explicatif. Nous vous proposons notre point de vue sur le projet du Conseil fédéral en qualité de praticiens du droit de la concurrence, mais surtout de scientifiques : le soussigné de droite a publié en 2021 une thèse de doctorat en droit remarquée, dirigée par le soussigné de gauche et consacrée spécifiquement au contrôle des concentrations¹. Cette thèse a été citée dans le rapport explicatif, toutefois en se fondant sur une version non définitive du texte, ce qui a pour conséquence que les renvois y figurant sont erronés ; vous trouvez dans un courrier séparé les références corrigées dans le rapport explicatif.

1. Remarques liminaires

- 1) D'un point de vue législatif et économique, on pourrait se demander fondamentalement si un contrôle des concentrations est nécessaire et justifié pour une économie aussi petite et aussi intégrée internationalement (en particulier avec l'Europe) au niveau économique que la Suisse. Si l'on donne une réponse positive à cette question (ce que fait le rapport explicatif, p. 20), alors une modernisation du contrôle des concentrations est désirable pour les raisons suivantes :
 - a. Le test actuel exige des ressources importantes, tant de la part des entreprises que de l'autorité, tout en se distinguant par son impuissance à garantir un contrôle structurel efficace. En effet, entre 1997 (date de la publication des premiers DPC) et 2019, 741 opérations de concentration ont été notifiées et seules 3 (0,4%) ont été interdites et seules 22 (2,97%) ont entraîné l'imposition de charges et de conditions².
 - b. Le test suisse date de 1996. Il n'a jamais été adapté d'un point de vue législatif, alors que son interprétation judiciaire a été durcie en 2007 avec la décision *Swissgrid* (ATF 133 II 104), où le Tribunal fédéral a déterminé que la condition de la « suppression de la concurrence » potentielle était une condition indépendante de la création ou du renforcement de la position dominante. En revanche,

¹ VALENTIN BOTTERON, *Le contrôle des concentrations d'entreprises, Analyse comparée du test de dominance suisse, du test SIEC européen et du test SLC américain*, thèse Neuchâtel, Zurich 2021. Cette thèse, qui s'est vu décerner le prix Paul-René Rosset de la meilleure thèse en droit de l'Université de Neuchâtel, est publiée en format open access pour faciliter sa diffusion, https://suigeneris-verlag.ch/img/uploads/pdf/oa_pdf-016-1619803098.pdf.

² VALENTIN BOTTERON, *op. cit.*, N 1422 et Annexe I, p. 400.

autour de la Suisse, les tests de contrôle des concentrations ont évolué, non seulement au niveau communautaire avec l'introduction du test SIEC depuis 2004 mais aussi dans les Etats membres européens (p.ex. l'Allemagne qui a modifié son test en 2013).

2. Commentaires relatifs au projet législatif

a) Art. 10 al. 1 et 2 – Nouveau test

Si un contrôle des concentrations est – quant à son principe – considéré politiquement comme souhaitable (cf. remarques liminaires), alors il est également désirable de modifier le test actuel en raison des inefficacités constatées.

2) L'introduction du nouveau test SIEC est **bienvenue** dans la mesure où elle permet de corriger quatre défauts principaux du test actuel.

- a. Le nouveau test supprime la condition (indésirable) actuelle exigeant la capacité de supprimer la concurrence (art. 10 al. 2 let. a i.f. LCart). Cette suppression offre nouvellement la possibilité à l'autorité de la concurrence de tenir compte des éventuels effets unilatéraux d'une concentration, qui concernent une diminution de la concurrence (sans encore atteindre la création d'une position dominante) mais qui peuvent tout de même entraver la concurrence efficace de manière significative. Comme le relève justement le rapport explicatif, ces effets unilatéraux sont fréquents sur un marché oligopolistique lorsque des concurrents fusionnent sans parvenir pour autant à une position dominante qualifiée. Toutes les entreprises du marché bénéficient alors d'une baisse de la pression concurrentielle en raison de la suppression de la concurrence entre les parties à la concentration³. Les effets unilatéraux ne peuvent pas être pris en compte par la Comco sous le régime juridique actuel⁴. Les tests économétriques employés par la Commission européenne sous le régime du test SIEC, notamment ceux permettant de déterminer l'élasticité-prix croisée de la demande, le ratio de diversion, le *Gross Upward Pricing Pressure Index*, ou l'*Upward Pricing Pressure*, permettent de déterminer le risque de survenance des effets unilatéraux générés par la concentration. Suite à l'entrée en vigueur du test SIEC dans l'Union européenne, la Commission européenne a estimé que, pour les seules années 2015 et 2016, 16 concentrations sur 49 interventions⁵ de la Commission européenne n'ont pu être interdites ou soumises à conditions qu'en raison du fait que le test SIEC a mis en lumière le risque d'effets unilatéraux⁶.
- b. Le nouveau test permet aussi d'interdire dorénavant une concentration sur un marché où la concurrence était inexistante avant l'opération, alors que l'ancien test ne permettait pas d'agir contre les monopoles qui acquerraient par exemple des concurrents innovants. L'adoption du test SIEC et la suppression de la nécessité de la création ou du renforcement d'une position dominante qualifiée implique en effet l'abandon du lien de causalité entre la concentration et la suppression de la concurrence efficace. Ainsi, il ne sera plus possible pour la Comco, d'autoriser une concentration conduisant à un monopole ou le renforçant, lorsque la concurrence n'existait déjà pas avant l'opération⁷. En effet, sous le régime du test SIEC, un lien de causalité entre l'opération et l'entrave significative à la concurrence efficace devra toujours être démontré par l'autorité mais, vu que la position dominante supprimant la concurrence efficace ne sera plus requise, l'autorité pourra intervenir contre une opération dont le résultat est de

³ VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 300, p. 80.

⁴ Affaires *Coop/Fust*, DPC 2008/3, N 164, p. 491 ; *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, N 241, p. 629.

⁵ CARLES ESTEVA MOSSO, *Merger enforcement : Getting The Priorities Right*, Bruxelles 2017, p. 14, https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_08_en.pdf

⁶ VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 1590, p. 360.

⁷ Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 8.3, p. 329.

nature à entraver la concurrence efficace, indépendamment de l'existence ou non d'une concurrence avant la concentration⁸.

- c. Le nouveau test supprime le critère de l'amélioration de la concurrence sur un autre marché (art. 10 al. 2 let. b LCart), tout en autorisant la prise en compte des gains d'efficacité sur les marchés pertinents concernés par la concentration. Le critère de l'amélioration de la concurrence sur un autre marché contraint l'autorité à opérer un choix entre les intérêts de deux groupes de consommateurs pour laisser supporter l'entrave à la concurrence efficace à l'un des deux, si l'autre connaît une amélioration des conditions de concurrence sur son marché. Un tel choix implique de déterminer un critère objectif permettant de faire passer les intérêts d'un groupe de consommateurs avant ceux d'un autre, qui respecte le principe de l'égalité de traitement⁹. Cette tâche est souvent impossible ou arbitraire.
 - d. Le nouveau test permet de tenir compte du fait qu'il n'y a pas seulement les modifications structurelles d'un marché qui peuvent entraîner des comportements anticoncurrentiels, mais aussi d'autres critères qui peuvent inciter économiquement les parties à la concentration à adopter un comportement anticoncurrentiel après celle-ci. Par exemple, l'acquisition d'un franc-tireur par une autre entreprise peut faire baisser la pression concurrentielle, alors que l'accumulation de parts de marché reste anecdotique et que le degré de concentration de celui-ci ne varie pas.
- 3) Le nouveau test offre plus de flexibilité tant pour les autorités que pour les parties, en ce sens qu'il ne nécessite pas toujours une définition stricte et précise de tous les marchés concernés, un exercice exigeant des ressources parfois démesurées pour les marchés concernés secondaires touchés par la concentration. Or, les critères économiques appliqués sous le régime du test SIEC permettent de déterminer si les produits s'imposent mutuellement une pression concurrentielle sans nécessairement reposer sur une définition stricte du marché. Par exemple, un test de l'UPP (*Upward Pricing Pressure*) permet d'envisager si une hausse du prix d'un produit d'une entreprise influe sur le prix du produit de l'autre entreprise, sans avoir préalablement déterminé si ces entreprises étaient actives sur le même marché¹⁰.

Partant, il n'est à l'avenir pas exclu que la Comco puisse examiner une concentration sans nécessairement avoir à procéder au préalable à la définition du marché pertinent pour tous les produits touchés par la concentration. Pour cette raison, il apparaît que la formulation de l'art. 10 al. 1 AP-LCart en français est plus judicieuse que celle en allemand et en italien, en raison du fait qu'elle ne parle pas du marché. En effet en italien, la formule indique « *in particolare creando o rafforzando una posizione dominante sul mercato.* », en allemand « *insbesondere indem sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.* » alors que la française ne mentionne pas le marché sur lequel la concentration créerait ou renforcerait une position dominante : « *les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier sont examinées par la Commission de la concurrence lorsqu'un examen préliminaire (art. 32, al. 1) fait apparaître des indices laissant penser qu'elles entravent de manière significative une concurrence efficace, en particulier en créant ou en renforçant une position dominante* ».

Ces différences entre les versions linguistiques devraient être éliminées et la formulation être uniformisée sur le modèle du texte en français.

- 4) Nous saluons la reprise en allemand du terme « signifikant » pour éviter l'utilisation du terme « erheblich ». En effet, en lien avec l'art. 5 al. 1 LCart, le Tribunal fédéral a interprété la notion de « notabilité », « erheblich » comme correspondant à ce qui

⁸ VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 1599, p. 361.

⁹ VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 1609, p. 363.

¹⁰ VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 755, p. 181.

dépasse le cas bagatelle et devant s'évaluer indépendamment des effets anticoncurrentiels sur le marché¹¹. Or le test SIEC doit justement prendre en compte les effets de la concentration sur le marché sur la base de critères qualitatifs et quantitatifs. « Signifikant » se rapproche ainsi de la formulation française, anglaise, italienne ou espagnole du Règlement européen n° 139/2004.

Afin d'éviter une pratique divergeant de la pratique européenne, **le message devrait à notre sens préciser que c'est bien en référence au droit européen que le texte prévoit la notion de « signifikante Behinderung »**¹².

b) Art. 10 al. 2 let. b AP-LCart

- 5) La possibilité de prendre en compte les gains d'efficience est à saluer. Le rapport explicatif évoque un « standard dynamique de bien-être des consommateurs » c'est-à-dire une forme hybride de norme de bien-être du consommateur et du producteur, qui prend en compte la maximisation du bien-être des consommateurs à long terme (p. 9). Il indique qu'à la suite du droit européen, il n'est pas prévu d'adopter un standard du « bien-être total » (p. 21). Or, le texte légal prévoit de tenir compte des gains d'efficience « pour les acheteurs ». Ne pouvant clairement déterminer s'il s'agit des acheteurs finals ou s'il s'agit, à l'instar du droit européen, de « tout consommateur, intermédiaire ou final »¹³, il convient de supprimer cette ambiguïté et reprendre la formulation européenne, afin de ne pas intégrer une particularité suisse (*Swiss finish*) dans la partie du test consacrée aux gains d'efficience.

L'art. 10 al. 2 let. b AP-LCart doit être modifié ainsi : « b. ne génère pas, pour les acheteurs à l'avantage des consommateurs intermédiaires et finals, des gains d'efficience [...] ».

c) Art. 10 al. 3 LCart

- 6) Nous regrettons que l'art. 10 al. 3 n'ait pas été revu par le Conseil fédéral. En effet, l'al. 3 permet à la FINMA d'autoriser une concentration en faisant passer les intérêts des créanciers de banques avant ceux des consommateurs. Alors que le rapport explicatif présente son objectif de but du droit de la concurrence en voulant protéger l'intérêt à long terme des consommateurs finaux, il pourrait être judicieux de clarifier les motivations qui justifient, dans le domaine bancaire, de faire exception à cette règle et ainsi de créer une distinction avec le droit européen. Au demeurant, il n'est à notre avis pas justifié d'accorder une exception aux banques pour protéger leurs créanciers. En effet, une grande entreprise peut également compter parmi ses actionnaires ou ses créanciers des bailleurs de fonds d'intérêt général tels que des fonds de pension ou des collectivités publiques, qui peuvent avoir un intérêt à l'aboutissement de la concentration.

L'art. 10 al. 3 LCart devrait à notre sens être abrogé.

d) Art. 10 al. 4 LCart

- 7) Quant à l'actuel art. 10 al. 4 LCart, pour ce qui concerne la prise en compte de la position des parties à la concentration dans la concurrence internationale, celui-ci ne trouve pas son pendant dans le régime européen¹⁴. Ce critère a d'ailleurs été expressément rejeté par la Commission européenne lors de l'examen de la concentration *Siemens/Alstom* : le concurrent principal de l'entité résultante était principalement actif sur le marché chinois et n'a donc pas été pris en compte dans l'analyse de la

¹¹ ATF 143 III 297, consid. 5.2.5

¹² VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 1672, p. 376.

¹³ Lignes directrices sur les concentrations non horizontales (2008/C 265/07), para. 16 ; VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 109, p. 28.

¹⁴ VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 1614, p. 364.

concentration¹⁵. Si la révision n'abrogeait pas cet alinéa, elle maintiendrait une particularité du droit suisse par rapport au droit européen, ce qui va à l'encontre de la volonté du Conseil fédéral de reprendre le régime européen à l'art. 10 AP-LCart.

Au demeurant, le maintien de l'art. 10 al. 4 contredit le but de l'avant-projet, qui poursuit une protection à long terme des consommateurs. En effet, cet alinéa permet d'autoriser une concentration conduisant à un monopole sur le marché suisse, uniquement pour que l'entité résultant de la concentration atteigne une taille lui permettant de rivaliser avec des concurrents sur le marché européen, par exemple. Actuellement, une telle autorisation serait possible sans même qu'un concurrent européen ne soit sur le point d'entrer sur le marché suisse. Il en découle que les consommateurs suisses devraient supporter l'absence de concurrence sur le marché suisse uniquement pour que l'entreprise résultante puisse rivaliser sur un autre marché international¹⁶.

Quant à l'autre critère inclus dans l'art. 10 al. 4 LCart – la prise en compte de l'évolution du marché – il n'a pas besoin de figurer expressément dans cet alinéa, dans la mesure où l'examen de l'évolution du marché est déjà inclus dans le principe général de l'examen dynamique de la concentration et de l'examen de la concurrence potentielle¹⁷.

L'art. 10 al. 4 LCart devrait à notre sens être abrogé.

3. Commentaires relatifs au rapport explicatif

- 8) Le rapport explicatif mentionne, en lien avec le contrôle des concentrations, des « motifs d'efficience » (p. 21). Or la notion ne doit pas être confondue avec les « motifs d'efficacité économique » relatifs à l'art. 5 LCart. En lien avec le contrôle des concentrations, on parle préférablement de « gains d'efficience ».

Le message à venir devrait corriger cette formulation pour distinguer clairement la notion des « motifs d'efficacité économiques » et celle des « gains d'efficience ».

- 9) Le rapport explicatif est contradictoire dans certaines formulations. Ainsi, dans deux premiers passages, le rapport explicatif indique (à notre avis erronément) que « Cependant, cet examen ne remplace pas un *contrôle structurel* comme celui des concentrations » (p. 8, mise en évidence par les auteurs) et que « [l']art. 7 LCart (contrôle des abus) fournit certes un instrument [...] mais on s'accorde à dire que ce contrôle des abus ne saurait remplacer le *contrôle structurel* qui représente le noyau du contrôle des concentrations » (p. 20, mise en évidence par les auteurs). Cette formulation laisse penser que le Conseil fédéral considère toujours que le nouveau test est avant tout structurel, et qu'il convient de l'appliquer d'une manière similaire au test actuel.

Ces formulations sont contredites par deux autres passages du rapport explicatif, selon nous corrects, qui indiquent que « [...] un test comme le test SIEC est plus adapté et plus efficace dans le contexte de l'économie numérique, parce qu'il accorde moins de poids aux données structurelles (comme les parts de marché) que le test de dominance qualifiée » (p. 8) et que « les tests SIEC et SLC sont similaires, dans le sens où ils ne mettent pas l'accent sur la structure du marché, mais sur les effets de la concentration sur la situation concurrentielle » (p. 17). Or le nouveau test SIEC est spécifiquement un test basé sur les effets et subsidiairement comporte des éléments structurels¹⁸.

¹⁵ Affaire COMP./M.8677 *Siemens/Alstom*, para. 90 ss.

¹⁶ Ce problème a par ailleurs déjà été relevé aux Etats-Unis dans l'affaire *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963), p. 370 s., VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 1617, p. 365.

¹⁷ VALENTIN BOTTERON, *op. cit.* N 527 ss, p. 127.

¹⁸ VALENTIN BOTTERON, *op. cit.*, N 638, p. 151.

Le message devrait corriger les deux premières formulations mentionnées ci-dessus de la manière suivante : « Cependant, cet examen ne remplace pas un contrôle structurel – le contrôle *ex ante* que représente celui des concentrations » (Rapport explicatif, p. 8) et que « [l']art. 7 LCart (contrôle des abus) fournit certes un instrument [...] mais on s'accorde à dire que ce contrôle des abus ne saurait remplacer le contrôle structurel qui *ex ante* que représente le noyau du contrôle des concentrations » (Rapport explicatif, p. 20).

- 10) L'introduction du nouveau test SIEC est bienvenue dans la mesure où cela permet de rapprocher le droit suisse des tests utilisés dans l'Union européenne et dans un grand nombre d'Etats membres. Ce choix permet aux entreprises, aux praticiens et aux autorités suisses de bénéficier de sources jurisprudentielles beaucoup plus importantes, mais également de toute la recherche scientifique effectuée au sujet de ce test. Ce bénéfice ne sera toutefois tangible qu'à la condition que les autorités administratives et judiciaires de la concurrence ne développent pas une interprétation de l'art. 10 AP-LCart différente des autorités européennes, comme cela a été le cas dans le passé avec le test de dominance pour la condition de la suppression de la concurrence (art. 10 al. 2 let. a i.f. LCart ; cf. ci-dessus 1.b).

Le message devra clairement indiquer l'intention du législateur de reprendre le test européen (ce que fait déjà le rapport explicatif, p. 20).

- 11) L'introduction d'un nouveau test comporte toutefois certains risques, dont il faudra tenir compte soit dans l'ordonnance de mise en œuvre (OCCE), soit dans la pratique des autorités : L'art. 10 al. 2 let. a AP-LCart mentionne « en particulier » la création ou le renforcement d'une position dominante. D'une part, cela signifie que la condition de la « suppression de la concurrence efficace » de la loi actuelle (art. 10 al. 2 let. a i.f. LCart) est supprimée. D'autre part, même si dorénavant la dominance n'est qu'un indice d'entrave significative à la concurrence, cette mention expresse après l'évocation du test général SIEC (« en particulier en créant ou en renforçant une position dominante », art. 10 al. 2 let. a AP-LCart) signifie que le test de dominance doit rester l'outil privilégié du contrôle des concentrations.

Le message devrait rappeler clairement ces deux points.

4. Conclusion

En conclusion, nous saluons la volonté de reprise du test SIEC qui nous paraît être la voie à suivre pour le droit suisse du contrôle des concentrations. Nous rappelons néanmoins que tant le texte légal que celui du rapport nécessitent certaines adaptations et précisions afin de garantir l'introduction d'un contrôle efficace au service du bien-être à long terme des consommateurs suisses.

Nous vous remercions pour l'intérêt que vous porterez à nos propositions, nous vous adressons, Monsieur le Directeur, nos plus cordiales salutations.


Prof. Blaise Carron, LL.M.
Professeur


Dr Valentin Botteron
Chargé d'enseignement

Monsieur le Conseiller fédéral
Guy Parmelin
DEFER
Palais fédéral est
3003 Berne

Par courrier électronique :
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Paudex, le 4 février 2022
SHR/MIS

Consultation fédérale – Révision partielle de la loi fédérale sur les cartels

Monsieur le Conseiller fédéral,

Nous avons pris connaissance de la consultation mentionnée sous rubrique et nous permettons de vous transmettre ci-après notre prise de position après avoir consulté nos membres.

I. Contexte

Le Conseil fédéral avait proposé une ambitieuse révision de la loi sur les cartels (LCart) en 2012. Un élément important était alors la réforme de l'organisation institutionnelle des autorités en matière de concurrence, au travers de la création d'une Autorité de la concurrence indépendante et de la mise en place d'un Tribunal de la concurrence au sein du Tribunal administratif fédéral. Cependant, cette réforme a été contestée lors des discussions parlementaires. Plusieurs autres modèles avaient été discutés, mais aucun n'a trouvé de majorité politique.

Il convient de rappeler que la thématique est sensible et que certains arrêts récents des tribunaux – et notamment l'arrêt Gaba – ont suscité incompréhension et critiques dans les entreprises et les milieux économiques. Le domaine du droit de la concurrence fait aussi l'objet d'un certain nombre d'interventions au Parlement, qui ont été traitées ou qui sont encore pendantes. Il s'agit notamment de la motion 16.4094 Fournier « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence », ainsi que de la motion 18.4282 Français « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs », toutes deux adoptées par le Parlement et qui doivent maintenant être mises en œuvre. Nous relevons encore pour mémoire trois autres motions et postulats qui seront traités au Parlement, à savoir : la motion 18.3898 Pfister « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile », le postulat 21.3240 Schlatter « Influences des géants de la tech sur l'économie suisse » et la motion 21.4189 Wicki « Préserver le principe de l'instruction. Le fardeau de la preuve ne doit pas être renversé dans la loi sur les cartels ».

II. Le projet de révision de LCart du Conseil fédéral

Aujourd'hui, dans la révision partielle annoncée, le Conseil fédéral se concentre sur des éléments plutôt techniques qui, selon lui, doivent conduire à une amélioration concrète de la mise en œuvre de la LCart: la modernisation du contrôle des concentrations, une amélioration du droit civil des cartels et de la procédure d'opposition, ainsi que la révision de l'art. 5 LCart. Une réforme institutionnelle des autorités de concurrence pourrait être discutée séparément, lors d'une prochaine révision.

a) Appréciation du projet du Conseil fédéral

Même si nous jugeons le projet incomplet (voir lettre b) ci-dessous) et une révision plus globale nécessaire, notre appréciation sur les modifications ciblées proposées sont les suivantes :

- Contrôle des concentrations

Nous sommes prêts à suivre le gouvernement dans son choix des test SIEC, qui ont aussi l'avantage d'être appliqués dans l'UE. Il nous paraît bienvenu de simplifier le contrôle des concentrations et d'éviter les doublons en cas de fusion internationale. Il s'agira toutefois de porter l'attention sur les cas qui ont véritablement d'importantes conséquences économiques. L'autorité devra en outre faire preuve de modération et éviter à tout prix une ingérence dans la gestion opérationnelle des entreprises.

- Volet civil du droit des cartels

L'extension de la qualité pour agir aux clients finaux (consommateurs), afin qu'ils puissent obtenir eux-mêmes réparation des dommages, n'est pas judicieuse. Cela constituerait un fâcheux premier pas vers l'instauration en droit suisse de l'action de groupe (class action) du droit américain si les organisations de consommateurs étaient habilitées à agir elles-mêmes, pour autant qu'elles aient obtenu au préalable la cession des créances. Nous y sommes donc opposés.

- Procédure d'opposition

Les modifications proposées – réduction de la durée de la procédure d'opposition et sanctions si l'autorité de la concurrence doit ouvrir une enquête ordinaire – vont dans le sens d'une meilleure sécurité du droit et sont bienvenues. Toutefois, les entreprises devraient avoir la possibilité de notifier un projet à l'étude sans risque de sanction ou, à tout le moins, de bénéficier d'une immunité de sanction jusqu'à clôture définitive de la procédure.

b) Considérations générales et nécessité d'une approche plus large

Le droit de la concurrence constitue un élément important de tout régime économique qui allie liberté et responsabilité. Il a connu de profonds changements depuis son adoption en 1962. Un grand nombre de questions ont été traitées par la COMCO dans de nombreux domaines (construction, automobiles, horlogerie, etc.). Les tribunaux ont rendu quelques arrêts de principe (par exemple l'arrêt Gaba qui a durci les conditions pour les accords durs horizontaux et verticaux), pas toujours en faveur des entreprises et parfois critiquables, mais qu'il convient toutefois de respecter pour éviter des sanctions qui peuvent être sévères. Des outils de prévention, tels les programmes de conformité, permettent toutefois d'agir en amont. Ce pan du droit s'est aussi « européenisé » tant sur le plan matériel, par une convergence du droit suisse et du droit européen, que sur le plan procédural, via un accord de coopération entre la Suisse et l'UE. Ces éléments font que le droit de la concurrence est

devenu une matière sans cesse en mouvement, où règne une certaine insécurité juridique : les PME et associations patronales consacrent beaucoup de temps à se renseigner et à se former, notamment pour identifier les comportements anodins désormais poursuivis par les autorités de la concurrence. Or, nous tenons à rappeler qu'il existe de nombreux cas concrets où des accords entre entreprises permettent par exemple une coopération intelligente, la négociation de prix plus avantageux, le renforcement de la sécurité de l'approvisionnement, une collaboration technique utile, la participation de PME à des marchés publics importants dans le cadre de consortiums, ou encore la survie de distributeurs indépendants face aux réseaux de vente propres aux producteurs.

De plus, le droit de la concurrence, tout comme d'autres domaines du droit, est aussi confronté à la digitalisation de l'économie. Il s'agit de voir comment appréhender cette nouvelle réalité qui bouleverse les comportements et soulève nombre de questions, par exemple en matière de publicité ou de géoblocage, sans oublier les algorithmes dont on subit les choix via les moteurs de recherche. Les défis qui en résultent sont grands. D'abord pour le régulateur qui, confronté au recours généralisé à ces plateformes, doit garantir la concurrence : les autorités de la concurrence ont ainsi mis en évidence certains comportements et cas problématiques pour lesquels soit elles ont prononcé des sanctions, soit elles ont prôné l'adoption d'une réglementation sui generis. Ensuite pour les entreprises, pour lesquelles les plateformes et les effets de réseau constituent des occasions à saisir, et qui sont aussi confrontées à des défis techniques et commerciaux et à l'insécurité résultant d'une réglementation croissante. En Europe, plusieurs décisions judiciaires d'importance viennent d'être rendues ou sont attendues prochainement et de nombreux chantiers législatifs sont en cours (par ex. Digital Market Act, Digital Services Act, proposition de règlement sur la gouvernance des données). En Suisse, il existe un projet de régulation sectorielle avec la « lex Booking ». On assiste ainsi aujourd'hui à un effet de balancier. Si la législation était auparavant lacunaire ou inexistante, il y a désormais un foisonnement de nouvelles règles et le développement d'une législation sui generis propre aux plateformes. Le risque de surréglementation est réel – qui plus est avec des règles contradictoires appliquées par des autorités différentes. Paradoxalement, cela risque de créer une forte insécurité juridique, allant ainsi à l'encontre du but visé. On peut aussi se demander si ce surplus de normes ne pourrait pas freiner l'innovation et pénaliser les petites entreprises au profit des grandes (comme l'a fait par exemple le RGPD). Certaines PME appellent en effet à ce qu'on les laisse utiliser les outils existants pour faire leur propre publicité, y compris des publicités personnalisées.

Pour ce qui concerne les relations complexes entre le droit de la concurrence et la digitalisation de l'économie, nous estimons qu'une réflexion profonde doit être menée, mais qu'il est toutefois prématuré de le faire dans le cadre de la présente révision de la loi sur les cartels, la réflexion n'étant pas suffisamment mûre pour en tirer des normes concrètes. En revanche, les problèmes liés à l'insécurité juridique que ressentent les PME et les associations professionnelles méritent d'être abordés sans délai. De ce point de vue, nous ne sommes pas satisfaits du projet du Conseil fédéral qui se limite à reprendre certains points non contestés de la révision échouée de 2014. Le nombre d'interventions parlementaires sur ces questions montre à quel point ce domaine du droit, complexe, suscite des interrogations ou des craintes suite notamment à certains arrêts des tribunaux qui, à défaut d'éclaircir les choses, ont plutôt créé une certaine insécurité juridique pour les entreprises. Il s'agit de profiter de cette révision pour améliorer la prévisibilité pour les entreprises et la sécurité juridique. Il nous paraît dès lors qu'une réflexion plus approfondie doit être menée, en particulier sur la question d'une réforme institutionnelle des autorités de la concurrence (et notamment de la nécessaire séparation des compétences en matière d'instruction et de décision). Il est juste que les enquêtes relèvent de la compétence d'une autorité indépendante et que – si les faits sont susceptibles de sanction – les décisions soient prises par une cour elle aussi indépendante. Un autre point à reprendre est celui du

renforcement de la procédure d'opposition, ceci afin de renforcer la sécurité juridique et la protection juridique, par exemple sur le modèle de la procédure de notification prévue par la loi lors de contrôle de fusions qui prévoit une obligation de contrôle incombant à l'autorité et, parallèlement, une interdiction provisoire de mise en exécution. Enfin, il s'agit de mettre en œuvre la motion Français (18.4282) tout particulièrement dans l'évaluation des consortiums. L'arrêt Gaba a créé un certain malaise et une insécurité juridique pour les entreprises. Même si la COMCO ou le Conseil fédéral rappellent que l'interprétation de l'art. 5 al. 1 LCart n'entraîne pas de durcissement de l'évaluation des consortiums, ni de renversement du fardeau de la preuve, cet arrêt, selon certains, a toutefois réduit à peu de chagrin les possibilités de justification pour des motifs économiques. Cette problématique devrait être abordée plus précisément afin que les entreprises sachent quels sont les critères sur la base desquels un accord est à considérer comme licite. En ce sens, la simple modification de l'art. 5 LCart « critères qualitatifs et quantitatifs » n'est pas suffisante. Par ailleurs, à terme, il conviendra d'entamer une réflexion sur les défis de la numérisation pour le droit de la concurrence et la nécessité ou non de légiférer dans ce domaine aux vues des avancées technologiques.

III. Conclusions

Nous sommes opposés au projet du Conseil fédéral car nous jugeons le projet incomplet. En tout état de cause, la proposition d'extension de la qualité pour agir aux clients finaux (consommateurs), afin qu'ils puissent obtenir eux-mêmes réparation des dommages, n'est pas judicieuse et doit être rejetée. Cela constituerait un fâcheux premier pas vers l'instauration en droit suisse de l'action de groupe (class action). Bien plus, une réflexion plus approfondie doit être menée dans la perspective d'une révision plus globale, en particulier sur la question d'une réforme institutionnelle des autorités de la concurrence et dans l'évaluation des consortiums par la mise en œuvre la motion Français (18.4282). Par ailleurs, à terme, il conviendra d'entamer une réflexion sur les défis de la numérisation pour le droit de la concurrence et la nécessité ou non de légiférer dans ce domaine aux vues des avancées technologiques.

* * *

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'assurance de notre haute considération.

Centre Patronal



Sandrine Hanhardt Redondo



Par courriel

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Berne, 11.03.2022

Révision partielle de la loi sur les cartels

Madame, Monsieur,

Notre commission extraparlamentaire s'est penchée, lors de sa séance du 16 décembre 2021, sur le projet de révision partielle de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart). Nous remercions MM. Andreas Maschmer et Jan Averkin de votre office d'avoir participé à notre réunion et de nous avoir présenté les différents éléments du projet mis en consultation. Le Forum PME est favorable à la plupart des modifications proposées, car elles permettront d'améliorer l'efficacité de la LCart.

Les membres de notre commission sont favorables au remplacement du test de dominance qualifiée par le test *Significant Impediment to Effective Competition* (SIEC), appliqué entre autres dans l'UE. Ce nouveau test aura un effet préventif et permettra d'interdire plus facilement les concentrations qui entravent la concurrence et dont les effets négatifs ne sont pas compensés par des gains d'efficacité. Les PME en profiteront, car les concentrations susceptibles de nuire à leurs marchés seront interdites ou ne seront autorisées qu'à certaines conditions strictes.

Dans le cadre de la mise en œuvre de la motion [16.4094](#) Fournier, le Conseil fédéral propose l'introduction dans la LCart de délais d'ordre pour les procédures administratives devant les autorités de la concurrence et les tribunaux : 30 mois pour la COMCO, 18 mois pour le Tribunal administratif et 12 mois pour le Tribunal fédéral. Les membres de notre commission sont favorables à cette adaptation, car une limitation sur le principe à 5 ans permettra d'accélérer les procédures. Les entreprises concernées pourront ainsi disposer plus rapidement de décisions exécutoires, ce qui permettra de renforcer la sécurité juridique et de réduire pour elles les conséquences néfastes financières ainsi qu'en matière de réputation.

Le projet prévoit par ailleurs une indemnité pour les entreprises, dans les cas où tout ou partie de la procédure d'enquête serait classée « sans suite » par les autorités de la concu-

rence. Notre commission est également favorable à cette mesure, car les entreprises concernées pourront désormais être dédommagées pour les coûts des procédures administratives, ce qui soulagera en particulier les PME.

La majorité de nos membres est par contre opposée à la mise en œuvre de la motion [18.4282](#) Français, qui demande une clarification de l'art. 5 LCart. Les adaptations, telles que proposées dans le projet, auraient pour conséquence une complication et un allongement des procédures impliquant des coûts supplémentaires pour les entreprises concernées. Les critères quantitatifs à déterminer au cas par cas induiraient par ailleurs une plus grande insécurité juridique. L'analyse détaillée, figurant dans le [rapport](#) du 13.10.2020 du Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche, montre clairement que les consortiums ne constituent pas des accords en matière de concurrence au sens de la LCart et que les craintes y-relatives, exprimées suite à l'arrêt du Tribunal fédéral dans la cause *Gaba* ([ATF 143 II 297](#)), sont en partie infondées.

Le Forum PME salue les améliorations proposées en ce qui concerne la procédure d'opposition, car elles auront un impact positif sur la sécurité juridique des entreprises. Le raccourcissement de cinq à deux mois du délai imparti à l'autorité pour se prononcer sur la licéité des comportements tient compte des critiques formulées depuis longtemps déjà par l'économie. Le risque d'investissement des entreprises sera par ailleurs judicieusement réduit, étant donné que désormais seule l'ouverture d'une enquête formelle au sens de l'art. 27 LCart entraînera un risque de sanctions.

Nos membres sont enfin partagés en ce qui concerne la proposition de renforcer le volet civil du droit des cartels. D'une part, ils craignent qu'une augmentation de l'attractivité de la voie civile entraîne des procédures excessives pour les entreprises. D'autre part, ils sont conscients que cette nouveauté permettrait d'améliorer l'application globale du droit des cartels. Il s'agirait pour cette raison, à notre avis, de mettre en place dans la loi des garde-fous, afin d'éviter que des privés et des organisations ne puissent abuser de manière quérulente des nouvelles actions.

Espérant que nos recommandations seront prises en compte, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos meilleures salutations. Nous nous tenons volontiers à votre disposition pour toute question éventuelle.



Jean-François Rime
Co-Président du Forum PME
Industriel, représentant de l'Union
suisse des arts et métiers

Copie à : Commissions de l'économie et des redevances du Parlement

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne
Par courriel

constructionvalais, Association faîtière valaisanne regroupant tous les acteurs cantonaux de la construction, de la conception à la réalisation, forte de plus de 1'300 membres et assurant plus de 29'000 places de travail, génère en tant que telle un chiffre d'affaires dépassant les 3 milliards de francs et représente donc un acteur important de l'économie valaisanne. constructionvalais est constituée et représente les associations professionnelles suivantes : Bureau des métiers, Association valaisanne des entrepreneurs, Association valaisanne des entreprises de carrelage, Association valaisanne des mandataires de la construction et la Société valaisanne des Ingénieurs et Architectes.

Sion, le 10.03.2022

N/Réf. : CM 027 327 32 17 | cmeichtry@ave-wbv.ch

Réponse à la consultation relative à la révision partielle de la Loi sur les Cartels [LCart]

Madame, Monsieur,

En réponse à la consultation lancée le 24 novembre par vos Services, nous avons l'avantage de vous faire parvenir la prise de position de constructionvalais.

En tant que membre de l'association constructionsuisse, nous partageons entièrement la position de notre association faîtière nationale, laquelle vous est certainement déjà parvenue.

Il est de notre point de vue essentiel que la motion 18.4282 trouve dans cette révision partielle l'entier de son expression et nous soutenons fortement la position de constructionsuisse relative en particulier à l'Art. 5, alinéa 1 bis.

En vous remerciant de l'attention et de la prise en compte de nos remarques, nous vous prions, Madame, Monsieur, de recevoir nos meilleurs messages.

constructionvalais



Alain Métrailler
Président



Chiara Meichtry-Gonet
Secrétaire générale

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la Politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Tolochenaz, le 11 mars 2022

Révision partielle de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart)

Madame, Monsieur,

Constructionvaud a l'honneur de vous faire tenir ses déterminations spontanées sur l'avant-projets cité en exergue.

Fondée en 2019, l'association constructionvaud a notamment pour but, dans le cadre de constructionromande, de défendre les intérêts de la construction, par une concertation et une coordination de ses membres en vue de prendre des positions communes à l'attention d'entités tierces (autorités politiques, autorités administratives, associations professionnelles, partis politiques, etc.) dans les domaines de l'économie privée, publique, de la formation professionnelle, juridique, technique, politique et des institutions sociales.

Constructionvaud prendra position uniquement sur les propositions d'articles qui appellent des remarques.

1. Remarques générales

N'ayant pas été directement consultés, nous prenons toutefois la liberté de vous faire parvenir des observations spontanées. Nous nous fondons dans ce cadre sur le fait que l'avant-projet a une grande portée politique, financière, économique ou sociale, conformément à l'art. 3 al. 2 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (LCo ; RS 172.061 : voir également le MCF du 22 janvier 2004 relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation, in FF 2004 485 ss, spéc. 500 et les exemples cités), ce qui autorise les associations concernées à participer à la présente consultation et à exprimer leur avis. Nous nous prévalons ici expressément de l'art. 4 al. 1 et 2 let. e LCo (voir également FF 2004 501). Cela étant exposé, nous nous déterminerons que sur les dispositions proposées qui appellent des commentaires de notre part.

2. Appréciation des dispositions proposées

2.1 Art. 5 AP-LCart

La proposition d'art. 5 AP-LCart repose sur la motion du Conseiller aux Etats Olivier Français intitulée : « 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 » (Motion 18.4282 ; ci-après : la Motion Français). Il est utile de rappeler que ce texte propose en substance de corriger les effets indésirables de la jurisprudence « Gaba-Elmex » (ATF 143 II 297), laquelle a validé une modification de la pratique de la Commission fédérale de la concurrence (ComCo) qui considère que les accords décrits à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart constituent en soi une restriction notable à la concurrence, ce qui a pour conséquence qu'il n'y a plus lieu de tenir compte de la portée réelle d'un accord et de déterminer un éventuel impact sur le marché pour être considéré comme illicite, car portant atteinte à la concurrence de manière notable.

Afin de corriger les effets indésirables de cette jurisprudence et de l'insécurité juridique qu'elle peut engendrer, la motion précitée proposait de la notion de « manière notable » dans le cadre de l'art. 5 LCart et d'y intégrer des critères qualitatifs et quantitatifs pour que l'autorité compétente établisse l'absence de concurrence efficace et dans ce cadre l'impact réel d'un accord ou d'une forme similaire de collaboration sur le marché.

L'art. 5 AP-LCart, tel que proposé, va dans le sens de la demande faite dans le cadre de la Motion Français, en ce sens qu'il institue des critères quantitatifs. En revanche, selon nous, la formulation telle que proposée en l'état laisse subsister une trop grande marge de manœuvre, dans la mesure où elle paraît conférer un rôle secondaire s'agissant des critères qualitatifs. Or, dès lors que la Motion Français poursuit comme but de corriger les effets de la jurisprudence « Gaba-Elmex », il est dans l'intérêt de la sécurité juridique que le libellé légal inclue expressément et au même niveau le critère qualitatif. Dans ces conditions, la disposition telle que proposée en les termes suivants :

« Art. 5 al. 1bis LCart

Lors de l'appréciation de l'importance de la détermination d'une restriction à la concurrence, l'autorité doivent prendre en compte dans chaque d'espèce critères qualitatifs et des critères quantitatifs. ».

Nous nous permettons également de relever que le rapport explicatif (ci-après : le rapport) contient un nombre important de considérations inexactes et mêmes contradictoires par rapport à l'article proposé, ce qui est pour le moins étonnant. Il nous paraît utile ici de rappeler que la Motion Français vise – à tout le moins implicitement – à un retour à la pratique antérieure à l'arrêt Gaba-Elmex. Or, le rapport laisse entendre qu'une éventuelle modification dans le cadre précité pourrait avoir des conséquences négatives tant sur le plan de la lutte contre les cartels que pour l'économie en général, car la ComCo ne serait plus en mesure de lutter efficacement contre les ententes, ce qui semble constituer une stratégie visant à provoquer la peur auprès des entités consultées et à les inciter à ne pas accepter la modification proposée, pourtant acceptée préalablement par le Conseil national et le Conseil des Etats (rapport, pp. 15-16). Ce procédé est inacceptable et tend à fausser de manière notable la libre formation de l'opinion des entités consultées et, partant, de l'électeur. Pire encore, le rapport semble éluder la pratique alors en vigueur jusqu'à la décision « Gaba-Elmex », alors que l'examen de la pertinence d'une entente à l'aune de critères quantitatifs et de critères qualitatifs était la norme, comme cela ressort très clairement des directives de la ComCo antérieures à 2016, soit à la jurisprudence précitée. Plus particulièrement, l'affirmation péremptoire à teneur de laquelle il était impossible pour la ComCo de lutter efficacement contre les accords illicites entre 1996 et 2016 est erronée. En effet, le droit des cartels dans sa teneur antérieure à la jurisprudence « Gaba-Elmex » a permis de mettre en exergue de nombreux accords préjudiciables à une saine concurrence. En outre, cette jurisprudence n'autorise aucun changement de pratique concernant les présumés accords horizontaux, dans la mesure où elle a été rendue dans un cas d'espèce concernant des accords

verticaux. Il résulte de ce qui précède que, non seulement, le Conseil fédéral doit impérativement procéder à des correctifs lorsqu'il sera appelé à rédiger le message qui accompagnera le projet de révision de la LCart, mais encore, la ComCo ne devra pas fausser dans ses directives la correcte application de la disposition proposée, si elle est adoptée par le Parlement fédéral.

Mais il y a plus. Le rapport mentionne également que la mise en œuvre de la Motion Française pourrait provoquer une augmentation des différences entre le droit suisse et le droit de l'Union européenne en matière de cartels (rapport, pp. 17-18). Là encore, cette affirmation prête largement le flanc à la critique. Outre le fait que la Suisse ne fait pas partie de l'Union européenne et que les Accords sectoriels ne lui imposent pas de reprendre les règles européennes en matière de cartels, c'est précisément la jurisprudence « Gaba-Elmex » qui provoqué un écart entre les deux législations précitées, dès lors que le droit suisse n'offre plus les mêmes garanties aux entreprises contre les éventuelles dérives de l'autorité compétente en matière de concurrence. Ainsi, dans ce cadre, le droit topique de l'Union européenne n'interdit que les restrictions (cartels ou accords similaires) qui déploient des effets « sensibles » sur la concurrence, ce qui résulte au demeurant très clairement de l'art. 101 al. 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (dans sa teneur dès le 9 mai 2008 ; JOCE 115, pp. 88-89, soit le fait de « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence [...] » ; ci-après : TCE), tout en tolérant les accords ou ententes qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs (a) et donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence (b), comme cela ressort de l'art. 101 al. 3 TCE. En d'autres termes, ces règles sont parfaitement comparables aux critères qui étaient appliqués en Suisse avant la jurisprudence litigieuse. Nous relevons également que les ordres juridiques des Etats membres de l'UE contiennent des garanties analogues. Tel est le cas par exemple en Allemagne dans le cadre de la loi fédérale du 26 août 1998 contre les restrictions à la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB ; Bbl 1998 I 2521]). En conclusion, au lieu de rapprocher le droit suisse de ses homologues européens en matière de lutte contre les restrictions à la concurrence, la jurisprudence « Gaba-Elmex » réalise exactement le contraire, si bien que, dans ce domaine, la Suisse est plus sévère que partout ailleurs en Europe.

Il y a également lieu de relever que la jurisprudence précitée ne tient pas compte des prévisions légales prévues par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, dans sa teneur actuelle, qui introduit des présomptions d'illicéité réfragables qui se fondent précisément sur des critères quantitatifs et des critères qualitatifs, ce qui ressort également des travaux préparatoires relatifs à la LCart (MCF du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, in FF 1995 I 472, spéc. 552-553), lesquels précisent au demeurant qu'il convient pour l'autorité d'établir au cas par cas si l'accord ou l'entente analogue tend à affecter de manière notable ou à supprimer la concurrence. Or, la jurisprudence « Gaba-Elmex » a, en quelque sorte dispensé l'autorité de fournir la preuve des critères quantitatifs. Autrement dit, le fardeau de la preuve incombe aux entreprises soupçonnées de faire partie d'un cartel illicite ou d'une entente illicite, ce qui est manifestement contraire à la volonté du législateur, ce d'autant que ce dernier a rejeté l'introduction d'une « présomption de culpabilité » lorsqu'il a refusé d'entrer en matière sur un projet de révision de la loi sur les cartels allant dans ce sens en 2014. Au surplus, à supposer qu'une inversion du fardeau de la preuve entre en considération, cela ne dispense aucunement l'autorité compétente de procéder à une enquête circonstanciée dans chaque cas d'espèce (FF 1995 I 552 ss). Il résulte de ce qui précède que l'intention du législateur n'était pas, comme indiqué de manière erronée dans le rapport, de lutter contre la surcharge de travail de la ComCo, en lui permettant de ne pas procéder à un examen circonstancié du cas d'espèce (rapport, p. 16), mais précisément de garantir la sécurité juridique en imposant un tel examen.

En outre, nous relevons qu'il convient de corriger les effets indésirables de l'arrêt « Gaba-Elmex » s'agissant de l'inversion de la charge de la preuve qu'il introduit à l'encontre des entreprises objets de la procédure et au bénéfice de la ComCo qui se voit ainsi libérée, à tout le moins implicitement, dès lors que cette jurisprudence n'emporte ni plus ni moins la suppression du critère de la « pertinence », ce qui revient à limiter l'examen à la justification de l'accord pour des raisons d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). En effet, dans ce cadre, le pouvoir d'examen de la ComCo et des tribunaux est large, voire discrétionnaire, ce qui conduit à limiter drastiquement la marge de manœuvre de l'autorité de recours et surtout faire supporter aux entreprises concernées les conséquences négatives d'une absence ou d'un manque de preuves concrètes. Il suit de là que les affirmations péremptoires du rapport explicatif selon lesquelles la jurisprudence précitée n'entraîne pas de modification en ce qui concerne la charge de la preuve sont manifestement erronées (rapport, p. 14). Pour parer à ces problématiques, il convient d'intégrer dans la présente réflexion et le message à venir du Conseil fédéral les propositions formulées dans le cadre de la Motion Hans Wicki « Préserver le principe de l'instruction. Le fardeau de la preuve ne doit pas être renversé dans la loi sur les cartels » (Motion 21.4189).

Finalement, nous nous interrogeons sur la prise de position dans le rapport concernant les consortiums, lesquels ont toujours été considérés par la ComCo comme admissibles au regard du droit de la concurrence et au sujet duquel il est spécifié que l'arrêt Gaba n'entraîne pas de durcissement de l'évaluation des consortiums ni sous l'angle « juridique théorique » ni dans la « pratique effective » (rapport, p. 15). Nous nous permettons d'émettre de sérieux doutes à ce sujet, ce d'autant que dans le cadre d'un précédent projet de révision de la LCart, la ComCo a tenté de les interdire. Nous resterons très attentifs à ce sujet, ce d'autant que la ComCo envisage une révision de ses directives, en particulier de la communication PME (rapport, p. 16). Quoiqu'il en soit, la situation actuelle n'est pas suffisante, car elle dépend finalement des orientations que donnera la ComCo dans ses directives, laquelle a même rappelé qu'elle constituait une autorité indépendante (rapport, p. 15), ce qui laisse subsister des craintes raisonnables quant à la mise en œuvre de règles extra-légales sur le sujet. Il est à relever que les consortiums ont, par le passé, déjà fait l'objet d'examens par la ComCo (voir parmi d'autres, ComCo, Enquête 22-0385), selon une méthodologie compliquée pour les petites et moyennes entreprises (voir parmi d'autres, RPW 2021/1, pp. 90 ss), qui, dans le cadre du secteur de la construction, sont parfois contraintes de se regrouper pour obtenir des mandats que ce soit dans les marchés publics ou dans les adjudications privées. Sans précisions légales dans ce cadre, il est à craindre une nouvelle insécurité juridique qui risque de générer des décisions administratives ou judiciaires contraires à la volonté du législateur. Dès lors, il serait indispensable d'inclure les consortiums dans les travaux de mise en œuvre de la Motion Français.

2.2 Art. 12a AP-LCart

Nous nous opposons fermement à l'introduction d'une clause de report ou de suspension de la prescription civile présentée, là encore, erronément comme un bénéfice pour les entreprises qui font l'objet d'une procédure administrative en matière de restriction à la concurrence (rapport, p. 25), mais qui vise en réalité à les dissuader de contester la décision de la ComCo devant les tribunaux.

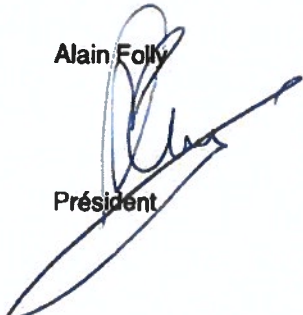
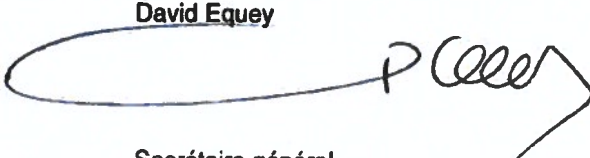
2.3 Art. 42 al. 2 et 3 AP-LCart

La possibilité de procéder des fouilles corporelles va bien trop loin et constitue une atteinte disproportionnée aux droits des personnes concernées. A tout le moins, cette mesure – tout comme d'ailleurs les perquisitions – devraient faire préalablement l'objet d'un mandat délivré par un magistrat judiciaire.

3. Autres remarques

En sus des propositions faites dans le cadre de la consultation relative à l'avant-projet tendant à respecter le principe général de la présomption d'innocence, il nous paraît indispensable de préserver de manière légale les intérêts des entreprises objets d'une enquête de la ComCo en introduisant dans la LCart une interdiction de principe de publier les noms ou les raisons sociales des entités concernées jusqu'à la notification de la décision finale.

En vous remerciant de prendre note de ce qui précède, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre respectueuse considération.

	
Alain Folly	David Equey
Président	Secrétaire général

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Ausschliesslich per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Zürich, 11. März 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes – Stellungnahme von economiesuisse

Sehr geehrte Damen und Herren

Im November 2021 haben Sie uns eingeladen, in oben genannter Sache Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit der Meinungsäusserung nehmen wir gerne wahr. economiesuisse nimmt gestützt auf den Input der betroffenen Mitglieder, den Arbeiten in unserer Arbeitsgruppe Kartellrechtsrevision und den Beratungen in unserer Kommission für Wettbewerbsfragen aus einer übergeordneten, gesamtwirtschaftlichen Sicht wie folgt Stellung:

Zusammenfassung

Wir fordern die Rückweisung der Vernehmlassungsvorlage zur vollständigen Überarbeitung und insbesondere die Aufnahme einer umfassenden Institutionenreform (vgl. Ziff. 2) sowie die Berücksichtigung von Compliance-Programmen (vgl. Ziff. 3).

economiesuisse hatte sich bereits in Hinblick auf die anstehende Revision mit einer branchenübergreifenden Arbeitsgruppe während über einem Jahr mit den vom Bundesrat angekündigten Revisionspunkten auseinandergesetzt. Im Rahmen der Vernehmlassung kann economiesuisse eine entsprechend deutliche Positionierung vornehmen: Die Vorlage ist umfassend zu überarbeiten. Die bündelnden Vorstellungen zu einer Revision des Kartellgesetzes sind nicht ausreichend. Basis für eine Modernisierung des Kartellgesetzes kann die Vorlage 2012 sein. Der Respekt vor der politisch anspruchsvollen Diskussion einzelner Revisionspunkte darf keinen Grund darstellen, wichtige und offensichtlich notwendige Revisionspunkte nun von vornherein gar nicht anzugehen oder auf unbestimmte Zeit hinauszuzögern. economiesuisse schlägt vor diesem Hintergrund die Einsetzung einer Arbeitsgruppe unter Führung des Bundes vor, in welcher ein zukunftsfähiges, modernes Kartellrecht mit funktionierenden Institutionen entwickelt und für die parlamentarische Beratung vorbereitet werden kann (vgl. Ziff. 1.2).

1 Rückweisung der Vernehmlassungsvorlage zur vollständigen Überarbeitung und insbesondere die Aufnahme der umfassenden Institutionenreform (vgl. Ziff. 2) sowie die Berücksichtigung von Compliance-Programmen (vgl. Ziff. 3).

1.1 Allgemeine Ausführungen zur Forderung der Rückweisung

Es ist eine umfassende Revision des Schweizer Kartellrechtes notwendig, da grosser Handlungsbedarf vorhanden ist. Dieser zeigt sich zum einen am deutlich vorhandenen Reformstau, welcher aufgrund des letzten Versuches das Kartellgesetz zu revidieren weiterhin vorherrscht, wie auch anhand der zahlreichen und sich häufenden Vorstösse im Parlament, welche unterschiedliche Anpassungen am Kartellgesetz verlangen.¹ Die Wirtschaft wünscht sich für die anstehende Kartellgesetzrevision daher ein mutigeres Vorgehen von Bund und Politik.

In Hinblick auf die publizierte Vernehmlassungsvorlage muss daher festgestellt werden, dass die gegebene Möglichkeit versäumt wird, den notwendigen und dringlichen Handlungsbedarf im Kartellrecht anzugehen. Die Vernehmlassungsvorlage ignoriert den Reformstau, indem sie generell auf wenig umstrittene Punkte fokussiert ist, die wiederum nicht dringlich sind. Damit besteht das Risiko, dass umfassende Revisionen im Kartellrecht, die bedeutend wichtiger wären, wie beispielsweise die Institutionenreform, auf Jahre hin verzögert werden.

economiesuisse wünscht eine umfassende Revisionsvorlage, welche unter anderem auch die Institutionenreform und die zwingende Berücksichtigung von Compliance-Programmen aufgreift. Die Mitglieder von economiesuisse sind klar der Ansicht, dass der Respekt vor der erwartungsgemäss politisch anspruchsvollen Diskussion einer umfassenden Revision keinen Grund darstellen darf, notwendige Revisionspunkte von vornherein gar nicht anzugehen. Die erneute Blockade der Institutionenreform über Jahre hinweg soll verhindert werden, gerade da der jetzige Versuch das Kartellgesetz zu revidieren die ideale Möglichkeit bietet, die von der Wirtschaft geforderte Institutionenreform schliesslich anzugehen. So erscheint das blosses Hinauszögern der notwendigen Diskussionen über die Ausgestaltung der Institutionenreform weder als eine geeignete Strategie, das Kartellgesetz zu modernisieren noch als konstruktive Lösung, um das zentrale Anliegen der Wirtschaft aufzunehmen. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Revision wirkt als blosser Vertagung der zentralen Revisionspunkte auf einen späteren Zeitpunkt. Die Rückweisung der Vorlage ist daher unumgänglich.

Die Ausführungen zum Antrag basieren auf dem bereits im September 2021 publizierten dossierpolitik von economiesuisse.² In diesem wird der grosse Handlungsbedarf hinsichtlich der Kartellgesetzrevision aufgezeigt. Ebenso wird in dieser Publikation auch umrissen, an welchen Grundsätzen sich eine Institutionenreform orientieren soll. Ausführliche Überlegungen dazu finden sich auch im Buch «25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick» unter dem Titel «Ein Kartellgesetz der Wirtschaft».³

1.2 Einsetzung einer Arbeitsgruppe zur Vorbereitung der Vorlage

Aktuell fallen die Vorstellungen der Wirtschaft sowie die des Bundesrates über die Stossrichtung der Kartellgesetzrevision deutlich auseinander. Damit die Vernehmlassungsvorlage auf eine breitere Akzeptanz stösst, schlagen wir vor, dass der Bund eine Arbeitsgruppe einsetzt, in der die wichtigsten Interessenvertreter die Revision für die parlamentarische Beratung unter Leitung des Bundes vorberei-

¹ Motion Pfister (18.3898) « Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel »; Motion Français (18.4282) « Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen »; Motion Fournier (16.4094) « Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren », Postulat Schlatter (21.3240) « Auswirkungen der Tech-Giganten auf die Schweizer Wirtschaft. Braucht es neue Regeln? »; Motion Wicki (21.4189) « Untersuchungsgrundsatz wahren – keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz ».

² Siehe economiesuisse, Kartellgesetzrevision: Grosser Handlungsbedarf aus Sicht der Wirtschaft, September 2021, <<https://www.economiesuisse.ch/de/dossier-politik/kartellgesetzrevision-grosser-handlungsbedarf-aus-sicht-der-wirtschaft>> (besucht am 28. Februar 2022).

³ ANNE-CATHRINE TANNER, Ein Kartellgesetz der Wirtschaft, in: Henrique Schneider/Andreas Kellerhals (Hrsg.), 25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick, Zürich 2022, S. 113 ff.

ten. Das Einsetzen einer Arbeitsgruppe wurde auch im Zusammenhang mit der Revision des Urheberrechtsgesetzes gewählt.⁴ In der Folge befasste sich die Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR 12) zunächst mit den Anpassungsmöglichkeiten an die technischen Entwicklungen und legte ihren Schlussbericht vor. Nachdem die Vernehmlassungsvorlage publiziert wurde und sich herauskristallisierte, dass die Vorstellungen hinsichtlich der Revision stark auseinanderfielen, wurde die Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR II) erneut einberufen. Diese traf sich unter der Leitung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum an mehreren Sitzungen. Dabei wurden die sehr heterogenen Interessen der verschiedenen Interessenvertreter zusammengeführt. So wurde es möglich, im sehr komplexen Themenfeld des Urheberrechtes eine gemeinsame Position zu wichtigen Revisionsthemen zu finden, was schlussendlich eine Vorlage ermöglichte, die in der parlamentarischen Beratung Bestand hatte.⁵

economiesuisse bietet bereits jetzt die Mitwirkung in einer solchen Arbeitsgruppe an. Ziel muss es sein, dem Parlament eine breit abgestützte, zukunftsfähige und technisch überzeugende Revisionsvorlage vorlegen zu können, welche wichtige Weichenstellungen definiert, damit die Vorlage in den parlamentarischen Beratungen Bestand hat.

2 Aufnahme der Institutionenreform

Das schweizerische Wettbewerbsrecht wurde seit der Inkraftsetzung des ersten Kartellgesetzes im Jahr 1964 tiefgreifenden Veränderungen unterzogen. Die institutionellen Strukturen der Wettbewerbsbehörde wurden indessen, mit Ausnahme einiger weniger Änderungen, nicht an die neuen Gegebenheiten angepasst.

Die Aufnahme einer Institutionenreform in das Revisionsvorhaben ist für die Wirtschaft daher von zentraler Bedeutung. Damit soll die Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungskompetenz der Wettbewerbsbehörde erzielt werden.

2.1 Fehlende Unabhängigkeit

Die WEKO geniesst im Grundsatz ein hohes Mass an Autonomie und untersteht in fachlicher und inhaltlicher Hinsicht keiner Aufsicht.⁶ Trotz dieser formalrechtlichen Unabhängigkeit enthält das Kartellgesetz durchaus Kompetenznormen, die eine (politische) Einflussnahme seitens der Bundesbehörden ermöglichen. So kann der Bundesrat zum Beispiel auf Antrag der Beteiligten die Entscheidung der Behörde revidieren und ausnahmsweise aus überwiegend öffentlichen Interessen für zulässig erklären.⁷

Auch ist das Verhältnis zwischen dem Sekretariat und der Wettbewerbskommission (WEKO) geprägt von Abhängigkeiten, denn hier fehlt es an einer eindeutigen Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene. Bezüglich der Aufgabenteilung finden sich bereits Inkonsistenzen im Kartellgesetz. Das Sekretariat ist für die Eröffnung einer Untersuchung, wenn auch bloss formal, auf die Zustimmung eines Mitgliedes im Präsidium der WEKO angewiesen (Art. 27 Abs. 1 KG). Zudem steht es der WEKO offen, Anhörungen zu beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungs-

⁴ Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Startschuss zur Revision des Urheberrechts und AGUR12, <<https://www.ige.ch/de/recht-und-politik/immaterialgueterrecht-national/urheberrecht/revision-des-urheberrechts/arbeitsgruppe-urheberrecht>> (besucht am 28. Februar 2022).

⁵ Medienmitteilung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum vom 2. März 2017, <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/recht/national/d/urheberrecht/AGUR12_II_Medienmitteilung_20170302_DE.pdf> (besucht am 28. Februar 2022).

⁶ VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2012, N 14 zu Art. 19 KG; SILVAN MEIER/DAVID BRUCH, in: Kommentar: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), Zürich/St. Gallen 2018, N 6 zu Art. 19 KG.

⁷ MEIER/BRUCH, Fn. 6, N 9 zu Art. 19 KG.

massnahmen zu beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG). Die Unabhängigkeit des Sekretariats als Untersuchungsbehörde ist damit nicht gewährleistet.

2.2 Heilung der institutionellen Mängel erst im Beschwerdeverfahren

Auf das Sanktionsverfahren von Art. 49a KG sind Art. 6 EMRK⁸ sowie Art. 30 BV⁹ anwendbar. Damit ist klar, dass die von diesen Bestimmungen verlangten Anforderungen erfüllt sein müssen, darunter insbesondere die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht. Die WEKO wird gemäss der Rechtsprechung jedoch nicht als richterliche Behörde anerkannt.¹⁰ Somit erfüllt das Sanktionsverfahren vor der WEKO die Anforderungen gemäss Art. 6 EMRK und Art. 30 BV nicht. Diese institutionellen Mängel der WEKO können gemäss Bundesgericht und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden, da diesem die volle Kognition zukommt.

Die Heilung des institutionellen Mangels tritt damit aber nur ein, wenn ein langwieriger, ressourcen- und kostenintensiver Rechtsmittelweg eingeschlagen wird. Dies wird von den betroffenen Parteien nur dann in Erwägung gezogen, wenn die betreffende Sanktion die voraussichtlichen Anwalts- und Verfahrenskosten überschreitet. Auch ist dieser Weg mit grossem Mitteleinsatz verbunden. Insbesondere KMU schrecken deshalb vor dem Beschwerdeverfahren infolge fehlender Finanzierbarkeit zurück.

2.3 Verbesserungsansätze

Wie unter Ziff. 1 dargelegt, fordert economiesuisse die Rückweisung der Vorlage zur vollständigen Überarbeitung. Darüber hinaus soll vom Bundesrat eine Arbeitsgruppe konstituiert werden, in der die wichtigsten Interessenvertreter die Revision für die parlamentarische Beratung unter Leitung des Bundes vorbereiten. In dieser Arbeitsgruppe würden im Hinblick auf die Institutionenreform verschiedene Lösungsvarianten diskutiert werden.

Die Forderungen der Wirtschaft sind eindeutig. Es ist die klare Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde anzustrengen. Eine Institutionenreform hat sich dabei an den nachstehenden Grundsätzen zu orientieren:

- Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit: Die konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene muss Ausgangspunkt der Reformbestrebungen darstellen;
- Eliminierung der rechtsstaatlichen Spannungsfelder: Die vorbeschriebenen rechtsstaatlichen Mängel sind zu beseitigen;
- Herstellung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen: Die Beurteilung kartellrechtlicher Sachverhalte erfordert ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen. Dementsprechend ist im Rahmen der Untersuchung und Entscheidungsfindung auf eine entsprechende personelle Zusammensetzung zu achten;
- Kürzung der Verfahrensdauer: Im Zentrum der Reformierungsbestrebungen muss die Beschleunigung der Verfahren – sowohl vor der WEKO wie auch den Gerichten – stehen. Im Sinne der Rechtssicherheit sollte ein erster Entscheid innert zwölf Monaten nach Abschluss der Untersuchung vorliegen.

3 Einführung der Berücksichtigung von Compliance-Programmen

Unternehmen bemühen sich heute verstärkt, Wettbewerbsverstösse durch organisatorische Massnahmen (sogenannte Compliance-Programme) zu verhindern. Compliance-Programme tragen dem Verschuldensprinzip Rechnung. Durch die Einführung einer Berücksichtigung ernsthafter Compliance-

⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (EMRK, SR.0101).

⁹ Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Bundesverfassung, BV; SR 220).

¹⁰ BGE 138 I 154 E. 2, S.158.

Anstrengungen bei der Sanktionierung soll ein Anreiz für präventive Massnahmen gegen Verletzungen des Kartellrechts geschaffen werden. Für Unternehmenseigner (Aktionäre, Gesellschafter etc.) stellen robuste Compliance-Anstrengungen mit den Eckpfeilern Prävention, Kontrolle und Reaktion die einzige praktische Möglichkeit dar, das Verhalten der für ihr Unternehmen tätigen Mitarbeiter so zu steuern, dass diese sich im Wirtschaftsleben rechtstreu verhalten. Nach heutiger Rechtslage treffen jedoch direkte Sanktionen die Eigentümer gleichermassen dann, wenn sie ernsthafte und umfangreiche Compliance-Anstrengungen unternommen haben und auch dann, wenn dies unterlassen wurde oder ein Kartellgesetz-Verstoss von ihnen sogar wissentlich hingenommen oder gar aktiv mit begangen wurde. Dieser Missstand kann durch eine Regelung behoben werden, nach welcher bei der Sanktionierung die konkreten Compliance-Bemühungen zwingend zu prüfen sind. Ausreichende präventive Anstrengungen sollen, wenn es dennoch zu einem Verstoss kam, gemäss dem Verschuldensprinzip straffausschliessend oder strafmildernd wirken.

Leider sieht die vorgelegte Vernehmlassungsvorlage entgegen dem internationalen Trend keine gesetzlichen Vorschriften vor, welche die Wettbewerbsbehörden verpflichten würden, Compliance-Programme der Unternehmen straffausschliessend oder sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Zu einer wirksamen Durchsetzung des Kartellrechts gehört jedoch neben repressiven Massnahmen konsequenterweise auch die Prävention. Entsprechend müssten vorbeugende Massnahmen der Unternehmen seitens der Wettbewerbsbehörden vom Gesetzgeber unterstützt werden und im Rahmen der Sanktionsbemessung straffausschliessend oder strafmildernd Berücksichtigung finden können. Die heutige Überbewertung der repressiven Elemente ungeachtet der konkreten praktischen Anstrengungen im Unternehmen, Widerhandlungen der Mitarbeiter zu verhindern, die Mitarbeiter entsprechend zu kontrollieren und bei festgestellten Verstössen diese abzustellen und allfällige weitere Korrekturen vorzunehmen, führt hingegen zu überschüssenden und insbesondere vermeidbaren staatlichen Eingriffen. Die derzeitige Rechtslage, nach der Sanktionen letztlich «blind» auch gegen um Rechtstreue bemühte Unternehmen verhängt werden, führt zu Fehlanreizen bei der Prävention und hat negative gesamtwirtschaftliche Wirkungen.

Die Einführung von Bestimmungen, wonach die Wettbewerbsbehörden Compliance-Programme bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen haben, wäre ein wichtiger und aussichtsreicher Schritt. Vorreiter aus dem Ausland zur Einführung von Compliance-Programmen und Rechtssicherheit sind vorhanden. So hat der deutsche Gesetzgeber mit der am 19. Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle entsprechende Massnahmen in kartellrechtlichen Bussgeldverfahren als berücksichtigungsfähig anerkannt.¹¹ Mit dieser Neuerung wird der ebenfalls jüngst vollzogenen Änderung in der Praxis des amerikanischen Department of Justice gefolgt.¹² Viele weitere Wettbewerbsbehörden im Ausland haben im letzten Jahrzehnt ebenfalls die Relevanz von Compliance-Programmen bei der Sanktionierung anerkannt.

Aus Sicht von economiesuisse müsste eine straffausschliessende oder strafmildernde Berücksichtigung von Compliance-Programmen samt klar definierten Compliance-Massstäben in die Revisionsvorlage aufgenommen werden. Auch wenn die Ausgestaltung effizienter Massnahmen zweifelslos von den individuellen Eigenschaften eines Unternehmens abhängen, wären gewisse konkrete Mindestvorgaben im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert, wenn nicht sogar geboten. Die Berücksichtigung von Compliance-Programmen entspräche dem modernen Zeitgeist eines Kartellgesetzes.

¹¹ Siehe § 81d Abs. 1 Satz 2 Ziff. 4 und 5 GWB. Ausführlich dazu: Stammwitz Laura, Kehrtwende: 10. GWB-Novelle erkennt «Compliance-Defence» im Kartellbussgeldrecht an, Compliance Berater 2021, 191 ff.

¹² U.S. Department of Justice Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs, Juni 2020, <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501>> (besucht am 1. März 2022).

4 Anpassungsbedürftige Reformelemente in der Vernehmlassungsvorlage

In den nachstehenden Ausführungen nimmt economiesuisse detailliert Stellung zur nun vorliegenden Vernehmlassungsvorlage und legt dar, in welchen Punkten die Mitglieder von economiesuisse besonderen Anpassungsbedarf sehen.

4.1 Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG – Umsetzung Motion Français (18.4282)

4.1.1 Allgemeine Bemerkungen zur Motion Français (18.4282)

Die Motion Français (18.4282), die vom Bundesrat auf Grund des Willens des Parlamentes in die Revision aufgenommen wurde, verdeutlicht nochmals stark den grundsätzlichen Revisionsbedarf des Kartellgesetzes. In Anbetracht dessen, dass die Vorstellungen der Wirtschaft und des Bundesrates hinsichtlich der Stossrichtung der Kartellrechtsrevision stark auseinanderfallen und sich die Revision über Jahre hinweg ziehen könnte, zieht es economiesuisse daher vor, wenn die Umsetzung der Motion ausserhalb der angedachten Revision des Bundesrates vorgenommen würde. Die Motion könnte damit losgelöst von der vom Bundesrat angedachten Revision in einer separaten Revisionsvorlage umgesetzt werden (vgl. Ziff. 6). Die separate Behandlung der Motion würde es ermöglichen, dass diese rasch und im Sinne des parlamentarischen Auftrages umgesetzt werden kann.

4.1.2 Bemerkungen zum Umsetzungsvorschlag in der Vernehmlassungsvorlage zur Motion Français (18.4282)

Die grosse Mehrheit unserer Mitglieder unterstützt die Motion, verlangt aber bei deren Umsetzung einige Klarstellungen, wie in den nachstehenden Ausführungen darlegt wird.

Die Motion Français (18.4282) möchte die Verfassungstreue des Kartellgesetzes wieder herstellen. Die Praxis der WEKO im Nachgang zum bundesgerichtlichen Gaba-Urteil (BGE 143 II 297) ignoriert die tatsächlichen Wirkungen einer Abrede und unterstellt den Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG, dass diese aufgrund der «per-se» Erheblichkeit immer widerrechtlich seien, es sei denn sie könnten ausnahmsweise aus Gründen der ökonomischen Effizienz gerechtfertigt werden. Der sogenannte «more economic-Approach», der weltweit die Wettbewerbspraxis prägt, und auch im Zweckartikel des Kartellgesetzes enthalten ist, gilt in der Schweiz seit 2016 nicht mehr.

Für die Mitglieder von economiesuisse ist eine Korrektur des ausschliesslich theoriebasierten Ansatzes der kartellrechtlichen Praxis der letzten sechs Jahre zwingend notwendig. Jede Arbeitsgemeinschaft (ARGE) sowie jede Einkaufskooperation steht derzeit unter einem Generalverdacht, gegen das Kartellgesetz zu verstossen. Gerade für KMU, die auf Kooperationen angewiesen sind, führt dies zu einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit.

Die Gaba-Rechtsprechung und deren Umsetzung durch die WEKO

- verhindert *de facto* prokompetitive Zusammenarbeitsformen zwischen KMU-Konkurrenten (horizontale Wettbewerbsabreden);
- greift in Vertriebssysteme mit minimalen Marktanteilen derart ein, dass sich Hersteller immer mehr dazu entscheiden, statt mit Schweizer KMU-Vertriebshändlern zusammenzuarbeiten, diese durch konzerneigene Gesellschaften zu ersetzen. Die WEKO fördert damit nicht den Wettbewerb, sondern sorgt im Gegenteil aufgrund der sogenannten vertikalen Integration für weniger Konkurrenz (vertikale Wettbewerbsabreden).

Der Bundesrat wird folglich dazu aufgefordert, die Motion so umzusetzen, dass dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Wirtschaft gestärkt wird. Im Einzelnen:

- Im Bereich der horizontalen Wettbewerbsabreden sind Vorschriften zu erlassen, welche die ARGE und Einkaufskooperation vermutungsweise von vorneherein nicht dem Begriff der Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG unterstellen, d.h. sie werden nur als Wettbewerbsabreden aufgegriffen, wenn sie offensichtlich wettbewerbsbeschränkend sind;

- Art. 5 KG ist grundsätzlich so zu verfassen, dass die WEKO verpflichtet wird die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede mittels quantitativer Kriterien auf dem Markt nachzuweisen;
- Im Bereich der vertikalen Wettbewerbsabreden (harte horizontale Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG sind in der Regel schädlich, vorausgesetzt, Tatbestände nach Art. 5 Abs. 3 KG werden nicht überschliessend erfasst) ist Art. 5 Abs. 4 KG so zu verfassen, dass die WEKO verpflichtet wird Wettbewerbsabreden nur dann zu verbieten, wenn die beteiligten Unternehmen über Marktmacht verfügen. Sofern bei vertikalen Wettbewerbsabreden genügender Interbrandwettbewerb besteht, kommt eine Sanktionierung durch die WEKO nicht in Betracht.

Die Warnungen des Bundesrates, wonach die Umsetzung der Motion Nachteile mit sich bringen könnte, stossen ins Leere. Es geht allein darum, dass die WEKO wie in den ersten 20 Jahren ihres Bestehens nur dann Geldbussen auferlegt, wenn die «schädlichen Wirkungen» eines Kartellrechtsverstosses nachgewiesen sind.¹³

- Die Wahrnehmung solcher minimaler Sorgfaltspflichten durch eine Bundesbehörde vor Auferlegung einer Millionensanktion führt nicht zu einer unverhältnismässigen Mehrbelastung für die Wettbewerbsbehörden;
- Ebenso unbegründet ist der Hinweis, dass eine «wirkungsbasierte» Intervention zu einer Verlängerung der verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren führen könnte. Es bestehen keine Hinweise, dass die Untersuchungsverfahren der WEKO bis 2016 länger gedauert haben als seit dem Gaba-Urteil.

Einzelne unserer Mitglieder lehnen die Motion ab, da sie der Auffassung sind, dass mit deren Umsetzung in vielen Fällen ein höherer, sachlich nicht gerechtfertigter Prüfungsaufwand harter, antikompetitiver Abreden resultiert, da nicht zwischen Abreden differenziert wird. Darüber hinaus besteht die Sorge, dass durch die Umsetzung der Motion vom EU-Recht abgewichen wird. Somit könnte das Schweizer Recht im Einfallfall Verhaltensweisen zulassen, die im EU-Ausland verboten wären. Diese Mitglieder schlagen die Publikation von Leitlinien durch die WEKO vor, wie diese mit offensichtlich prokompetitiven, der Form nach harten Abreden umgehen wird, damit sich eine verlässliche Praxis bildet.

4.2 Stärkung des kartellrechtlichen Zivilverfahrens

4.2.1 Art. 12 VE-KG – Keine Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen

Die vorgeschlagenen Änderungen in der Vorlage zur Stärkung des kartellrechtlichen Zivilrechts sehen unter anderem vor, die Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen auszudehnen. Diese Ausweitung birgt jedoch die Gefahr, unserem Rechtssystem fremde Instrumente und Verfahren zu importieren. Darüber hinaus verabschiedete der Bundesrat erst kürzlich die Vorlage zum kollektiven Rechtsschutz, mit der die Verbandsklage drastisch ausgeweitet werden sollte. Diese soll namentlich der Durchsetzung von Ersatzansprüchen bei Streu- sowie Massenschäden dienen.¹⁴ Die Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen im kartellrechtlichen Zivilrecht sowie die Ausweitung der Verbandsklage würden einem prozessualen Paradigmenwechsel mit unberechenbaren Konsequenzen gleichkommen.

Da die Entwicklung der Vorlage zum kollektiven Rechtsschutz zum jetzigen Zeitpunkt unabsehbar ist, aber eine enge Korrelation zur Frage der Aktivlegitimation im Kartellrecht besteht, ist mit der Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen zuzu-

¹³ Siehe Erläuternder Bericht vom 24. November 2021, S. 16.

¹⁴ Medienmitteilung des Bundesrats vom 10. Dezember 2021, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86344.html>> (besucht am 28. Februar 2022).

warten. Ansonsten besteht das Risiko, ohne saubere Analyse der Rechtsfolgen neue Instrumente in das Rechtssystem einzuführen.

In der aktuellen Vernehmlassung wird auch nicht thematisiert, dass der Weg zur Geltendmachung einer Zivilentschädigung, die aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung resultiert, bereits offensteht. Zur Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund erlittenen Schadens steht Art. 41 OR¹⁵ zur Verfügung. Für die Geltendmachung einer solchen Forderung warten die Betroffenen den Verfahrensausgang vor der WEKO ab, um ihr Risiko besser einschätzen zu können. Hat die WEKO eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise festgestellt, steht den Betroffenen der vereinfachte Weg offen, ihre Schadenersatzansprüche über Art. 41 OR geltend zu machen. Die WEKO hat zuvor in ihrem Entscheid ohnehin die Rechtswidrigkeit der Verhaltensweise bejaht, was den Betroffenen bei der Geltendmachung ihrer Forderung zugutekommt. Eine Ausdehnung der Aktivlegitimation ist auch aus diesem Grunde unnötig respektive abzulehnen.

Wir beantragen daher, bei Art. 12 VE-KG auf die Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen zu verzichten.

4.2.2 Art. 12a Abs. 1 VE-KG – Verjährungshemmung

Der Vorentwurf sieht in Art. 12a Abs. 1 VE-KG vor, dass die Verjährung einer Forderung aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung ab Untersuchungseröffnung bis zu deren rechtskräftigem Abschluss stillsteht oder nicht beginnt.

In Bezug auf die Verjährungshemmung kann festgehalten werden, dass eine solche im Grundsatz begrüsst wird. economiesuisse sieht jedoch beim Vorschlag im Vorentwurf die Gefahr einer erhöhten Rechtsunsicherheit, da die Verjährungshemmung bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Verfahrens gelten soll. Die Rechtsunsicherheit besteht insbesondere dann, wenn eine von der WEKO erlassene Verfügung durch alle Rechtsmittelinstanzen weitergezogen wird. Die Rechtsunsicherheit hinsichtlich Schadenersatzklagen bleibt somit für eine unabsehbare Zeit bestehen. In den meisten Fällen ziehen sich die Beschwerdeverfahren durch sämtliche Instanzen über Jahre, sogar über Jahrzehnte hinweg. Daher scheint es kaum verhältnismässig zu sein, für die Beurteilung von Schadenersatzansprüchen auf den Eintritt der Rechtskraft abzustellen. Ohnehin gebietet die Rechtssicherheit, die Klärung derartiger Ansprüche früher zu veranlassen.

Aus dem Gesagten folgt, dass der Fristenstillstand der Verjährung fortgesetzt oder der Beginn der Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt veranlasst werden soll, in welchem die WEKO eine Verfügung erlassen hat. Zum Zeitpunkt des Erlasses einer Verfügung von der WEKO verfügen alle Betroffenen über genügend Informationen, um die Frage nach einem allfälligen Schadenersatzprozess zu prüfen. Im deutschen Beschaffungsrecht werden Unternehmen in das sogenannte Wettbewerbsregister¹⁶ bei Kartellabsprachen bereits im Zeitpunkt des Erlasses einer kartellbehördlichen Entscheidung eingetragen, im Unterschied zu übrigen Delikten, die das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils voraussetzen. Die Frage nach beschaffungsrechtlichen Sanktionen - wie etwa eine Vergabesperre - stellt sich somit sofort. Der Eintritt der Rechtskraft wird somit nicht verlangt. Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, auch im Schadenersatzrecht eine analoge Lösung anzustreben und die Verjährungshemmung bis zum Erlass der WEKO Verfügung zu beschränken.

¹⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Obligationenrecht, OR; SR 220).

¹⁶ Das Wettbewerbsregister wird vom Bundeskartellamt geführt und ist eine bundesweite elektronische Datenbank für öffentliche Auftraggeber. Das Wettbewerbsregister stellt Auftraggebern für Vergabeverfahren Informationen zur Verfügung. Die Informationen sollen den Auftraggeber eine Prüfung ermöglichen, ob ein Unternehmen aufgrund bestimmter Wirtschaftsdelikte von dem Vergabeverfahren auszuschliessen ist oder ausgeschlossen werden kann. Weitere Hinweise unter https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wettbewerbsregister/FragenundAntworten/FragenundAntworten_node.html (besucht am 1. März 2022).

Wir beantragen die Abänderung und Ergänzung des Wortlautes von Art. 12a Abs. 1 VE-KG wie folgt:

Formulierungsvorschlag:

¹ Die Verjährung von Forderungen aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung beginnt nicht oder steht still, falls sie begonnen hat, ab der Eröffnung einer Untersuchung dieser Wettbewerbsbeschränkung bis zu deren ~~rechtskräftigen~~ Abschluss vor der Wettbewerbskommission.

4.2.3 Art. 49a Abs. 5 VE-KG – Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung

In Art. 49a Abs. 5 VE-KG ist vorgesehen, dass die WEKO oder die Rechtsmittelinstanz bei freiwillig geleisteten Schadenersatzzahlungen auf Begehren eines Unternehmens die Belastung im angemessenen Umfang reduzieren oder die Rückerstattung eines angemessenen Teils veranlassen kann. economiesuisse begrüsst im Grundsatz die Berücksichtigung der freiwilligen Schadenersatzzahlung bei der Sanktionsbemessung. Als positiv ist zu betrachten, dass damit eine Berücksichtigung erfolgt, ohne dass zusätzlich ein formeller Entscheid eines Zivilgerichts erwirkt werden müsste. Diese effektive Ausgestaltung der Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung soll dadurch die Anreize für Unternehmen erhöhen, den Betroffenen Entschädigungen zu leisten.

In Hinblick auf den Wortlaut von Art. 49a Abs. 5 VE-KG lässt sich festhalten, dass die Bestimmung als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist. Die WEKO berücksichtigt bereits heute – insbesondere anhand der entwickelten Praxis zu den Bündner Bauleistungen – geleistete Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung.¹⁷ Aufgrund dieser Praxis besteht kein Grund der WEKO ein Ermessen bei der Frage, ob Schadenersatzzahlungen grundsätzlich in Abzug gebracht werden können, einzuräumen. Beim Vorliegen von freiwillig geleisteten Schadenersatzzahlungen ist ausnahmslos eine Anrechnung vorzunehmen. Die Ausgestaltung der Bestimmung als Kann-Vorschrift führt zu unnötiger Rechtsunsicherheit.

Im Vorentwurf findet sich weiter die Formulierung, dass die WEKO oder die Rechtsmittelinstanz auf ein Begehren eines Unternehmens hin die Belastung im angemessenen Umfang reduzieren oder die Rückerstattung eines angemessenen Teils veranlassen kann. Die Mitglieder von economiesuisse sprechen sich gegen eine Formulierung in Art. 49a Abs. 5 VE-KG «in angemessenem Umfang aus». So soll die Anrechnung einer Schadenersatzleistung respektive Rückerstattung in demjenigen Umfang erfolgen, in welchem auch die Schadenersatzleistung erbracht wurde.

Wie bereits unter Ziff. 3 ausgeführt, bemühen sich Unternehmen heute verstärkt Wettbewerbsverstösse durch organisatorische Massnahmen, insbesondere Compliance-Programme, zu verhindern. Entsprechend sollen vorbeugende Massnahmen der Unternehmen seitens der Wettbewerbsbehörden unterstützt werden und im Rahmen der Sanktionsbemessung angemessen Berücksichtigung finden. Die Vernehmlassungsvorlage sieht jedoch nur vor, dass geleistete Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden. economiesuisse erachtet es aber von enormer Bedeutung, dass in Art. 49a Abs. 5 VE-KG nebst Schadenersatzleistungen auch Compliance-Programme der Unternehmen bei der Sanktionsbemessung straffausschliessend oder sanktionsmindernd berücksichtigt werden.

Wir beantragen eine Änderung von Art. 49a Abs. 5 VE-KG wie folgt.

Formulierungsvorschlag:

⁵ Richtet ein Unternehmen freiwillig Leistungen nach Artikel 12 Buchstaben c und d aus, so ~~kann~~ reduziert die Wettbewerbskommission oder die Rechtsmittelinstanz auf ein Begehren dieses Unternehmens

¹⁷ Verfügung der WEKO vom 19. August 2019 betreffend Bauleistungen Graubünden, Rz. 595 ff.

hin seine Belastung in angemessenem Umfang reduzieren oder veranlasst die Rückerstattung eines angemessenen Teils im Rahmen der erbrachten Schadenersatzleistung. Vorkehrungen zur Verhinderung von Verstössen gegen das Kartellgesetz, die das Unternehmen getroffen hat und die seiner Grösse, Geschäftstätigkeit und der Branche angemessen sind, sind ebenfalls straffausschliessend oder sanktionsmindernd zu berücksichtigen.

4.3 Art. 42 Abs. 2 VE-KG – Anordnung auf Personendurchsuchungen

Die Erweiterung auf Personendurchsuchungen ist problematisch und ist nicht notwendig. Die Durchsuchung erstreckt sich mit der Erweiterung auf die Privatsphäre von Personen, die vom Kartellgesetz nicht erfasst sind. Zudem können Geschäfts-Smartphones und ähnliche bereits heute durch das Unternehmen eingesammelt und den Wettbewerbsbehörden übergeben werden. Daher ist gemäss den Mitgliedern von economiesuisse eine Ausweitung der Untersuchungskompetenzen nicht notwendig.

Wir beantragen daher, auf die Erweiterung auf Personendurchsuchungen in Art. 42 Abs. 2 VE-KG zu verzichten.

4.4 Art. 49a Abs. 4 VE-KG – Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Der Revisionsbedarf in Bezug auf das Widerspruchsverfahren ist unbestritten. Dieses ist in seiner derzeitigen Form starker Kritik ausgesetzt, da es kaum Sicherheit für die Unternehmen bietet. Der Vorentwurf (Art. 49a Abs. 4 VE-KG) sieht vor, dass die gesetzliche Frist von fünf auf zwei Monate verkürzt wird, was die Attraktivität sowie die Praxistauglichkeit des Widerspruchverfahrens steigern soll. Des Weiteren soll das direkte Sanktionsrisiko für Unternehmen nicht wie bisher bereits ab dem Zeitpunkt der Eröffnung einer Vorabklärung (Art. 26 KG), sondern erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung (Art. 27 KG) wiederaufleben.

economiesuisse begrüsst im Grundsatz die Aufnahme des Widerspruchsverfahrens in der Vorlage, damit dieses an Attraktivität und Praxistauglichkeit gewinnt. Der Vorschlag im Vorentwurf kann jedoch seitens economiesuisse nicht befürwortet werden. Weder die Fristverkürzung noch das später angesetzte Sanktionsrisiko würden aus Sicht der Wirtschaft zum erhofften Ziel führen.

Die Verkürzung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate erachtet economiesuisse nicht als genügenden Anreiz, um das Widerspruchsverfahren praxistauglicher und attraktiver zu gestalten, insbesondere nicht für Unternehmen, die in dynamischen Märkten tätig sind. Vielmehr sieht die Wirtschaft bei der Verkürzung der Widerspruchsfrist eine neue und weitere Problematik. Unternehmen werden der WEKO oftmals sehr komplexe Sachverhalte melden, die nicht innert einer kurzen Frist, konkret innert zwei Monaten vollständig evaluiert werden können. Folglich ist davon auszugehen, dass mit der angesetzten Fristverkürzung auf zwei Monate im Zweifelsfall die Behörde unter Zeitdruck vermehrt Vorabklärungen respektive formelle Untersuchungen eröffnen wird, um so den Zeitraum für die Prüfung der Meldung zu verlängern.

Ähnliches kann auch zur zweiten Änderung ausgeführt werden, wonach eine Aufschiebung der Sanktionsandrohung das Investitionsrisiko minimieren soll. Auch diese Anpassung lässt wesentliche wirtschaftliche Aspekte ausser Acht. Die Tatsache, dass eine Sanktion die Eröffnung einer formellen Untersuchung (und nicht bereits einer Vorabklärung) bedarf, führt lediglich dazu, dass der Zeitraum der Ungewissheit verlängert wird.

Die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens soll gemäss der Auffassung von economiesuisse zur Erreichung zweier Ziele führen: Einerseits zwingend zur höheren Rechtssicherheit und andererseits zum höheren Rechtsschutz. Daher schlagen wir für eine wirkungsvolle Anpassung des Widerspruchsverfahrens eine Lösung im Sinne des fusionsrechtlichen Meldeverfahrens vor.

Das Widerspruchsverfahren würde – wie auch das Zusammenschlussverfahren – mit der Meldung eines Sachverhalts eingeleitet werden. Damit verbunden wäre ein vorläufiges Vollzugsverbot der Verhal-

tensweise durch das angemeldete Unternehmen. Nach der Meldung würde das Sekretariat diese auf ihre Vollständigkeit prüfen und bei Vorliegen die Vollständigkeitserklärung erlassen. Ab dem Erlass der Vollständigkeitserklärung würde der Fristenlauf beginnen. Der WEKO würde innert der gesetzlichen Frist eine Prüfungspflicht des gemeldeten Sachverhalts obliegen. Dabei könnte hinsichtlich der Frist zwischen einfacheren und komplexeren Fällen unterschieden werden, wobei für die Erstgenannten eine Frist von beispielsweise einem Monat vorgesehen werden könnte. Bei komplexeren Fällen würde eine vertiefte Prüfung vorgenommen werden, wobei diese beispielsweise in vier Monaten zu erfolgen hat. Die von der WEKO erlassene Verfügung über die angemeldete Verhaltensweise – die allenfalls auch Auflagen oder Bedingungen enthalten kann – könnte mittels Anfechtung überprüft werden. Dies würde gleichzeitig dem Sinne der Rechtstaatlichkeit entsprechen. Vor der Publikation des Entscheides der WEKO würde dem betroffenen Unternehmen – wie auch bei der Meldung des Zusammenschlussverfahrens – das rechtliche Gehör gewährt werden.

Ein Widerspruchsverfahren, welches sich an das fusionsrechtliche Meldeverfahren anlehnt, würde nicht nur zu einer höheren Rechtssicherheit bei den Unternehmen führen, sondern gleichzeitig die Möglichkeiten anbieten, den von der Behörde getroffenen Entscheid mittels Anfechtung überhaupt prüfen zu lassen. Des Weiteren wäre eine solche praktische Stärkung des Widerspruchsverfahrens im Einklang mit dem internationalen Trend. Vermehrt kann im Ausland die Rückkehr zu «Comfort Letters» sowie ähnlichen Instrumenten für im Grundsatz positiv zu beurteilende Unternehmenskooperationen beobachtet werden.¹⁸

Wir beantragen eine Anpassung von Art. 49a Abs. 4 VE-KG in Angleichung an das fusionsrechtliche Meldeverfahren wie folgt.

Formulierungsvorschlag:

4 Die Belastung entfällt, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert zwei Monaten nach der Meldung die Eröffnung einer Untersuchung nach Artikel 27 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht, das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle und wird mittels Verfügung abgeschlossen.

4.5 Art. 59a VE-KG – Periodische Evaluation des Kartellgesetzes

Die Vernehmlassungsvorlage sieht vor, dass das Kartellgesetz einer periodischen Evaluation gemäss Art. 59a VE-KG untersteht. Gemäss der Vernehmlassungsvorlage sorgt der Bundesrat unter Beizug der WEKO für diese Evaluation. Darüber hinaus erstattet der Bundesrat nach der Evaluation dem Parlament Bericht und unterbreitet Vorschläge für das weitere Vorgehen.

Im Grundsatz erachtet economiesuisse die Einführung einer periodischen Evaluation des Kartellgesetzes als begrüssenswert. Abzulehnen ist indes der Beizug der WEKO bei dieser Evaluation, da auch sie letztlich Teil der Evaluation beziehungsweise Partei ist und sich somit gleichsam selbst evaluieren würde. Eine Evaluation soll gemäss den Mitgliedern von economiesuisse durch eine unabhängige Stelle erfolgen. Diese unabhängige Stelle würde die WEKO, aber auch andere Betroffene selbstredend befragen und sich danach eine eigene Meinung bilden. Eine Evaluation, wie sie gemäss economiesuisse vorgeschlagen wird, würde sicherstellen, dass sie unabhängig und ungebunden durch die WEKO erfolgen würde.

¹⁸ Mitteilung der EU-Kommission vom 8. April 2020, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52020X0408\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52020X0408(04)&from=EN)> (besucht am 28. Februar 2022); ferner der Vorschlag der Niederländischen Behörde zu Sustainability Agreements (Verzicht auf Sanktionsandrohung für «good faith sustainability agreements»), <<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-07/sustainability-agreements%5B1%5D.pdf>> (besucht am 28. Februar 2022).

Wir beantragen die Änderung von Art. 59a Abs. 1 VE-KG wie folgt.

Formulierungsvorschlag:

¹ Der Bundesrat sorgt ~~unter Beizug der Wettbewerbskommission~~ für die periodische Evaluation dieses Gesetzes.

5 Weitere Anmerkungen zur Vernehmlassungsvorlage

5.1 Umsetzung Motion Fournier (16.4094)

In der Vernehmlassungsvorlage ist im Zusammenhang mit der Umsetzung der Motion Fournier (16.4094) zum einen die Einführung von Ordnungsfristen (Art. 44a VE-KG) und zum anderen die Einführung der Parteientschädigung (Art. 53b VE-KG) vorgesehen.

Die Rechtsprechung sieht für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren keine Parteientschädigung vor.¹⁹ Daher bedarf es für den Anspruch der Parteientschädigung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Die Verfahren vor der WEKO sind oftmals nicht nur langwierig und komplex, sondern auch sehr kostspielig. Der Kostspieligkeit würde mit der Möglichkeit der Parteientschädigung entgegengewirkt und somit Abhilfe geschaffen werden. Daher begrüsst economiesuisse die Einführung der Parteientschädigung auf Stufe des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens. So steht den Unternehmen je nach Ausgang der betreffenden Verwaltungsverfahren künftig die Möglichkeit offen, für die Verfahrenskosten entschädigt zu werden.

Des Weiteren sieht die Motion Fournier die Einführung von Ordnungsfristen in Art. 44a VE-KG vor. Diesbezüglich lässt sich festhalten, dass die Einführung von Ordnungsfristen nicht von der Notwendigkeit einer Institutionenreform ablenken darf. Eine Institutionenreform bleibt trotz Einführung von Ordnungsfristen unumgänglich. Die Mitglieder sind mehrheitlich der Auffassung, dass eine Verfahrensbeschleunigung vor der WEKO nicht ausreichend ist. Eine solche wäre auch vor den Gerichten notwendig. Dementsprechend kann festgehalten werden, dass das Ziel der Verfahrensbeschleunigung mittels der blossen Umsetzung der Motion Fournier kein Ersatz für die dringlich notwendige Institutionenreform ist.

5.2 Prüfung weiterer Revisionselemente

Die Digitalisierung fungiert als Querschnittsthema über nahezu alle Wirtschaftsbereiche hinweg. Durch die digitalen Entwicklungen werden auch die Märkte massgeblich geprägt. Die dadurch neu entstandenen Geschäftsmodelle und die damit einhergehenden innovativen Waren und Dienstleistungen stellen sowohl die Wettbewerbspolitik wie auch die kartellrechtlichen Behörden vor neue Herausforderungen. Auch hängige parlamentarische Vorstösse zeigen deutlich, dass die Digitalisierung vermehrt zum Thema wird.²⁰ Bei der Rückweisung der Vorlage sollte daher auch geprüft werden, ob allenfalls auch Bestimmungen, welche die Digitalisierung behandeln, aufgenommen werden sollen. Darüber hinaus hat auch die Thematik der Nachhaltigkeit im Kartellgesetz in letzter Zeit an Bedeutung gewonnen. Daher soll gemäss economiesuisse eine Prüfung vorgenommen werden, inwiefern die Nachhaltigkeit im schweizerischen Kartellgesetz berücksichtigt werden soll.

Einzelne Mitglieder von economiesuisse haben im Rahmen unserer internen Konsultation auf Art. 9 Abs. 4 KG hingewiesen, welcher ihrer Auffassung nach eine einzigartige Regelung in der globalen Kartell-Landschaft darstellt und dessen Streichung geprüft werden sollte. Ist nämlich an einem Zusammenschlussverfahren ein Unternehmen beteiligt, für welches eine marktbeherrschende Stellung in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz festgestellt worden ist, muss das Zusammenschlussverfahren

¹⁹ RPW 2018/2, 237 Rz. 62 m.w.N., Gym 80.

²⁰ Postulat Schlatter (21.3240) «Auswirkungen der Tech-Giganten auf die Schweizer Wirtschaft. Braucht es neue Regeln?».

gemäss Art. 9 Abs. 4 KG gemeldet werden, unabhängig davon, ob die Schwellenwerte erreicht wurden.²¹ Art. 9 Abs. 4 KG stellt somit ein alternatives Aufgreifkriterium zu den in Art. 9 Abs. 1 KG festgehaltenen Umsatzschwellen dar.²² In einer Analyse der ökonomischen Auswirkungen des Wechsels vom heutigen Marktbeherrschungstest auf den SIEC-Test wurde abgeklärt, ob eine allfällige Einführung des SIEC-Tests von weiteren Anpassungen – etwa im Bereich der Aufgreifkriterien – begleitet werden soll. Im Gutachten wird daher eine mögliche Streichung von Art. 9 Abs. 4 KG in Betracht gezogen, sollte der SIEC-Test eingeführt werden.²³

6 Alternative Vorgehensweise bei der Revision des Kartellgesetzes

Wie in dieser Stellungnahme unter Ziff. 1 dargelegt, spricht sich economiesuisse für eine Rückweisung der Vorlage zur vollständigen Überarbeitung aus. Die Rückweisung erscheint uns insbesondere deswegen notwendig, da diese eine umfassende Diskussion ermöglicht und so die wichtigen und fehlenden Revisionselemente, wie zum Beispiel die Institutionenreform, diskutiert und aufgenommen werden können. Sollte die Kartellgesetzrevision trotz der geäusserten Bedenken der Wirtschaft auf Basis des nunmehr vorliegenden Vorentwurfes weitergeführt werden (vgl. untenstehende Darstellungen: Revision A), fordert economiesuisse eine unmittelbare Anhandnahme einer weiteren Revisionsvorlage, welche insbesondere die Institutionenreform aufnimmt und Compliance-Programme der Unternehmen berücksichtigt (vgl. untenstehende Darstellungen: Revision B). Die Anhandnahme einer solchen Revision sollte nicht erst nach Abschluss der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage, sondern parallel zur angedachten Revision erfolgen.

Bei der internen Mitgliederkonsultation von economiesuisse wurde festgestellt, dass der grossen Mehrheit der Mitglieder die Umsetzung der Motion Français ein wichtiges Anliegen ist. Eine rasche Umsetzung der Motion soll nicht durch die zu erwartenden Verzögerungen bei der Revision im Kartellrecht gefährdet werden. Die Motion Français könnte daher in jedem Fall aus der vom Bundesrat vorgelegten Revisionsvorlage ausgelagert und somit losgelöst von der angedachten Revision weitergeführt werden.

Zur besseren Übersicht und leichteren Verständlichkeit legt economiesuisse die Vorstellungen der Wirtschaft über die möglichen Abläufe der Kartellgesetzrevision in zwei Grafiken dar. Dabei wird insbesondere aufgezeigt, wie die Revision des Kartellgesetzes mit Rückweisung der Vorlage sowie ohne Rückweisung der Vorlage verlaufen könnte.

²¹ JÜRGEN BORER, in: Kommentar: OFK Wettbewerbsrecht I, Zürich 2011, N 19 zu Art. 9 KG.

²² FELIX PRÜMMER, in: Kommentar: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), Zürich/St. Gallen 2018, N 99 zu Art. 9 KG.

²³ Erläuternder Bericht vom 24. November 2021, S. 7 ff.; m. w. H. Swiss Economics, Einführung des SIEC-Tests; Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle vom 27. Oktober 2017, S. 2 f.; S. 54 f.

<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/_und_Formulare/Wettbewerb_Service_Public/Kartellgesetz/revision-fusionskontrolle---studie-zur-fusionskontrolle.html> (besucht am 21. Februar 2022).

Vorschlag Bundesrat

Revision A

Revision gemäss Vernehmlassungsvorlage vom 24. November 2021

- Modernisierung Zusammenschlusskontrolle (SIEC Test)
- Stärkung des Kartellzivilrechts
- Verbesserung des Widerspruchsverfahrens
- Umsetzung Motion Fournier
- Umsetzung Motion Français
- Evaluation des Kartellgesetzes
- etc.

Vorschlag economiesuisse

Revision B

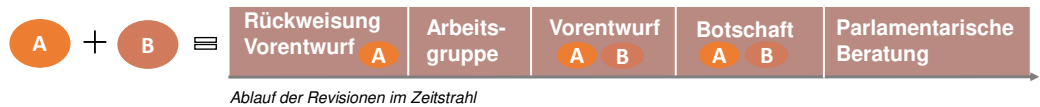
Über die Vernehmlassungsvorlage vom 24. November 2021 hinausgehende Revisionselemente

- Institutionenreform
- Compliance-Programme

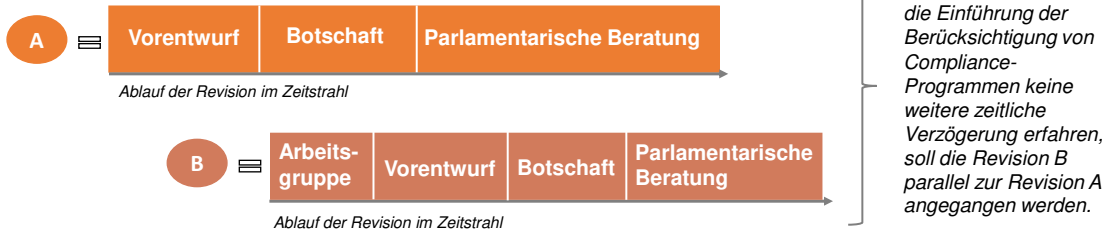
Motion Français
Allenfalls separate Umsetzung, damit die Rückweisung der Vorlage nicht abgewartet werden muss.

Quelle: eigene Darstellung

Antrag: Rückweisung der Vorlage und Konsolidierung der Revisionen A und B



Alternative Vorgehensweise: Parallelität der Revisionen A und B



Quelle: eigene Darstellung

7 Schlusswort

Wie dargelegt, reicht die vorgelegte Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Kartellgesetzes nicht aus. Es fehlen grundlegende Revisions Elemente, die aufgenommen werden müssen, um einem modernen und zukunftsbeständigen Kartellgesetz gerecht zu werden und gleichzeitig dem Revisionsstau entgegenzuwirken. Gleichzeitig erfordert die Entwicklung der vergangenen Jahre, namentlich die Einführung der relativen Marktmacht, auch eine Justierung der kartellrechtlichen Instrumente. Auch soll die erneute Blockade der Institutionenreform über unbestimmte und längere Zeit verhindert und die jetzige Möglichkeit, das Kartellgesetz umfassend zu modernisieren, ausgeschöpft werden. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Revision wird daher eine blosser Vertagung der zentralen Revisionspunkte auf einen späteren Zeitpunkt zur Folge haben und verschiebt damit die herausfordernde, aber notwendige Diskussion in unnötiger Weise.

economiesuisse spricht sich daher für die Rückweisung der Vorlage zur umfassenden Überarbeitung aus, damit die Institutionenreform (vgl. Ziff. 2) sowie die zwingende Berücksichtigung von Compliance-Programmen (vgl. Ziff. 3) Eingang in die Vorlage finden. Darüber hinaus bedarf die Vernehmlassungsvorlage insbesondere der Überarbeitung in den unter Ziff. 4 aufgeführten Revisions Elementen:

- Allenfalls separate Umsetzung der Motion Français (18.4282) sowie Klarstellungen bei deren Umsetzung in Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG (vgl. Ziff. 4.1);
- Keine Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen in Art. 12 VE-KG (vgl. Ziff. 4.2.1);
- Anpassungen in Art. 12a Abs. 1 VE-KG hinsichtlich der Verjährungshemmung (vgl. Ziff. 4.2.2);
- Anpassungen und Ergänzungen in Art. 49a Abs. 5 VE-KG bei der Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung (vgl. Ziff. 4.2.3);
- Verzicht auf die Erweiterung in Art. 42 Abs. 2 VE-KG auf Personendurchsuchungen (vgl. Ziff. 4.3);
- Anlehnung des Widerspruchsverfahrens (Art. 49a Abs. 4 VE-KG) an das fusionsrechtliche Meldeverfahren (vgl. Ziff. 4.4);
- Anpassungen im Zusammenhang mit der periodischen Evaluation des Kartellgesetzes in Art. 59a Abs 1 VE-KG (vgl. Ziff. 4.5).

Sollte es trotz der geäusserten Bedenken der Wirtschaft nicht zu einer Rückweisung der Vorlage kommen und die Revision auf Basis des nunmehr vorliegenden Vorentwurfes weitergeführt werden, fordert economiesuisse eine unmittelbare Anhandnahme einer weiteren Revisionsvorlage, welche insbesondere die Institutionenreform aufnimmt und Compliance-Programme der Unternehmen berücksichtigt (vgl. Ziff. 6). Die Anhandnahme dieser zusätzlichen Revision sollte nicht erst nach Abschluss der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage, sondern parallel zur angedachten Revision erfolgen, um den umfassenden Handlungsbedarf im Kartellgesetz anzugehen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
economiesuisse



Erich Herzog
Mitglied der Geschäftsleitung



Antonija Martinovic
Wissenschaftliche Mitarbeiterin Wettbewerb &
Regulatorisches

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 11. März 2022 MW/ps

Stellungnahme Teilrevision des Kartellgesetzes - KG

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zu obenerwähnter Angelegenheit Stellung beziehen zu können.

Obenerwähnte Vorlage ist für unsere Branche von grosser Bedeutung. Ihr Vernehmlassungsentwurf wurde in verschiedenen Fach- und Leitungsgremien unseres Verbandes eingehend diskutiert und Vertreter unseres Verbandes waren eingeladen, in diversen Fachgremien der wichtigsten Wirtschaftsdachverbände mitzuwirken.

Nach reiflichen Überlegungen hat sich unser Verband entschieden, die von den Organisationen Schweizerischer Gewerbeverband – SGV, bauenschweiz und constructionromande ausgearbeitete Stellungnahme vollumfänglich zu unterstützen. Insbesondere vertreten wir die Überzeugung, dass bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung immer qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind und die Erheblichkeit in jedem Fall zu beurteilen ist. Nach unserem Ermessen drängt sich diese Vorgehensweise auf, um das Einhalten verschiedener rechtsstaatlicher Grundprinzipien künftig gewährleisten zu können.

Zudem ist unser Verband der Überzeugung, dass losgelöst von der laufenden Teilrevision des Kartellgesetzes die Institutionen der Wettbewerbskommission – WEKO sowie deren Zusammenspiel kritisch zu hinterfragen und zu reformieren sind.

Wir bitten Sie, unsere Anliegen zu berücksichtigen und stehen Ihnen bei Fragen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

FSKB



Lionel Lathion
Präsident



Martin Weder
Direktor

Beilage: Stellungnahme der Organisationen Schweizerischer Gewerbeverband – SGV,
bauenschweiz und constructionromande vom 11.03.2022



Fédération des
Entreprises
Romandes

FER Genève - FPE Bulle - UPCF Fribourg
FER Arcju - FER Neuchâtel - FER Valais

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Secrétariat d'Etat à l'économie
(SECO)
3003 Berne

Monsieur Guy Parmelin,
Conseiller fédéral

Genève, le 11 mars 2022
DA/3242 – FER No 08-2022

Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart)

Monsieur le Conseiller fédéral,

Notre fédération vous remercie de l'avoir consultée dans le cadre de la révision partielle citée en titre, dont elle a pris connaissance avec intérêt. Elle vous livre ci-après sa prise de position.

Celle-ci porte principalement sur la mise en œuvre de la motion 18.4282 Français (art. 5 al. 1bis LCart) ainsi que sur le contrôle des concentrations d'entreprises, étant précisé que nous n'avons pas de remarques particulières sur les modifications visant l'amélioration du droit civil des cartels et de la procédure d'opposition.

Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

La motion Français demande de clarifier l'art. 5 LCart afin de garantir la prise en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord. Son dépôt vise une correction des conséquences négatives de l'arrêt Gaba ainsi que l'accroissement de la sécurité juridique pour les entreprises. Naturellement, notre fédération soutient la mise en œuvre de cette motion qui lui apparaît absolument nécessaire.

Toutefois, le projet de révision doit être revu pour deux motifs.

En premier lieu, il n'est pas clairement mentionné que les deux critères – qualitatifs et quantitatifs – doivent être évalués de manière équivalente.

L'art. 5 al. 1bis LCart vise à prendre en compte des critères quantitatifs pour juger de l'impact des accords verticaux ou horizontaux durs en matière de concurrence. Le texte proposé nous semble toutefois laisser une trop grande marge de manœuvre quant à la prise en considération des critères quantitatifs par rapports aux critères qualitatifs, les premiers ne pouvant se voir attribuer qu'un rôle secondaire par rapport aux deuxièmes. La motion Français vise justement à corriger les effets négatifs

de l'arrêt Gaba avec l'introduction de l'exigence d'un examen équilibré des deux critères. Ceci doit donc être clairement formulé dans le texte de loi.

Nous proposons, en conséquence, que l'article 5 al. 1 bis LCart soit amendé comme suit :
«L'appréciation du caractère notable de l'atteinte doit toujours tenir compte de critères qualitatifs et quantitatifs en faisant l'objet d'un examen équilibré des deux critères.».

En deuxième lieu, le rapport explicatif relatif à l'art. 5 al. 1 bis LCart doit être revu rapidement en vue du message qui suivra, car les explications fournies sont en grande partie erronées.

Le rapport explicatif laisse entendre qu'une éventuelle modification de la LCart dans le sens de la motion Français aurait des conséquences négatives tant pour la lutte contre les cartels que pour l'économie dans son ensemble. La Commission de la concurrence (COMCO) ne serait alors plus en mesure de lutter efficacement contre les accords cartellaires.

La motion 18.4282 demande en réalité le retour à une pratique qui a fait ses preuves. L'évaluation de l'illicéité d'un accord en tenant compte de critères à la fois qualitatifs et quantitatifs était la norme entre 1996 et 2016, jusqu'à l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Gaba. Ceci ressort d'ailleurs clairement des versions de la Communication de la COMCO antérieures à 2016 sur les accords verticaux.

Entre 1996 et 2016, les autorités de la concurrence ont réussi à combattre de nombreux accords illicites et ont communiqué à ce sujet.

A noter également que l'arrêt du Tribunal Fédéral dans l'affaire Gaba concerne uniquement les accords verticaux et ne justifie aucunement un changement de pratique pour l'appréciation des accords horizontaux. De ce fait, après la révision de la LCart avec la mise en œuvre de la motion Français, il sera urgent de revoir les communications et les directives de la COMCO.

De plus, contrairement à ce qui est indiqué dans le rapport explicatif, l'arrêt Gaba conduit de facto à un renversement du fardeau de la preuve. L'existence d'un accord cartellaire doit être prouvée par la COMCO. Avec la suppression de l'examen complet du caractère notable au cas par cas, il ne reste plus qu'à vérifier si un accord est justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). Dans ce cadre, les autorités de la concurrence disposent d'une grande marge d'appréciation qui ne peut guère être contrôlée par les tribunaux. La suppression de l'examen du caractère notable au cas par cas entraîne donc un renversement de la charge de la preuve au détriment des entreprises concernées, celles-ci devant fournir la preuve des motifs d'efficacité économique.

Enfin, s'agissant du traitement des consortiums sous l'angle de la LCart, la COMCO a toujours indiqué qu'elle considérerait les consortiums comme «typiquement admissibles du point de vue du droit des cartels».

A la lecture du rapport explicatif, l'arrêt Gaba n'entraînerait aucun durcissement de l'évaluation des consortiums ni sous l'angle juridique théorique ni dans la pratique effective des autorités de la concurrence. Ce serait plutôt la mise en œuvre de la motion 18.4282 qui entraînerait une plus grande insécurité juridique ainsi qu'un surcroît de travail pour les autorités de la concurrence et les tribunaux avec un allongement des procédures.

Ces affirmations sont inexactes. Comme le traitement des consortiums en droit des cartels n'a été clarifié ni dans la loi ni par un arrêt du Tribunal fédéral, il existe actuellement une insécurité juridique en la matière, les assurances données par le secrétariat de la COMCO n'ayant pas de portée juridique.

Si le seuil de notabilité était réintroduit par la mise en œuvre de la motion Français, les petites entreprises bénéficieraient d'une protection supplémentaire contre des sanctions inattendues. En outre, cela réduirait la charge de travail des autorités, car le seuil de notabilité permet d'exclure les cas de «bagatelle» sans devoir procéder à des examens plus complexes des faits.

En effet, la suppression de l'examen de la notabilité de l'atteinte a augmenté la charge de travail des autorités de la concurrence, notamment dans le cas d'accords verticaux en principe admissibles. La constatation d'un pouvoir de marché implique obligatoirement des analyses quantitatives, ce qui constitue précisément l'objectif principal de la motion dont notre fédération soutient naturellement la mise en œuvre qui ne doit pas être freinée par des affirmations erronées dans le rapport explicatif.

Contrôle des concentrations d'entreprises

Notre fédération ne s'oppose pas au remplacement du test de dominance qualifiée prévu par la LCart par le test «*Significant Impediment to Effective Competition*» (SIEC) appliqué entre autres dans l'Union Européenne (UE). Il est en effet souhaitable d'opérer un rapprochement avec le test appliqué dans l'UE pour faciliter également la coopération dans le cadre d'une économie plus numérisée et donc sans frontières.

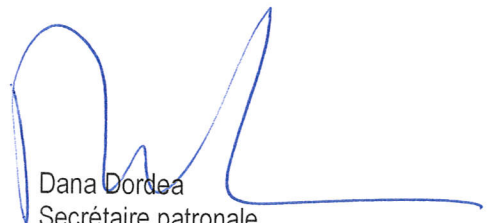
A noter toutefois que la digitalisation de l'économie est une nouvelle réalité qui soulève de nombreuses interrogations tant du point de vue du comportement des acteurs de celle-ci que du côté des autorités de la concurrence. La réglementation en la matière est croissante, notamment en Europe où plusieurs décisions sont attendues et de nombreux projets législatifs sont en cours. En Suisse, il existe le projet de régulation sectorielle avec la «lex Booking». Le développement législatif actuel est important et il faut veiller à ne pas arriver à une situation de surréglementation. A notre sens, une réflexion plus large devra être menée sur ce vaste chantier afin d'améliorer la prévisibilité pour les entreprises ainsi que la sécurité juridique.

En conclusion, notre fédération ne s'oppose pas au projet de révision partielle de la LCart, moyennant les modifications demandées tant au niveau de l'art. 5 al. 1 bis LCart que du rapport explicatif.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Monsieur le Conseiller fédéral, à l'expression de notre haute considération.



Blaise Matthey
Secrétaire général



Dana Dordea
Secrétaire patronale
FER Genève

La Fédération des Entreprises Romandes en bref

Fondée le 30 juillet 1947 à Morat, son siège est à Genève. Elle réunit six associations patronales interprofessionnelles cantonales (GE, FR, NE, JU, VS), représentant la quasi-totalité des cantons romands. La FER comprend plus de 45'000 membres.

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Par courriel :

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Petit-Lancy, le 10 mars 2022

Consultation sur une révision partielle de la loi sur les cartels (LCart)

Madame, Monsieur,

La Fédération genevoise des métiers du bâtiment (FMB) a pris connaissance du projet de révision partielle de la LCart et arrêté sa position, que nous avons l'avantage de vous communiquer par la présente.

La FMB est l'organisation professionnelle faîtière de l'industrie de la construction à Genève. Elle regroupe 18 associations patronales réunissant tous les métiers du bâtiment, ainsi que leurs caisses de compensation, soit quelque 1'400 entreprises, 12'000 travailleurs et un millier d'apprentis.

En synthèse, la FMB :

- **Appelle à la mise en œuvre de la motion 18.4282 ;**
- **Soutient la prise de position de l'association faîtière constructionsuisse et plus particulièrement les éléments portant sur le nouvel art. 5, al. 1bis ;**
- **Dénonce avec la plus grande fermeté le ton et la teneur inacceptables des parties du rapport de consultation portant sur la solution proposée de mise en œuvre de la motion 18.4282 ;**
- **Appelle à ce que le futur message au Parlement fédéral soit rédigé de manière nettement plus neutre et objective.**

Ces éléments sont brièvement développés ci-dessous.

Rappel historique

Selon la LCart, est illicite un accord qui affecte de manière notable la concurrence. L'examen de cette notabilité s'est toujours fait à l'aune de critères qualitatifs et quantitatifs, afin de juger de la portée réelle d'un accord et de son impact en termes de concurrence.

La motion 18.4282 a été déposée dans la suite du changement de pratique introduit par l'ATF Gaba/Elmex (ATF 143 II 297) de 2016. Suite à cet ATF, certains accords sont à considérer dorénavant comme notables par nature et par conséquent illicites. Il n'est dès lors plus procédé à un examen au cas par cas sous ces angles à la fois qualitatif et quantitatif.

Il est ici utile de rappeler que cette notabilité par nature de certains accords était une pierre angulaire de la dernière tentative de révision de la LCart entre 2012 et 2014. Ce projet a échoué devant le Parlement, cette pierre angulaire s'étant muée en pierre d'achoppement. Les débats aux Chambres ont été d'une clarté cristalline sur ce sujet et le refus du projet était motivé principalement par cet enjeu. La pratique en vigueur depuis l'ATF Gaba/Elmex est donc en contradiction avec la volonté du Législateur.

Enfin, il sied de rappeler que l'ATF Gaba/Elmex, en ce qu'il porte sur un accord vertical, ne permet pas une modification de la pratique portant sur l'appréciation des accords horizontaux. Cette interprétation à laquelle la COMCO s'est livrée, incroyablement extensive, est une dérive supplémentaire qui justifie d'autant plus le besoin de clarifier la LCart dans le sens de la motion 18.4282.

Conséquences de l'ATF Gaba/Elmex

L'ATF Gaba/Elmex a pris le contrepied complet de la pratique et de la jurisprudence qui prévalaient jusqu'alors. Suite à cet ATF, le garde-fou de la prise en compte pondérée de la notabilité d'un accord n'existe plus. La Suisse se retrouve depuis avec le droit de la concurrence le plus intransigeant d'Europe.

On soulignera à ce titre que nombre de législations idoines dans les pays membres de l'UE (et au niveau de l'UE elle-même) prévoient des garde-fous permettant de mettre les accords concernés dans leur juste contexte (clauses de *minimis*, prise en compte des parts de marchés concernées, etc.). Entre 1996 et 2016, l'application du critère de la notabilité d'un accord dans le droit suisse peut être considérée comme le pendant de ces précautions.

Risque pour les collaborations entre entreprises

Des formes de collaboration entre entreprises jusqu'ici parfaitement légales sont à présent déclarées illicites, même si celles-ci n'ont aucun impact négatif sur la concurrence, et sans même avoir besoin que ces accords aient réellement été exécutés ou suivis d'effets.

Avant l'ATF Gaba/Elmex, des entreprises dont des pratiques étaient attaquées par la COMCO pouvaient contester ceci en arguant que ces pratiques ne relevaient pas d'un accord illicite car n'avaient pas de caractère notable. A présent, au vu de la définition très rigide d'un accord, elles préféreront s'épargner une procédure et les coûts associés et renonceront donc aux pratiques en question, même si ces pratiques sont conformes au droit. De plus, la possibilité de justification d'une pratique par des motifs d'efficacité économique (au sens de la LCart) se révèle dans les faits d'une complexité extrême et ne représente pas une sécurité suffisante pour les entreprises, qui plus est pour les PME. Il s'agit, de plus, d'un renversement malvenu et injustifiable du fardeau de la preuve.

Risques dans le cadre des consortiums

La COMCO affirme ne pas vouloir s'attaquer aux consortiums, ce qui est explicitement communiqué dans le rapport de consultation. Or, cette affirmation joue sur les mots. S'il est peu probable que l'on interdise stricto sensu les consortiums, les modalités de création et de fonctionnement de ceux-ci sont en revanche soumises à présent à des règles nettement plus contraignantes. Le problème est double :

- On complexifie la vie des entreprises tout en les exposant à des risques supplémentaires ;
- Si ce type de « marche à suivre » est relativement aisé à maîtriser pour des avocats, cela devient très compliqué pour des entreprises, qui plus est des PME, qui ont d'autres priorités à traiter.

Mise en œuvre de la motion 18.4282 et modification de l'art. 5 LCart

A en croire le rapport de la procédure de consultation, qui n'a rien d'explicatif en l'occurrence, la mise en œuvre de la motion 18.4282 signifie peu ou prou la fin de la lutte contre les ententes cartellaires néfastes en Suisse et un retour aux heures sombres de la cartellisation de l'économie telle qu'elle aurait existé il y a quelques décennies. Le rapport donne (volontairement ?) dans l'outrance et l'exagération.

La modification demandée de l'art. 5 LCart ne propose dans les faits rien de plus que ce qui s'apparente à un retour à la pratique qui a prévalu entre 1996 et 2016 s'agissant de l'examen de la notabilité d'un accord et, partant, son illicéité. Prétendre que durant cette période la lutte efficace contre les ententes néfastes était impossible confine au ridicule, la COMCO et les tribunaux ayant bien évidemment combattu avec succès nombre d'accords nuisibles pendant ces deux décennies.

L'appréciation de la notabilité d'un accord à la fois sous les angles qualitatif et quantitatif était la norme jusqu'à l'ATF Gaba/Elmex. Les versions de la Communication sur les accords verticaux de la COMCO (CommVert) antérieures à 2016 attestent très clairement de ceci et démontrent indubitablement la faisabilité de l'appréciation d'un accord au cas par cas sous ces deux angles :

CommVert 2010	CommVert 2017
IX. Si la présomption peut être renversée, la notabilité de l'accord doit être examinée selon le ch. 12 (1). <u>Pour ce faire, des critères tant qualitatifs que quantitatifs doivent être pris en compte, la pesée de ces deux critères s'effectuant au cas par cas dans le cadre d'une appréciation d'ensemble [...].</u>	IX. Le chiffre 12 (1) clarifie que <u>les accords au sens de l'article 5 alinéa 4 LCart remplissent en principe le critère de la notabilité au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart, dans le cas où la présomption peut être renversée [...].</u>

Teneur du rapport de consultation et futur message au Parlement

Nous avons relevé ci-dessus à quel point le ton général du rapport de consultation est inacceptable. La description qui y est faite des conséquences de la mise en œuvre de la motion 18.4282 est politiquement orientée et factuellement erronée. Un tel parti pris n'est pas tolérable et ne vise qu'à effrayer le lecteur afin qu'il se prononce contre la modification proposée de l'art. 5 LCart. Or, comme nous l'avons relevé ci-dessus, la modification de l'art. 5 LCart s'apparenterait globalement à un simple retour à la pratique qui a prévalu entre 1996 et 2016. Elle est de surcroît voulue par le Parlement (le Législateur) qui, après des débats nourris et en dépit de l'opposition farouche du Conseil fédéral et de l'Administration (COMCO comprise), a adopté à une large majorité la motion 18.4282.

La FMB s'oppose à cette manière de faire et exige que la rédaction du futur message au Parlement se fasse sur des bases plus sérieuses, intellectuellement et politiquement.

Modification de l'art. 5 LCart en consultation

S'agissant de la solution en consultation, la FMB soutient la position de l'association faîtière constructionsuisse, dont elle est membre, et propose la modification suivante (en rouge ci-dessous) :

Art. 5, al. 1bis - L'appréciation du caractère notable de l'atteinte est toujours effectuée sur la base de critères qualitatifs et de critères quantitatifs. Cette appréciation est à effectuer dans chaque cas.

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos salutations distinguées.

Fédération genevoise des métiers du bâtiment

Le Président



Pierre-Alain L'Hôte

Le Secrétaire général



Nicolas Rufener

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Par mail à wp-sekretariat@seco.admin.ch

Lausanne, le 10 mars 2022

Consultation sur la révision partielle de la Loi sur les cartels

Madame, Monsieur,

La Fédération romande des consommateurs (FRC) vous remercie de l'avoir associée à la consultation sur la révision partielle de la Loi sur les cartels.

Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

La motion [18.4282](#) Français demande un retour en arrière par rapport à l'arrêt Gaba (ATF 143 II 297), lequel permet de déterminer plus facilement l'existence d'une entrave à la concurrence. Des efforts importants ont été faits pour que les problèmes liés à l'ilot de cherté en Suisse soient atténués et cette motion risque bien de les anéantir.

C'est pourquoi notre association a combattu son adoption par le Parlement et continuer de s'opposer vivement à sa mise en œuvre, dans la mesure où elle aurait pour conséquence de favoriser le cloisonnement du marché suisse et engendrerait une augmentation des prix.

Par ailleurs, à la lecture des débats parlementaires ainsi que du message du Conseil fédéral, il apparaît que cette motion découle d'une incompréhension de l'étendue de l'arrêt Gaba. Elle a en effet été rédigée de façon très large alors que l'inquiétude principale semble porter sur la question des consortiums en droit des cartels, auxquels la notion d'atteinte notable à la concurrence de l'art. 5, al. 1 LCart ne s'appliquerait pas. Une mise en œuvre stricte de cette motion mal calibrée risque donc de n'avoir que des effets indésirables, notamment sur les consommateurs, qui n'auront plus accès au meilleur prix.

Nous nous opposons donc à l'adoption de l'art. 5, al. 1bis AP-LCart. Nous proposons en revanche que les inquiétudes liées à la question des consortiums en matière de construction soient entendues et que ceux-ci soient exclus clairement de la norme.

Introduction du test Significant Impediment to Effective Competition (SIEC)

La FRC ne s'oppose pas à l'introduction du test SIEC en lieu et place du test de dominance qualifiée prévu par la LCart dans la mesure où il permet un alignement cohérent avec les pratiques de l'Union européenne et qu'il a fait ses preuves devant les juridictions européennes.

Renforcement du droit civil des cartels

La position de la FRC concernant les nouvelles dispositions de procédure civile n'a pas changé depuis sa participation à la consultation du 19 novembre 2010 relative à la révision avortée de la loi sur les cartels ([12.028](#)).

En l'état actuel du droit, la LCart refuse la qualité pour agir au client final, c'est-à-dire au consommateur au motif que celui-ci ne participe pas à la concurrence et ne peut donc pas être entravé dans l'accès ou l'exercice de celle-ci.

Néanmoins, il s'agit d'un domaine où le consommateur peut régulièrement être touché par une violation. Dans le cas BMW par exemple, sanctionné par la Comco dans sa décision du 7 mai 2012 (Comco, DPC 2012/3, pp. 540ss), les consommateurs suisses n'ont pas pu profiter des avantages de changes en raison d'une clause contractuelle d'interdiction d'exportation figurant dans les contrats de distribution entre BMW et ses concessionnaires de l'EEE, cloisonnant ainsi le marché suisse. Il en a résulté un préjudice non négligeable pour les consommateurs suisses. La Comco a en effet constaté que les véhicules neufs des marques MINI et BMW étaient entre 20 à 25% plus chers en Suisse qu'en Allemagne.

La FRC tient donc à saluer les nouvelles dispositions de procédure civile qui visent à permettre au consommateur final d'agir en droit des cartels. Il s'agit d'un premier pas important pour renforcer les droits procéduraux en droit des cartels et notre organisation est convaincue que l'introduction de ce droit est essentielle pour l'équilibre des forces entre consommateurs et entreprises.

La solution proposée pourrait toutefois être grandement améliorée. Tout d'abord, l'article 12 prévoit que: *«la personne dont les intérêts économiques sont menacés ou atteints par une restriction illicite à la concurrence peut demander...»*. Il nous semble dès lors que le consommateur devra prouver que ses intérêts économiques sont menacés ou atteints, ce qui sera sans doute très compliqué et difficile pour le citoyen lambda sans l'apport d'expertises difficiles et onéreuses à réaliser. Par ailleurs, le Message du Conseil fédéral admet que les consommateurs pourront céder leurs créances aux associations de consommateurs afin d'agir à leur place. D'un point de vue pratique, cela semble également extrêmement compliqué, car il faudra d'abord prouver la créance (ce qui n'est pas toujours évident). En outre, vu leurs ressources limitées, les organisations de consommateurs auront beaucoup de difficultés à ouvrir de telles actions, notamment contre de grandes entreprises. Il y a une asymétrie évidente entre les possibilités des uns et des autres et, pour la FRC, il s'agit d'une mesure alibi qui ne pourra jamais être exercée.

Il serait dans ce cadre beaucoup plus utile et pertinent d'octroyer la qualité pour agir également aux organisations à but non lucratif à l'instar des organisations de consommateurs, comme le prévoit le projet de révision du Code de procédure civile relatif aux actions des organisations. Il conviendrait alors de leur donner également la possibilité de demander la réparation du dommage, du tort moral ainsi que la remise du gain réalisé indûment.

Ainsi, la FRC souhaite que, dans le cadre du droit des cartels et en application de la possibilité laissée par l'art. 89, al. 4 P-CPC, une procédure **d'action collective** soit mise en place afin que les consommateurs puissent se grouper pour agir lors d'une restriction illicite à la concurrence. Les frais procéduraux, honoraires d'avocats pourraient ainsi être répartis de manière juste et équitable entre les consommateurs. Ils seraient alors mis à pied d'égalité avec de grandes entreprises et c'est seulement par cette voie que la qualité pour agir octroyée aux consommateurs pourrait être exercée. A défaut, la possibilité d'agir doit à tout le moins être réservée aux organisations de consommateurs à l'instar de ce qui est prévu par la Loi contre la concurrence déloyale avec une possibilité d'obtenir une compensation en leur nom. Dans le cas inverse, il est à craindre que cette disposition ne reste lettre morte en raison de l'apathie rationnelle du consommateur.

S'agissant de la question des frais de procédure, la LCart ne règle pas cette question qui risque d'empêcher consommateurs et organisations de déposer des actions s'ils doivent avancer les frais d'un tel procès. Un plafonnement des frais de justice, peu importe la valeur litigieuse, serait bienvenu et permettrait une mise en œuvre effective de cette disposition.

Proposition:

Art. 12 LCart

¹ *Si une personne présume une atteinte illicite à la concurrence la menaçant ou atteignant ses intérêts économiques, elle peut demander :*

- a. la suppression et la cessation de la restriction à la concurrence ;*
- b. La constatation du caractère illicite de la restriction à la concurrence ;*
- c. La réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations ;*
- d. La remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires ».*

² *Les actions prévues à l'alinéa 1 peuvent être exercées Les associations et autres organisations à but non lucratif peuvent agir en leur propre nom pour exercer les actions prévues à l'alinéa 1 pour faire valoir une atteinte aux droits des membres d'un groupe de personnes déterminé.*

La question de la transaction de groupe lors d'une action portée par une organisation mériterait également d'être traitée dans le présent projet de loi sous deux angles. Tout d'abord, en prévoyant une diminution de l'amende dans les cas où un accord amiable avec les personnes touchées ou l'organisation les représentant serait trouvé afin d'encourager les parties en ce sens. Deuxièmement, en donnant la possibilité aux parties de soumettre au tribunal une demande visant à étendre la force obligatoire d'une transaction collective à toutes les personnes concernées par l'atteinte et ayant leur domicile ou leur siège en Suisse qui ne se sont pas jointes à l'action de l'organisation (*Opt out*) à l'instar de ce que prévoit l'art. 307h, al. 2 P-CPC, afin de permettre à l'entreprise concernée de régler l'affaire une fois pour toute.

Enfin, l'art. 12a AP-LCart qui prévoit que la prescription des prétentions découlant de restrictions illicites à la concurrence ne commence pas à courir ou est suspendu dès l'ouverture d'une enquête jusqu'à sa clôture définitive est bienvenu. Il permet d'éviter que les personnes touchées pas une restriction illicite à la concurrence ne se retrouvent hors délai au terme d'une procédure administration qui peut durer de nombreuses années.

Introduction de délais d'ordre pour les procédures administratives

La FRC voit d'un bon œil l'introduction de délais d'ordre et espère que ces délais permettront effectivement d'accélérer les procédures. En effet, en 8 ans de procédure, les personnes touchées ont le temps de se décourager et renoncer à faire valoir leurs droits. Un raccourcissement des procédures garantira également une application des dispositions civiles figurant à ce projet.

En vous remerciant de prendre en compte notre position, nous vous prions de recevoir, Madame, Monsieur, nos salutations les meilleures.

Fédération romande des consommateurs



Sophie Michaud Gigon
Secrétaire générale



Marine Stücklin
Responsable Droit et Politique

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne
Par courriel à :
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Le Mont-s/Lausanne, le 9 mars 2022

Prise de position sur la révision de la loi sur les cartels

Monsieur Le Conseiller Fédéral,
Mesdames, Messieurs,

Fondée en 1917, la Fédération Romande des Entreprises de Charpenterie, d'Ebénisterie et de Menuiserie (FRECEM) est une association faîtière régionale pour les métiers du bois mentionnés en son titre. Elle réunit environ 1'500 entreprises et plus de 8'000 travailleurs. Au total, la Suisse romande représente, dans nos métiers, 2'400 entreprises pour 11'000 employés.

Nous soutenons pleinement la prise de position de Constructionsuisse, dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels.

Nous insistons fortement sur la nécessité de la mise en œuvre impérative de la motion 18.4282 (Art. 5, al. 1bis) telle que relayée dans sa prise de position par Constructionsuisse.

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de prendre position et vous présentons, Monsieur Le Conseiller Fédéral, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.



Daniel Bornoz
Directeur



Pascal Schwab
Président



Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
Swiss Bar Association

Staatssekretariat für Wirtschaft
SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

per Email versandt:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

BSG/RR

Bern, den 11. März 2022

**Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV-FSA zur Teilrevision
des Kartellgesetzes (KG)**

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) bedankt sich für die Einladung zur Vernehmlassung und nimmt dazu wie folgt Stellung:

I. Fusionskontrolle

A. Art. 9 Abs. 1^{bis}, 1^{ter} und 5

Im Rahmen der Schweizer Fusionskontrolle kann aus Praxissicht beobachtet werden, dass regelmässig bei der WEKO Transaktionen gemeldet werden, welche primär ausserhalb der Schweiz erfolgen und gleichzeitig auch von der EU Kommission eingehend geprüft werden. Bei solchen Verfahren kann es zu Doppelspurigkeiten und zu unnötigem Zusatzaufwand für die Parteien und die Schweizer Wettbewerbsbehörden kommen. Das Ziel der Vermeidung von Doppelspurigkeiten und Zusatzaufwand ist begrüssenswert. Die vorgeschlagene Regelung ist jedoch aus praktischer Sicht mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zielführend. Die Zielsetzung könnte mit anderen Massnahmen besser erfüllt werden.

Grosse internationale Transaktionen müssen meist in zahlreichen Ländern parallel angemeldet werden. Aus Sicht der Koordination dieser internationalen Fusionskontrollverfahren

sind für die Transaktionsparteien folgende Punkte von zentraler Bedeutung: (i) klare und einfach anzuwendende Aufgreifschwollenwerte, (ii) Rechtssicherheit in Bezug auf die Meldepflicht, und (iii) klare Regelungen zum zeitlichen Ablauf. Die beteiligten Parteien müssen vorausplanen können, wann welche Meldung wo eingereicht und wann beurteilt wird. Nur so ist die notwendige Planung der Transaktionsschritte hin zum Vollzug der Transaktion möglich. Verzögerungen können zu erheblichen Zusatzkosten führen.

Aus dieser Perspektive sprechen folgende Punkte gegen die vorgeschlagene Regelung:

- Fehlende Vorhersehbarkeit: Für viele Marktaktivitäten besteht weder in der Schweiz noch auf europäischer Ebene eine gefestigte Praxis zur räumlichen Marktabgrenzung. Bei fehlender unmittelbarer Entscheidrelevanz lassen Behörden die Marktabgrenzung regelmässig offen. Fehlen klare Präzedenzfälle, so ist nur schwierig vorhersehbar, ob die eigene Einschätzung mit derjenigen der Behörde übereinstimmt. Diese Unklarheit könnte zwar auf dem Weg einer Sekretariatsberatung ausgeräumt werden. Diese erfordert indes erheblichen Aufwand und Zeit, die bei Zusammenschlussvorhaben knapp bemessen ist. Eine eindeutige und rechtssichere Beratung ist kaum möglich.
- Komplexe Ermittlung der Meldepflicht: Der vorgeschlagene Wortlaut sieht vor, dass die Meldepflicht nur dann entfällt, wenn sämtliche vom Zusammenschlussvorhaben "betroffenen" sachlichen Märkte in räumlicher Hinsicht zumindest die Schweiz und den EWR umfassen. Dies bedingt eine umfangreiche und zeitaufwändige Klärung aller Aktivitäten der Parteien in der Schweiz. Wenn nur ein einziger national abzugrenzen ist, so bleibt die Meldepflicht bestehen. Weiter ist für die Abklärung, auf welchen Produktmärkten in der Schweiz Aktivitäten bestehen, vielfach eine Involvierung der Geschäftsleitung in der Schweiz erforderlich. Dies erhöht den Komplexitätsgrad im Vergleich zur Ermittlung der Meldepflicht in anderen Jurisdiktionen. Der Aufwand für die Beschaffung dieser Informationen entspricht einem wesentlichen Teil des Aufwandes für eine Meldung des Zusammenschlusses in der Schweiz.
- Interventionsmöglichkeit der Behörde: Wenn es der Behörde offen steht, die Meldepflicht – *nota bene* ohne jegliche konkrete Frist – wieder aufleben zu lassen, so müssen die betroffenen Unternehmen von einer schwebenden Meldepflicht ausgehen. Ein Aufleben der Meldepflicht würde aufgrund einer Grobeinschätzung der Behörde erfolgen, wonach gewisse Märkte eventuell doch national abzugrenzen sind.
- Erhebliche Konsequenzen im Falle einer wieder auflebenden Meldepflicht: Eine ohne Frist wieder entstehende Meldepflicht ist für eng getaktete und durchorganisierte internationale Meldeverfahren höchst problematisch, führt zu höheren Kosten und Aufwendungen und wird demnach von den meisten Unternehmen mutmasslich vermieden werden.

Voraussichtlich würden die beteiligten Unternehmen in der Mehrheit der Fälle aufgrund der vorstehenden Unsicherheiten und der Komplexität im Zweifel das Zusammenschlussvorhaben melden, um Planungs- und Rechtssicherheit zu erhalten. Die vorgeschlagene Revision würde demnach nur sehr selten die in Aussicht gestellte Vereinfachung bewirken. **Der SAV schlägt deshalb vor, auf die Neuregelung in Art. 9 Abs. 1^{bis} und 1^{ter} E-KG zu verzichten.**

Eine Vereinfachung bei parallelen Meldungen in der Schweiz und bei der Europäischen Kommission kann mit anderen Mitteln erreicht werden. So hat es die Behörde selbst in der Hand, bei entsprechenden Konstellationen auf die Erhebung und Prüfung von weitreichenden Angaben und Unterlagen zu verzichten. Dies kann im Rahmen des Meldeformulars ohne Weiteres durch die Behörde klargestellt werden. Weiter ist anzuregen, dass die Meldung von Gemeinschaftsunternehmen ohne Bezug zur Schweiz (d.h. ohne oder mit nur geringen Umsätzen in der Schweiz) gesetzlich von der Meldepflicht ausgenommen werden.

B. Art. 10 Abs. 1 und 2

Die Revisionsvorlage enthält den Vorschlag, den in der EU angewandten Significant Impediment of Competition-Test (SIEC-Test) auch in der Schweiz einzuführen, um den Behörden eine vollumfängliche Prüfung der negativen, aber auch der positiven Effekte eines Zusammenschlusses zu ermöglichen.

Die Frage, ob neue Prüfkriterien einzuführen sind und falls ja, welche, ist in erster Linie eine wettbewerbspolitische Frage. Sollte der SIEC-Test eingeführt werden, ist aus Sicht des SAV sicherzustellen, dass der in der EU geltende SIEC-Test übernommen wird. Damit können Schweizer Unternehmen, Praktiker und Behörden von umfangreichen Rechtsprechungsquellen sowie von der gesamten wissenschaftlichen Forschung, die zu diesem Test besteht, profitieren. Dieser Nutzen wird jedoch nur dann greifbar sein, wenn die Wettbewerbsbehörden ihre Auslegung von Art. 10 E-KG an diejenige der europäischen Behörden und nicht diejenige von nationalen Behörden anpassen und in der Auslegung von Art. 10 E-KG keinen Sonderweg gehen. **Aus der Botschaft muss aus Sicht des SAV daher klar hervorgehen, dass der Gesetzgeber beabsichtigt, den europäischen SIEC-Test zu übernehmen** (vgl. in diesem Sinne auch Erläuternder Bericht, S. 21).

Die Einführung eines neuen Tests ist aber auch mit erheblichen Risiken verbunden, die entweder in der Umsetzungsverordnung (VKU) oder in der Botschaft adressiert werden sollten:

- In Art. 10 Abs. 2 lit. a E-KG wird als Regelbeispiel "insbesondere die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung", die den wirksamen Wettbewerb signifikant behindert, erwähnt. Dies bedeutet, dass der Marktbeherrschungstest weiterhin als Ausgangslage für die Prüfung eines Zusammenschlusses dienen soll. Denn es dürfte insgesamt nur sehr wenige Fälle geben, die im Vergleich zu einem einfachen Marktbeherrschungstest mit dem SIEC-Test zusätzlich untersagt bzw. nur mit Verpflichtungszusagen genehmigt werden können (z.B. bei unilateralen Effekten unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle). **Die Botschaft**

sollte daher klar hervorheben, dass die Wettbewerbsbehörden grundsätzlich auch zukünftig die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung nachzuweisen haben, die den wirksamen Wettbewerb signifikant behindert.

- Der SIEC-Test kann in seiner Handhabung ausserordentlich aufwändig sein, da er regelmässig umfangreiche wettbewerbsökonomische Analysen erfordert. Angesichts der beschränkten Ressourcen der Behörden und des teilweise nur beschränkt verfügbaren Datenmaterials für gewisse Märkte in der Schweiz, dürften vertiefte Prüfungen oft nur sehr schwer oder gar nicht durchzuführen sein. Auch aus diesem Grund ist es für die Wirksamkeit der Strukturkontrolle zentral, dass als Regelbeispiel weiterhin der Marktbeherrschungstest als Ausgangspunkt für die Prüfung verwendet wird. **Dies sollte in der Botschaft klar hervorgehoben werden.**
- Die Einführung des europäischen SIEC-Tests bringt es mit sich, dass durch die Transaktion gewonnene Effizienzgewinne berücksichtigt werden können. Das bisherige Kriterium der Verbesserung des Wettbewerbs auf einem anderen Markt (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG) kann entsprechend aufgehoben werden. Art. 10 Abs. 2 lit. b KG sieht jedoch vor, dass anstelle des ansonsten im Schweizer Kartellrecht geltenden Gesamtwohlfahrts-Standards ein dynamischer Konsumentenwohlfahrts-Standard angewendet werden soll. Der Gesamtwohlfahrts-Standard ist jedoch der Standard, der dem Schweizer Kartellrecht zugrunde liegt. Entsprechend sollte dieser auch bei der Fusionskontrolle zur Anwendung kommen. **Art. 10 Abs. 2 lit. b ist aus Sicht des SAV daher anzupassen, um klarzustellen, dass auch in der Fusionskontrolle der geltende Gesamtwohlfahrts-Standard relevant ist.**
- Auf den in Art. 10 Abs. 2 lit. b neu eingefügten Wortlaut "von den beteiligten Unternehmen nachgewiesenen Effizienzvorteile" ist zu verzichten, da die Effizienzvorteile nach der Officialmaxime von den Wettbewerbsbehörden zu ermitteln sind. Den beteiligten Unternehmen wird es in jedem Fall freistehen, die Wettbewerbsbehörden dabei zu unterstützen. Der in Art. 10 Abs. 2 lit. b neu eingefügte Wortlaut **"von den beteiligten Unternehmen nachgewiesenen Effizienzvorteile"** ist daher **zu streichen**.

C. Art. 32 / 33

In der Revisionsvorlage wird vorgeschlagen, in Art. 32 und 33 für die Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit zu schaffen, die Fristen zu verlängern. Die vorgeschlagene Regelung zur Verlängerung des Fristenlaufs in Fusionskontrollverfahren soll den Behörden und meldenden Unternehmen insbesondere die Möglichkeit geben, den Fristenlauf in der Schweiz an den Fristlauf in ausländischen Fusionskontrollverfahren, primär EU Fusionskontrollverfahren, anzupassen.

Eine Annäherung des Fristenlaufs in der Schweiz und in der EU ist grundsätzlich zu begrüssen. Die vorgeschlagene Regelung birgt jedoch die Gefahr, dass die Wettbewerbsbe-

hörden aufgrund der in Fusionskontrollverfahren geltenden relativ kurzen Fristen die Fristverlängerungen regelmässig einfordern werden. Für betroffene Unternehmen dürfte es in diesen Fällen äusserst schwierig sein, sich diesen Ersuchen zu widersetzen. Zudem besteht die Gefahr, dass – entgegen den Ausführungen im Erläuternden Bericht – die "wichtigen Gründe" für eine Fristverlängerung in der Praxis sehr weit gefasst würden, so dass beispielsweise auch Personalmangel, Überlastung der Dienste etc. als wichtige Gründe qualifiziert würden. Eine drohende regelmässige Verlängerung des Fristenlaufs würde nicht nur zu höheren Kosten, sondern für die beteiligten Unternehmen auch zu Unsicherheiten hinsichtlich des Fristenlaufs und des Vollzugszeitpunkts ihrer Transaktionen führen.

Um das Risiko zu beseitigen, dass die flexible Regelung zweckentfremdet wird, sollten in Art. 32 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 4 E-KG folgende Anpassungen erfolgen:

- Die Formulierung "mit Zustimmung der meldenden Unternehmen" sollte durch **"auf Antrag der meldenden Unternehmen"** ersetzt werden; und
- die Formulierung "aus wichtigen Gründen" sollte durch **"zur Angleichung des Fristenlaufs an ausländische Fusionskontrollverfahren"** ersetzt werden.

Damit wird sichergestellt, dass eine Fristverlängerung nur dann erfolgt, wenn sie aufgrund der nicht parallel laufenden Fristen in schweizerischen und ausländischen Verfahren notwendig ist.

Weitere Kommentare

Der SAV ist der Auffassung, dass im Rahmen der KG Revision auch noch nachfolgende Gesetzes- bzw. Verordnungsanpassung zu prüfen wäre:

- **Öffentliche Übernahmeangebote, bei denen die Kontrolle von mehreren Veräusserern entweder im Wege eines öffentlichen Übernahmeangebots oder im Wege einer Reihe von Rechtsgeschäften mit Wertpapieren erworben wird:** Im europäischen Recht sieht Art. 7 Abs. 2 lit. b FKVO bei solchen öffentlichen Übernahmeangeboten vor, dass die Anteile trotz Vollzugsverbot erworben werden können, wenn "der Erwerber die mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte nicht ausübt" und der Zusammenschluss nach dem Erwerb unverzüglich gemeldet wird. Das Schweizer Recht kennt keine entsprechende Bestimmung. Dies kann in der Praxis dazu führen, dass bei öffentlichen Übernahmeangeboten um eine Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs ersucht werden muss oder Transaktionen vor der Erlangung der Kontrollschwelle gemeldet werden müssen. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit für Unternehmen erachtet der SAV die Einführung einer dem europäischen Recht entsprechenden Bestimmung als notwendig.

II. Kartellzivilrecht

La FSA accueille positivement la révision des dispositions concernant le droit civil des cartels, mais doute néanmoins que les mesures retenues dans l'avant-projet permettent d'atteindre efficacement le but visé par la révision, à savoir un renforcement du droit civil

des cartels (cf. Rapport, p. 11). En particulier, il semble trop optimiste de croire que la Comco serait déchargée de certains cas; au mieux, les art. 12 ss LCart augmenteront l'effet dissuasif du droit des cartels vis-à-vis des contrevenants en augmentant le risque financier auquel ils feront face. Enfin de nombreuses questions procédurales restent ouvertes et poseront des difficultés dans la mise en œuvre des prétentions de droit civil des cartels.

A. Actions découlant de restrictions illicites à la concurrence

Art. 12 AP-LCart :

La nouvelle formulation retenue va permettre aux consommateurs et aux adjudicateurs de marchés publics d'avoir la qualité pour agir pour ouvrir des actions en droit civil des cartels. Il faut **saluer cette nouveauté**, qui correspond aujourd'hui à un standard largement appliqué au niveau international, en particulier en Europe.

Toutefois, les effets de cette nouveauté ne doivent **pas être surestimés** en particulier pour les consommateurs, dans la mesure où un consommateur n'engagera en principe jamais une action tout seul. Par conséquent, le seul fait d'accorder la légitimation aux consommateurs n'augmentera pas sensiblement le nombre de procédures en droit civil de la concurrence.

La suppression de la mention d'une « entrave à la concurrence » à l'art. 12 al. 1 et la **suppression de l'art. 12 al. 3 LCart** doivent être saluées dans la mesure où ces formulations créaient d'importantes difficultés d'interprétation et où l'art. 12 al. 3 LCart était contraire à l'esprit de la loi, puisqu'il instituait une prétention de droit civil pour un comportement matériellement licite selon la LCart.

B. Prescription

Art. 12a AP-LCart :

L'écoulement du délai de prescription constitue actuellement un des plus grands obstacles aux procédures en droit civil des cartels, car les demandeurs ont souvent des difficultés à identifier l'auteur et le montant du dommage pendant la durée du délai relatif de l'art. 60 CO, même si celui-ci a été prolongé d'un an à trois ans au 1^{er} janvier 2020. Même si ce problème peut en principe être atténué par la renonciation au délai de prescription, la révision de la LCart **doit être saluée**.

Art. 13 AP-LCart :

La modification législative **doit être saluée**. En particulier, les débats doctrinaux autour de l'art. 13 let. a LCart sont définitivement tranchés par le législateur.

C. Transaction collective :

La FSA constate que le projet de modification du CPC vient à point nommé qui propose l'introduction d'une action collective (FF 2021, p. 3049). Celle-ci pourra s'appliquer également dans les cas d'infractions au droit des cartels. Grâce à l'aménagement introduit dans

le droit de prescription, les actions faisant suite à des enquêtes (follow-on) seront désormais possibles.

Cela étant, la FSA est d'avis que le Conseil fédéral pourrait faire usage de la faculté figurant à l'art. 89 al. 4 du projet de modification du CPC d'introduire des dispositions spécifiques dans d'autres législations afin d'admettre plus largement les actions collectives.

A cet égard, la FSA observe tout d'abord que la mise sur pied d'actions collectives dans le projet de CPC restera une tâche difficile. La question du financement en premier lieu est un obstacle sérieux à l'entreprise de toute action collective. En outre, en l'absence de menace d'action collective, l'incitation à passer une transaction pour l'entreprise en infraction à la LCart, restera faible. La transaction collective pourrait bien n'être envisageable que dans les cas où un accord amiable est passé avec l'autorité de concurrence au sens de l'art. 29 LCart.

Compte tenu de cet aspect, il serait judicieux d'introduire dans le projet un complément à l'art. 29 LCart, visant à ce que le Secrétariat favorise véritablement la compensation des parties lésées lorsqu'il négocie une transaction.

D. Nachweis des Schadens / Passing-on-defence

Der Kartellzivilweg wurde in der Schweiz bisher auch deshalb nur selten beschritten, weil der Nachweis bzw. die Bezifferung des Schadens sowohl auf der Kläger- wie auf der Beklagtenseite Probleme aufwirft. Auf der Klägerseite ist es vor allem der erschwerte Zugang zu den Beweisen, der den Nachweis des Schadens erschwert. Bezüglich der Widerrechtlichkeit einer kartellrechtlichen Handlung sollte daher eine Bindungswirkung an den Entscheid der Verwaltungsbehörden bestehen.

Ein weiteres Problem auf der Seite des Beklagten besteht, wenn es dem Kläger gelingt, den Schaden nachzuweisen, vor allem das Problem, im gegebenen Fall nachzuweisen, dass der Kläger den angeblich erlittenen Schaden auf seinen eigenen Verkaufspreisen darauf geschlagen und damit seinen Geschäftspartnern aufgebürdet hat (passing-on defence). Die Beweislast hierfür liegt aufgrund des Bereicherungsverbots und dem Grundsatz, dass Vorteile angerechnet werden müssen, beim Beklagten. Dieser Beweis ist, wie die Erfahrung aus der EU-Rechtsprechung zeigt, nur sehr schwer zu erbringen. Obwohl die Schadenersatzrichtlinie zurzeit keine grundsätzlich effizienteren Instrumente vorsieht, um diese Beweislast angemessen zu mildern (vgl. etwa Art. 12 Abs. 5 RI/Art. 42 Abs. 2 OR), gibt sie immerhin in Art. 13 einen Anspruch auf Einsicht in relevante Informationen. Es ist daher dem Schweizer Gesetzgeber zu empfehlen, auch im Zusammenhang des passing-on defence entsprechend Erleichterungen vorzusehen.

Schliesslich wäre auch eine Beweiserleichterung für diejenigen Abnehmer vorzusehen, auf den der direkte Abnehmer den Schaden abgewälzt hat. Auch hier sieht die EU-Richtlinie eine Lösung vor, indem er den Beweis erbringen kann, indem aufgrund der Wettbewerbsverletzung Preisaufschläge erfolgt sind (Artikel 14 Abs. 2).

E. Accès aux preuves dans les procédures civiles de droit des cartels

Dans les procédures civiles en matière de droit des cartels, la partie lésée qui souhaite obtenir réparation de son préjudice est souvent confrontée à d'importantes difficultés pour apporter la preuve des actes illicites et de son dommage. Elle n'a qu'une connaissance partielle des faits qui fondent l'infraction à la LCart et ne connaît pas précisément le montant de son dommage.

L'obligation pour la partie demanderesse à un procès civil d'exposer les faits et de présenter les preuves pertinentes au stade de la demande déjà exacerbe ces difficultés.

Les informations et documents qui permettraient d'apporter cette preuve devant un tribunal civil se trouvent généralement en mains de la partie défenderesse ou de l'autorité de la concurrence, si une enquête administrative a été menée en parallèle.

En l'état actuel du droit, une collectivité publique lésée par un comportement anticoncurrentiel illicite – notamment un canton – peut déjà avoir accès au dossier de la Commission de la concurrence en vertu de l'assistance administrative (art. 44 Cst et art. 19 LPD), si elle peut prouver qu'elle en a besoin pour accomplir une obligation légale¹. En revanche, une entreprise privée ou un consommateur n'y aura pas accès. Cette inégalité de traitement n'est pas justifiée.

Il convient également de noter que la Commission de la concurrence n'a aucune obligation de donner suite à une requête d'un tribunal civil, faute de base légale relative à l'assistance administrative dans la LCart².

Dans l'optique d'une mise en œuvre effective du droit privé de la concurrence, il conviendrait de permettre à la partie lésée d'accéder, d'une manière ou d'une autre, aux éléments de preuve en mains de sa partie adverse ou de l'autorité. Nous proposons quelques pistes, partiellement inspirées du droit européen³.

D'une part, une base légale pourrait être créée afin d'octroyer l'assistance administrative de la Comco en faveur des tribunaux civils. La partie lésée pourrait ainsi requérir auprès du tribunal civil la production de pièces en mains de la Comco, en faisant usage notamment des possibilités de production anticipée de pièces ou du mécanisme de la preuve à futur (art. 158 CPC).

D'autre part, un accès limité au dossier de la procédure administrative pourrait être octroyé à la partie lésée qui rend vraisemblable qu'elle a subi un dommage du fait du comportement anticoncurrentiel et qu'elle a l'intention d'en demander réparation devant les tribunaux civils.

¹ ATF 147 II 227, qui interprète largement la notion d'obligation légale, une obligation générale de veiller au bon état des finances du canton ayant été jugée suffisante en l'espèce.

² Par analogie avec la FINMA, cf. arrêt du TAF B-104/2014.

³ Notamment la Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

Dans tous les cas, l'accès aux éléments de preuve par la partie lésée devrait être soumis à des restrictions :

- Respect du principe de proportionnalité : la demande devrait être spécifique et limitée aux informations nécessaires, afin d'éviter la « pêche aux informations ». En outre, l'usage des informations obtenues devrait être strictement limité à la procédure civile envisagée.
- L'entreprise visée par l'action civile envisagée devrait avoir été partie à la procédure administrative et ainsi avoir pu, dans ce cadre, s'exprimer sur la recevabilité et l'appréciation des preuves.
- Les pièces fournies à la Comco en vue de participer au programme de clémence ou dans le cadre de ce programme (art. 49a al. 2 LCart) ne devraient en aucun cas pouvoir être communiquées aux parties lésées. A défaut, les entreprises pourraient être dissuadées d'annoncer des restrictions à la Comco ou de collaborer avec cette dernière si les pièces qu'elles fournissent volontairement sont accessibles ultérieurement aux parties lésées.

III. Widerspruchsverfahren

Die Dauer des Widerspruchsverfahren soll von fünf auf zwei Monate verkürzt werden und das Sanktionsrisiko soll nur im Falle der Eröffnung einer Untersuchung wieder aufleben.

Die unbestimmten Gesetzesbegriffe des Kartellgesetzes räumen der Wettbewerbskommission und den Gerichten weite Beurteilungsspielräume ein. Entsprechend ist es für die Unternehmen in vielen Fällen schwierig abzuschätzen, ob die Behörde ein konkretes Geschäftsmodell oder eine Kooperation sanktionieren könnte. Das Widerspruchsverfahren, welches im Zusammenhang mit der Einführung von direkten Sanktionen als wichtiges Instrument zur Abfederung von Sanktionsrisiken angesehen wurde, konnte seinen Zweck bis anhin nicht erfüllen. Es wäre für die derzeit im Wesentlichen auf Selbsteinschätzung angewiesenen Rechtsunterworfenen ein wichtiges und notwendiges Mittel zur Schaffung von Rechtssicherheit.

Die Verkürzung der Prüfdauer und die Erhöhung der Widerspruchsschwelle sind als Schritte in die richtige Richtung zu begrüßen. Es wäre indessen ein fatales Signal, wenn dies nun dazu führen würde, dass die Wettbewerbskommission mehr Untersuchungen eröffnet, welche anschliessend erst nach langer Dauer und damit einer Phase der Rechtsunsicherheit abgeschlossen werden. Problematisch wäre dies insbesondere dann, wenn die Untersuchungseröffnung deshalb erfolgt, weil die Wirkungen einer bisher nicht oder erst seit kurzem umgesetzten Verhaltensweise noch nicht abgeschätzt werden können – ein Grund, der in der Vergangenheit dazu genutzt wurde, um eine Vorabklärung zu eröffnen, welche die Umsetzung eines möglicherweise innovativen Vorhabens verhindert hat. Das Aufleben eines Sanktionsrisikos vor einem konkreten Entscheid über die Zulässigkeit einer

Verhaltensweise ist für Vorhaben mit grösseren Kosten investitionshemmend. Ein Projektabbruch einzig aufgrund einer Untersuchungseröffnung wäre ein wirtschaftsfeindliches Signal. Wenn die spezialisierte Wettbewerbsbehörde nicht innert Frist feststellen kann, ob eine bestimmte Verhaltensweise gesetzeskonform ist oder nicht, so kann das Risiko einer Sanktion auch nicht auf ein Unternehmen abgeschoben werden, welches diese Einschätzung erst recht nicht mit ausreichender Sicherheit vornehmen kann.

Um die Wirkung des Widerspruchsverfahrens effektiv zu verbessern, stellt sich folglich die Frage, ob nicht Zusätzliches erforderlich ist. Dieses Zusätzliche könnte darin bestehen, dass die Sanktionsbefreiung bei einer Meldung – welche ja den Willen der Beteiligten zur Offenheit deutlich macht – zusätzlich dadurch honoriert wird, dass das Wiederaufleben des Sanktionsrisikos erst dann eintritt, wenn die Wettbewerbskommission das erstinstanzliche Verfahren mit einem negativen Verdikt für die Beteiligten abschliesst. Falls eine Verhaltensweise zudem offensichtlich unzulässig ist, kann die Wettbewerbskommission die Verhaltensweise nach Untersuchungseröffnung auch mittels vorsorglicher Massnahmen untersagen. Dieses Vorgehen hätte wohl auch den Vorteil, dass mit dieser Regelung neben einem Anreiz zur Transparenz für die Beteiligten auch ein Anreiz zur Verfahrensbeschleunigung durch die Behörde eintreten würde.

IV. Verfahren und weitere Revisionsvorschläge

A. Ordnungsfristen für das Verwaltungsverfahren

Die in der Botschaft erwähnte durchschnittliche Verfahrensdauer von acht Jahren macht deutlich, dass effektiv ein Handlungsbedarf besteht. Auch wenn es sich bei Kartellfällen teilweise um komplexe Sachverhalte handelt, sollten die Behörden und Gerichte in der Lage sein, entsprechende Sachverhalte innerhalb von kürzeren Fristen zu beurteilen. Schliesslich haben die Rechtsunterworfenen bei Stellungnahmen oder in Rechtsmittelverfahren jeweils einen weit beschränkteren Zeitrahmen, um ihre Vorbehalte gegenüber den Feststellungen der Behörden anzubringen.

Eine Ordnungsfrist, welche mittels einfacher Begründung ohne Weiteres aus den Angeln gehoben werden kann und deren Überschreitung keinerlei Rechtsfolgen nach sich zieht, ist ein zu schwaches Mittel, um bezüglich der langen Verfahrensdauer mit immer noch ungeklärten Fragen bezüglich der Verjährung Abhilfe zu sorgen. Zusätzliche Massnahmen sind erforderlich, sei es, dass beim Überschreiten die Sanktion automatisch um einen bestimmten Prozentsatz reduziert werden muss (überlange Verfahrensdauer) oder dass beim Überschreiten einer bestimmten Verfahrensdauer die Sanktion zwingend entfallen muss, selbst wenn eine schwerwiegende Kartellverletzung vorliegt. Letztere sollten eigentlich einfach und schnell zu beurteilen sein.

Die Erhöhung des Druckes zum Verfahrensabschluss hätte auch positive Auswirkung auf den Mechanismus des Widerspruchverfahrens. Die Behörde wird sich die Erhebung von Widerspruch mittels Untersuchungseröffnung sorgfältiger überlegen, wenn sie anschliessend das Untersuchungsverfahren innerhalb einer zeitlich begrenzten Frist abschliessen muss.

B. Parteientschädigung bei Untersuchungseinstellung

Die geplante Ausrichtung einer Parteientschädigung bei der Untersuchungseinstellung ist zu begrüßen.

Die lange Verfahrensdauer und der Aufwand der Untersuchungsadressaten verursachten bei den Betroffenen hohe Kosten, die im Falle einer Einstellung der Untersuchung unge-rechtfertigt waren. In diesen Punkten unterscheiden sich das kartellrechtliche Verfahren in der Regel von anderen Verwaltungsverfahren. Es ist zudem unbestritten, dass das Kartell-verfahren insbesondere wegen der hohen Sanktionen immanent strafrechtliche Züge hat. Bei der Einstellung von Strafverfahren wird den Betroffenen auch eine Parteientschädigung zugesprochen. Eine abweichende Behandlung von Kartellverfahren im Vergleich zu Ver-waltungsverfahren ohne oder mit wesentlich geringer belastenden Sanktionen ist entspre-chend gerechtfertigt.

Bei den Kriterien für die Höhe der Entschädigung in der vorgeschlagenen Regelung in Art. 53b sollte in jedem Fall die Länge des Verfahrens und der den Parteien entstandene Aufwand unter Berücksichtigung der Vertretungskosten als in Erwägung zu ziehende Krite-rien enthalten sein.

C. Fouilles corporelles

Le projet propose d'introduire à l'art. 42 LCart une base légale pour des fouilles corporelles, au motif que l'autorité est parfois empêchée d'accéder à des moyens de preuve (par exemple un téléphone portable) que certaines personnes tenteraient de dissimuler sur elles lors de perquisitions.

Cette nouvelle mesure de contrainte nous paraît peu adéquate et disproportionnée. C'est pourquoi nous ne la soutenons pas.

D'une part, la LCart est une législation qui relève du droit administratif, non du droit pénal. Elle n'a pas vocation à être mise en œuvre par des méthodes procédurales qui relèvent du droit pénal.

D'autre part, la LCart vise les entreprises, c'est-à-dire le plus souvent des personnes mo-rales. Dans le contexte d'une perquisition, les personnes susceptibles de faire l'objet de fouilles corporelles sont généralement des employés de l'entreprise concernée. Ces em-ployés ne sont pas visés personnellement par l'enquête et sont presque toujours considérés par la Comco comme des témoins. Or, en procédure pénale de manière générale, un té-moin n'a pas vocation à subir une fouille corporelle. L'art. 48 al. 2 DPA, auquel renvoie l'art. 42 LCart, ne permet d'ailleurs que la fouille de l'inculpé.

Enfin, le refus de remettre un moyen de preuve aux enquêteurs qui effectuent une perqui-sition ou la dissimulation d'un moyen de preuve peut être constitutif de l'infraction d'empê-chement d'accomplir un acte officiel (art. 286 CP). La menace d'une condamnation pénale en cas de refus de remettre un moyen de preuve aux enquêteurs nous paraît suffisante pour atteindre le but visé, sans avoir à passer par une fouille corporelle.

V. Art. 5 LCart – Notabilité des accords en matière de concurrence

Le projet de révision de l'art. 5 LCart propose de revenir sur l'arrêt « Gaba » du Tribunal fédéral en introduisant un nouvel alinéa 1bis, qui préciserait que « L'appréciation du caractère notable de l'atteinte est effectuée sur la base de critères qualitatifs et de critères quantitatifs ». En d'autres termes, l'autorité de la concurrence ne pourrait plus arrêter son analyse après avoir conclu à la notabilité d'un accord sous l'angle qualitatif, mais devrait dans tous les cas examiner aussi les aspects quantitatifs de la restriction (concurrence interne et externe, parts de marché, etc.).

Par cette proposition, le projet donne suite à la motion 13.4282 Français, qui exige la réintroduction d'une analyse tant qualitative que quantitative des accords en matière de concurrence.

Cette précision législative est bienvenue et doit être saluée.

Il faut relever en premier lieu qu'elle ne remettrait aucunement en cause les règles relatives aux accords horizontaux durs, soit ceux qui visent exclusivement ou principalement une coordination des prix ou des quantités ou une répartition des territoires ou de la clientèle, ni des accords verticaux qui ne visent qu'à isoler le marché suisse ou empêcher les importations parallèles dans le but d'y imposer des prix plus élevés qu'ailleurs.

Pour ces accords, l'aspect qualitatif de la restriction prévaudra dans presque tous les cas sur les aspects quantitatifs.

Cependant, pour les accords visés par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, l'analyse est devenue trop schématique depuis l'arrêt Gaba et peut aboutir à des résultats parfois choquants, qui ne correspondent pas à la réalité des multiples formes de coopération, parfaitement légitimes, entre entreprises.

Nous pensons en particulier aux accords d'achats communs, de recherche et développement, en matière environnementale, de co-production ou co-distribution ou de certains échanges d'informations.

L'approche purement formelle qui prévaut depuis l'arrêt Gaba, attachée exclusivement au texte des accords sans égard à la manière dont ils sont appliqués ou à leurs effets réels et concrets pour la concurrence, nous paraît dommageable d'un point de vue économique. Elle a pour effet de dissuader les entreprises de s'engager dans des projets créateurs de valeur mais ayant un impact minime sur la concurrence, tant l'analyse purement formelle de l'accord, sans aucun égard pour la manière dont il est réellement mis en œuvre, pour ses effets réels sur le marché ou encore pour ses effets bénéfiques par ailleurs, entraîne pour les entreprises concernées un risque de sanction dissuasif.

A notre sens, le droit des cartels devrait se focaliser sur les accords qui ont un effet négatif réel et sensible sur la concurrence.

A cela s'ajoute que selon la législation et la jurisprudence actuelles, les possibilités de justification de l'accord pour des motifs d'efficacité économique sont, en pratique, très limitées. Elles ne peuvent remplacer l'analyse des aspects quantitatifs.

La motion Français se préoccupait par ailleurs de ne pas exposer les consortiums entre entreprises à un risque injustifié d'interdiction et de sanction. Dans de nombreux cas, les consortiums ne constituent en effet pas des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de procéder à un examen de la notabilité au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Cette position est également défendue par le Secrétariat de la Commission de la Concurrence. Cependant, étant donné que l'appréciation des consortiums au regard du droit des cartels n'a été clarifiée ni dans la loi ni par un arrêt du Tribunal fédéral, il existe toujours une insécurité juridique de principe. La position actuelle du Secrétariat n'a aucune portée contraignante et ne lie ni la Commission ni les tribunaux. En conséquence, le contrôle quantitatif de la notabilité pourrait également constituer un correctif utile pour les consortiums. Il convient toutefois de noter que la problématique actuelle de l'illicéité des accords sans égards pour leurs effets restrictifs concrets sur la concurrence ne se limite pas aux consortiums. Il s'agit bien plutôt d'un problème qui peut concerner tous les types d'accords.

Pour ces raisons, nous accueillons favorablement, sur le principe, le projet de révision de l'art. 5 LCart.

Il est vrai que la réintroduction de l'analyse des aspects quantitatifs peut dans certains cas entraîner un surplus de travail pour la Comco. Toutefois, l'autorité gagnerait à concentrer ses ressources sur les cas qui sont réellement problématiques pour l'économie suisse. Les procédures portant sur des accords dont les effets quantitatifs sont réellement de minime importance peuvent être abandonnées sans difficultés avant que l'autorité n'y investisse beaucoup de ressources.

Cela étant, à titre accessoire, nous relevons que la rédaction proposée est quelque peu confuse. Nous proposons donc plutôt d'introduire un nouvel art. 5 alinéa 5 dont la teneur serait la suivante :

⁵ Si la présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée, l'accord n'est notable au sens de l'alinéa un que si la notabilité de la restriction de la concurrence peut être prouvée sous l'angle de critères tant qualitatifs que quantitatifs.

⁵ Kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, ist eine Abrede nur dann im Sinne von Absatz 1 erheblich, wenn die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien nachgewiesen werden kann.

A titre d'alternative, les entreprises devraient au moins avoir la possibilité de contester le caractère notable de l'accord tel que posé par l'arrêt Gaba. Ce n'est qu'ainsi que l'on peut exclure que des entreprises soient amendées pour des comportements qui, dans les faits, n'ont pas eu d'effets restrictifs concrets sur la concurrence. Si les entreprises peuvent apporter des indices de l'absence de tels effets ou de notabilité quantitative, ce devrait alors

être à l'autorité de la concurrence d'en apporter la preuve avec les instruments d'enquête dont elle dispose, dans l'esprit de la systématique initiale de la loi. Dans ce cas, le nouvel art. 5 al. 5 LCart pourrait avoir la teneur suivante :

⁵ Si la présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée, l'accord n'est illicite que s'il affecte de manière notable la concurrence au sens de l'alinéa 1 et qu'il n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique au sens de l'alinéa 2. S'il existe des indices que l'accord n'a pas d'effet anticoncurrentiel concret ou qu'il n'est pas notable sous l'angle quantitatif, la Commission de la concurrence doit démontrer l'effet anticoncurrentiel et la notabilité de l'accord sur la base de critères tant qualitatifs que quantitatifs.

⁵ Kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden, ist eine Abrede nur dann unzulässig, wenn sie im Sinne von Absatz 1 den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Absatz 2 gerechtfertigt werden kann. Falls Anhaltspunkte bestehen bzw. vorgebracht werden, dass die Abrede keine tatsächlichen wettbewerbswidrigen Wirkungen hat oder keine quantitative Erheblichkeit besteht, so hat die Wettbewerbskommission die wettbewerbswidrige Wirkung und die Erheblichkeit der Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien nachzuweisen.

VI. Institutionenreform

A. Ausgangslage

Im Rahmen der letzten KG-Revision hat der Bundesrat eine Institutionenreform vorgeschlagen (Schaffung eines Wettbewerbsgerichts). Der Revisionsbedarf wurde bereits im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes identifiziert.⁴ Festgehalten wurde, dass die Zusammenarbeit zwischen der Milizkommission und dem professionellen Sekretariat an mehreren Ungleichgewichten (Wissensstand, Entscheidungsmacht, Prozesskontrolle) leide.

Der Bundesrat ist auch heute noch der Ansicht, dass es einer institutionellen Reform bedarf⁵ (vgl. Antwort des Bundesrates auf IP Noser). Der Bundesrat weist aber darauf hin, dass über die Institutionenreform in einer nächsten KG-Revision diskutiert werden müsse. Er befürchtet ein Überladen der Vorlage, welches – wie bei der letzten Revision im Jahre 2012 – zu einem Scheitern führen könnte. Entsprechend hat der Bundesrat in der aktuellen Vernehmlassungsvorlage auf eine Institutionenreform verzichtet.

B. Beurteilung

Aus der Sicht des SAV wirken sich die identifizierten Mängel an der heutigen Behördenorganisation in unveränderter Weise negativ auf die Rechtsstaatlichkeit der Verfahren aus. Spätestens mit der Einführung der direkten Sanktionen, welche von ihrer Höhe her gewollt

⁴ Vgl. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der Evaluationsgruppe vom 5. Dezember 2008, S. 56 ff. sowie Anhang 12, Gutachten von Prof. Baudenbacher zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes, S. 22.

⁵ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 10. November 2021 zur Interpellation 21.4108, Kartellgesetz umfassend modernisieren, von Ständerat Noser Ruedi.

einen strafrechtsähnlichen Charakter aufweisen, hätte das erstinstanzliche Verfahren in rechtsstaatlicher Hinsicht verbessert werden müssen.

In der aktuellen Struktur der Wettbewerbsbehörden ist die Kommission die Entscheidbehörde. Sie besteht aus 12 Mitgliedern (ProfessorInnen und Verbandsvertreter). Es handelt sich um eine Milizbehörde. Die meisten Mitglieder der Kommission haben eine Hauptanstellung an einer Universität oder bei einem Verband.

Das professionelle Sekretariat (rund 75 Mitarbeitende) ist die Untersuchungs- und Anklagebehörde. Das Sekretariat führt die Untersuchungen und überweist die Fälle mittels Anträgen (=Anklageschriften) zum Entscheid an die Kommission.

Zwar haben die Anwältinnen und Anwälte der Unternehmen die Möglichkeit, vor dem Entscheid ein kurzes Plädoyer vor der Kommission zu halten. Die Mitglieder der Kommission verfügen aber nicht über die zeitlichen Ressourcen, sich fundiert mit den einzelnen Fällen, den entsprechenden Akten, den Schriftsätzen der Anwälte und letztlich den Gegenargumenten der angeklagten Unternehmen auseinanderzusetzen. Sie sind darauf angewiesen, auf die Arbeit der Sekretariatsmitarbeiter zu vertrauen. Die Kommission verfügt auch nicht über ein eigenes Fachsekretariat. Sofern die Kommission Gegenargumente überprüfen will, wird sie entsprechende Fragen an die Fallbearbeiter des Sekretariats richten. Bei diesen Entscheidberatungen sind die Anwältinnen und Anwälte der angeschuldigten Unternehmen nicht anwesend. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Antworten der Sekretariatsmitarbeiter aus der Anklageoptik erfolgen und darauf ausgerichtet sind, den Antrag bzw. den Entscheidvorschlag des Sekretariats zu stützen. Entsprechend haben die mit der Anklagefunktion betrauten Sekretariatsmitarbeitenden einen viel direkteren Zugang und grösseren Einfluss auf die Entscheidbehörde als die Verfahrensparteien. Dadurch fehlt es an der erforderlichen Trennung zwischen der Untersuchungs- bzw. Anklagebehörde und der Entscheidbehörde.

Auch durch das Bundesverwaltungsgericht kann dieser rechtsstaatliche Mangel nicht in befriedigender Weise behoben werden. Das Bundesgericht hat im *Publigroupe*-Entscheid⁶ festgehalten, dass das kartellrechtliche Sanktionsverfahren mit der EMRK konform sei, weil das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz volle Kognition habe. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass das Bundesverwaltungsgericht zwar Rechtsfehler der WEKO korrigieren kann; dass es aber auch aufgrund der knappen personellen Ressourcen nicht in der Lage ist, eigene Sachverhaltserhebungen durchzuführen. Ausserdem gewährt das Bundesverwaltungsgericht der Vorinstanz einen weiten Beurteilungsspielraum, in den es nicht eingreift (sog. "technisches Ermessen")⁷.

⁶ BGE 139 I 72.

⁷ Vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010 E. 8.1.1.8.

Bei der letzten Revision hat der Bundesrat in seiner Botschaft eine Institutionenreform vorgeschlagen, welche die Entscheidkompetenz der Kommission auf ein Gericht verlagert hätte.⁸ Dieser Vorschlag wurde vom SAV begrüsst.⁹

Aus der Sicht des SAV könnte das Hauptproblem der mangelnden Trennung zwischen Untersuchung/Anklage und Entscheid alternativ auch mit einer weniger weitreichenden Reform adressiert werden. Eine solche weniger weitgehende Reform könnte in die aktuelle Vorlage integriert werden, ohne die Gesamtrevision zu gefährden.

Als zu prüfendes Modell wird Folgendes vorgeschlagen: Erstens sollten die Teilpensen der Kommissionsmitglieder erheblich erhöht werden, so dass die zur Verfügung stehende Zeit für eine angemessene Auseinandersetzung mit den Akten der zu entscheidenden Fälle ausreicht. Zweitens ist vorzusehen, dass der Kommission eigene Gerichts- bzw. Kommissionsschreiberinnen zugeteilt werden, welche die Kommissionsmitglieder bei der Verfahrensführung, Entscheidfindung und Entscheidredaktion ab Antragserhebung (vgl. Art. 30 KG) unterstützen.¹⁰ Diese Kommissionsschreiber wären in personeller und räumlicher Hinsicht vom Sekretariat zu trennen. Drittens ist im Gesetz vorzusehen, dass Mitglieder des Sekretariats bei der Entscheidberatung der Kommission in Zukunft nur anwesend sind, wenn gleichzeitig auch die betroffenen Unternehmen bzw. deren Vertreter anwesend sind. Durch diese Massnahmen könnte einerseits die Kommission gestärkt werden, ohne dass dazu die Behördenorganisation völlig erneuert werden müsste. Dieses Modell würde den Kommissionsmitgliedern dank zusätzlichen eigenen Kapazitäten eine von der Anklagebehörde (Sekretariat) unabhängigere bzw. freiere Entscheidfindung ermöglichen. Mit der neuen Vorschrift zu den Entscheidberatungen würde zusätzlich sichergestellt, dass Anklagebehörden und betroffene Unternehmen im Entscheidungsprozess über gleich lange Spiesse verfügen.

C. Umsetzungsvorschlag

Diese geschilderte institutionelle Reform könnte durch zwei neue Absätze im bestehenden Kartellgesetz umgesetzt werden:

Art. 19 Abs. 3 KG

³ (neu) Die Mitglieder der Wettbewerbskommission verfügen über ein für die aufwändige Entscheidvorbereitung angemessenes zeitliches Pensum. Die Wettbewerbskommission verfügt über eigene, vom Sekretariat unabhängige Kommissionschreiber. Sie wirken bei der Entscheidfindung mit beratender Stimme mit und unterstützen die Wettbewerbskommission bei der Verfahrensführung. Sie erfüllen weitere

⁸ Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012 3905.

⁹ Stellungnahme des SAV vom 30. November 2010 zum Entwurf für die Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG).

¹⁰ In diesem Sinne bereits Walter Stoffel, SZW 2015, Wie weiter im schweizerischen Wettbewerbsrecht, S. 7 f., sowie Pierre Tercier, Roland von Büren, Walter Stoffel, Für eine ernsthafte Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, NZZ vom 16.11.2010, S. 31.

Aufgaben, die ihnen das Geschäftsreglement überträgt. Die Kommissionsschreiberinnen und Kommissionsschreiber werden von der Wettbewerbskommission gewählt.

Art. 21 Abs. 3 KG

³ (neu) Die Wettbewerbskommission kann bei der Beratung ihrer Entscheide Vertreter des Sekretariats beiziehen. In diesem Fall hat sie auch die betroffenen Unternehmen bzw. deren Rechtsvertreter zu den Beratungen einzuladen.

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Präsidentin SAV
Birgit Sambeth Glasner



Generalsekretär SAV
René Rall



fédération suisse romande
des entreprises de plâtrerie-peinture
FREPP

Rue de la Dent-Blanche 8
1950 Sion
T 027 322 52 60
F 027 322 24 84
info@frepp.ch

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikoferweg 36
3003 Berne

Réf. : Marcel Delasoie/rh
Tél. : 027 322 52 62
E-mail : marcel.delasoie@frepp.ch

Sion, le 9 mars 2022

REVISION DE LA LOI SUR LES CARTELS

Monsieur le Directeur,
Mesdames, Messieurs,

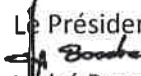
Dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels, nous tenons par la présente à vous faire part du fait que nous soutenons sans réserve la prise de position de ConstructionSuisse. En effet nous sommes d'avis que la motion 18.4282 (Art. 5, al. 1 bis) doit impérativement être mise en œuvre comme le mentionne la faïtière suisse de la branche de la construction.

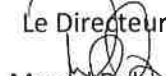
Par la présente nous soulignons cette question est très importante pour notre organisation qui est l'association faïtière de Suisse occidentale pour les professions de la plâtrerie et de la peinture dans lesquelles plus de 2'500 entreprises et 9'500 collaborateurs sont actifs en Suisse romande.

Nous vous remercions de nous avoir permis de prendre position sur ce sujet, de l'attention que vous ne manquerez pas de porter au présent courrier, et de la suite utile que vous y donnerez.

Veuillez croire, Monsieur le Directeur, Mesdames, Messieurs à l'assurance de notre considération distinguée.

**FÉDÉRATION SUISSE ROMANDE
DES ENTREPRISES DE PLÂTRERIE-PEINTURE**

Le Président

André Buache

Le Directeur

Marcel Delasoie



LES VRAIS PROS!

www.frepp.ch

Service juridique
Affaire traitée par : Pierrette Eberhard

T +41 21 632 11 10
D +41 21 632 14 51
F +41 21 632 11 19
C Juridique@fve.ch

Notre réf : DEY/PED
Votre réf :

Tolochenaz, le 11 mars 2022

Wp-sekretariat@seco.admin.ch

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la Politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Révision partielle de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart)

Madame, Monsieur,

Dans le cadre de la consultation citée en exergue, la Fédération vaudoise des entrepreneurs a l'honneur de vous fait tenir ses déterminations sur l'avant-projet de révision partielle de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart)

Fondée en 1904, la Fédération vaudoise des entrepreneurs (FVE ; ci-après : la fédération) est la plus importante association patronale de la construction dans le canton de Vaud. Elle réunit les métiers du gros œuvre, du second œuvre et de la construction métallique, soit plus de 2'800 entreprises, ce qui représente environ 29'000 travailleurs. Elle est membre, entre autres, de constructionvaud, de constructionromande, de constructionsuisse, et de la Société suisse des entrepreneurs (SSE). En tant que société coopérative elle a pour but, entre autres, la sauvegarde des intérêts des entrepreneurs et des maîtres d'état de tous les corps de métiers de l'industrie du bâtiment et des travaux publics et de représenter les intérêts de ses membres en particulier auprès des pouvoirs publics, lorsque l'intérêt de l'industrie du bâtiment et des travaux publics est en cause.

N'ayant pas été directement consultés, nous prenons toutefois la liberté de vous faire parvenir des observations spontanées. Nous nous fondons dans ce cadre sur le fait que l'avant-projet a une grande portée politique, financière, économique ou sociale, conformément à l'art. 3 al. 2 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (LCo ; RS 172.061 : voir également le MCF du 22 janvier 2004 relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation, in FF 2004 485 ss, spéc. 500 et les exemples cités), ce qui autorise les associations concernées à participer à la présente consultation et à exprimer leur avis. Nous nous prévalons ici expressément de l'art. 4 al. 1 et 2 let. e LCo (voir également FF 2004 501). Cela étant exposé, nous nous déterminerons que sur les dispositions proposées qui appellent des commentaires de notre part.

1. Remarques générales

N'ayant pas été directement consultés, nous prenons toutefois la liberté de vous faire parvenir des observations spontanées. Nous nous fondons dans ce cadre sur le fait que l'avant-projet a une grande portée politique, financière, économique ou sociale, conformément à l'art. 3 al. 2 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (LCo ; RS 172.061 : voir

également le MCF du 22 janvier 2004 relatif à la loi fédérale sur la procédure de consultation, in FF 2004 485 ss, spéc. 500 et les exemples cités), ce qui autorise les associations concernées à participer à la présente consultation et à exprimer leur avis. Nous nous prévalons ici expressément de l'art. 4 al. 1 et 2 let. e LCo (voir également FF 2004 501). Cela étant exposé, nous nous déterminerons que sur les dispositions proposées qui appellent des commentaires de notre part.

2. Appréciation des dispositions proposées

2.1 Art. 5 AP-LCart

La proposition d'art. 5 AP-LCart repose sur la motion du Conseiller aux Etats Olivier Français intitulée : « 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 » (Motion 18.4282 ; ci-après : la Motion Français). Il est utile de rappeler que ce texte propose en substance de corriger les effets indésirables de la jurisprudence « Gaba-Elmex » (ATF 143 II 297), laquelle a validé une modification de la pratique de la Commission fédérale de la concurrence (ComCo) qui considère que les accords décrits à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart constituent en soi une restriction notable à la concurrence, ce qui a pour conséquence qu'il n'y a plus lieu de tenir compte de la portée réelle d'un accord et de déterminer un éventuel impact sur le marché pour être considéré comme illicite, car portant atteinte à la concurrence de manière notable.

Afin de corriger les effets indésirables de cette jurisprudence et de l'insécurité juridique qu'elle peut engendrer, la motion précitée proposait de la notion de « manière notable » dans le cadre de l'art. 5 LCart et d'y intégrer des critères qualitatifs et quantitatifs pour que l'autorité compétente établisse l'absence de concurrence efficace et dans ce cadre l'impact réel d'un accord ou d'une forme similaire de collaboration sur le marché.

L'art. 5 AP-LCart, tel que proposé, va dans le sens de la demande faite dans le cadre de la Motion Français, en ce sens qu'il institue des critères quantitatifs. En revanche, selon nous, la formulation telle que proposée en l'état laisse subsister une trop grande marge de manœuvre, dans la mesure où elle paraît conférer un rôle secondaire s'agissant des critères qualitatifs. Or, dès lors que la Motion Français poursuit comme but de corriger les effets de la jurisprudence « Gaba-Elmex », il est dans l'intérêt de la sécurité juridique que le libellé légal inclue expressément et au même niveau le critère qualitatif. Dans ces conditions, la disposition telle que proposée en les termes suivants :

« Art. 5 al. 1bis LCart

Lors de l'appréciation de l'importance de la détermination d'une restriction à la concurrence, l'autorité doivent prendre en compte dans chaque d'espèce critères qualitatifs et des critères quantitatifs. ».

Nous nous permettons également de relever que le rapport explicatif (ci-après : le rapport) contient un nombre important de considérations inexactes et mêmes contradictoires par rapport à l'article proposé, ce qui est pour le moins étonnant. Il nous paraît utile ici de rappeler que la Motion Français vise – à tout le moins implicitement – à un retour à la pratique antérieure à l'arrêt Gaba-Elmex. Or, le rapport laisse entendre qu'une éventuelle modification dans le cadre précité pourrait avoir des conséquences négatives tant sur le plan de la lutte contre les cartels que pour l'économie en général, car la ComCo ne serait plus en mesure de lutter efficacement contre les ententes, ce qui semble constituer une stratégie visant à provoquer la peur auprès des entités consultées et à les inciter à ne pas accepter la modification proposée, pourtant acceptée

préalablement par le Conseil national et le Conseil des Etats (rapport, pp. 15-16). Ce procédé est inacceptable et tend à fausser de manière notable la libre formation de l'opinion des entités consultées et, partant, de l'électeur. Pire encore, le rapport semble éluder la pratique alors en vigueur jusqu'à la décision « Gaba-Elmex », alors que l'examen de la pertinence d'une entente à l'aune de critères quantitatifs et de critères qualitatifs était la norme, comme cela ressort très clairement des directives de la ComCo antérieures à 2016, soit à la jurisprudence précitée. Plus particulièrement, l'affirmation péremptoire à teneur de laquelle il était impossible pour la ComCo de lutter efficacement contre les accords illicites entre 1996 et 2016 est erronée. En effet, le droit des cartels dans sa teneur antérieure à la jurisprudence « Gaba-Elmex » a permis de mettre en exergue de nombreux accords préjudiciables à une saine concurrence. En outre, cette jurisprudence n'autorise aucun changement de pratique concernant les présumés accords horizontaux, dans la mesure où elle a été rendue dans un cas d'espèce concernant des accords verticaux. Il résulte de ce qui précède que, non seulement, le Conseil fédéral doit impérativement procéder à des correctifs lorsqu'il sera appelé à rédiger le message qui accompagnera le projet de révision de la LCart, mais encore, la ComCo ne devra pas fausser dans ses directives la correcte application de la disposition proposée, si elle est adoptée par le Parlement fédéral.

Mais il y a plus. Le rapport mentionne également que la mise en œuvre de la Motion Français pourrait provoquer une augmentation des différences entre le droit suisse et le droit de l'Union européenne en matière de cartels (rapport, pp. 17-18). Là encore, cette affirmation prête largement le flanc à la critique. Outre le fait que la Suisse ne fait pas partie de l'Union européenne et que les Accords sectoriels ne lui imposent pas de reprendre les règles européennes en matière de cartels, c'est précisément la jurisprudence « Gaba-Elmex » qui provoqué un écart entre les deux législations précitées, dès lors que le droit suisse n'offre plus les mêmes garanties aux entreprises contre les éventuelles dérives de l'autorité compétente en matière de concurrence. Ainsi, dans ce cadre, le droit topique de l'Union européenne n'interdit que les restrictions (cartels ou accords similaires) qui déploient des effets « sensibles » sur la concurrence, ce qui résulte au demeurant très clairement de l'art. 101 al. 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (dans sa teneur dès le 9 mai 2008 ; JOCE 115, pp. 88-89, soit le fait de « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence [...] » ; ci-après : TCE), tout en tolérant les accords ou ententes qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs (a) et donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence (b), comme cela ressort de l'art. 101 al. 3 TCE. En d'autres termes, ces règles sont parfaitement comparables aux critères qui étaient appliqués en Suisse avant la jurisprudence litigieuse. Nous relevons également que les ordres juridiques des Etats membres de l'UE contiennent des garanties analogues. Tel est le cas par exemple en Allemagne dans le cadre de la loi fédérale du 26 août 1998 contre les restrictions à la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB ; Bbl 1998 I 2521]). En conclusion, au lieu de rapprocher le droit suisse de ses homologues européens en matière de lutte contre les restrictions à la concurrence, la jurisprudence « Gaba-Elmex » réalise exactement le contraire, si bien que, dans ce domaine, la Suisse est plus sévère que partout ailleurs en Europe.

Il y a également lieu de relever que la jurisprudence précitée ne tient pas compte des prévisions légales prévues par l'art. 5 al. 3 et 4 LCart, dans sa teneur actuelle, qui introduit des présomptions d'illicéité réfragables qui se fondent précisément sur des critères quantitatifs et des critères qualitatifs, ce qui ressort également des travaux préparatoires relatifs à la LCart (MCF du 23 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, in FF 1995 I 472, spéc. 552-553), lesquels précisent au demeurant qu'il convient pour l'autorité d'établir au cas par cas si l'accord ou l'entente analogue tend à affecter de manière notable ou à supprimer la concurrence. Or, la jurisprudence « Gaba-Elmex » a, en quelque sorte

dispensé l'autorité de fournir la preuve des critères quantitatifs. Autrement dit, le fardeau de la preuve incombe aux entreprises soupçonnées de faire partie d'un cartel illicite ou d'une entente illicite, ce qui est manifestement contraire à la volonté du législateur, ce d'autant que ce dernier a rejeté l'introduction d'une « présomption de culpabilité » lorsqu'il a refusé d'entrer en matière sur un projet de révision de la loi sur les cartels allant dans ce sens en 2014. Au surplus, à supposer qu'une inversion du fardeau de la preuve entre en considération, cela ne dispense aucunement l'autorité compétente de procéder à une enquête circonstanciée dans chaque cas d'espèce (FF 1995 I 552 ss). Il résulte de ce qui précède que l'intention du législateur n'était pas, comme indiqué de manière erronée dans le rapport, de lutter contre la surcharge de travail de la ComCo, en lui permettant de ne pas procéder à un examen circonstancié du cas d'espèce (rapport, p. 16), mais précisément de garantir la sécurité juridique en imposant un tel examen.

En outre, nous relevons qu'il convient de corriger les effets indésirables de l'arrêt « Gaba-Elmex » s'agissant de l'inversion de la charge de la preuve qu'il introduit à l'encontre des entreprises objets de la procédure et au bénéfice de la ComCo qui se voit ainsi libérée, à tout le moins implicitement, dès lors que cette jurisprudence n'emporte ni plus ni moins la suppression du critère de la « pertinence », ce qui revient à limiter l'examen à la justification de l'accord pour des raisons d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart). En effet, dans ce cadre, le pouvoir d'examen de la ComCo et des tribunaux est large, voire discrétionnaire, ce qui conduit à limiter drastiquement la marge de manœuvre de l'autorité de recours et surtout faire supporter aux entreprises concernées les conséquences négatives d'une absence ou d'un manque de preuves concrètes. Il suit de là que les affirmations péremptoires du rapport explicatif selon lesquelles la jurisprudence précitée n'entraîne pas de modification en ce qui concerne la charge de la preuve sont manifestement erronées (rapport, p. 14). Pour parer à ces problématiques, il convient d'intégrer dans la présente réflexion et le message à venir du Conseil fédéral les propositions formulées dans le cadre de la Motion Hans Wicki « Préserver le principe de l'instruction. Le fardeau de la preuve ne doit pas être renversé dans la loi sur les cartels » (Motion 21.4189).

Finalement, nous nous interrogeons sur la prise de position dans le rapport concernant les consortiums, lesquels ont toujours été considérés par la ComCo comme admissibles au regard du droit de la concurrence et au sujet duquel il est spécifié que l'arrêt Gaba n'entraîne pas de durcissement de l'évaluation des consortiums ni sous l'angle « juridique théorique » ni dans la « pratique effective » (rapport, p. 15). Nous nous permettons d'émettre de sérieux doutes à ce sujet, ce d'autant que dans le cadre d'un précédent projet de révision de la LCart, la ComCo a tenté de les interdire. Nous resterons très attentifs à ce sujet, ce d'autant que la ComCo envisage une révision de ses directives, en particulier de la communication PME (rapport, p. 16). Quoiqu'il en soit, la situation actuelle n'est pas suffisante, car elle dépend finalement des orientations que donnera la ComCo dans ses directives, laquelle a même rappelé qu'elle constituait une autorité indépendante (rapport, p. 15), ce qui laisse subsister des craintes raisonnables quant à la mise en œuvre de règles extra-légales sur le sujet. Il est à relever que les consortiums ont, par le passé, déjà fait l'objet d'examen par la ComCo (voir parmi d'autres, ComCo, Enquête 22-0385), selon une méthodologie compliquée pour les petites et moyennes entreprises (voir parmi d'autres, RPW 2021/1, pp. 90 ss), qui, dans le cadre du secteur de la construction, sont parfois contraintes de se regrouper pour obtenir des mandats que ce soit dans les marchés publics ou dans les adjudications privées. Sans précisions légales dans ce cadre, il est à craindre une nouvelle insécurité juridique qui risque de générer des décisions administratives ou judiciaires contraires à la volonté du législateur. Dès lors, il serait indispensable d'inclure les consortiums dans les travaux de mise en œuvre de la Motion Français.

2.2 Art. 12a AP-LCart

Nous nous opposons fermement à l'introduction d'une clause de report ou de suspension de la prescription civile présentée, là encore, erronément comme un bénéfice pour les entreprises qui font l'objet d'une procédure administrative en matière de restriction à la concurrence (rapport,

p. 25), mais qui vise en réalité à les dissuader de contester la décision de la ComCo devant les tribunaux.

2.3 Art. 42 al. 2 et 3 AP-LCart

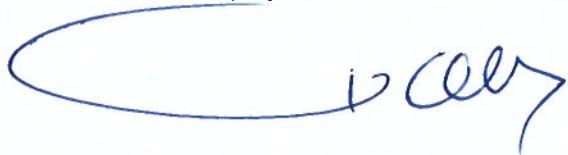
La possibilité de procéder des fouilles corporelles va bien trop loin et constitue une atteinte disproportionnée aux droits des personnes concernées. A tout le moins, cette mesure – tout comme d'ailleurs les perquisitions – devraient faire préalablement l'objet d'un mandat délivré par un magistrat judiciaire.

3. Autres remarques

En sus des propositions faites dans le cadre de la consultation relative à l'avant-projet tendant à respecter le principe général de la présomption d'innocence, il nous paraît indispensable de préserver de manière légale les intérêts des entreprises objets d'une enquête de la ComCo en introduisant dans la LCart une interdiction de principe de publier les noms ou les raisons sociales des entités concernées jusqu'à la notification de la décision finale.

En vous remerciant de prendre note de ce qui précède, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre respectueuse considération.

David Equey



Directeur adjoint
Docteur en droit
Titulaire du brevet d'avocat
DEA/CAS Droit-HEC-IPSC Nouvelles technologies
DEA/CAS Académie suisse de la magistrature
DEA/CAS Fiscalité des PME

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per Mail an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Zürich, 11. März 2022

Vernehmlassungsantwort

Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG)

Sehr geehrte Damen und Herren,

GastroSuisse, der grösste Branchenverband der Schweiz mit rund 20 000 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.) in allen Landesgegenden, organisiert in 26 Kantonalsektionen und vier Fachgruppen, nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Würdigung

Als Mitinitiant der Fair-Preis-Initiative und im Interesse gastgewerblicher Betriebe setzt sich GastroSuisse für einen fairen Wettbewerb ein. Das Verbot wettbewerbswidriger Vertragsklauseln von Online-Buchungsplattformen ([RPW 2016/1](#) und [Änderung UWG](#)) und das Verbot von nicht staatlich angeordneten Geoblocking-Massnahmen (privates Geoblocking) im UWG kommen diesem Anliegen entgegen und geben der Digitalisierung und Innovation im Schweizer Tourismus den notwendigen rechtlichen Rahmen. Zudem schützt das neu eingeführte Konzept der relativen Marktmacht im Kartellgesetz (KG) Unternehmen aus der Schweiz vor Schweiz-Zuschlägen. Diese können sich nun besser gegen überhöhte Preise von ausländischen Lieferanten wehren, indem die Bezugskanäle im Ausland offenstehen.

In Märkten, die konzentriert sind und in denen einzelne Unternehmen hohe Marktanteile aufweisen, können Unternehmenszusammenschlüsse volkswirtschaftlich schädlich sein. Mit der Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle beabsichtigt der Bundesrat die schädlichen Auswirkungen von Zusammenschlüssen, wie etwa einer Erhöhung der Preise, einer Verschlechterung der Qualität oder der Verdrängung von Wettbewerbern, effizienter zu bekämpfen. In diesem Zusammenhang begrüsst GastroSuisse den geplanten Wechsel vom Marktbeherrschungstest zum SIEC-Test (Significant Impediment to Effective Competition) der EU-Behörden und die damit einhergehenden Gesetzesänderungen. Auch die Stärkung des Kartellzivilrechts und die Verkürzung des Widerspruchsverfahrens sind aus Sicht des Branchenverbands notwendige Anpassungen. Um dem Anspruch eines effizienten und zukunftsweisenden Kartellrechts umfassend Rechnung zu tragen, schlägt GastroSuisse zur Umsetzung der Motionen Fournier und François wichtige Änderungen vor.

III. Ordnungsfristen und Parteientschädigungen (Motion 16.4094 Fournier)

GastroSuisse lehnt die Einführung von Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren nicht grundsätzlich ab. Eine Beschleunigung des Verfahrens darf aber nicht auf Kosten der Qualität der Ermittlungen und Entscheidungen erfolgen. Die zweite angenommene Forderung der Motion 16.4094 Fournier betrifft die Einführung einer Entschädigung der Parteien für die Kosten der Verwaltungsverfahren. Gemäss SECO soll diese neue Regelung Abhilfe dafür schaffen, dass kartellrechtliche Untersuchungen «aufgrund der verfahrensrechtlichen Zwänge eine genaue Analyse erfordern und daher mehrere Jahre dauern können». **Sofern das Untersuchungsverfahren durch die Wettbewerbskommission (WEKO) ohne**

Folgen ganz oder teilweise eingestellt wurde, soll neu den betroffenen Unternehmen zu Lasten der Staatskasse eine Parteienentschädigung auch für die erste Instanz zustehen. GastroSuisse lehnt diese Änderung ab. Der Branchenverband ist der Meinung, dass es für eine Untersuchung der WEKO keine Abhilfe geben muss. Wenn dies der Fall wäre, würden weniger Untersuchungen eingeleitet und Missstände würden in der Folge seltener aufgedeckt. Die WEKO soll weiterhin genau prüfen können, ob und in welchem Umfang ein Unternehmen gegen die Vorschriften verstösst, ohne befürchten zu müssen, dass dies den Bund teuer zu stehen kommt. Der Bundesrat schätzt, dass die Spannweite der Kostenfolgen von Fall zu Fall gross sein dürfte. Zudem sind kartellrechtliche Verfahren häufig aufwändig und richten sich gegen viele Parteien, was zu hohen Parteienentschädigungen führen kann. Der Kosten- und Zeitdruck, den der Vorstoss der WEKO auferlegen will, würde die Qualität der Untersuchungen erheblich beeinträchtigen.

IV. Präzisierung von Artikel 5 KG (Motion 18.4282 Français)

Die Motion 18.4282 Français fordert, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede stets anhand qualitativer und quantitativer Kriterien geprüft werden muss. Neu müsste die WEKO die Tragweite von harten Kartellen (Preis-, Gebiets- und Mengenabreden) umfassend nachweisen, wenn sie gegen Abreden zwischen Unternehmen vorgehen will. Damit wird der Anwendungsbereich des Art. 5 KG massiv eingeschränkt. Der Bundesgerichtsentscheid in Sachen Gaba/Elmex (BGE 143 II 297) hat bezüglich der Anwendung der Bestimmungen über unzulässige Wettbewerbsabreden insofern Klarheit gebracht, als eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich bei den fünf Typen von harten Abreden gegeben ist, die in Artikel 5 Absätze 3 und 4 KG aufgeführt sind. Diese fünf Arten hat der Gesetzgeber selbst als besonders schädlich bezeichnet. Wenn diese fünf Arten von harten Abreden im Einzelfall nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind (Art. 5 Abs. 2 KG), sind sie grundsätzlich unzulässig. Somit sollte auch Unternehmen klar sein, ob und wann eine Abrede unzulässig ist. Zudem kann ein Unternehmen der WEKO geplante Verhaltensweisen, die allenfalls als unzulässige und direkt sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden könnten, vor deren Umsetzung melden (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG). Mit der geplanten Revision des KG soll das Widerspruchsverfahren sogar von 5 auf 2 Monate gekürzt werden, um für die Unternehmen einen zusätzlichen Anreiz zu schaffen, davon Gebrauch zu machen.

Wie das SECO im Bericht zur Vernehmlassung schreibt, dürfte mit der Stärkung des Kartellzivilrechts ohnehin schon eine höhere Anzahl an entsprechenden Gutachten auf die WEKO zukommen. Diese Zahl könnte sich darüber hinaus mit Inkrafttreten der Regelungen zur relativen Marktmacht zum 1. Januar 2022 zusätzlich erhöhen. Allein aufgrund dieser Entwicklungen erwartet das SECO eine Überlastung der WEKO. Die geplante Umsetzung der Motion Français würde zu einer weiteren Überlastung beitragen. Dabei erweist sich eine Änderung von Artikel 5 des Kartellgesetzes gemäss Motion Français als obsolet. Dank dem verkürzten Widerspruchsverfahren erhalten Unternehmen innert kürzester Zeit eine Rückmeldung dazu, ob Ihre geplanten Verhaltensweisen zulässig sind oder nicht. **Deshalb schlägt GastroSuisse analog zur WEKO eine alternative Umsetzung vor, welche das zentrale Anliegen des Motionärs aufgreift: die Rechtssicherheit bei der Bildung von Arbeitsgemeinschaften. Es sind spezifische Regeln für zulässige Arbeitsgemeinschaften und gegen das Aufgreifen von Bagatellfällen vorzuziehen. Das Kartellgesetz ist durch einen Art. 4 Abs. 1^{bis} und einen Art. 27 Abs. 1^{bis} KG zu ergänzen, welche in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften Klarheit schaffen.**

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung der Haltung von GastroSuisse.

Freundliche Grüsse



Casimir Platzer
Präsident



Daniel Borner
Direktor

GastroSuisse
Für Hotellerie und Restauration
Pour l'Hôtellerie et la Restauration
Per l'Albergheria e la Ristorazione

Wirtschaftspolitik
Blumenfeldstrasse 20 | 8046 Zürich
T +41 44 377 52 50
wipo@gastrosuisse.ch | www.gastrosuisse.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

9. März 2022

Stellungnahme Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Unsere Stellungnahme bezieht sich insbesondere auf die Umsetzung der Motion Français (Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG). Mit den übrigen Änderungsvorschlägen der Vorlage sind wir einverstanden.

Die Motion Français, wonach ausdrücklich qualitative und quantitative Kriterien zur Beurteilung der Erheblichkeit hinzugezogen werden müssen, verlangt eine Korrektur der negativen Folgen des Gaba-Urteils, schafft Rechtssicherheit und senkt den Compliance-Aufwand für Unternehmen. Dennoch muss die Vorlage aus zwei Gründen überarbeitet werden.

Erstens trägt der Vorschlag dem Umstand wenig Rechnung, dass beide Kriterien gleichwertig beurteilt werden sollen. Zweitens sind die Ausführungen im erläuternden Bericht zu Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG in weiten Teilen inhaltlich unzutreffend. Wir fordern, dass diese im Hinblick auf die anschliessende Botschaft dringend überarbeitet werden.

Qualität und Quantität müssen gleichwertig behandelt werden

Mit Artikel 5 Abs. 1^{bis} VE-KG soll das Erfordernis einer quantitativen Überprüfung der Erheblichkeit wieder hergestellt werden. Die vorgeschlagene Formulierung lässt jedoch zu viel Spielraum, indem quantitative Kriterien zwar berücksichtigt, ihnen aber weiterhin eine untergeordnete Rolle gegenüber qualitativen Kriterien zugewiesen werden kann.

Gerade weil es sich bei der Motion um eine ausdrückliche Korrektur des Gaba-Urteils¹ handelt, ist es im Interesse der Rechtssicherheit, dass das Erfordernis einer ausgewogenen Prüfung der beiden Kriterien auch explizit in die Formulierung aufgenommen wird.

Aus diesen Gründen fordern wir, Artikel 5 Abs. 1^{bis} VE-KG wie folgt zu ändern:

Art. 5 Abs. 1^{bis}

1^{bis} Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind immer qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Sie ist auf jeden Fall zu beurteilen.

¹ BGE 143 II 297.

Dringender Korrekturbedarf bei den Erläuterungen

Der erläuternde Bericht enthält im Zusammenhang mit der Umsetzung der Motion eine Vielzahl von inhaltlich unzutreffenden Aussagen. Diese müssen im Hinblick auf die Botschaft dringend korrigiert werden. Einige besonders kritische Aussagen werden im Folgenden diskutiert.

Die Motion 18.4282 verlangt die Rückkehr zu einer bewährten Praxis

Der Vernehmlassungsbericht legt nahe, dass eine mögliche Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) im Sinne der Motion 18.4282 negative Folgen sowohl für die Kartellbekämpfung als auch für die Gesamtwirtschaft hätte. Die Wettbewerbskommission (WEKO) wäre dann nicht mehr in der Lage, Kartellabsprachen effektiv zu bekämpfen. Das ist eine unnötige «Angstmacherei». Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede unter Berücksichtigung von sowohl qualitativen als auch quantitativen Kriterien war die Norm, bis das Bundesgericht den Bundesgerichtsentscheid (BGE) Gaba vorlegte. Die Formulierungen der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) der WEKO von vor 2016 sind ein sehr klarer Beleg dafür. Aus den in der VertBek beschriebenen Richtlinien und Praktiken der WEKO geht eindeutig hervor, dass die Beurteilung einer Abrede im Einzelfall unter sowohl qualitativen als auch quantitativen Aspekten möglich ist. Die Aussage, eine wirksame Bekämpfung von schlimmen Abreden sei zwischen 1996 und 2016 unmöglich gewesen, trifft ebenfalls nicht zu. Die WEKO und die Gerichte haben zahlreiche schädliche Abreden zwei Jahrzehnte lang erfolgreich verhindert und dazu kommuniziert. Im Übrigen gestattet der BGE Gaba, da er vertikale Abreden betrifft, keine Änderung der Praxis bei der Beurteilung von horizontalen Abreden. Diese unglaublich weite Auslegung, welche die WEKO sich zu eigen gemacht hat, stellt das eigentliche Problem für eine gesunde Konkurrenz dar. Daher betonen die Unterzeichnerverbände der vorliegenden Stellungnahme, dass es nach der Änderung des KG im Sinne des oben dargelegten Vorschlags dringend notwendig sein wird, auch die Bekanntmachungen und Richtlinien der WEKO zu überarbeiten.

Ausserdem heisst es im Vernehmlassungsbericht, die Anwendung der Motion 18.4282 würde zu erhöhten Divergenzen mit dem Recht der Europäischen Union (EU) führen. Hierzu ist zu betonen, dass das EU-Recht Absicherungen vorsieht, die das schweizerische Recht seit dem BGE Gaba nicht mehr kennt. In diesem Zusammenhang untersagt das EU-Recht nur Beschränkungen, die «spürbare» Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, was insbesondere in der *Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung)*, der Europäischen Kommission konkretisiert wurde. Diese Praxis lässt sich mit dem Erheblichkeitskriterium vergleichen, das in der Schweiz bis zur Veröffentlichung des BGE Gaba/Elmex angewendet wurde. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU enthalten analoge Absicherungen, beispielsweise in Deutschland das *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*. Somit erreicht der BGE Gaba statt einer Annäherung des schweizerischen an das EU-Recht das genaue Gegenteil, und die juristische Praxis in der Schweiz ist nun so unausgewogen und starr wie sonst nirgends in Europa.

Gaba-Urteil widerspricht Willen des Gesetzgebers

Bei den in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten Tatbeständen wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Die Vermutung kann widerlegt werden. In der Folge stellt sich die Frage, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird oder bloss unerheblich (Art. 5 Abs. 1 KG). Zur Beurteilung einer Wettbewerbsabrede erachtete es der Gesetzgeber als massgebend, «ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt [wird], ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig»².

Der Gesetzgeber verlangt somit im Grundsatz, dass im Einzelfall neben den qualitativen Kriterien, welche sich aus dem Gesetzestext ergeben, auch quantitative Kriterien (z.B. Marktanteile, Umsätze, etc.) hinzugezogen werden.

In Bezug auf das Kriterium der Erheblichkeit hatte nun das Bundesgericht in Sachen Gaba festgestellt, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG dieses grundsätzlich erfüllen würden und es genüge, wenn Abreden den Wettbewerb beeinträchtigen könnten.³ Zur Entlastung der Verwaltung könne somit dann auf die Prüfung der quantitativen Kriterien verzichtet werden, wenn die Bestimmung der Erheblichkeit bereits nach qualitativen Kriterien aus dem Gesetzestext möglich sei.⁴

Diese Auslegung des Bundesgerichts widerspricht aber dem Willen des Gesetzgebers, welcher von einer grundsätzlichen Einzelfallprüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien bei der Bewertung der Auswirkungen einer Abrede ausging. Das Parlament bestätigte diese Ausrichtung ausdrücklich, als es 2014 den Entwurf zur Revision des KG prüfte und den Entwurf auf dieser Grundlage ablehnte.

Auch wenn bei der Widerlegung der Vermutung das Vorliegen einer Erheblichkeit «[i]n der Regel» zutreffen dürfte,⁵ lässt sich nicht daraus schliessen, dass diese ohne Einzelfallprüfung stattfinden darf.⁶

Die Absicht des Gesetzgebers war es gerade nicht, wie fälschlicherweise im erläuternden Bericht aufgeführt, die WEKO zu entlasten, indem auf eine differenzierte Erheblichkeitsprüfung verzichtet werden kann,⁷ sondern die Rechtssicherheit durch eine im Grundsatz zu erfolgende Einzelfallprüfung zu gewährleisten.

Faktische Beweislastumkehr durch Gaba-Urteil

Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede ist durch die WEKO zu beweisen. Mit dem Wegfall der Erheblichkeitsprüfung gemäss Erwägungen des Bundesgerichts in Sachen Gaba, verbleibt einzig zu prüfen, ob eine Abrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 2 KG). Bei der Beurteilung, ob solche Gründe vorliegen, verfügen WEKO und die Gerichte aber über einen grossen Ermessensspielraum, der kaum gerichtlich überprüft werden kann. Fehlen konkrete Beweise für die Rechtfertigungsgründe, tragen die betroffenen Unternehmen die negativen Folgen dieser Beweislosigkeit. Faktisch führt der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung somit zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Die Aussage

² Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995, 555.

³ BGE 143 II 297 E. 5.1-5.3 S. 313 ff. und E. 5.6 S. 325.

⁴ BGE 143 II 297 E. 5.2.1 f. S. 315 f.

⁵ BBl 1995, 565 f.

⁶ Vgl. auch Emch/Gottret, 376.

⁷ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

im erläuternden Bericht, wonach der Gaba-Entscheid keine Änderung der Beweislast zur Folge hat, ist deshalb falsch.⁸

Hohe Rechtsunsicherheit für Arbeitsgemeinschaften (ARGEs)

Das Sekretariat der WEKO hatte in der Vergangenheit stets betont, sie erachte ARGE «als typischerweise kartellrechtlich zulässig».⁹ Gemäss Vorlagenbericht spiele die Frage der Erheblichkeit und damit die Auswirkung des Gaba-Entscheids im Falle von ARGEs «praxisgemäss keine Rolle».¹⁰ Umgekehrt erhöhe die Motion die Rechtsunsicherheit, den Verwaltungsaufwand und liesse, im Widerspruch zum indirekten Gegenvorschlag der Fair-Preis-Initiative, gar eine „Abschottung des Schweizer Marktes“ zu.¹¹

Sämtliche Aussagen sind unzutreffend. Da die kartellrechtliche Beurteilung von ARGEs weder im Gesetz noch durch ein Bundesgerichtsurteil geklärt worden ist, besteht Rechtsunsicherheit. Die Zusicherungen des Sekretariats der WEKO entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Auch war die Erheblichkeitsprüfung in der Vergangenheit sehr wohl Gegenstand bei der Beurteilung von ARGEs.¹² Weiter werden ARGEs neuerdings anhand einer komplizierten und für kleine Unternehmen nicht einfach erschiessbaren Methodik beurteilt.¹³ Würde die Erheblichkeitsschwelle durch die Motion Français wieder eingeführt, entstünde für Kleinunternehmen ein zusätzlicher Schutz vor unerwarteten Sanktionen. Zudem senkt das Anliegen der Motion den Aufwand für Behörden, da dank der Erheblichkeitsschwelle Bagatellfälle ohne aufwendige Sachverhalts- und Effizienzprüfungen ausgeschlossen werden können. Dagegen hat der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung den Compliance-Aufwand gerade bei grundsätzlich zulässigen vertikalen Abreden massiv erhöht, weil die Abreden über eine komplexere Struktur verfügen und die besagten rechtlichen Unsicherheiten bestehen. Der indirekte Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative betrifft nur marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen.

Die Feststellung einer vorliegenden (relativen) Marktmacht setzt quantitative Analysen zwingend voraus, was gerade das Kernanliegen der Motion darstellt.

Wir nutzen die Gelegenheit ebenfalls, um auf ein für uns zentrales Anliegen zu verweisen. Der Ständerat hat in der Wintersession 2021 die von Hans Wicki eingebrachte **Motion 21.4189 «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz»** mit deutlicher Mehrheit angenommen. Sobald der Nationalrat die Motion ebenfalls annimmt, sollte ihr Anliegen umgehend umgesetzt werden.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die wohlwollende Berücksichtigung unserer Position.

Freundliche Grüsse



Urs Hanselmann
Projektleiter Technik

⁸ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

⁹ RPW 1/2021, S. 114 Rz. 150.

¹⁰ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 16.

¹¹ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 16.

¹² WEKO-Verfügung in Sachen „Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Untersuchung 22-0385

¹³ RPW 2021/1, S. 90 ff – Dauer-ARGE Graubünden.

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Berne, le 11 mars 2022

Procédure de consultation : Révision partielle de la loi sur les cartels

Mesdames et Messieurs,

I Considérations générales

HotellerieSuisse soutient la proposition soumise par le Conseil fédéral pour la révision partielle de la loi en titre avec une différence majeure concernant la mise en application de la motion 18.432 Français. L'association renonce à commenter toutes les propositions de révision pour se concentrer sur les deux points suivants.

II Dans le détail

Mise en œuvre de la motion 16.4094 Fournier

HotellerieSuisse salue les délais d'ordre plus courts introduits pour les procédures administratives devant les autorités de la concurrence et les tribunaux : 30 mois pour la COMCO, 18 mois pour le Tribunal administratif et 12 mois pour le Tribunal fédéral. L'association est cependant favorable à **un délai de 24 mois pour la COMCO**. En effet, l'expérience faite dans le cadre de l'enquête sur les clauses de parité dites larges entre les plateformes de réservation en ligne et la branche hôtelière montre que, dans un environnement international en mouvement (l'hôtellerie est une branche d'exportation et ses concurrents sont localisés à l'étranger) et de surcroît dans le secteur technologique des plateformes, secteur en constant développement, un délai de réponse de 30 mois reste encore trop long. Ce délai accentue le désavantage économique des entreprises suisses vis-à-vis de la concurrence étrangère et l'insécurité juridique.

Mise en œuvre de la motion 18.4282 Français

HotellerieSuisse n'est **pas favorable à la mise en œuvre proposée** de la motion Français. Comme le montre le rapport du Conseil fédéral, les inquiétudes de ses partisans quant à l'avenir des consortiums dans la construction sont en partie infondées. Afin de tenir cependant compte de la décision du parlement, **l'association est ouverte à une précision de la loi pour lever ces inquiétudes**.

La prise en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord signifie un affaiblissement de la loi sur les cartels avec la **réintroduction possible des accords dits durs** (accords horizontaux sur les prix, les quantités et la répartition géographique, imposition verticale de prix et protection territoriale absolue). Ces accords nuisibles permettent de cloisonner le marché suisse, d'empêcher les importations parallèles avec à la clé la **(ré-)introduction de prix surfaits pour les PME** en contradiction avec l'acceptation du contre-projet indirect à l'initiative sur des prix équitables par le parlement et le but de lutter contre l'îlot de cherté. L'examen de la notion d'atteinte notable à la concurrence des accords augmentera notablement la **longueur des procédures et leurs**

coûts pour les entreprises. Enfin, la mise en œuvre proposée de la motion Français n'assurera **pas plus de sécurité juridique**. Bien au contraire, il sera difficile pour les entreprises ayant une petite part de marché d'estimer si les accords présentent une atteinte notoire à la concurrence.

Nous vous remercions de prendre en compte ces considérations et restons à votre disposition pour toute question.

Meilleures salutations

HotellerieSuisse



Claude Meier
Directeur



Nicole Brändle Schlegel
Responsable Travail, Formation et Politique
Membre de la direction

(HS/ABP/CHA/09.03.2022)



INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION

ANTITRUST SECTION

**COMMENTS TO THE STATE SECRETARY FOR ECONOMIC AFFAIRS,
ECONOMIC POLICY DIRECTORATE, SWITZERLAND, REGARDING:**

PARTIAL REVISION OF THE CARTEL ACT (2022) DATED 24 NOVEMBER 2021

March 18, 2022

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION
ANTITRUST SECTION

**COMMENTS TO THE STATE SECRETARY FOR ECONOMIC AFFAIRS,
ECONOMIC POLICY DIRECTORATE, SWITZERLAND, REGARDING:**

PARTIAL REVISION OF THE CARTEL ACT (2022) DATED 24 NOVEMBER 2021

1. Introduction

- 1.1 The Merger Working Group (“MWG”) of the Antitrust Section of the International Bar Association (“IBA”) is making the following submission in relation to the draft revision of the Swiss Cartel Act (the “Draft”), which was published by the State Secretary for Economic Affairs on 24 November 2021. While the draft also includes revision of other parts of the Swiss Cartel Act, the MWG limits its comments to the merger control aspects of the proposed revision.

2. About the IBA

- 2.1 The IBA is the world’s leading international organisation of legal practitioners, bar associations, and law societies. As the “global voice of the legal profession”, the IBA contributes to the development of international law reform and shapes the future of the legal profession throughout the world. It has a membership of more than 80,000 individual lawyers from over 170 countries, including significant membership from Switzerland, and it has considerable expertise in providing assistance to the global legal community.¹
- 2.2 The IBA’s Antitrust Section includes competition law practitioners around the world, including Switzerland, with a wide range of jurisdictional backgrounds and professional experience. Such varied experience places the Antitrust Section in a unique position to provide a comparative analysis for the development of competition laws, including through submissions developed by its working groups, such as the MWG, on various aspects of competition law and policy.²
- 2.3 The MWG consists of legal practitioners from around the world with extensive experience in merger control in their respective jurisdictions, including Switzerland, and in respect of cross-border matters. It has prepared numerous submissions to governments and competition agencies around the world over the past 15 years.³

3. Notification exemption for transactions notified to the European Commission

- 3.1 The MWG observes that over the last decade the number of jurisdictions with a merger control regime and/or foreign direct investment controls has been constantly increasing.

¹ See <https://www.ibanet.org/>.

² See <https://www.ibanet.org/LPD/Antitrust-Section/Antitrust/Default.aspx>.

³ See <https://www.ibanet.org/LPD/Antitrust-Section/Antitrust/WorkingGroupSubmissions.aspx#filter=mergers>.

This had led to a significant burden for companies involved in international transactions and efforts to ensure that regulation is efficient as well as effective are therefore welcomed by the MWG. The simplification of national merger control regimes and notification obligations save resources for national competition authorities, as well as the companies involved in such transactions.

- 3.2 The Draft proposes to provide for an exemption of the regular notification obligation if the transaction is already subject to review by the European Commission (“EC”), and if at the same time all affected markets can be qualified as at least EEA-wide (including Switzerland). In such a situation, it would be sufficient to provide a copy of the submitted Form CO to the Swiss Competition Commission (ComCo). The MWG appreciates the underlying rationale of the proposed notification exemption and reliance on the determinations about the geography of relevant markets by the EC.
- 3.3 However, the MWG has some concerns regarding the practicability and application of the proposed exemption in real-life transactions. The MWG is concerned that the exemption will be difficult to apply and can lead to uncertain situations, in particular for the timing of a transaction, with the result that many companies will likely decide to make a Swiss filing on a cautionary basis rather than seek to rely on the exemption. In particular, it is a concern that ComCo’s Secretariat can unilaterally decide that a notification nevertheless must be submitted if it deems that one of the markets was wrongfully considered as EEA-wide. This could significantly delay the notification time-table and possibly delay the closing, if an additional notification must be prepared and submitted. As a result, in practice, the new rules (proposed in Article 9 paras 1^{bis} and 1^{ter} of the Draft) would likely only be used in transactions where the merging parties have a lot of time for the closing deadline, which would allow them to accept a delay in the closing of a transaction by several weeks.
- 3.4 Based on the experience of the MWG's members, it is critical to have clear and easy-to-apply thresholds, as well as legal certainty with regard to the filing notification obligation. Uncertainties that can cause potential delays will incentivise some companies to choose to notify directly in Switzerland, and the resource savings contemplated by the exception not being realised by the parties or ComCo.
- 3.5 The International Competition Network (of which ComCo is a longstanding and active member) has issued Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures which indicate that filing thresholds should be based on objectively quantifiable criteria and based on readily accessible information (e.g. financial thresholds are preferred over market share thresholds because of the difficulties involved in determining markets and market shares before a review has been completed)⁴. The MWG considers that these principles are also relevant to exemptions from notification obligations.
- 3.6 The proposed notification exemption relies on an assessment of the relevant geographic market definition to determine if one of the markets is national in scope versus EEA-wide or broader). For many cases there will be no established precedent. This makes

⁴ See ICN Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures, Working Group Comments, Sections II.E and F, available at https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf

the ex ante assessment difficult and lacking in legal certainty for companies (and for ComCo).

- 3.7 The MWG understands that the Draft does not foresee the provision of a mechanism to obtain a fast and reliable ruling on the correct geographic scope of a particular market.⁵ Furthermore, the determination of the notification obligation under the proposed exemption would become significantly more complex and costly. Having to verify all possibly affected markets (which in some cases may be several dozens or even hundreds of markets) requires an extensive analysis of all possible activities of the parties in Switzerland and the potentially relevant markets; and even if only one national market is defined, the obligation to notify remains.
- 3.8 In addition, the MWG notes that the possibility of the ComCo to revive the notification obligation at any point in time (given that there seems to be no fixed deadline for the authority) raises potential concerns. A revival of the reporting obligation would be based on a rough assessment by the authority (and this decision could not effectively be challenged), according to which at least one market may have to be defined nationally after all. Since there is no deadline for such a decision, the reporting obligation could be revived potentially weeks after submitting the Form CO to the ComCo, disrupting the timeline for closing of the transaction.
- 3.9 Based on the concerns described above, the MWG respectfully suggests to further clarify the procedure, including an early deadline for any action by ComCo to deny the exemption, and establishment of a swift and binding pre-ruling mechanism on the exemption from the notification obligation.

4. Introduction of the SIEC test

- 4.1 The Draft suggests to replace the current material "qualified dominance test" with the Significant Impediment to Effective Competition test ("SIEC" test), which is used in the EU and certain other jurisdictions.
- 4.2 In general, the MWG welcomes convergence of principles and tests across jurisdictions. However, it would be considerably more helpful if the Draft were to clarify that the test is in fact to be applied in the same manner as in the EU. More specifically, it is suggested that the new law or the accompanying message by the Federal Council clarify the role of EU SIEC precedents when applying the text in Switzerland and that there will be no additional "Swiss Finish". This will allow notifying parties to rely on the extensive EC case law and practice in this respect.
- 4.3 The MWG also respectfully submits that the introduction of the SIEC test should not lower the threshold for intervention in general, but only cover the so-called "gap" cases, i.e. cases of unilateral effects below the market dominance threshold.
- 4.4 In addition, in light of the fact that the ComCo will have significant discretion when applying the SIEC test, the MWG respectfully suggests that it would be appropriate to provide some (ideally binding) guidance on the future interpretation and application of

⁵ Opinions by the Secretariat of the ComCo are, so far as the MWG understands, not available within short periods of time (1-2 weeks) and are not binding for the ComCo.

the new test, or to indicate whether the guidance available in the EC is also fully applicable in Switzerland.

5. Extension of deadlines

- 5.1 The proposed Draft introduces the possibility to extend the time limit in merger control proceedings, which would allow the alignment of the time limit with procedures of the EC. The MWG notes that the timing of the EC procedure is by international standards already long on average, in particular at Phase 2 and also in the potentially lengthy pre-filing consultation process. The result of this change is likely to make many merger reviews longer and less efficient in Switzerland.
- 5.2 Generally, national competition authorities make their own decisions on their own timelines and the merging parties typically take into account those timelines in their transaction planning and the implementation of merger filings. An alignment with other jurisdictions that involves slowing down, rather than speeding up, only seems useful where there is an actual need to coordinate substantively (e.g. for the coordination of merger remedies in supra-national markets). Insofar as the ComCo is reviewing and assessing specific issues in markets within Switzerland, there normally would be no need or justification to delay in order to achieve alignment, given that the ComCo can decide such matters itself.
- 5.3 Therefore, the MWG respectfully submits that the possibility to extend the time limit should only be applicable in specific and limited situations with an objective reason to coordinate procedures such as for merger remedies that have multi-jurisdictional aspects or where requested by the merging parties to achieve alignment.

6. Entry into force and retroactive application

- 6.1 The MWG notes that according to Article 62 para. 1 of the Draft, the new Cartel Act would be applicable to all notifications made after the new law has entered into force. We assume that this refers to the submission of the complete notification. In the MWG's experience, the date at which a notification is considered by the ComCo to be complete can sometimes be affected by factors outside of the control of the merging parties. For example, the competition authority could request extensive pre-notification communications, which delay the completeness of the notification. The MWG suggests that the date of the signing of a transaction is a more appropriate and objective point in time in order to determine which rules should be applicable to the transaction.
- 6.2 The MWG therefore recommends an amendment to Article 62 para. 1 of the Draft Cartel Act to reflect this change.

.....

Per E-Mail an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 11. März 2022 MW/ps

Stellungnahme Teilrevision des Kartellgesetzes - KG

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zu obenerwähnter Angelegenheit Stellung beziehen zu können.

Obenerwähnte Vorlage ist für unsere Branche von grosser Bedeutung. Ihr Vernehmlassungsentwurf wurde in verschiedenen Fach- und Leitungsgremien unserer Konferenz eingehend diskutiert.

Nach reiflichen Überlegungen hat sich unsere Konferenz entschieden, die von den Organisationen Schweizerischer Gewerbeverband – SGV, bauenschweiz und constructionromande ausgearbeitete Stellungnahme vollumfänglich zu unterstützen. Insbesondere vertreten wir die Überzeugung, dass bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung immer qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind und die Erheblichkeit in jedem Fall zu beurteilen ist.

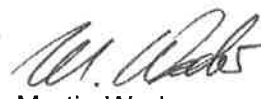
Wir bitten Sie, unsere Anliegen zu berücksichtigen und stehen Ihnen bei Fragen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

KSE



Lionel Lathion
Präsident



Martin Weder
Geschäftsführer

Beilage: Stellungnahme der Organisationen Schweizerischer Gewerbeverband – SGV, bauenschweiz und constructionromande vom 11.03.2022



Stiftung für Konsumentenschutz
Nordring 4
Postfach
3001 Bern

Staatssekretariat für Wirtschaft
SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern
Per E-Mail: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Rückfragen:

André Bähler, Leiter Politik und Wirtschaft
a.baehler@konsumentenschutz.ch; 031 370 24 21

Bern, 10. März 2022

Vernehmlassung Teilrevision Kartellgesetz

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Stiftung für Konsumentenschutz dankt Ihnen für die Gelegenheit, zur Teilrevision des Kartellgesetzes Stellung nehmen zu können.

1. Grundsätzliches

Der Konsumentenschutz steht der Teilrevision des Kartellgesetzes grundsätzlich positiv gegenüber – eine Ausnahme bildet die Umsetzung der Motion Français. Wir beschränken uns bei unseren Ausführungen auf die Umsetzung der erwähnten Motion sowie den Anpassungen bei der Zusammenschlusskontrolle und der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellgesetzes.

2. Bemerkungen zu einzelnen Themenbereichen

2.1. Umsetzung Mo. Français (Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG)

Seit dem «GABA-Urteil» von 2016 (BGE 143 II 297) befürchten offenbar gewisse Kreise, insbesondere aus der Baubranche, dass die Bildung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) und anderen Kooperationsformen unangebrachte kartellrechtliche Sanktionen nach sich ziehen könnten. Die Befürchtung ist unbegründet (vgl. dazu z.B. den [Bericht des WBF](#) an die WAK-S vom 13. Oktober 2020), dennoch hat das Parlament die Motion Français überwiesen.

Das in der Motion verlangte *Mittel* zur Zielerreichung, nämlich *generell* bei der Beurteilung von Abreden nach Art. 5 KG «quantitative und qualitative Kriterien» zu berücksichtigen, schiesst jedoch weit über das Ziel (Rechtssicherheit für ARGE) hinaus und hätte folgende negative Konsequenzen:

- Besonders schädliche Abreden (horizontale und vertikale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden) wären teilweise wieder zulässig, bzw. bewegen sich mindestens über längere Zeiten in Grauzonen. Damit könnten insbesondere internationale Konzerne den Schweizer Markt wieder leichter mittels Abreden (Art. 5 KG) abschotten; zum Beispiel Parallelimporte in die Schweiz behindern und überhöhte Preise zulasten der Schweizer Unternehmen und KMU durchsetzen. Das stünde im Widerspruch zur Ergänzung von Art. 7 KG, die das Parlament im Frühjahr 2021 mit grossem Mehr beschlossen hat (Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative).
- Die Prüfung der Erheblichkeit von Abreden ist klassisches Ökonomen- und Juristenfutter. Die Prüfung verlängert und verteuert unnötigerweise die kartellrechtlichen Verfahren. Dies mag im Interesse von grossen Konzernen und Anwaltskanzleien liegen, sicher aber nicht im Interesse der KMU.
- Der nun vorgeschlagene Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG führt nicht zu mehr Rechtssicherheit für KMU – das Gegenteil ist der Fall: Gerade für Unternehmen mit kleinem Marktanteil wäre es schwierig abzuschätzen, ob Abreden nun erheblich wären oder nicht. Das GABA-Urteil hat diesbezüglich Rechtssicherheit geschaffen.

Seit dem GABA-Urteil gab es in Bezug auf ARGE keine Änderung der WEKO-Praxis oder Gerichtsurteilen – deshalb sehen wir grundsätzlich keinen Handlungsbedarf. Eine Mehrheit des Parlamentes befürwortet jedoch Massnahmen in diesem Bereich. Zu berücksichtigen ist, dass aus den Voten der Kommissionsprecher (Noser, Feller) und des Motionärs (Français) klar hervorgeht, dass die Rechtssicherheit bei der Bildung von ARGE und anderen Kooperationsformen das zentrale Anliegen des Parlamentes ist. Der Bundesrat sollte sich deshalb aus unserer Sicht nicht am vorgeschlagenen *Mittel* (Ergänzung von Art. 5 KG durch einen neuen Absatz 1^{bis}) orientieren, sondern das geltend gemachte Anliegen möglichst präzise (ohne unnötige Kollateralschäden) umsetzen. Eine allen Anliegen gerecht werdende Lösung könnte deshalb in einer schlichten Ergänzung von Art. 5 KG durch einen neuen Abs. 5 liegen. Dieser könnte wie folgt lauten:

Art. 5 Abs. 5 KG (neu)

Die Vermutungen der Absätze 3 und 4 gelten nicht für Abreden zur Bildung von projektbezogenen Arbeitsgemeinschaften, wie sie namentlich im Bausektor erforderlich sein können.

Kommentar und Fazit: Anders als der Vorschlag des Bundesrates in den Vernehmlassungsunterlagen zur Revision des KG (ergänzender Absatz 1^{bis} in Art. 5 KG) würde die vorliegend angeregte Präzisierung ohne jeglichen Flurschaden genau dem vom Motionär geltend gemachten Anliegen entsprechen. Durch die generelle Ausnahme der ARGE von den Vermutungstatbeständen des Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wäre sichergestellt, dass solche Kooperationen nie in einem gekürzten Verfahren – wie es gemäss GABA-Entscheid des BGer für Vermutungstatbestände gilt – als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen qualifiziert würden. Damit wäre das Anliegen des Motionärs vollumfänglich erfüllt.

Die Lösung hätte überdies den grossen Vorteil, dass die bestehende Begriffsstruktur des Gesetzes – die auch auf das europäische Ausland abgestimmt ist – nicht durcheinandergebracht würde.

2.2. Zusammenschlusskontrolle

Der Konsumentenschutz begrüsst die Neuerungen bei der Zusammenschlusskontrolle. Der Fokus auf das Merkmal «Marktbeherrschung» ist überholt, der SIEC-Test ist besser geeignet, um schädliche Wettbewerbseinschränkungen zu verhindern. Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, sollten jedoch die Kriterien zur Beurteilung eines Falles konkretisiert werden, so wie dies zum Beispiel Art. 2 Abs. 1 der EG-Fusionskontrollverordnung tut.

2.3. Zivilrechtliche Durchsetzung

Der Konsumentenschutz begrüsst die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zur Stärkung der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechtes. Grundsätzlich bestehen bei Zivilklagen in der Schweiz nach wie vor zu grosse Hürden (u.a. Höhe der Prozesskosten), die sich auch auf das Kartellzivilrecht auswirken.

* * *

Wir danken Ihnen für die wohlwollende Prüfung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Sig. Sara Stalder
Geschäftsleiterin

Sig. André Bähler
Leiter Politik und Wirtschaft

Einschreiben

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Vernehmlassung KG
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Zürich, 11. März 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG): Vernehmlassung von Lenz & Staehelin

Sehr geehrte Damen und Herren

Ende November hat der Bundesrat die Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes ("KG") eröffnet ("VE-KG") und dazu einen erläuternden Bericht verfasst.

Im Namen von Lenz & Staehelin nehmen wir hiermit zur geplanten Teilrevision Stellung, wobei diese Stellungnahme aus Sicht der Praxis und gestützt auf die langjährige anwaltliche Erfahrung im Bereich des Kartellrechts erfolgt. Wir folgen hierfür der Struktur des erläuternden Berichts.

1. Zusammenschlusskontrolle

1.1. Aufgreifschwellen (Art. 9 Abs. 1bis, 1ter und 5 VE-KG)

Der Bundesrat schlägt eine Anpassung der Meldepflicht von grenzüberschreitenden Unternehmenszusammenschlüssen für Märkte vor, die die Schweiz und zumindest den EWR umfassen. Konkret soll keine Meldepflicht bestehen, sofern sämtliche von Zusammenschlussvorhaben betroffenen sachlichen Märkte räumlich so abzugrenzen sind, dass sie die Schweiz und zumindest den EWR umfassen und das Vorhaben von der EU Kommission beurteilt wird (Art. 9 Abs. 1bis VE-KG).

Auch wenn aus Sicht der Praxis Vereinfachungen hinsichtlich der Meldepflicht von parallel bei der EU Kommission und der Schweizer Wettbewerbskommission ("WEKO") zu beurteilenden Zusammenschlüssen im Grundsatz zu begrüßen sind, wird die vorgeschlagene Regelung aus unserer Sicht **nicht zu den gewünschten Effizienzgewinnen führen.**

Die Abgrenzung des relevanten sachlichen und geographischen Marktes ist in den meisten Fällen komplex, oft fehlt auch eine konsistente und verbindliche Behördenpraxis zur Marktabgrenzung und zudem passen sich Märkte fortwährend den Marktentwicklungen an. Ist die Abgrenzung der relevanten Märkte aber unklar – was bei der Fusionskontrolle, die prospektiv ist, in der Natur der Sache liegt –, können die beteiligten Unternehmen die Meldepflicht nicht abschliessend beurteilen. Es fehlt schlicht an der dafür notwendigen Rechtssicherheit. Gerade bei M&A-Verträgen ist diese Rechtssicherheit indes zwingend, weil in den sogenannten "Conditions Precedent" die fusionskontrollrechtlichen Meldepflichten abschliessend aufgezählt werden.

Um diese Rechtssicherheit wenigstens teilweise zu erlangen, müssten die beteiligten Unternehmen daher eine Beratung beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") gemäss Art. 23 Abs. 2 KG beantragen, was zeitlich häufig nicht mit dem bei M&A-Transaktionen typischerweise sehr knappen Zeitplan kompatibel ist, zumal für Beratungen nach Art. 23 Abs. 2 KG auch keine Fristen gelten. Effizienzgewinne würden jedenfalls keine erzielt.

Weil die vorgeschlagene Regelung zu erheblicher Rechtsunsicherheit und einer weiteren Komplizierung der Meldepflicht führen würde, sollte **auf die Einführung der vorgeschlagenen Regelung verzichtet werden.**

1.2. Einführung des SIEC-Test

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die heutige Fusionskontrollregelung in der Schweiz den negativen und positiven Auswirkungen von Zusammenschlüssen zu wenig Rechnung trage und daher neu der SIEC-Test eingeführt werden soll (Art. 10 Abs. 1 und 2 VE-KG). Begründet wird der Vorschlag zur Einführung des SIEC-Tests unter anderem damit, dass in einigen Fällen auf der Basis des SIEC-Tests womöglich restriktivere Entscheid gefällt oder sogar Fusionsverbote ausgesprochen worden wären.

Die Frage der Prüfkriterien ist grundsätzlich eine wettbewerbspolitische Frage. Aus Sicht der Praxis sprechen aus unserer Sicht jedoch gewichtige Argumente gegen die Einführung des SIEC-Tests.

Einerseits hat die Praxis der letzten Jahre gezeigt, dass mit dem aktuellen Test die gleichen Resultate erzielt werden konnten, wie dies unter Anwendung eines SIEC-Tests der Fall gewesen wäre.¹ Wirkliche "Gap Cases" sind uns keine bekannt.

Der SIEC-Test würde aber im Vergleich zum aktuellen Marktbeherrschungstest zu einem bedeutenden Mehraufwand führen, sowohl für Unternehmen als auch für die Behörden. Der SIEC-Test ist in seiner Handhabung nämlich äusserst aufwendig, da grundsätzlich für die Beurteilung umfangreiche wettbewerbsökonomische Erhebungen erforderlich sind. Die EU Praxis belegt dies. Aufgrund der nur beschränkten Ressourcen der Schweizer Wettbewerbsbehörden und der bedeutend aufwändigeren Datenbeschaffung für den SIEC-Test wäre deshalb mit Verzögerung und vermehrten Phase II Verfahren zu rechnen, dies selbst in eigentlich unproblematischen Zusammenschlüssen.

Entsprechend sind wir der Auffassung, dass aktuell keine Veranlassung besteht, den SIEC-Test in der Schweiz einzuführen.

1.3. Fristverlängerungen in der Fusionskontrolle

Der Bundesrat sieht in Art. 32 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 2 und 4 VE-KG vor, dass die WEKO neu aus wichtigen Gründen die Prüfungsfrist um einen bzw. zwei Monate verlängern kann, sofern die meldenden Unternehmen dazu ihre Zustimmung geben. Zweck der Regelung ist, die Fristen an diejenigen in der EU anpassen zu können, sofern dies im Einzelfall notwendig ist.

Bislang hat sich dieses Problem in der Praxis nie gestellt. Zusammenschlussvorhaben, die in der Phase I freigegeben werden – was die weitüberwiegende Zahl ist – sind die beteiligten Unternehmen selber in der Lage, die Verfahren in der EU und der Schweiz zeitlich zu koordinieren. Und in Phase II Verfahren in der EU hat die WEKO einen pragmatischen Weg gefunden und solche Zusammenschlussverfahren regelmässig unter der Auflage, dass etwaige EU Remedies auch in der Schweiz umgesetzt werden, in der Phase I freigegeben (vgl. Siemens/Alstom, Norddeutsche Affinerie).

Aus Sicht der Praxis besteht mithin keine Notwendigkeit, ein "stop the clock" in der Schweizer Fusionskontrolle einzuführen.

2. Stärkung des Kartellzivilrechts

Der erläuternde Bericht hält fest, dass die Erfahrungen aus der EU, wo das Kartellzivilrecht in den letzten Jahren insbesondere durch die Verabschiedung der EU-Schadenersatzrichtlinie nachhaltig gestärkt wurde, "durchwegs positiv" seien. Dabei ist indes zu berücksichtigen, dass die Stärkung des

¹ Vgl. dazu Studie Polynomics und Prager Dreifuss, 2020, welche keine grösseren Unterschiede zwischen der EU Praxis und der Schweizer Praxis aufzuzeigen vermögen.

Kartellzivilrechts zu einem bedeutenden Rückgang der Selbstanzeigen geführt hat, welche für einen wirksamen Kartellrechtsvollzug von grosser Bedeutung sind.² Aus diesem Grund müssen neue, klägerfreundliche kartellzivilrechtliche Regelungen in der Schweiz auf ihre **Gesamtwirkungen hin geprüft werden**.

Die Ausdehnung der Aktivlegitimation auf Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand ist u.E. insofern zu begrüssen, als dass tatsächlich geschädigte Personen nicht durch Formalitäten an der Geltendmachung dieser Schäden gehindert werden sollen. Diesbezüglich sollte jedoch gerade im Hinblick auf Klagen von Konsumentinnen und Konsumenten beachtet werden, dass die Ausdehnung, zusammen mit der geplanten Änderung im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes unter Umständen zu einer regelrechten Klageflut führen könnte.

Wir befürworten grundsätzlich die geplante **Verjährungshemmung**. Diese ist jedoch **auf die relative Verjährungsfrist zu beschränken**. Eine Hemmung der absoluten Verjährungsfrist von zehn Jahren kann dazu führen, dass sich Unternehmen im Rahmen von Zivilklagen betreffend Vorwürfe verteidigen müssen, die derart lang zurückliegen, dass eine effektive Verteidigung aufgrund von Beweisschwierigkeiten – etwa, weil die gesetzliche Aufbewahrungsfrist verstrichen ist oder Arbeitnehmer das Unternehmen zwischenzeitlich verlassen haben – nicht mehr möglich ist.

Ebenfalls begrüssen wir, dass in Zukunft freiwillige Wiedergutmachungen gegenüber Geschädigten auch nach dem Entscheid der WEKO bei der Verwaltungssanktion belastungsmindernd berücksichtigt werden können. Der Entwurf übersieht indes die besondere Stellung der Selbstanzeigenden. Selbstanzeigende können bei vollständigem Sanktionserlass nicht nur von keiner Anrechnung an die Sanktion profitieren, sondern sind aufgrund der Selbstanzeige oftmals auch einem grösseren kartellzivilrechtlichen Risiko ausgesetzt. Soll das Institut der Selbstanzeige nicht deutlich geschwächt werden, ist diesem Umstand Rechnung zu tragen. Denkbar wäre etwa eine **Berücksichtigung bei den Verfahrenskosten** im Verwaltungsverfahren **oder** indem beispielsweise gesetzlich ein reduzierter Anspruch von Zivilklägern gegenüber dem Selbstanzeigenden verankert wird.

Wir begrüssen den vorläufigen Verzicht auf die Anpassung der Regelung von Art. 15 KG. Diesbezüglich ist jedoch neben der im erläuternden Bericht erkannten Gefahr einer Überlastung der WEKO auch die korrekte Anwendung im Auge zu behalten. Gutachten der WEKO müssen auf Rechtsfragen beschränkt sein und das Gutachten ist für das Zivilgericht auch nicht bindend.³ Agiert die WEKO vermehrt als Gutachterin für Zivilgerichte, ist darauf zu achten, dass es nicht zu einer **Kompetenzverschiebung** von den Zivilgerichten hin zur WEKO kommt.

² Vgl. dazu etwa die Aussagen des Kartellamtschefs Andreas Mundt im Handelsblatt online vom 10. Januar 2022, der aufzeigt, dass es etwa in Deutschland 2016 59 Anträge auf Selbstanzeige, 2017 37 und 2021 gerademal noch zehn gab und der davon ausgeht, dass dafür die zunehmende "Klageindustrie" im Bereich des Kartellzivilrechts verantwortlich ist.

³ Vgl. etwa anstatt vieler BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 15 N 27 f.

3. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Der Bundesrat sieht im Wesentlichen vor, die gesetzlich vorgesehene Frist von fünf Monaten auf zwei zu kürzen und das direkte Sanktionsrisiko erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Art. 27 KG wiederaufleben zu lassen (Art. 49a Abs. 3 Bst. A sowie Abs. 4 und 5 VE-KG).

Sinn und Zweck des Widerspruchsverfahrens ist, den Unternehmen Sicherheit über die Rechtmässigkeit ihres geplanten Verhaltens zu geben. In der Praxis erhalten die Unternehmen durch das Widerspruchsverfahren aber oft keine Rechtssicherheit und wenn, nicht rasch genug. Dies aus zweierlei Gründen. Die WEKO ist nach Eröffnung einer Untersuchung oder Vorabklärung an keine Fristen gebunden, weshalb Unternehmen in den seltensten Fällen rasche Klarheit über die kartellrechtliche Zulässigkeit ihrer geplanten Vorgehensweise erhalten. Des Weiteren sind die Schlussberichte der WEKO zum Abschluss der Vorabklärung, regelmässig offen gehalten und unverbindlich. Die Eröffnung einer daran anschliessenden Untersuchung kann in diesem Fall auch nicht durch das Unternehmen selbst erwirkt werden. Sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Bundesgericht haben die Weigerung der WEKO, ein solches Verfahren durchzuführen, als rechtmässig geschützt. Entsprechend ist es für Unternehmen nicht möglich, eine abschliessende Beurteilung zu erhalten.

Grundsätzlich sind kürzere Fristen zu begrüßen, doch das Widerspruchsverfahren vermag seine angestrebte Wirkung, insb. Rechtssicherheit für Unternehmen, weder zum jetzigen Zeitpunkt noch mit den geplanten Änderungen zu entfalten. Art. 49 Abs. 1 KG ist aus diesem Grund insofern zu ergänzen, als dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen des Widerspruchsverfahrens dazu **verpflichtet werden, innert klarer Fristen verbindliche Entscheidungen abzugeben**. Ist dies nicht der Fall, werden Unternehmen die notwendigen Investitionen nicht vornehmen ("chilling competition"). Wie bei der Fusionskontrolle kann von den Wettbewerbsbehörden nach angemessener Untersuchungsdauer eine Zukunftsprognose erwartet werden.

4. Einführung von Ordnungsfristen im Verwaltungsverfahren

Der Bundesrat schlägt in Art. 44a VE-KG die Einführung von Ordnungsfristen für die Durchführung kartellrechtlicher Verwaltungsverfahren vor.

Wir begrüßen im Grundsatz die Einführung der in Art. 44a VE-KG vorgeschlagenen Ordnungsfristen für die Durchführung kartellrechtlicher Verwaltungsverfahren, solange dies die Verteidigungsrechte der Unternehmen nicht einschränkt. Dabei gelten die strengen strafrechtlichen Massstäbe.

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Höchstdauer von fünf Jahren erachten wir im Hinblick auf die vorstehend genannten Faktoren als ausgewogen. Hinsichtlich der vorgeschlagenen Aufteilung dieser Frist auf die WEKO (30 Monate), das Bundesverwaltungsgericht (18 Monate) und das Bundesgericht (12 Monate) ist die vorgeschlagene Frist von 18 Monaten für die Behandlung einer Beschwerde gegen

eine Verfügung vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 44a Abs. 1 lit. c VE-KG) jedoch zu kurz bemessen. So ist das Bundesverwaltungsgericht die einzige Rechtmittelinstanz mit voller Kognition, mithin die einzige Instanz, welche den massgeblichen Sachverhalt inkl. Markt- und Wettbewerbsanalyse umfassend überprüfen kann und muss (Art. 31 VGG i.V.m. Art. 49 lit. a-c VwVG). Folgerichtig ist die Ordnungsfrist für das Bundesverwaltungsgericht derart zu bemessen, dass dieses seine Verantwortung im Hinblick auf eine umfassende Überprüfung der angefochtenen Verfügung wirksam wahrnehmen kann. Unseres Erachtens sollte die **Frist für die Behandlung** einer Beschwerde gegen eine Verfügung **vor dem Bundesverwaltungsgericht** (Art. 44a Abs. 1 lit. c VE-KG) **daher auf 24 Monate erhöht werden**, und zwar entweder zulasten der WEKO oder zu geteilten Lasten der WEKO und des Bundesgerichts.

Zudem regen wir an, das in Art. 44a Abs. 4 VE-KG vorgesehene "comply or explain"-Prinzip um den Grundsatz zu ergänzen, wonach eine **Überschreitung der in Art. 44a Abs. 1 bis 3 VE-KG vorgesehenen Ordnungsfristen bei der Sanktionsbemessung bzw. der Parteientschädigung zwingend angemessen zu berücksichtigen** ist.⁴ Diese Vorschrift würde einerseits die erheblichen nachteiligen Folgen überlanger Wettbewerbsverfahren für die betroffenen Unternehmen abfedern, andererseits der WEKO und den Gerichten aber auch die nötige Flexibilität geben, um den konkreten Umständen des individuellen Einzelfalles angemessen Rechnung zu tragen.

5. Einführung von Parteientschädigungen für die Kosten der Verwaltungsverfahren

Wie von der Motion Fournier gefordert, schlägt der Bundesrat in Art. 53b VE-KG die Einführung von Parteientschädigungen für die Kosten von Verwaltungsverfahren vor.

Kartellrechtliche Verwaltungsverfahren sind besonders komplex, zeitintensiv sowie aufwendig und deshalb für Unternehmen mit grossen finanziellen wie organisatorischen Aufwendungen verbunden. Dies ist insbesondere dadurch bedingt, dass die Wettbewerbsbehörden den Unternehmen mehrfach umfassende Auskunftsbeghren zustellen, deren Beantwortung intern grosse Ressourcen bindet. Oft wird dies mit dem Erfordernis des Einreichens grosser Datensets sowie umfassender Unterlagen über einen langen Zeitraum kombiniert, die meist in aufwändigen Prozessen zusammengestellt bzw. zusammengesucht werden müssen.

Vor diesem Hintergrund begrüssen wir die Einführung einer Parteientschädigung für die Kosten der Verwaltungsverfahren in Form einer spezialgesetzlichen Regelung, zumal etwa auch das Bundesgesetz über die Enteignung in Art. 115 Abs. 1 eine Parteientschädigung für Verwaltungsverfahren kennt.

⁴ Vgl. BGE 133 IV 158, E. 8; BGE 117 IV 124, E. 4.c) f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1637 ff., –*Sanktionsverfügung – DCC*; ferner: Urteil des italienischen Staatsrats vom 26. Januar 2022, N. 00552/2022 REG.PROV.COLL. N. 10234/2020 REG.RIC.

Zu beachten ist, dass Art. 53b Abs. 1 VE-KG eine Parteientschädigung im Falle einer Einstellung der Untersuchung vorsieht. Der erläuternde Bericht hält auf S. 30 fest, dass eine Entschädigung sowohl bei einer vollständigen als auch einer teilweisen Einstellung der Untersuchung zugesprochen werden kann. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte unseres Erachtens bereits der Gesetzestext explizit festhalten, dass eine Parteientschädigung auch im Falle einer **teilweisen Einstellung** gesprochen wird. Dies ist insbesondere auch deshalb sinnvoll, weil dem betroffenen Unternehmen auch im Falle der teilweisen Einstellung der Untersuchung Aufwand entsteht. Sodann sind auch Vorabklärungen nach Art. 26 KG, die ohne Eröffnung einer Untersuchung, eingestellt werden für die betroffenen Unternehmen mit erheblichen Aufwand verbunden. Auch diese binden erhebliche Ressourcen und sind nicht weniger aufwändig als Untersuchungen. Es ist deshalb angemessen auch für Vorabklärungen, welche keine Untersuchung zur Folge haben, die Möglichkeit einer Parteientschädigung vorzusehen.

Schliesslich ist in Art. 53b Abs. 1 VE-KG vorgesehen, dass eine Parteientschädigung von Amtes wegen oder auf Begehren nur dann zugesprochen werden kann, wenn die Adressaten der Untersuchung die Untersuchung nicht schuldhaft verursacht oder das Verfahren nicht mutwillig erschwert oder verlängert haben. **Eine solche Einschränkung ist nicht erforderlich.** Vielmehr hat sie zur Folge, dass betroffene Unternehmen von der Wahrnehmung ihrer Rechte, etwa dem Akteneinsichtsrecht oder dem Stellen von Fristerstreckungsgesuchen, abgehalten werden könnten.

6. Revision von Artikel 5 KG

Der Vorentwurf schlägt vor, Art. 5 KG durch den folgenden Absatz 1^{bis} zu ergänzen: "Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen."

Damit setzt der Bundesrat die Motion Français um, die das Gaba Urteil des Bundesgerichts korrigieren will. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung ist aus Praxissicht zu begrüßen.

Im Gaba Urteil vom 28. Juni 2016 hatte das Bundesgericht entschieden, dass Abreden die unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallen, grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich sind.

Das Gaba Urteil hat in der Praxis dazu geführt, dass die Wettbewerbsbehörden Abreden losgelöst von Marktauswirkungen beurteilen und damit Art. 5 Abs. 3 und 4 KG rein formbasiert anwenden. Nach Ansicht der Wettbewerbsbehörden sei es *"nicht [mehr] erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben."*⁵ Diese Praxis steht im Widerspruch zu jener in der EU, die nämlich voraussetzt, dass eine Abrede im konkreten Marktumfeld anhand der tatsächlichen Auswirkungen beurteilt und geprüft wird.⁶

⁵ Statt vieler: RPW 2020/1, 209, Rz. 874, *KTW-Werke*.

⁶ Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 2. April 2020, Rz. C 228/18, *Budapest Bank u.a.*

Die in Art. 5 Abs. 1 KG vorgeschlagene Regelung soll diese problematische Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden korrigieren. Bei der Prüfung einer Abrede sollen deshalb sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien und damit die effektiven Auswirkungen einer Abrede in die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede einfließen. Dazu gehört auch, ob eine Abrede überhaupt je umgesetzt wurde (vgl. Art. 96 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 1 KG wonach der Bund nur gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche *Auswirkungen* von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen vorgeht).

Wie im erläuternden Bericht festgehalten, wird die neue Regelung den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, das erforderliche Mass an quantitativen Auswirkungen im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzulegen. Bei qualitativ schwerwiegenden Abreden, beispielsweise einem horizontalen Preiskartell, soll das erforderliche Mass an quantitativen Auswirkungen geringer sein als beispielsweise bei horizontalen Produktions- oder Vermarktungsvereinbarungen. Dies schafft keine Rechtsunsicherheit, sondern stellt einzig sicher, dass auch in der Schweiz Abreden anhand der effektiven Auswirkungen im Markt beurteilt werden. Just das ist das Ziel des KG.

Weiter soll die vorgeschlagene Regelung auch dazu führen, dass die Tatbestände nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG eng ausgelegt werden. Die Praxis der letzten Jahre hat die fünf beschränkten Tatbestände von besonders schädlichen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG stark ausgeweitet: Aufgrund der *per se* Erheblichkeit solcher Abreden bestand für die Wettbewerbsbehörden der starke Anreiz, Abreden möglichst unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG zu subsumieren. So wurden namentlich auch Arbeitsgemeinschaften⁷ oder Bezugsbeschränkungen⁸ als harte Abreden qualifiziert. Diese Praxis führt dazu, dass selbst Unternehmen, die beweisen können, dass eine Abrede keine (relevante) Auswirkung auf den Wettbewerb hatte, von der WEKO sanktioniert werden.

Auch zahlreiche andere Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen wie horizontale Kooperationen, R&D-Kooperationen und Kooperationen über den gemeinsamen Vertrieb werden regelmässig unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG subsumiert und gelten als *per se* erheblich. Für Unternehmen besteht unter der aktuellen Praxis entsprechend eine grosse Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit solcher Abreden. Die Umsetzung des Vorschlags würde diese wettbewerbsschädlichen **Entwicklungen korrigieren** und den Unternehmen die **notwendige Flexibilität** zurückgeben.

Mit der Umsetzung des Vorschlags würde sich **das Schweizer Kartellrecht insgesamt dem EU Kartellrecht annähern**. Nach konstanter Rechtsprechung des EuGHs ist der Begriff der "bezweckten" Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen.⁹ Bei der Prüfung der Frage, ob eine Abrede als "bezweckte" Wettbewerbsbeschränkung aufgefasst werden kann, ist auf den Inhalt ihrer Bestimmungen und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in

⁷ RPW 2021/1, 130, Rz. 246, *Dauer-ARGE Graubünden*.

⁸ RPW 2019/4, 1165, Rz. 66 ff., *Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren*.

⁹ EuGH, Urteil vom 18. November 2021, C-306/20, *Visma Enterprise*, Rz. 60; EuGH, Urteil vom 2. April 2020, *Budapest Bank u.a.*, C 228/18, Rz. 54.

dem sie steht, abzustellen. Dabei sind u.a. auch die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen, die auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und die Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte zu berücksichtigen.¹⁰ Der EuGH hat ausserdem festgehalten, dass bei Vorliegen von Hinweisen für eine wettbewerbsfördernde Wirkung, keine bezweckte Beschränkung vorliegen kann.¹¹ Diese Kongruenz vom Schweizer und vom EU Kartellrecht ist gerade für die Schweiz wichtig, denn EU- und EWR-weite Vertriebssysteme sind darauf angewiesen, dass die kartellrechtlichen Regeln in der Schweiz kompatibel sind.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme und stehen für Fragen Ihrerseits gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Marcel Meinhardt



Astrid Waser

¹⁰ EuGH, Urteil vom 11. September 2014, *Groupement des cartes bancaires*, C-67/13 P, Rz. 78; EuGH, Urteil vom 2. April 2020, *Budapest Bank*, C 228/18, Rz. 51.

¹¹ EuGH, Urteil vom 2. April 2020, *Budapest Bank*, C 228/18, Rz. 82 f.

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Bundesgasse 3
3003 Bern

8. März 2022

per Email an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes und danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Der Dachverband metal.suisse fördert die Stahl-, Metall- und Fassadenbauweise in der Schweiz und setzt sich für den Materialkreislauf der metallischen Werkstoffe ein. Wir sind überzeugt mit unserer Bauweise und unseren Materialien einen zentralen Beitrag zur Erreichung der Klimaziele der Schweiz beitragen zu können. Recyclingmaterialien sind in unserer Bauweise heute Standard. Unsere Bauweise ist wie keine zweite geeignet, die Konzepte der Weiter- und Wiederverwendung von Gebäuden und Bauteilen umzusetzen und zu fördern.

metal.suisse unterstützt grundsätzlich die Änderungsvorschläge der Teilrevision des Kartellgesetzes. Die Motion Français (18.4282) verlangt explizit, dass quantitative und qualitative Kriterien zur Beurteilung inkludiert werden müssen, fordert eine Korrektur der negativen Effekte des Gaba Urteils, mindert den Compliance-Aufwand für Unternehmen und erhöht die Rechtssicherheit. metal.suisse setzt sich hingegen für eine dringende Revision der Vorlage ein. Erstens wird zu wenig berücksichtigt, dass beide Kriterien gleichwertig beurteilt werden. Zweitens sind viele Inhalte im erläuternden Bericht zu Art. 5 Abs. 1^{bis} VE-KG fehlerhaft.

Für die Detailbewertung verweisen wir auf die gemeinsame Eingabe des Schweizerischen Gewerbeverbands, Bauenschweiz und Constructionromande.

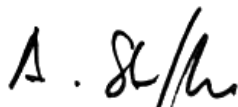
Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

metal.suisse



Diana Gutjahr
Präsidentin
Nationalrätin SVP



Andreas Steffes
Geschäftsführer



National League AG | Talgut-Zentrum 27 | 3063 Ittigen b. Bern
info@nationalleague.ch | www.nationalleague.ch

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Ittigen, 9. März 2022

Vernehmlassung zur Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) Vernehmlassung zum Kartellgesetz - Financial-Fairplay-Systeme im Profisport sind aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die Medienmitteilung des Bundesrates vom 24. November 2021, in welcher der Bundesrat die Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) eröffnet hat.

Die National League AG (**National League**) bezweckt die Förderung und Entwicklung des auf höchster Ebene professionell ausgeübten Eishockey-Sports in der Schweiz, insbesondere durch Organisation, Gestaltung und Durchführung des Spielbetriebs der National League nach Massgabe der internationalen und nationalen Reglemente. Aktionäre der National League sind die in der National League spielenden Klubs.

Die National League bedankt sich für die Gelegenheit, an der Vernehmlassung des Bundesrates bzw. des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO zur vorgeschlagenen Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) teilzunehmen.

Die National League beantragt im Rahmen dieser Vernehmlassung, im Kartellgesetz eine Bestimmung aufzunehmen, die ausdrücklich klarstellt, dass Abreden im Profisport, welche die finanzielle Leistungsfähigkeit der teilnehmenden Klubs sicherstellen (sog. Financial Fairplay), durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind.

Die National League beantragt, dies durch die Einfügung eines neuen Art. 6 Abs. 4 KG zu tun, der wie folgt lautet:

"Durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind Abreden im Bereich der Ligen mit professionellem Spielbetrieb, die die finanzielle Leistungsfähigkeit der an den Ligen teilnehmenden Klubs sicherstellen, indem sie z.B. die Gesamtausgaben oder Teile davon (namentlich die Brutto-Lohnkosten) begrenzen."



1. Hintergrund

1.1 Exzessive Löhne als Ursache finanzieller Probleme in der Profiliga

Viele Klubs der obersten Eishockey-Spielklasse befinden sich finanziell in einer prekären Situation. Die Spiele in der obersten Spielklasse verzeichnen zwar hohe Besucherzahlen. Die Klubs können indessen ihre Kosten mit den generierten Einnahmen kaum decken. Den grössten Kostenblock stellen dabei die seit Jahren steigenden Spielersaläre dar. Die durchschnittlichen Lohnkosten pro Spieler der dreizehn Eishockey Liga Klubs z.B. belaufen sich auf rund CHF 250'000 bis 300'000. Die höchste Schweizer Eishockey Liga ist damit abgesehen von der NHL in Nordamerika und der KHL in Russland die teuerste Liga, und dies in einem wesentlich kleineren geographischen Markt.¹ Die überhöhten Lohnkosten der Spieler stehen in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Einnahmen der Klubs. Die Lohnkosten betragen durchschnittlich 75% der Gesamtkosten eines National League Klubs.

In den letzten 25 Jahren mussten zehn der dreizehn Liga-Klubs mindestens einmal saniert werden. Ein weiteres Problem besteht darin, dass die finanziellen Verhältnisse der Klubs sehr unterschiedlich sind. Einzelne Klubs haben mit finanzkräftigen Mäzenen im Rücken beinahe unlimitierte Budgets, während andere seit Jahren nur knapp über die Runden kommen. Die sehr unterschiedliche finanzielle Situation der Klubs hat sportliche Konsequenzen: In den letzten zehn Jahren konnten stets dieselben - finanziell starken - fünf Klubs den Meistertitel holen.²

Die Folgen der Covid-19-Pandemie haben die Ungleichheiten zwischen den Klubs zusätzlich verstärkt: 20 der 24 Eishockeyklubs der National League und der Swiss League mussten Darlehen beim Bund beantragen. Allein in der National League beträgt die Gesamtsumme der erhaltenen Darlehen der 13 Klubs über CHF 45 Mio. Auch der Gesetzgeber hat das Problem der hohen Spielerkosten erkannt. Er hat den Klubs vorgeschrieben, die Spielersaläre auf ein vernünftiges Niveau zu senken. Bei Zuschüssen gemäss Covid-19-Gesetz, welche "à fonds perdu" ergingen (National League: Total CHF 37 Mio.), mussten die Klubs das durchschnittliche Einkommen einschliesslich Prämien, Boni und weiteren geldwerten Vergünstigungen aus den Einkommen, welches den Höchstbetrag des versicherten Verdienstes in der obligatorischen Unfallversicherung (CHF 148'200) überstieg, auf diesen Höchstbetrag oder um mindestens 20 Prozent senken.³

1.2 Vorteile von Financial-Fairplay-Systemen für den Wettbewerb

Der Profiligasport ist deshalb auf die Einführung von Financial-Fairplay-Systemen angewiesen, welche die Ausgaben der Klubs auf ein vernünftiges Mass reduzieren. Solche Systeme haben verschiedene Vorteile und wirken sich deshalb sowohl wettbewerbsintensivierend als auch effizienzfördernd aus.

Financial-Fairplay-Systeme sind aus den folgenden Gründen wettbewerbsintensivierend:

Mit der Einführung eines Financial-Fairplay-Systems wird die **finanzielle Leistungsfähigkeit** der Klubs gesteigert. Dies ermöglicht erst die Durchführung von Wettbewerben, bei denen der Sport im Vordergrund steht.

¹ Vgl. NZZ vom 7. Januar 2021, Im Schweizer Eishockey ist es Zeit, mit einem Tabu zu brechen.

² Vgl. Auflistung der Meisterschaftstitel <http://www.nationalleague.ch/de/history/champions/>.

³ Art. 12b Abs. 6 Bst. b des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (SR 818.102).



Die Steigerung der finanziellen Leistungsfähigkeit verbessert die **Chancengleichheit** zwischen den Klubs einer Liga, indem eine Konzentrierung der besten Spieler bei den wirtschaftlich stärksten Klubs verhindert wird. Die Erhöhung der Chancengleichheit bzw. des finanziellen und sportlichen Gleichgewichts im sportlichen Wettkampf ist auch ein vom EuGH anerkanntes Interesse.⁴

Die Chancengleichheit fördert die sportliche **Ungewissheit des Ausgangs des Liga-Wettbewerbs**, was wiederum die **Spannung** und den **Unterhaltungswert des Wettkampfes** erhöht.

Bei finanzieller Stabilität sind die Klubs der obersten Liga besser in der Lage, die **Nachwuchsförderung** zu betreiben. Die Nachwuchsförderung ist teuer und wird in der Schweiz massgebend durch die Klubs der obersten Liga betrieben. Auch mit einer Nachwuchsförderung wird der sportliche Wettbewerb intensiviert. Gezielte Nachwuchsförderung führt zu einer breiteren Spielerbasis, welche sich wiederum löhndämpfend auswirken könnte (Erhöhung Angebot an verfügbaren Spielern).

Financial-Fairplay-Systeme sind notwendig, um zu verhindern, dass Klubs aufgrund exzessiver Spielergehälter ihre Ausgaben nicht mehr durch die laufenden Einnahmen decken können und so die oben erwähnten Ziele gefährden. Die mit Financial-Fairplay-Systemen verbundenen Ausgabenbegrenzungen sind eigentlich eine ökonomische Selbstverständlichkeit. Der professionelle Sport lebt von Emotionen, Sieg und Niederlage. Öffentlicher Druck seitens Medien, Fans und Sponsoren führen dazu, dass regelmässig nicht nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen gehandelt wird. Die Gefahr eines möglichen sportlichen Abstiegs verschärft dieses Handeln zusätzlich. Kein Unternehmen kann ein solides Fundament für die Zukunft legen, wenn es mehr ausgibt, als es einnimmt. Financial-Fairplay-Systeme sind deshalb im Lichte der verfolgten Ziele auch verhältnismässig.⁵ Es ist kein milderes Mittel ersichtlich, mit dem die Zielsetzung erreicht werden könnte. Erinnerung sei daran, dass die Europäische Kommission in einer gemeinsamen Erklärung mit der UEFA die Vereinbarkeit von Financial-Fairplay-Systemen mit den Grundsätzen der EU-Politik und den Regeln der staatlichen Beihilfe bestätigte.⁶

1.3 Rechtfertigung durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz

Financial-Fairplay-Systeme sind zudem durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, da sie die oben erwähnten Ziele verwirklichen. Diese Ziele stellen eine Senkung von Herstellungskosten (Steigerung der finanziellen Leistungsfähigkeit durch Ausgabenbegrenzungen), eine Verbesserung von Produkten (Verbesserung der Chancengleichheit sowie Ungewissheit und Spannung des sportlichen Wettkampfs), die Verbreitung von beruflichem Wissen (Nachwuchsförderung) bzw. eine rationelle Nutzung von Ressourcen (kein Leben über die eigenen Verhältnisse) im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG dar.

Wie oben gezeigt sind Financial-Fairplay-Systeme auch notwendig, um diese Ziele zu erreichen. Ein Beispiel ist das Financial-Fairplay-Reglement der UEFA.⁷ In den ersten fünf Jahren nach seiner Einführung 2009 sind sowohl die Verluste als auch die überfälligen Verbindlichkeiten der europäischen Erstligaklubs auf weniger als 20% des Niveaus vor der Einführung der Vorschriften zurückgegangen.⁸

⁴ Vgl. EuGH, 15.12.1995, Bosman, Rz 106; EuGH, 18.7.2006, C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen / Kommission, Rz. 43; Weissbuch Sport der Europäischen Kommission, 11.7.2007 KOM (2007) 391 final, 5, 14 f.; Gutachten des Deutschen Bundestags, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Vereinbarkeit der Einführung von Gehaltsobergrenzen im europäischen Profifussball mit dem Unionsrecht vom 24. Juli 2020, S. 22.

⁵ Vgl. EuGH, 8.7.2006, C-519/04 P, Meca-Medina und Majcen / Kommission, Rz 42.

⁶ https://de.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/EuropeanUnion/01/77/23/27/1772327_DOWNLOAD.pdf.

⁷ <https://de.uefa.com/insideuefa/protecting-the-game/financial-fair-play>.

⁸ <https://de.uefa.com/insideuefa/protecting-the-game/financial-fair-play>.



Financial-Fairplay-Systeme liegen auch im Interesse der Arbeitnehmenden (und der Spieler, deren Löhne begrenzt werden). Denn Financial-Fairplay-Systeme reduzieren das Risiko, dass die Klubs in finanzielle Schwierigkeiten geraten oder Konkurs gehen und deshalb die Löhne nicht mehr zahlen können und die Arbeitnehmenden entlassen müssen.

Financial-Fairplay-Systeme eröffnen wie oben gezeigt den Beteiligten auch keine Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Im Gegenteil intensivieren sie den Wettbewerb.

1.4 Financial-Fairplay-Systeme haben sich im Profisport bewährt

Wie bereits erwähnt kennen auch andere Profiligen Financial-Fairplay-Systeme, so namentlich die UEFA. Financial-Fairplay-Systeme in der Form sog. salary caps sind auch im professionellen Sport in den USA weit verbreitet. So haben die US-amerikanische National Football League (NFL), National Hockey League (NHL), National Basketball Association (NBA) und Major League Baseball (MLB) salary bzw. luxury caps.⁹

2. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Eine gesetzliche Regelung ist notwendig, weil die Wettbewerbsbehörden die Einführung von Financial-Fairplay-Regeln im Eishockey blockieren.¹⁰

Die National League hatte folgendes Financial-Fairplay-Konzept vorgesehen: Die an der Meisterschaft teilnehmenden Klubs definieren eine sog. Fairplay-Schwelle für die Brutto-Gesamtlohnkosten einer Saison. Diese bestehen aus einer Basis-Fairplay-Schwelle und einer Schwelle für allfällige Bonuszahlungen, bspw. für den Eintritt in die Playoffs und das Erreichen von weiteren Stufen in den Playoffs. Das Financial-Fairplay-System stellt keine Vorgaben für die maximalen Lohnkosten eines einzelnen Spielers auf. Auch kann ein Klub von der definierten Fairplay-Schwelle abweichen. Als Konsequenz erhält dieser Klub allerdings eine reduzierte Entschädigung für die Überlassung der Marketing- und Medienrechte. Hinter diesem Mechanismus steht der Solidaritätsgedanke: Ein Klub, der über genügend Ressourcen verfügt, um die Fairplay-Schwelle nicht einzuhalten, ist weniger auf die Erlöse aus den Marketing- und Medienrechten angewiesen. Der zur Auszahlung an die übrigen Klubs verbleibende Erlös aus den Marketing- und Medienrechten wird zudem um diesen überschreitenden Betrag höher. Bei einer Überschreitung der Schwelle findet somit eine Umverteilung zwischen den Klubs statt.

In einer Beratungsanfrage stellte sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission indessen zu Unrecht auf den Standpunkt, dass das von der National League geplante Financial-Fairplay-System nicht abschliessend beurteilt und nicht von vornherein als unbedenklich angesehen werden könne.¹¹ Wie in solchen Beratungsanfragen üblich, zeigten sich die Wettbewerbsbehörden unwillig, an einer konstruktiven Lösung des Problems mitzuarbeiten und verlegten sich darauf, kartellrechtliche Probleme zu konstruieren anstatt Lösungen aufzuzeigen.

⁹ Vgl. etwa <https://smallbusiness.chron.com/advantages-salary-caps-18682.html>.

¹⁰ RPW 2021/3, 603 ff., Einführung Financial Fairplay in der National League.

¹¹ RPW 2021/3, 603 ff., Einführung Financial Fairplay in der National League.



Klubs, aber auch Verbände, die Financial-Fairplay-Systeme einführen, sind deshalb unnötigerweise dem Risiko direkter Sanktionen ausgesetzt.

Nachdem auch die Politik erkannt hat, dass die hohen Löhne im Profisport ein Problem darstellen, ist es notwendig, im Kartellgesetz eine Bestimmung vorzusehen, wonach Financial-Fairplay-Systeme durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind.

Wir danken Ihnen im Voraus für eine Berücksichtigung unseres Anliegens.

Sportliche Grüsse

National League AG

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'M. Berner'.

Matthias Berner
Präsident

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'D. Vaucher'.

Denis Vaucher
CEO

denis.vaucher@nationalleague.ch
M. +41 79 790 90 60

3. März 2022

wp-sekretariat@seco.admin.ch
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) – Vernehmlassungsantwort von Promarca – Schweizerischer Markenartikelverband

Sehr geehrte Damen und Herren

Promarca – die engagierte Stimme der Marken – vertritt die Interessen von 104 nationalen und internationalen Markenunternehmen, die im Konsumgüterbereich tätig sind, und einen Totalumsatz (inkl. Export) von mehr als 13 Milliarden generieren. Mit den weltweit geführten Einheiten mit Sitz in der Schweiz schafft die Markenartikelindustrie über 30'000 Arbeitsplätze. Konsumgüter sind Waren, die bekanntlich besonders schnell umgesetzt werden und deren Markenprodukte begleiten uns alle täglich. Es handelt sich um einen heiss umkämpften Markt, wo Hersteller untereinander, aber auch mit den Eigenmarken der Händler, im Wettbewerb stehen. Der Verband ist Anlaufstelle für Compliance Fragen und versendet auch jährlich den Mitgliedern die aktuellsten kartellrechtlichen Leitlinien. Er setzt sich ausserdem für einen freien und unverfälschten Wettbewerb ein.

Wir danken Ihnen für die Zustellung des Entwurfs und des erläuternden Berichts zur Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) wie auch die Möglichkeit, uns hierzu zu äussern. Wir stellen fest, dass der Vorentwurf zentrale Punkte enthält, die bereits im Rahmen der letzten Revision aufgenommen und kaum umstritten waren. Dies erachten wir als positiv.

Es folgen unsere Anmerkungen zu den vorgeschlagenen Änderungen:

1. Revision von Artikel 5 KG

Im Gaba Urteil hat das Bundesgericht bestätigt, dass eine vertikale Abrede über einen absoluten Gebietsschutz und Preisfestsetzungen zweiter Hand im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG bei Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs grundsätzlich erheblich und damit unzulässig sind, sofern die Unternehmen den Nachweis wirtschaftlicher Effizienz nicht erbringen können.

Schweizerischer Markenartikelverband
Union suisse de l'article de marque

Bahnhofplatz 1, 3011 Bern
Telefon +41 (0)31 310 54 54, Telefax +41 (0)31 310 54 50
info@promarca.ch, www.promarca.ch

Die Schweizer Bundesverfassung (BV) sieht in Artikel 96 vor, dass Massnahmen gegen Kartelle und andere Wettbewerbsverstösse nur bei gegebener volkswirtschaftlicher Schädlichkeit möglich sind. Eine Prüfung, ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind – was im Einzelfall festgestellt werden muss –, ist somit unabdingbar. Die Markenartikelindustrie unterstützt die Anpassung des Art. 5 dahingehend, dass bei der materiellen Prüfung von Wettbewerbsabreden immer sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind und so eine Gesamtbeurteilung aller Elemente erfolgt.

2. Zusammenschlusskontrolle

2.1 Wechsel zum SIEC-Test

Die Fusionskontrolle ist ihrem Wesen nach eine Strukturkontrolle: Sie soll präventiv wirken und künftige Wettbewerbsbeschränkungen verhindern. Die heutige schweizerische Fusionskontrolle ist jedoch kaum geeignet, dieses Ziel zu erreichen, da sie den wettbewerblichen Auswirkungen von Fusionen zu wenig Rechnung trägt. Die Wettbewerbskommission kann heute einen Zusammenschluss erst untersagen, wenn der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt.

Mit der Einführung des SIEC-Tests wird nicht nur eine Angleichung der Rechtslage am europäischen Kartellrecht erreicht, es ergibt sich auch eine tiefere Eingriffsschwelle. Die Markenartikelindustrie erinnert sich an die Übernahmen Migros/Denner und Coop/Carrefour, die beide, trotz der in beiden Fällen offensichtlich entstehenden wettbewerbsschädlichen Marktmachtpositionen, mit Auflagen zugelassen wurden. Die Mitglieder von Promarca stellen vermehrt fest, dass ihre wichtigsten Kunden – auch wenn sie anders heissen – immer denselben Genossenschaften angehören und sie als Lieferanten praktisch keine Ausweichmöglichkeiten haben, wenn sie ihre Produkte flächendeckend auf dem Schweizer Markt verkaufen wollen.

Die Einführung des SIEC-Tests bietet der Wettbewerbskommission mehr Möglichkeiten, eine Fusion zu untersagen. Die Markenartikelindustrie erachtet darum die Einführung des SIEC-Tests als sinnvoll, weil sie davon ausgeht, dass weitere fusionsbedingte Konzentraktionen – z.B. wie diejenige im Lebensmittel-Detailhandel – in Zukunft verhindert werden können.

2.2 Erleichterung Meldepflicht bei internationalen Zusammenschlüssen

Die Meldepflicht bei internationalen Zusammenschlüssen, die auch von der Europäischen Kommission beurteilt werden, soll unter bestimmten Voraussetzungen entfallen. So

werden Unternehmen grundsätzlich von einer Doppelmeldung bei der Wettbewerbskommission und bei der EU-Kommission befreit. Die Markenartikelindustrie erachtet diesen Schritt als sinnvoll, trotz der bereits heute bestehenden Möglichkeit von erleichterten Meldungen. Es würde auf jeden Fall die Meldepflicht für Fusionen, die EWR-weite Märkte betreffen, effizienter gestalten. Es besteht aber ein Risiko, dass die Schweiz bei einem Zusammenschlussvorhaben von der Europäischen Kommission, das potenziell verstärkte Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Schweiz hat, gänzlich ausgeschaltet wird. Es muss darum die Möglichkeit bestehen bleiben, dass die Schweiz ihre Zuständigkeit in einzelnen Fällen wieder beantragen kann. In der EU-Fusionskontrollverordnung (VO Nr. 139/2004 vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen) sind ebenfalls Möglichkeiten zur Verweisung der Prüfungszuständigkeit an die Behörden der Mitgliedstaaten vorgesehen. Es gibt keinen Grund, warum die Schweiz sich diesbezüglich schlechter stellen sollte als ein europäischer Mitgliedstaat. Der Artikel wäre in diesem Sinne zu vervollständigen.

3. Stärkung des Kartellzivilrechts

Mit dieser Änderung soll eine Ausweitung der Aktivlegitimation auf Konsumenten und juristische Personen des öffentlichen Rechts angestrebt werden. Die Markenartikelindustrie hatte sich bereits anlässlich der letzten Kartellrechtsrevision grundsätzlich für eine Ausweitung ausgesprochen, aber darauf hingewiesen, dass Auswüchse wie im amerikanischen Recht zu verhindern und eine Koordination mit dem EU-Kartellzivilrecht anzustreben ist. Die Gestaltung der Modalitäten sollte somit im Einklang mit der laufenden Reform der Zivilprozessordnung erfolgen.

4. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Gemäss Artikel 49 Abs. 3 Bst. A KG kann ein Unternehmen geplante Verhaltensweisen, die als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eingestuft werden könnten, der WEKO im Rahmen des Widerspruchsverfahrens melden. So entfällt eine Verwaltungsaktion, wenn nicht innert fünf Monaten ein Verfahren gegen das Unternehmen eröffnet wird. Mit den vorgeschlagenen Änderungen steigt der Anreiz für Unternehmen, vom Widerspruchsverfahren Gebrauch zu machen. Ausserdem sinkt das Sanktionsrisiko für Unternehmen, weil diese erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung ausgesprochen werden können. Die Markenartikelindustrie unterstützt die vorgeschlagenen Änderungen und es ist davon auszugehen, dass sie vermehrt vom Widerspruchsverfahren Gebrauch machen werden.

5. Kürzere Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren

Die Einführung von Ordnungsfristen hat zum Ziel, dass von der Eröffnung der Untersuchung bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen letztinstanzlichen Entscheids höchstens

fünf Jahre vergehen dürfen. Grundsätzlich kann niemand etwas dagegen haben, wenn die Verfahren beschleunigt werden. Es stellt sich aber die Frage, ob formelle Ordnungsfristen das richtige Mittel sind, vor allem auch, weil Verfahren häufig aufwendig und komplex sind und die Qualität der Entscheide nicht darunter leiden darf. Zu beachten ist ausserdem, dass es in Europa keine vergleichbaren Ordnungsfristen gibt, welche die Länge eines Verfahrens begrenzen.

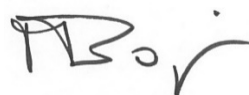
6. Einführung Parteientschädigung

Die vorgesehene Einführung einer Parteientschädigung für Unternehmen, die von einer Untersuchung betroffen sind, die eingestellt bzw. deren Entscheid aufgehoben wurde, wird von der Markenartikelindustrie unterstützt.

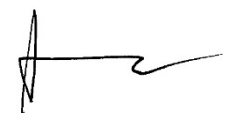
Zum Schluss möchten wir darauf hinweisen, dass die Markenartikelindustrie die Vorlage im Grossen und Ganzen als gelungen beurteilt. Einzig das Thema Compliance Defense hätte aus ihrer Sicht noch seine Berechtigung gehabt. Auch wenn es jedem Unternehmen obliegt sich gesetzeskonform zu verhalten, kann bestätigt werden, dass im Unterschied zu anderen Rechtsgebieten das Kartellrecht ein besonderes Bewusstsein bei den operativ tätigen Unternehmensvertretern erfordert. Die Möglichkeit einer Sanktionsreduktion hätte einen zusätzlichen Anreiz geschaffen, hochwertige Compliance Massnahmen durchzuführen, was schlussendlich der Durchsetzung des Kartellrechts nur dienen würde.

Freundliche Grüsse

PROMARCA



Monique Bourquin
Präsidentin



Anastasia Li
Geschäftsführerin

Schweizerischer Baumeisterverband, Postfach, 8042 Zürich

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO Direktion für
Wirtschaftspolitik Holzikofenweg 36
3003 Bern

Dr. Martin Maniera
Politik & Kommunikation
Wissenschaftlicher Mitarbeiter

mmaniera@baumeister.ch

Zürich, 08.03.2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit der Eröffnung der Vernehmlassung vom 24. November 2022 laden Sie interessierte Kreise ein, Stellung zur Teilrevision des Kartellgesetzes zu nehmen. Gerne beteiligen wir uns an dieser Vernehmlassung.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) ist die gesamtschweizerische Berufs-, Wirtschafts- und Arbeitgeberorganisation des Bauhauptgewerbes mit über 20 Milliarden Umsatz und rund 90'000 Mitarbeitenden. Mit Sektionen in allen Kantonen vertritt der SBV die Interessen von mehr als 2'500 Bauunternehmen. Das Bauhauptgewerbe erwirtschaftet rund fünf Prozent der Schweizer Wertschöpfung (BIP). Der SBV ist die Organisation der Arbeitswelt für den Hoch- und Tiefbau und engagiert sich als Verbundpartner mit Bund und Kantonen für eine zukunftsorientierte Bildung. Als einer der grössten Sozialpartner der Schweiz setzt er sich für faire und wirtschaftliche Arbeitsbedingungen in der Branche ein.

Die jetzige Teilrevision muss zu einer Revision des Kartellgesetzes erweitert werden, um Aspekte wie die Institutionenreform aufzunehmen. Zudem stellt die Revision die Forderung der Motion Français nicht ausreichend dar. Die Motion fordert, dass qualitative und quantitative Kriterien gleichwertig beurteilt werden sollen. Ferner ist der erläuternde Bericht teilweise unzutreffend und ist mit Hinblick auf die Botschaft dringend zu korrigieren. Falls die Motion Wicki vom Parlament angenommen wird, sollte sie ebenfalls in die Revision aufgenommen werden.

1. Erweiterung der Teilrevision zu einer Revision

Eine umfassende Revision des Schweizer Kartellrechtes ist notwendig, dies zeigt sich am grossen Reformstau sowie den diversen Vorstössen im Parlament. Der SBV unterstützt daher eine umfassende Revision. Die Vernehmlassungsvorlage ignoriert jedoch den Handlungsbedarf, da sie viele drängende Punkte nicht aufnimmt.

Ein wichtiger Punkt einer umfassenden Revision ist die Institutionenreform. Die Institutionenreform meint eine effektive Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungskompetenz der Wettbewerbsbehörde. Diese Trennung ist aus mehreren Gründen notwendig:

- **Fehlende Unabhängigkeit:** Die Wettbewerbskommission (WEKO) geniesst ein hohes Mass an Autonomie und untersteht in fachlicher und inhaltlicher Hinsicht keiner Aufsicht. Die (politische) Einflussnahme besteht fast nur theoretisch. Das Verhältnis zwischen dem Sekretariat und der WEKO ist geprägt von Abhängigkeiten, denn hier fehlt es an einer eindeutigen Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene. Bezüglich der Aufgabenteilung finden sich bereits Inkonsistenzen im Kartellgesetz. Das Sekretariat ist für die Eröffnung einer Untersuchung, wenn auch bloss formal, auf die Zustimmung eines Mitgliedes im Präsidium der WEKO angewiesen (Art. 27 Abs. 1 KG). Zudem steht es der WEKO offen, Anhörungen zu beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungs-massnahmen zu beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG). Die Unabhängigkeit des Sekretariats als Unter-suchungsbehörde ist damit nicht gewährleistet. Das Sekretariat kann weitgehend selbstständig sogenannte “Einvernehmliche Regelungen” mit dem angeklagten Unternehmen treffen, damit letzteres sein Verhalten ändert, selbst wenn sein Verhalten eigentlich legal wäre. Das Unternehmen würde dem zustimmen, und absehbare Prozesskosten im fünf- oder sechsstelligen Frankenbetrag sowie einen Prozess von mehreren Jahren Dauer zu vermeiden. Das Sekretariat kann sogar Einsitz nehmen und das Wort ergreifen in den Sitzungen, in denen die WEKO ihre Entscheidung fällt.
- **Heilung der institutionellen Mängel erst im Beschwerdeverfahren:** Auf das Sanktionsverfahren von Art. 49a KG sind Art. 6 EMRK sowie Art. 30 BV anwendbar. Damit ist klar, dass die von diesen Bestimmungen verlangten Anforderungen erfüllt sein müssen, darunter insbesondere die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht. Die WEKO wird gemäss der Rechtsprechung jedoch nicht als richterliche Behörde anerkannt. Somit erfüllt das Sanktionsverfahren vor der WEKO die Anforderungen gemäss Art. 6 EMRK und Art. 30 BV nicht. Diese institutionellen Mängel der WEKO können gemäss Bundesgericht und dem Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden, da diesem die volle Kognition zukommt. Die Heilung des institutionellen Mangels tritt damit aber nur ein, wenn ein langwieriger, ressourcen- und kostenintensiver Rechtsmittelweg eingeschlagen wird. Dies wird von den betroffenen Parteien nur dann in Erwägung gezogen, wenn die betreffende Sanktion die voraussichtlichen Anwalts- und Verfahrenskosten überschreitet. Dieser Weg ist mit grossem Mitteleinsatz verbunden. Insbesondere KMU schrecken deshalb vor dem Beschwerdeverfahren infolge fehlender Finanzierbarkeit zurück.

Die Institutionenreform wird bereits seit fast einer Dekade verschleppt. Wir begrüssen, dass der Bundesrat den Mut für einen kleinen Schritt gefunden hat. Wir ermuntern ihn jedoch, den grossen Schritt zu gehen. Seine Vernehmlassung ist der richtige Zeitpunkt, um eine Institutionenreform anzupacken.

Derr SBV schliesst sich dem Vorschlag von economiesuisse an, wonach der Bund eine Arbeitsgruppe einsetzt, um mögliche Lösungen für die Umsetzung der Institutionenreform zu diskutieren. Die wichtigsten Interessen- und Branchenvertreter sollen die Revision für die parlamentarische Beratung unter Leitung des Bundes vorbereiten. Der SBV bietet seine Mitwirkung in einer solchen Arbeitsgruppe an.

Eine Institutionenreform sollte die konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene als Ausgangspunkt der Reformbestrebungen nehmen. Ausgehend davon sollten rechtsstaatlichen Mängel möglichst beseitigt und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen hergestellt werden, was idealerweise zu einer Kürzung der Verfahrensdauer führt.

In der Politik und Wirtschaft wurden bereits unterschiedliche Modelle für die Institutionenreform besprochen. So wurde im Rahmen der Revisionsvorlage 2012 eine institutionelle Neuordnung der Wettbewerbsbehörden

diskutiert, wonach das heutige Sekretariat der WEKO in eine rechtlich selbständige, von der Bundesverwaltung unabhängige Wettbewerbsbehörde überführt und die heutige WEKO zu einem erstinstanzlichen Wettbewerbsgericht aufgewertet werden sollte. Die Wettbewerbsbehörde wäre mit der Untersuchung betraut, während das Wettbewerbsgericht entscheidet und allfällige Sanktionen ausspricht. Dabei sollte die Kürzung des Instanzenzuges von bisher vier (untersuchendes Sekretariat, entscheidende WEKO, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht) auf drei (untersuchende Wettbewerbsbehörde, entscheidendes Wettbewerbsgericht, Bundesgericht) involvierte Behörden zu einer Verkürzung der Fristen führen.

Darüber hinaus wurde auch die Lösung diskutiert, das Aussprechen der Sanktionen, statt im Zuständigkeitsbereich der WEKO zu belassen, dem Bundesverwaltungsgericht zu übertragen. Mit diesem Lösungsansatz würden die Untersuchungs- und die Entscheidbehörde klarer voneinander getrennt werden.

Auch könnte als mögliche Variante ein Gerichts- bzw. Kommissionsschreibermodell diskutiert werden. Die Gerichts- bzw. Kommissionsschreiber sollen die Kommissionsmitglieder bei der Verfahrensdurchführung, Entscheidungsfindung und Entscheidungsredaktion unterstützen. Dadurch könnte die Kommission gestärkt werden. Den Mitgliedern der Milizbehörde WEKO ist es heute nicht möglich, die Argumente der Parteien anhand der umfangreichen Akten zu überprüfen. Neu könnten sie ihre Überlegungen und Fragen durch die neutralen Kommissionsschreiberinnen und Kommissionsschreiber überprüfen lassen. Durch die Stärkung der Kommission wäre es möglich, eine bessere Trennung zwischen der Anklagebehörde (Sekretariat) und der urteilenden Kommission zu erzielen. Das Gerichts- bzw. Kommissionsschreibermodell könnte als eine mögliche Variante zur ersten Anhandnahme der Institutionenreform betrachtet werden.

Diese Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie soll lediglich mögliche Ansatzpunkte für die erwähnte Arbeitsgruppe sowie in der Botschaft aufzeigen. Der SBV hat zum jetzigen Zeitpunkt keine Präferenz für eine bestimmte Lösung, er unterstützt jedoch das Anliegen der Wirtschaft nach einer effektiven Trennung von Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde.

2. Motion Français

Aus Sicht des SBV kann die Motion Français 18.4282 in die Revision aufgenommen oder einzeln behandelt werden.

Nationalrat Olivier Français hat die Motion 18.4282: «Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» eingebracht und sie wurde von beiden Parlamentskammern angenommen.

Sowohl im Namen als auch im Begründungstext stellt sie klar, dass mit Artikel 5 Abs. 1 bis VE-KG eine quantitative Überprüfung der Erheblichkeit wiederhergestellt werden soll. Die im Vorschlag gewählte Formulierung lässt jedoch zu viel Interpretationsspielraum. Zwar würden quantitative Kriterien berücksichtigt, aber sie könnten weiterhin eine untergeordnete Rolle gegenüber qualitativen Kriterien spielen.

Gerade weil es sich bei der Motion um eine ausdrückliche Korrektur des Gaba-Urteils¹ handelt, ist es im Interesse der Rechtssicherheit, dass das Erfordernis einer ausgewogenen Prüfung der beiden Kriterien auch

¹ BGE 143 II 297.

explizit in die Formulierung aufgenommen wird. Deswegen schlagen wir vor, Artikel 5 Abs. 1bis VE-KG wie folgt zu ändern:

Art. 5 Abs. 1bis: Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind immer qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Sie ist auf jeden Fall zu beurteilen.

Ferner enthält der erläuternde Bericht hinsichtlich der Motion mehrere unzutreffenden Aussagen. Diese Aussagen müssen im Hinblick auf die Botschaft dringend korrigiert werden.

- **Rückkehr zur erprobten Praxis:** Der Vernehmlassungsbericht erweckt den Eindruck, dass die Motion negative Folgen für die Kartellbekämpfung hätte, weil die WEKO dann Kartellabsprachen nicht mehr effektiv bekämpfen könnte. Hier liegt ein Irrtum vor. Bis zum Gaba- Bundesgerichtsentscheid war es bewährte Praxis, die Erheblichkeit im Einzelfall anhand qualitativer sowie quantitativer Kriterien zu beurteilen.
- **Gaba-Urteil widerspricht Willen des Gesetzgebers:** Zur Beurteilung einer Wettbewerbsabrede erachtet es der Gesetzgeber als massgebend, «ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt [wird], ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig»². Der Gesetzgeber verlangt somit im Grundsatz, dass im Einzelfall neben den qualitativen Kriterien, welche sich aus dem Gesetzestext ergeben, auch quantitative Kriterien (z.B. Marktanteile, Umsätze) hinzugezogen werden. Das Bundesgericht hat im Gaba-Urteil behauptet, dass zur Entlastung der Verwaltung auf die Prüfung der quantitativen Kriterien verzichtet werden könnte, wenn die Bestimmung der Erheblichkeit bereits nach qualitativen Kriterien aus dem Gesetzestext möglich sei.³ Diese Auslegung des Bundesgerichts widerspricht aber dem Willen des Gesetzgebers, welcher von einer grundsätzlichen Einzelfallprüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien bei der Bewertung der Auswirkungen einer Abrede ausging. Das Parlament bestätigte diese Ausrichtung ausdrücklich, als es 2014 den Entwurf zur Revision des KG prüfte und den Entwurf auf dieser Grundlage ablehnte. Auch wenn bei der Widerlegung der Vermutung des Vorliegen einer Erheblichkeit «[i]n der Regel» zutreffen dürfte,⁴ lässt sich nicht daraus schliessen, dass diese ohne Einzelfallprüfung stattfinden darf.⁵ Die Absicht des Gesetzgebers war es gerade nicht, wie fälschlicherweise im erläuternden Bericht aufgeführt, die WEKO zu entlasten, indem auf eine differenzierte Erheblichkeitsprüfung verzichtet werden kann,⁶ sondern die Rechtssicherheit durch eine im Grundsatz zu erfolgende Einzelfallprüfung zu gewährleisten.
- **Faktische Beweislastumkehr durch Gaba-Urteil:** Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede ist durch die WEKO zu beweisen. Mit dem Wegfall der Erheblichkeitsprüfung gemäss Erwägungen des Bundesgerichts in Sachen Gaba, verbleibt einzig zu prüfen, ob eine Abrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 2 KG). Bei der Beurteilung, ob solche Gründe vorliegen, verfügen WEKO und die Gerichte aber über einen grossen Ermessensspielraum. Die betroffenen Unternehmen müssen die konkreten Beweise erbringen, dass ihr Verhalten die Effizienz der

² Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995, 555.

³ BGE 143 II 297 E. 5.2.1 f. S. 315 f.

⁴ BBl 1995, 565 f.

⁵ Vgl. auch Emch/Gottret, 376.

⁶ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

Volkswirtschaft erhöht hat. Dies ist gerade für KMU äusserst schwierig zu bewältigen, da ihnen das Expertenwissen fehlt. Die WEKO hingegen ist oder sollte in der Lage sein, eine solche Prüfung durchzuführen. Der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung führt somit zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Die Aussage im erläuternden Bericht, wonach der Gaba-Entscheid keine Änderung der Beweislast zur Folge habe, ist deshalb falsch.

- **Hohe Rechtsunsicherheit für Arbeitsgemeinschaften (ARGEs):** Gemäss Vorlagenbericht spielt die Frage der Erheblichkeit und damit die Auswirkung des Gaba-Entscheids im Falle von ARGES «praxisgemäss keine Rolle». Umgekehrt erhöhe die Motion die Rechtsunsicherheit, den Verwaltungsaufwand und liesse, im Widerspruch zum indirekten Gegenvorschlag der Fair-Preis-Initiative, gar eine „Abschottung des Schweizer Marktes“ zu. Sämtliche Aussagen sind unzutreffend. Da die kartellrechtliche Beurteilung von ARGES weder im Gesetz noch durch ein Bundesgerichtsurteil geklärt worden ist, besteht Rechtsunsicherheit. Die Zusicherungen des Sekretariats der WEKO entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Auch war die Erheblichkeitsprüfung in der Vergangenheit sehr wohl Gegenstand bei der Beurteilung von ARGES. Würde die Erheblichkeitsschwelle durch die Motion Français wieder eingeführt, entstünde für Kleinstunternehmen ein zusätzlicher Schutz vor unerwarteten Sanktionen. Zudem senkt das Anliegen der Motion den Aufwand für Behörden, da dank der Erheblichkeitsschwelle Bagatellfälle ohne aufwendige Sachverhalts- und Effizienzprüfungen ausgeschlossen werden können. Dagegen hat der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung den Compliance-Aufwand gerade bei grundsätzlich zulässigen vertikalen Abreden massiv erhöht, weil die Abreden über eine komplexere Struktur verfügen und die besagten rechtlichen Unsicherheiten bestehen. Der indirekte Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative betrifft nur marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen. Die Feststellung einer vorliegenden (relativen) Marktmacht setzt quantitative Analysen zwingend voraus, was gerade das Kernanliegen der Motion darstellt.

3. Motion Wicki

Sie erwähnen in Ihrer Vorlage die von Hans Wicki eingebrachte Motion 21.4189 «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz». Der Ständerat hat in der Wintersession 2021 diese Motion mit grosser Mehrheit angenommen. Falls der Nationalrat die Motion ebenfalls annehmen würde, sollte ihr Anliegen unverzüglich umgesetzt werden, die anstehende Revision wäre eine Möglichkeit hierfür.

Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und bitten Sie, unsere Anliegen zu berücksichtigen. Bei möglichen Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung

Freundliche Grüsse
Schweizerischer Baumeisterverband



Dr. Benedikt Koch
Direktor



Bernhard Salzmann
Stellvertretender Direktor, Leiter Politik und Kommunikation

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
CH-3003 Bern

Per Email an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Zürich, 11. März 2022

Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 haben Sie uns eingeladen, an der Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) Stellung zu nehmen. Gerne nehmen wir diese Möglichkeit in der Gestalt einer kurzen Zusammenfassung wahr. Für die Einzelheiten verweisen wir gerne auf die Stellungnahme von economiesuisse, die wir als deren bedeutendes Mitglied unterstützen.

Rückweisung der Vernehmlassungsvorlage zur vollständigen Überarbeitung

scienceindustries fordert die Rückweisung der Vernehmlassungsvorlage zur vollständigen Überarbeitung und insbesondere die Aufnahme einer umfassenden Institutionenreform sowie die zwingende Berücksichtigung von Compliance-Programmen.

Wir teilen die Positionierung von economiesuisse, wonach die Vorlage umfassend zu überarbeiten ist. Die bundesrätlichen Vorstellungen zu einer Revision des Kartellgesetzes sind nicht ausreichend. Basis für eine Modernisierung des Kartellgesetzes kann die Revisionsvorlage von 2012 sein. Die Bedenken vor einer politisch anspruchsvollen Diskussion zu einzelnen Revisionspunkten darf allerdings keinen Grund darstellen, wichtige und offensichtlich notwendige Gesetzesänderungen von vornherein nicht anzusprechen oder auf unbestimmte Zeit hinauszuzögern. scienceindustries schlägt vor diesem Hintergrund die Einsetzung einer Arbeitsgruppe unter Führung des Bundes vor, in welcher ein zukunftsfähiges, modernes Kartellrecht mit funktionierenden Institutionen entwickelt und für die parlamentarische Beratung vorbereitet werden kann.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen und verweisen im Detail wie erwähnt auf die Eingabe von economiesuisse.

Freundliche Grüsse



Dr. Stephan Mumenthaler
Direktor



Reto Müller
Leiter Binnenwirtschaft

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF
Bernastrasse 28
3003 Bern

Solothurn, 16. März 2022

Vernehmlassung „Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen“

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin

Wir möchten Ihnen bestens dafür danken, dass wir in obengenannter Angelegenheit Stellung beziehen dürfen.

Spiritsuisse ist als Vertreter von Importeuren und Produzenten vom Thema „Wettbewerbsbeschränkungen“ stark betroffen. Es dabei um das Thema „Nachfragemacht“. Die Praxis hierzu ist unbefriedigend. Das zeigen die beiden Verfahren gegen Markant und Co. und gegen Coop. Die lange Verfahrensdauer und da die Betroffenen keine „Rechte“ besitzen, führen dazu, dass im Endeffekt wiederum die Nachfragemacht sich durchsetzen kann. Eines der wenigen Verfahren bzgl. Nachfragemacht – Coopforte - zeigt dies deutlich. Es wurde zur „Bereinigung der Lage“ praktisch am Ende des Verfahrens eine „Lösung“ gefunden, recte hat die Nachfragemacht auch dann sich durchgesetzt. Nur wenige Lieferanten können über Jahre hinweg sich gegen die Nachfragemacht wehren. Die „Vertheoretisierung“ des Kartellrechts zeigt immer wieder, dass die Realität anders abläuft.

Es ist daher dringend notwendig, dass die Rechte der Betroffenen gestärkt wird. Die Festschreibung von Fristen wird nur wenig bewirken, da in Art.44a Abs. 3 die „Umgehung“ schon skizziert wird. Auch die „Erleichterung“ bei Kartellzivilrechtsverfahren wird in der Praxis kaum etwas bringen.

Dass Wettbewerbssekretariat kann heute in vielen Teilen schalten und walten, wie es will. Die Betroffenen haben keine Möglichkeit, z.B. die Vorabklärung zu beschleunigen. Mit der Möglichkeit, Verfügungen zu verlangen und dann diese weiterzuziehen, können von der Nachfragemacht Betroffene den Fall aktiv betreuen.

Wir schlagen deshalb vor:

Art. 26

Abs. 1 bis

Nimmt das Sekretariat eine Vorabklärung nicht oder nicht innert gebotener Frist an die Hand, können Beteiligte oder Dritte mit einem schutzwürdigen Interesse eine beschwerdefähige Verfügung verlangen.

Abs. 3

..... Darüber hinausgehend gilt das Verwaltungsverfahrensgesetz, wobei nur die Beteiligten und Dritte mit schutzwürdigem Interesse Parteirechte ausüben können.

Abs. 4

Spätestens ein Jahr nach Einleitung der Vorabklärung stellt das Sekretariat den Beteiligten und Dritten mit schutzwürdigem Interesse den Schlussbericht zu. Eröffnet das Sekretariat keine Untersuchung, so können Dritte mit einem schutzwürdigen Interesse eine beschwerdefähige Verfügung verlangen.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen möchten wir Ihnen, sehr geschätzter Herr Bundespräsident, bestens danken.

Freundliche Grüsse
SPIRITSUISSE



Peter Platzer
Geschäftsführer

An: Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern (eingereicht per Mail)

Zürich, 11. März 2022

SKR: Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne machen wir von der Möglichkeit Gebrauch, Stellung zur geplanten Teilrevision des Kartellgesetzes zu nehmen.

I. Einleitung

Die Stiftung KMU für Rechtsdurchsetzung (SKR) setzt sich für den Schutz und die Unterstützung der Schweizer KMUs ein. Im Fokus dabei steht der Schutz vor Monopol-Bildung durch Konzerne und die Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs. Da die Schweizer KMU von der vorliegenden Kartellrechtsrevision in wesentlichen Punkten betroffen sind, erlaubt sich die SKR hierzu Stellung zu nehmen. Die SKR begrüsst die Revision unter der Berücksichtigung der nachfolgenden Punkte (Stärkung Kartellzivilrecht/ Verfahrensverkürzung/ Institutionsreform).

II. Hauptpunkte

1. Stärkung Kartellzivilrecht

a) Reformbedarf

Die SKR begrüsst es, dass der Bundesrat das Kartellzivilrecht stärken möchte. Im Vergleich zu den EU-Ländern und anderen Mitgliedern der OECD-Staaten sind die vorgeschlagenen Änderungen indes wenig mehr als Lippenbekenntnisse. Die Rechtsdurchsetzung bleibt für KMU faktisch ausgeschlossen. Vor allem das Prozesskostenrisiko (in einem uns bekannten Fall beliefen sich die Kosten zum Beispiel auf über Fr. 300'000) und die Beweislastverteilung wirken derart abschreckend, dass ein KMU gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen den Zivilweg nicht ernsthaft in Erwägung ziehen kann.

b) Antrag

Der Bundesrat wird aufgefordert, Vorschläge zur tatsächlichen Stärkung des Kartellzivilrechts im B2B (vor allem bei KMU vs. multinationales Unternehmen) unter Berücksichtigung der Prozesskosten und Beweislastverteilung dem Parlament zu unterbreiten.

2. Verfahrensverkürzung

a) Reformbedarf

Viele Verfahren dauern aus der Sicht der KMU zu lange. Dies führt zu hohen Kosten und Rechtsunsicherheit. Deshalb ist die Umsetzung der Motion Fournier (16.4094) aus Sicht der SKR begrüssenswert. Die SKR setzt sich dafür ein, dass auch KMU kartellrechtliche Vorgaben einhalten. Es ist aber für KMU unzumutbar, wenn die WEKO in Ausübung ihrer Triage (Vorabklärungen oder Untersuchungen, die sie später einstellt) KMU zwingt, spezialisierte Kartellrechtsanwälte zu beauftragen, diese in jahrelangen Verfahren zu unterstützen, um deren «Freispruch» (Verfahrenseinstellung) vor der WEKO zu erwirken.

b) Antrag

Der Bundesrat wird ermutigt, die Umsetzung der Motion Fournier KMU-freundlicher als in der Vernehmlassung vorgeschlagen vorzunehmen.

3. Institutionsreform

a) Ausgangslage

Im heutigen System ist die WEKO sowohl untersuchende als auch urteilende Behörde. Das geltende System, bei dem dieselbe Behörde Polizei, Untersuchungsrichter, Staatsanwalt und Gericht «spielt», ist eines Rechtsstaates nicht würdig, das Prinzip der Gewaltentrennung ist verletzt. Betroffene Unternehmen müssen zumindest erwarten können, dass sie von einem unabhängigen Gericht in erster Instanz (z.B. vom Bundesverwaltungsgericht) beurteilt werden. Eine institutionelle Trennung (WEKO ermittelt, Bundesverwaltungsgericht entscheidet) würde ausserdem zu einer deutlichen Verkürzung der Verfahrensdauer führen, da es neu nur noch 2 Instanzen statt heute 3 Instanzen gäbe.

b) Antrag

Der Bundesrat sei zu beauftragen, dem Parlament einen Entwurf vorzulegen, bei dem die Entscheidungskompetenz über Bussgelder (Art. 49a) dem Bundesverwaltungsgericht (anstelle der WEKO) zuzuordnen sei.

III. Fazit

Die SKR bedankt sich für die Berücksichtigung der oben genannten Punkte. Sie ist davon überzeugt, dass KMU dadurch in ihren Rechten gestärkt werden. Damit kann der Bundesrat dafür sorgen, dass die Wettbewerbsfähigkeit der KMU gesteigert wird.

Stiftungspräsident



Prof. Patrick L. Krauskopf

Co-Geschäftsführer



Dr. Daniel Piazza

Stellungnahme der Swiss Association for Compliance and Competition Law (ACCL) zur Teilrevision des Kartellgesetzes

Zürich, 10. März 2022

I. ACCL

Die Swiss Association for Compliance and Competition Law (ACCL) setzt sich für die Förderung des Wettbewerbsrechts ein. Im Fokus steht dabei den Wissens-Transfer aus der Forschung zu gewährleisten. Die ACCL begrüsst die Reform (nachstehend 1.& 2.). Allerdings bemängelt der ACCL Vorschläge zur Institutionenreform (nachstehend 3.).

II. Hauptpunkte

1. Verfahrensverkürzung

Empfehlung: Wie von der Motion Fournier (16.4094) gefordert, sollen Ordnungsfristen für die Durchführung von Verwaltungsverfahren bei den Wettbewerbsbehörden und vor Gericht in das Kartellgesetz aufgenommen werden. Ebenso ist die in derselben Motion geforderte Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren zu begrüssen.

Kommentar: Langjährige Verfahren (z.T. über 10 Jahre) gefährden die Rechtssicherheit und die Rechtsdurchsetzung. Die Einführung von Fristen wird diesen Zustand wirksam korrigieren, wobei sicherzustellen ist, dass der Rechtsschutz der betroffenen Parteien nicht eingeschränkt wird. Die Einführung von Parteientschädigungen wird dazu führen, dass angesichts der Länge der Verfahren, Unternehmen nicht auf den Rechtsschutz allein aus Kostengründen verzichten werden.

2. Fusionskontrolle

Empfehlung: Der von der Wettbewerbskommission angewandte qualifizierte Marktbeherrschungstest wird durch den SIEC-Test abgelöst. Mit der Einführung des SIEC-Tests können Zusammenschlüsse, die den Wettbewerb behindern und deren negative Effekte nicht durch Effizienzvorteile ausgeglichen werden, unterbunden werden, was unter dem bestehenden qualifizierten Marktbeherrschungstest nicht in jedem Fall möglich ist.

Kommentar: Das Schweizer Recht fusst auf dem EU-Recht aus den späten 80iger Jahren und ist mittlerweile international völlig veraltet. Mit dem neuen Test wird die WEKO den gleichen Test anwenden wie die EU Kommission.

3. Institutionenreform

Empfehlung: Die WEKO bedarf einer Institutionenreform, um den veränderten Anforderungen ihrer Aufgaben gerecht zu werden. Im Fokus einer solchen Reform steht dabei die Einführung

einer erstinstanzlichen Gerichtsbehörde, um Prozesse zu beschleunigen und um eine rechtsstaatliche überfällige Trennung von Entscheid- und Untersuchungsbehörde zu gewährleisten.

Begründung: Mit der Einführung einer erstinstanzlichen Gerichtsbehörde könnte die institutionelle Unabhängigkeit gefördert werden. Dabei geht es insbesondere um die konsequente Trennung von der Untersuchungs- zur Entscheidungsbehörde. Dadurch können Verfahren verkürzt und die Unabhängigkeit gestärkt werden.

III. Schlusswort

Die ACCL bedankt sich für die Berücksichtigung der drei genannten Punkte.

Prof. Patrick L. Krauskopf

Michel Rudin

Vereinspräsident

Co-Geschäftsführer

SAA swiss automotive aftermarket, Obstgartenstrasse 28, 8006 Zürich

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Zürich, 10. März 2022

Vernehmlassung Teilrevision des Kartellgesetzes

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf das am 24. November 2021 eröffnete Vernehmlassungsverfahren betreffend Teilrevision des Kartellgesetzes. Gerne benutzen wir die Gelegenheit, uns hierzu zu äussern. Der SAA ist der Verband der Lieferanten des Schweizerischen Garagengewerbes. In ihm sind rund 70 Unternehmungen in sechs Fachgruppen organisiert. Diese erzielen einen jährlichen Umsatz von rund CHF 1,95 Mia.

Mit der vorliegenden Stellungnahme nimmt der SAA wie folgt Stellung:

1. Antrag an den Bundesrat:

Der Vernehmlassungsvorschlag ist zwecks Überarbeitung an den Bundesrat **zurückzuweisen** und **die nachstehenden Punkte (Ziffer 2a – 2d) sind in den Vorschlag** mitaufzunehmen.

Der Antrag des SAA begründet sich wie folgt:

2. Begründung des Antrages:

a. Institutionenreform

Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Revisionspunkte sind nach Ansicht des SAA unzureichend. Das heute geltende Kartellgesetz bedarf einer umfassenden und vor allem zukunftsgerichteten Revision. Seit der letzten [gescheiterten] Revision im Jahr 2014 haben sich viele



gravierende Probleme im Bereich des Wettbewerbsrechts akzentuiert, welche mit der vorliegenden Teilrevision nicht angegangen werden. Als Beispiel hierfür sei die Institutionenreform genannt: Seit Jahren setzt sich die Wirtschaft für eine Trennung und Professionalisierung der Wettbewerbsbehörden ein.¹ Die Schaffung eines selbständigen Kartellgerichts an Stelle der heutigen Wettbewerbskommission (im Folgenden «WEKO»), welche gemäss dem Kartellgesetz eine reine Milizbehörde aus mehreren Interessenvertretern und unabhängigen Sachverständigen ist, entspricht nicht nur einem klaren Bedürfnis der Wirtschaft, sondern dürfte vor dem Hintergrund der Kompetenz zur Ausfällung von erheblichen Sanktionen in Form von Bussen auch in rechtsstaatlicher Hinsicht längstens angezeigt sein.

Darüber hinaus verträgt sich die heute fehlende Trennung zwischen Untersuchungsbehörde (Sekretariat der Wettbewerbskommission; im Folgenden «Sekretariat») und Entscheidbehörde nicht mit den verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensgarantien. Es fehlt klar an einer Unabhängigkeit des Sekretariats gegenüber der WEKO.

Zudem wird auch insbesondere dem für das Strafrecht geltende Öffentlichkeitprinzip mit der heutigen Gesetzeslage nur ungenügend nachgekommen. Das Verfahren vor der WEKO wird gänzlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt. Zugang zum Verfahren haben überdies einzig die Mitarbeitenden des Sekretariats, welche auch die Untersuchung geführt haben. Das führt nicht nur zu einem Ungleichgewicht zwischen Entscheid- und Untersuchungsbehörde in Bezug auf die Fachkompetenz und Dossierkenntnisse, sondern eröffnet dem Sekretariat gleichzeitig die Möglichkeit, auf den Entscheid Einfluss zu nehmen, was dem Prinzip der Waffengleichheit widerspricht.

Auch rechtsstaatlicher Sicht ist auch die Praxis der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die einvernehmlichen Regelungen zu bemängeln. Diese Form eines Abschlusses von Untersuchungsverfahren erlaubt es nicht, eine Fallpraxis zu schaffen, welche für die Unternehmen Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit garantieren würde.

b. Schaffung von Vorschriften gegen die vertikale Integration

Insbesondere im Automobilsektor ist in den letzten Jahren vermehrt eine vertikale Integration von Vertriebsketten festzustellen. Automobilhersteller nutzen dabei neben eigenen Markenfilialen (physische Verkaufspunkte) neue Vertriebskanäle wie z.B. der Onlinevertrieb, um deren Produkte direkt an die Endkunden zu verkaufen oder neue Vertragsmodelle wie z.B. das Agenturmodell.

Das bisher klassische Vertriebsgeschäft über Importeure und Händler verliert dabei immer mehr an Bedeutung. Also Folge davon ist in erster Linie der Primärmarkt (Vertrieb von Neufahrzeugen) betroffen: Dieser unterliegt bereits seit Jahren einer starken Konzentrierung auf einzelne grössere Importeure und Markenhändler (z.B. Emil Frey, AMAG). Die vertikale Integration durch die Markenhersteller - insbesondere in der Form der Digitalisierung und neuer Vertragsmodelle - wird diesen Trend in naher Zukunft noch erheblich verstärken.

Von einer vertikalen Integration profitieren die Markenhersteller in doppelter Hinsicht:

¹ Vgl. hierzu das von economiesuisse publizierte Dossier „[Kartellgesetzrevision: Grosser Handlungsbedarf aus Sicht der Wirtschaft](#)“, zuletzt besucht: 04.03.2022.

- Zum einen können diese das Preisgefüge direkt bis hin zum Endkunden selbst bestimmen. So werden Markenhersteller künftig über ihre Webseite ihre Neuwagen nicht nur selbständig vermarkten, sondern auch direkt an den Endkunden verkaufen. Letzterer erhält beispielsweise über die Webseite des Markenherstellers einen Kundencode und kann anschliessend bei einem Vertragshändler eine oder mehrere Probefahrten machen. Ist der Endkunde mit dem Produkt zufrieden, kann er das Fahrzeug noch individuell konfigurieren und beim Markenhersteller über dessen Webseite direkt einkaufen. Den Markenherstellern verbleibt die Preishoheit und damit die Möglichkeit, die Preisdisziplin besser zu kontrollieren.
- Zum anderen erhalten die Markenhersteller die Kontrolle über sämtliche Kundendaten, was ihnen ermöglicht, die Daten künftig für eigene Vertriebs- und Marketingzwecke zu verwenden. Dieser Trend wird durch neue Kommunikationstechnologien, welche in der Automobilbranche eingesetzt werden, noch verstärkt. Der Markenhersteller verfügt jederzeit über die entsprechenden Informationen zum Gebrauch des Produktes und kann dadurch den Kunden noch besser an sich binden.

Als Folge der vertikalen Integration wird der bisher schon durch «Knebelverträge» sehr beeinträchtigte Intrabrand-Wettbewerb zwischen den markengebundenen Autohändlern, also den Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, gänzlich unterbunden und die marktmächtige Stellung der Autohersteller zementiert.

Dies hat auch sehr einschneidende Konsequenzen auf die Parallelimporteure und freien Autohändler. Durch den Ausbau des Direktvertriebs mittels vertikaler Integration erhalten die Markenhersteller die vollständige Kontrolle über den Vertrieb der Kraftfahrzeuge bis hin zum Endkunden. Dies bedeutet, dass der Direkt- oder Parallelimport und somit der Intrabrand-Wettbewerb noch mehr abnehmen wird, als es bereits in den letzten Jahren der Fall war.

Bisher konnten die freien Autohändler den unter den markengebundenen Autohändlern bestehende Intrabrand-Wettbewerb durch Direkt- oder Parallelimporte zusätzlich verstärken, in dem sie einen gewissen Druck auf die Preise und Konditionen innerhalb des selektiven Vertriebs ausübten. Mit der vertikalen Integration des Automobilvertriebes wird der Wettbewerbsdruck durch die freien Autohändler aber praktisch vollständig ausgeschaltet.

Zudem besteht ein erhebliches Risiko, dass aufgrund der vertikalen Integration Märkte, so insbesondere der Schweizer Markt, komplett abgeschottet werden, da die Markenhersteller die Preise je nach Markt unterschiedlich gestalten können. Mit anderen Worten trägt die vertikale Integration von Vertriebsketten zur Erhöhung der Preise und somit zur bekannten «Hochpreisinsel Schweiz» bei.

Schliesslich hat die vertikale Integration auch sehr einschneidende Konsequenzen für die Lieferanten des Garagengewerbes, welche einem «geschlossenen System» gegenüberstehen und kaum mehr in die markengebundenen Garagen liefern können, was dem Wettbewerb und somit den Konsumenten schadet.

Der Bundesrat soll diesem Trend entgegenwirken, in dem er mit der vorgesehenen Revision Vorschriften in das Kartellgesetz aufnimmt, welche die vertikale Integration bei Markenherstellern der kartellrechtlichen Kontrolle unterstellt. Die Vorschriften sind dabei so zu gestalten, dass die Markenhersteller verpflichtet werden, ihre Vertriebsketten so zu gestalten, dass eine Teilnahme von allen Händlern (also auch den ungebundenen Händlern) am Intra- und Interbrand-Wettbewerb auf diversen Vertriebsstufen weder behindert, noch eliminiert und damit der Wettbewerbsverzerrung durch die vertikale Integration entgegengetreten werden kann.

c. Schaffung von Vorschriften zur Kontrolle von digitalen Märkten

Auch wenn bisher noch unbekannt oder eher ungewöhnlich, so drängen auch «Internetgiganten» wie z.B. die markenübergreifende US-Informationsplattform Amazon Vehicles immer mehr in den Automobilmarkt. Kunden verwenden z.B. diese Plattform, welche auch Kundenbewertungen enthält, zur Informationssuche, aber auch zur Spezifizierung von Fahrzeugen. Dadurch erhalten diese Plattformen einen enormen Informationsvorsprung, da die potenziellen Kunden solche Informationsdienstleistungen meist «unentgeltlich» erhalten. Im Gegenzug verpflichten sie sich, möglichst viele Daten über sich als Person und über das eigene Verhalten preiszugeben.

Diese Gefahr der «Monopolisierung» von Daten droht aber nicht nur bei solchen zweiseitigen Internetplattformen wie Amazon, Google oder Facebook, sondern besteht auch im klassisch einseitigen, digitalen Vertrieb (siehe beispielsweise Apple und Microsoft). Die entstandene Marktmacht dieser Unternehmen erlaubt es, als Intermediär zwischen Angebots- und Nachfrageseite aufzutreten.

Konsequenz davon ist, dass sie aus ihrer Position heraus grundlegende Marktfunktionen wie Preisfindung, Matching und Marktzugang kontrollieren können. Die Ausnutzung von Marktmacht und der Umgang mit Nutzer- und Kundendaten und deren Privatsphäre, sowie der zunehmende Einfluss ihrer Angebote und Technologien auf Bereiche oder Prozesse von gesellschaftspolitischem Interesse, haben in den letzten Jahren zu massiver Kritik seitens von Konsumenten, aber auch der Industrieökonomie und der Rechtswissenschaft geführt. Der Markt für alternative Anbieter und Start-ups wird gebremst und die Innovation leidet darunter. Wenige übermächtige Unternehmen verbleiben und diktieren den Markt.

Durch die Digitalisierung des Markenvertriebs über die eigenen Kanäle erhalten auch die Markenhersteller im Automobilbereich eine Vielzahl von persönlichen Daten der Endkunden, welche ihnen bisher in dieser Bandbreite und Detaillierungsgrad nicht zur Verfügung standen. Diese Datensätze können die Markenhersteller nutzen, um sich letztlich die Abhängigkeit von den Händlern zu minimieren, aber auch, um die Kundenbindung gegenüber den Endkunden zu erhöhen.² Dadurch sind diese in der Lage, den Interbrand-Wettbewerb gänzlich zu beseitigen. Ferner können die Informationen genutzt werden, um die Endkunden für Reparaturen oder Services den herstellergebundenen Vertriebskanäle zuzuführen.

² Christian Raab, Wenn der Neuwagen nur noch einen Klick entfernt ist; Accenture GmbH (Hrsg.), in: [Sonderbeilage in Automobilwoche](#), 09/2015 (zuletzt besucht am 06.03.2022).

Allerdings besteht aufgrund der vermehrten Nutzung personenbezogener Daten aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Handlungsbedarf. Viele digitale Märkte weisen Konzentrationstendenzen auf und sind bereits von wenigen grossen Anbietern geprägt. Aus diesem Grund ist darauf zu achten, dass Wettbewerber eine Chance und die Endkonsumenten eine Auswahl haben. Nur so können alle von der möglichen Dynamik der Märkte profitieren. Es sind deshalb neue Eingriffsbefugnisse für die Wettbewerbsbehörden zu schaffen, welche künftige bereits bei einer Gefährdung des Wettbewerbs durch «Digitalkonzerne» (zu solchen gehören nach der Auffassung des SAA nunmehr auch die Markenhersteller im Automobilbereich) greifen. Auch die klassische Missbrauchsaufsicht ist zu modernisieren. Damit können die Wettbewerbsbehörden das Verhalten von Digitalkonzernen und die Rolle digitaler Geschäftsmodelle noch besser erfassen.

d. Aufhebung der Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme

Vertikale Integration und Digitalisierung des Vertriebs führen zwangsläufig auch zur Frage, ob ein selektiver Vertrieb unter den gegebenen Umständen heute noch zu rechtfertigen ist. Die Wettbewerbsbehörden haben in der Vergangenheit selektive Vertriebssysteme als kartellrechtlich zulässig anerkannt, um das Trittbrettfahrerrisiko zu minimieren und den Vertrieb so weit wie möglich nach den Vorstellungen des Herstellers zu gestalten. Das heisst, der Vertrieb ist nicht offen und für jeden Händler zugänglich, sondern es werden nur selektiv ausgewählte Händler beliefert. Die Auswahl dieser Händler kann hierbei von verschiedenen Kriterien abhängig gemacht werden. Der Weiterverkauf an Händler, welche die vorgeschriebenen Kriterien nicht erfüllen, wird zwischen Hersteller und Grossist vertraglich untersagt.

Aus kartellrechtlicher Sicht stellt ein solches Verbot des Weiterverkaufs an andere Händler eine Abrede dar, die den Wettbewerb möglicherweise beschränkt. Deshalb hat die Weko in der Praxis gewisse Einschränkungen formuliert. So sieht sie selektive Vertriebssysteme nur unter folgenden Voraussetzungen als unbedenklich an:

- Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, das heisst, die Wahrung der Qualität und die Gewährleistung des richtigen Gebrauchs muss ein solches Vertriebssystem bedingen.
- Die Kriterien, nach denen die Händler ausgesucht werden, müssen objektiv sowie nachvollziehbar sein und diskriminierungsfrei gegen über allen Händlern angewandt werden.
- Diese Kriterien dürfen nicht über dasjenige Mass hinausgehen, das für das selektive System erforderlich ist.

Der selektive Vertrieb hat in den letzten Jahren im Automobilbereich nicht zu den Verbesserungen insbesondere im Intrabrand-Wettbewerb geführt. Vielmehr konnten sich die Markenhersteller gerade aufgrund der selektiven Vertriebssysteme, welche mittels «Knebelverträgen» zwischen Herstellern und Händlern geschaffen wurden, bisher bereits unabhängig von den Importeuren und Händlern verhalten. Diese Unabhängigkeit wird nun durch die vertikale Integration und die Digitalisierung des Vertriebs weiterhin verschärft, wie das bereits oben ausgeführt worden ist.

Vor diesem Hintergrund sieht der SAA keine Notwendigkeit mehr, ein selektives Vertriebssystem im Automobilhandel weiterhin zum Schutz der Markenhersteller vor Trittbrettfahrern aus ökonomischer oder rechtlicher Sicht zu schützen. Vielmehr muss der Schutz der Hersteller im Zuge der fortschreitenden Entwicklungen in diesem Wirtschaftssektor zu Gunsten der Händler nunmehr aufgehoben werden. Der Bundesrat soll deshalb Vorschriften schaffen, welche insbesondere bei Digitalmärkten die Steuerung von Waren und Dienstleistungen innerhalb der Vertriebskette nach den Vorstellungen der Hersteller unterbinden.

Wir danken für die Möglichkeit einer Stellungnahme und stehen für Rückfragen oder Ergänzungen gerne zur Verfügung!

Freundliche Grüsse

SAA swiss automotive aftermarket



Diego De Pedrini
SAA Geschäftsführer

Swisscom (Schweiz) AG, Konzernrechtsdienst, CH-3050 Bern

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF
Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Wachstum und Wettbewerbspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Vorab per eMail: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Datum	11. März 2022	Seite
Ihre Kontakte	Adrian Raass / +41 58 223 29 74 / adrian.raass@swisscom.com	1 von 6
Thema	Stellungnahme zum Vorentwurf der KG-Teilrevision (KG-VE) vom November 2021	

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nimmt Swisscom (punktuell) wie folgt Stellung zum erwähnten Vorentwurf für eine KG-Teilrevision.

Swisscom vermisst in dieser Teilrevision eine Reform der Wettbewerbsbehörden, welche die Untersuchungsfunktion klar von der Entscheidungsfunktion trennt. Zudem ist die Umsetzung der Motion Français nach Auffassung von Swisscom nicht im Sinne des Motionärs ausgefallen. Den anderen vom Bundesrat vorgesehenen Änderungen steht Swisscom neutral gegenüber. Swisscom möchte aber trotzdem einige Vorschläge zur Ergänzung und Präzisierung verschiedener Bestimmungen einbringen.

Es fehlt die dringend notwendige Institutionenreform

In seiner Antwort vom 10. November 2021 zur Interpellation Noser vom 28. September 2021 (21.4108 "Kartellgesetz umfassend modernisieren") schrieb der Bundesrat, er sei *"nach wie vor davon überzeugt, dass eine institutionelle Reform der Wettbewerbsbehörden sinnvoll wäre, auch wenn das heutige Behördenmodell gemäss Bundesgericht rechtsstaatlich zulässig ist. Die Wettbewerbskommission (WEKO) als Entscheidkörper ist nach wie vor eine Milizkommission, die von der Untersuchungsbehörde (ihrem Sekretariat) nicht eindeutig getrennt ist."* Allerdings will der Bundesrat diese institutionelle Reform der Wettbewerbsbehörden erst in einer nächsten Revision angehen.

Swisscom ist der Auffassung, dass mit einer klaren Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsfunktionen nicht länger zugewartet werden darf. Bis eine nächste KG-Revision angegangen wird und bis diese in Kraft gesetzt werden wird, werden viele Jahre vergehen. Eine Institutionenreform wurde bereits anlässlich des letzten Revisionsversuchs von 2012 als dringlich erachtet, da "niemand am Status quo festhalten" wollte (Votum SR Schmid, [AB 2013 S 326](#)). Insofern besteht ausgewiesener Handlungsbedarf und ist es 10 Jahre später nicht opportun, dieses als dringlich erachtete Anliegen nochmals auf die lange Bank zu schieben.

Inhaltlich verweist Swisscom grundsätzlich auf das Dossier politique von economiesuisse zu diesem Thema¹ sowie auf die Stellungnahme von economiesuisse. Zwecks Ausarbeitung eines politisch mehrheitsfähigen Kompromisses kann eine Arbeitsgruppe unter Leitung des Bundes eingesetzt werden. Diese Arbeitsgruppe soll vorschlagen, wie die Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsfunktionen genau erfolgen soll.

Welcher Wohlfahrtsstandard?

Gemäss Erläuterndem Bericht (EB), S. 10, ist das KG in der Schweiz grundsätzlich auf die Gesamtwohlfahrt ausgerichtet. Der Bundesrat will für die Zusammenschlusskontrolle indes einen separaten Wohlfahrtsstandard einführen, nämlich den dynamischen Konsumentenwohlfahrtsstandard. Dabei handle es sich um die Hybridform eines Wohlfahrtsstandards von Konsumenten und Produzenten, der die langfristige Maximierung der Konsumentenwohlfahrt berücksichtigt. Dieser besondere Massstab biete sich in der Fusionskontrolle an, weil die Orientierung an der Gesamtwohlfahrt einer zu detaillierten Analyse bedürfe, die innerhalb der Fristen für Zusammenschlussprüfungen nicht geleistet werden könne (vgl. EB, S. 10).

Der EB schweigt sich darüber aus, wie genau dies – sei es die Gesamtwohlfahrt oder der dynamische Konsumentenwohlfahrtsstandard – gemessen werden soll.

Nach Auffassung von Swisscom eröffnen die Überlegungen im EB zum Wohlfahrtsmassstab den Behörden einen sehr weiten Ermessensspielraum. An die Praxis der EU lässt sich ebenfalls nicht mehr anlehnen, denn dort gilt auch gemäss EB ein anderer Wohlfahrtsmassstab.² Dies wird zu einer hohen Rechtsunsicherheit führen. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn in der Botschaft ans Parlament klargestellt würde, dass die WEKO in jedem Fall die schädlichen Auswirkungen einer angeblichen Wettbewerbsbeschränkung - sei es eine Wettbewerbsabrede, ein angeblicher Machtmissbrauch oder ein Zusammenschlussvorhaben – anhand des kontrafaktischen Szenarios (Situation ohne die zu prüfenden Abrede oder Verhaltensweise oder den Zusammenschluss) aufzeigen muss, d.h. sie muss belegen, dass durch die Wettbewerbsbeschränkung die Preise erhöht oder die Mengen reduziert oder die Qualität verschlechtert oder Innovationen verhindert werden. Dabei handelt es sich um eine Art SSNIP-Test ("small but significant non transitory increase in price"), der ansonsten zur Marktabgrenzung verwendet wird, aber auch hier in analoger Weise Verwendung finden kann. Damit wäre klargestellt, worum es tatsächlich geht ("bewirkt eine bestimmte Verhaltensweise tatsächlich etwas Schädliches").

Artikel 5 KG (Umsetzung der Motion Français)

Neu soll in Art. 5 Abs. 1bis VE-KG bestimmt werden, dass bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind. Damit setzt der Bundesrat das Anliegen der Motion Français vom 13. Dezember 2018 (18.4282, "Die Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen") wortwörtlich um.

Der Bundesrat warnt allerdings vor dieser Änderung (vgl. EB, S. 16), denn sie würde ein gesteigertes Mass an Rechtsunsicherheit sowie einer Mehrbelastung für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte mit sich bringen sowie die Bemühungen des Parlaments hinsichtlich der Verkürzung der verwaltungsrechtlichen Kartellver-

¹ Vgl. Economiesuisse, [Dossier politique Nr. 10/2021 vom 14. September 2021 "Kartellgesetzrevision: Grosser Handlungsbedarf aus Sicht der Wirtschaft"](#)

² Gemäss EB, S. 10, ist diese Abweichung gegenüber dem europäischen Recht auch deshalb gerechtfertigt, "weil die Schweizer Kartellgesetzgebung primär auf den Schutz des Wettbewerbs und nicht speziell auf den Schutz bestimmter Kategorien von Akteurinnen und Akteuren abzielt." Dass die Schweizer Gesetzgeber darauf abzielt, ist zu begrüssen. Dass die EU dies aber anders handhaben würde, trifft u.E. nicht zu.

fahren, aber auch die Bemühungen des Bundesrates betreffend das Kartellzivilrecht konterkarieren. Schliesslich ginge auch ein Widerspruch zum indirekten Gegenvorschlag des Parlaments zur Fair-Preis-Initiative einher, durch welche die kartellrechtliche Interventionsschwelle nochmals deutlich gesenkt wurde. Würde man auch bei den beiden harten vertikalen Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG eine quantitative Analyse der ökonomischen Auswirkungen im Einzelfall einführen, würde dies in vielen Fällen faktisch zur Zulassung der Abschottung des Schweizer Marktes durch in- und ausländische Unternehmen führen.

Sollten diese Nachteile tatsächlich eintreten, dann wäre dies auf die konkrete Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 bis VE-KG zurückzuführen, welche der Bundesrat vorschlägt. Er will nämlich zur Praxis zurückkehren, wie sie vor dem Bundesgerichtsentscheid im Fall Gaba/Gebro (BGE 143 II 297) galt. So will er *"aufgrund der Vielfalt und Komplexität des Wirtschaftslebens sowie des mit dem Instrument der Marktabgrenzung einhergehenden grossen Interpretationsspielraums"* (EB, S. 16) eine flexible Handhabung. Das erforderliche Mass des quantitativen Elements der Erheblichkeit soll im Einzelfall bestimmt werden.³ Je nach Art der Wettbewerbsabrede (qualitatives Element der Erheblichkeit) soll es somit gar nicht mehr auf die tatsächlichen Auswirkungen (quantitatives Element) ankommen, um eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung festzustellen. Damit wird das Anliegen der Motion Français verfehlt, nämlich dass in voller Kenntnis der Sachlage, d. h. unter Berücksichtigung der nachgewiesenen, tatsächlichen Auswirkungen zu beurteilen ist, ob letztlich eine zulässige oder unzulässige Abrede vorliegt.

Das kann am Beispiel der ARGE (Arbeitsgemeinschaften im Bauwesen) gezeigt werden, welches sich im EB, S. 15 f., findet. ARGE könnten kartellrechtlich unzulässig sein, wenn sie den Wettbewerb beschränken, z.B. wenn bei einem Einladungsverfahren die eingeladenen Bauunternehmen, die den Auftrag problemlos allein durchführen könnten, sich in einer ARGE zusammenschliessen, um den Wettbewerb zwischen sich auszuschalten. Solche Abreden (Submissionsabreden) beeinträchtigten den Wettbewerb immer erheblich, da sie stets mit einem hohen Marktanteil der Beteiligten am jeweiligen relevanten Markt einhergingen, denn ansonsten würden als ARGE getarnte Kartelle für die Beteiligten auch wenig sinnvoll sein. In diesem Beispiel wird vorausgesetzt (angenommen), was zu belegen wäre, nämlich dass die an der ARGE Beteiligten tatsächlich einen derart hohen Marktanteil haben, dass sie den Wettbewerb erheblich beschränken und damit die Submissionsbedingungen zu ihren Gunsten beeinflussen können. Wenn an einer Submission z.B. fünf ARGE teilnehmen, wobei jede ARGE aus Unternehmen besteht, welche eigentlich auch alleine an der Submission teilnehmen könnten, und es keine Abreden unter diesen fünf Submissionsteilnehmern gibt, dann sieht sich jeder Teilnehmer im Wettbewerb mit vier Konkurrenten. Keiner kann somit beliebige Submissionsbedingungen setzen. Es kann deshalb auch keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen.

Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung kann nur dann vorliegen, wenn es den an der Abrede Beteiligten durch diese Vereinbarung gelingen kann, die Preise zu erhöhen oder dasselbe zu erreichen, indem sie die Mengen reduzieren oder die Kunden aufteilen, oder anderer Schaden anzurichten. Da das KG auf die Gesamtwohlfahrt ausgerichtet ist, wie es der EB nahelegt (vgl. oben), muss die WEKO letztlich klären, ob eine Wettbewerbsabrede die Gesamtwohlfahrt vermindern kann, bevor sie auf eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung schliessen dürfte.

Ob eine Wettbewerbsabrede tatsächlich das Potenzial hat, Schaden anzurichten, kann in einem ersten Schritt anhand der Marktanteile bestimmt werden. Hier bieten sich die Schwellen an, wie sie in der Zusammenschlusskontrolle gelten. Sofern die an einer horizontalen Abrede Beteiligten gemeinsam Marktanteile halten, welche 20% nicht übersteigen, kann keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bestehen, denn Kunden oder Lieferanten können auf diejenigen Unternehmen ausweichen, welche die restlichen 80% des Marktes

³ Wenn bereits bei der Marktabgrenzung ein grosser Interpretationsspielraum besteht, dann darf dieser Interpretationsspielraum nicht nochmals erweitert werden, indem den Behörden auch beim quantitativen Element ein grosser Interpretationsspielraum zugestanden wird.

innehaben. Sind die Marktanteile der an der Abrede Beteiligten höher, muss näher geprüft werden, ob die Abrede zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führt. Im Fall von vertikalen Abreden könnte eine 30%-Marktanteilsschwelle gelten.

Damit wird die WEKO rasch die Spreu vom Weizen trennen können, d.h. es wird zu keinen längeren Verfahren kommen und auch die Rechtssicherheit wird nicht leiden. Im Gegenteil: Diese Herangehensweise macht es sogar überflüssig, vorab zu prüfen, ob überhaupt und welche Art von Wettbewerbsabrede besteht. Bei geringen Marktanteilen hat keine Wettbewerbsabrede ein Schadenspotenzial. Zu unerwünschten Marktabstottungen wird es auch nicht kommen. Kann die WEKO zeigen, dass eine solche Marktabstottung Schaden anrichten kann, wird sie als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gelten. Die betroffenen Unternehmen werden selbstverständlich in jedem Fall die Möglichkeit haben zu zeigen, dass der potenzielle Schaden wegen der Effizienzwirkungen der Abrede nicht eintritt bzw. eingetreten ist (Art. 5 Abs. 2 KG).

Aus ökonomischer Warte könnte für die in Art. 5 Abs. 3 KG erfassten Wettbewerbsabreden, harte horizontale Kartelle, ein differenzierter Ansatz gewählt werden. Für solche Kartelle gibt es Evidenz, dass sie in aller Regel schädlich sind. Sie könnten somit in jedem Fall als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen gelten. Voraussetzung ist allerdings, dass ausschliesslich solche Kartelle als Tatbestände nach Art. 5 Abs. 3 KG identifiziert werden.

Es wird beantragt in der Botschaft klarzustellen, dass nur dann eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, wenn eine Wettbewerbsabrede das Potenzial hat, Schaden anzurichten wie z.B. die Preise zu erhöhen, die Mengen zu beschränken oder Innovationen zu verhindern. Dies kann anhand eines an den SSNIP angelehnten Tests geprüft werden.

Zusammenschlusskontrolle

Die Einführung des SIEC-Tests ist eine Harmonisierung mit dem EU-, aber auch dem US-Wettbewerbsrecht. Diese Harmonisierung wird aber gleich wieder in Frage gestellt, indem zwecks Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens der sogenannte dynamische Konsumentenwohlstandsstandard zur Anwendung kommen soll, den weder die EU noch die USA kennen. Wie oben erwähnt, bleibt unklar, was mit diesem Standard genau gemeint ist und wie dieser operationalisiert werden soll.

Neu sollen die Unternehmen Effizienzgründe geltend machen können, um damit allfällige negative Auswirkungen des Zusammenschlusses zu rechtfertigen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b VE-KG). Dabei liegt die Beweispflicht bei den Unternehmen. Zudem müssen die Effizienzgründe überprüfbar sein. Wie vor einem Zusammenschluss Effizienzen überprüft werden sollen, ist schleierhaft. Zudem lässt sich ein strikter Beweis ex ante nicht erbringen. Daher wird das erforderliche Beweismass entscheidend sein. Darüber schweigt sich der Erläuternde Bericht indes aus. Nach Auffassung von Swisscom muss Plausibilität ("more likely than not") genügen.

Zudem sollen Zusammenschlüsse in der Schweiz nicht gemeldet werden müssen, wenn sie in der EU zu melden sind und die relevanten Märkte zumindest EWR-weit sind (Art. 9 Abs. 1bis Bst. a VE-KG). Dieser Vorschlag ist grundsätzlich zu unterstützen. Ob die räumlich relevanten Märkte tatsächlich diesen Vorgaben entsprechen, haben allerdings die meldenden Unternehmen zu beurteilen (vgl. EB, S. 20). Ob damit die gewünschte Vereinfachung erreicht werden kann, bezweifelt Swisscom. In der Praxis werden die Unternehmen vorab eine Zustimmung der WEKO zur Marktabgrenzung wünschen. Eine solche Zustimmung werden sie kaum erhalten, es sei denn, es gibt eine einschlägige Praxis. Die vorgeschlagene Bestimmung könnte sich somit als nicht zielführend erweisen.

Es wird beantragt, Art. 9 Abs. 1bis VE-KG um eine Bestimmung zu ergänzen, welche besagt, dass das Sekretariat innerhalb der Frist, in welcher sie die Vollständigkeit der Meldung prüft, eine verbindliche Auskunft zur Marktabgrenzung gemäss Art. 9 Abs. 1bis Bst a VE-KG zu geben hat.

Kartellzivilrecht

Swisscom begrüsst, dass auch nach dem Entscheid der WEKO geleistete Schadenersatzzahlungen bei einer allfälligen Verwaltungssanktion belastungsmindernd berücksichtigt werden können (Art. 49a Abs. 5 VE-KG). Weshalb allerdings die Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 und 2 KG nur reduziert werden "kann" und dies überdies in bloss "angemessenem", d.h. nicht vollem Umfang, bleibt unklar, ist nicht nachvollziehbar und zudem inkonsequent. Zudem muss die Zahlung "freiwillig" erfolgen, darf also nicht von einem Zivilgericht angeordnet sein.

Sanktionen müssen abschreckend sein, um präventiv zu wirken. Also muss die Sanktion den unrechtmässigen Gewinn abschöpfen und zusätzlich eine Busse enthalten. Falls der Schadenersatz den unrechtmässigen Gewinn abschöpft, verbleibt die Busse. Damit ist dem Zweck der Sanktion nach wie vor Genüge getan. Deshalb ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Sanktion letztlich höher ausfallen kann, wenn Schadenersatzzahlungen geleistet werden (da nicht der gesamte Schadenersatz angerechnet werden soll). Aus denselben Gründen ist ebenso unverständlich, weshalb der Schadenersatz nur dann angerechnet werden soll, wenn er freiwillig erfolgt, also nicht von Zivilgerichten angeordnet wird.

Es wird deshalb beantragt, Art. 49a Abs. 5 VE-KG wie folgt zu ändern: Richtet ein Unternehmen freiwillig Leistungen nach Artikel 12 Buchstaben c und d aus, so ~~reduziert kann~~ die Wettbewerbskommission oder die Rechtsmittelinstanz auf ein Begehren dieses Unternehmens hin seine Belastung ~~im angemessenen Umfang dieser Leistung reduzieren oder veranlasst die Rückerstattung in Höhe dieser Leistung eines angemessenen Teils veranlassen.~~

Widerspruchsverfahren

Swisscom ist nach wie vor der Auffassung, dass ein wirksames Meldeverfahren nur erreicht werden kann, wenn die Meldung eines Vorhabens vor dessen Vollzug an die Wettbewerbsbehörden von einer späteren Sanktion befreit. Swisscom bezweifelt deshalb, dass die ins Auge gefassten Änderungen des Widerspruchsverfahrens in Art. 49a Abs. 4 VE-KG zu einer Verbesserung dieses Verfahrens führen werden.

Wird den Wettbewerbsbehörden ein Vorhaben gemeldet, bevor es umgesetzt wird, soll die Behörde neu innerhalb von zwei Monaten (bisher: fünf) entscheiden, ob eine Vorabklärung respektive direkt eine Untersuchung eröffnet werden soll. Wird kein Verfahren eröffnet, entfällt das Sanktionsrisiko für das meldende Unternehmen. Zudem soll das direkte Sanktionsrisiko für Unternehmen nicht wie bisher bereits ab dem Zeitpunkt der Eröffnung einer Vorabklärung, sondern erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung wieder aufleben.

Der Bundesrat stellt sich offenbar vor, dass die Unternehmen das gemeldete Verhalten während der Vorabklärung ohne Sanktionsrisiko weiterhin ausführen könnten, d.h. die Investitionen für die Umsetzung des Verhaltens tätigen und gleichzeitig das Risiko tragen würden, dass die WEKO letztlich doch eine Untersuchung eröffnet (EB, S. 28: "Zweck ist, dass bei gemeldeten heiklen Verhaltensweisen, welche im Voraus weder als klar erlaubt noch verboten qualifiziert werden können, anhand der Beobachtung der effektiven Marktverhältnisse beurteilt werden kann, ob sie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen oder nicht.") Das erachtet Swisscom als unrealistische Annahme.

Das Widerspruchsverfahren wurde als Korrektiv zur Unbestimmtheit der kartellrechtlichen Normen eingeführt. Es sollte den Unternehmen ermöglichen, sich im Voraus über die kartellrechtlichen Konsequenzen eines Vorhabens zu informieren. Damit sollte der im Strafrecht geltende Grundsatz "keine Strafe ohne klares Gesetz" erfüllt werden, denn kartellrechtliche Sanktionen haben Strafrechtscharakter. Mittlerweile ist indessen klar geworden, dass das Widerspruchsverfahren seinen Zweck nicht erfüllen kann, also ist auch der Grundsatz "keine Strafe ohne klares Gesetz" verletzt. Das stellt die Sanktionierungspraxis der Behörden in Frage.

Swisscom beantragt deshalb Art. 49a Abs. 4 VE-KG wie folgt zu ändern: Die Belastung entfällt auch, wenn das Unternehmen eine Verhaltensweise meldet, bevor es sie umsetzt. ~~Das Unternehmen wird für den Zeitraum ab Eröffnung der Untersuchung ...~~

Evaluation

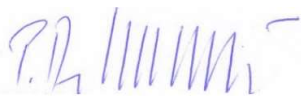
Swisscom begrüsst, dass gemäss Art. 59a VE-KG das KG periodisch einer Evaluation unterzogen werden soll. Abzulehnen ist indes der Beizug der Wettbewerbskommission bei dieser Evaluation, da auch sie letztlich Teil der Evaluation, also Partei ist und sich somit gleichsam selbst evaluieren würde. Eine Evaluation muss durch eine unabhängige Stelle durchgeführt werden. Diese Stelle wird die WEKO, aber auch andere Betroffene selbstredend befragen und sich danach eine eigene Meinung bilden.

Swisscom beantragt deshalb Art. 59a Abs. 1 VE-KG wie folgt zu ändern: Der Bundesrat sorgt ~~unter Beizug der Wettbewerbskommission~~ für die periodische Evaluation dieses Gesetzes.

Für zusätzliche Auskünfte steht Swisscom bei Bedarf gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Swisscom (Schweiz) AG
Konzernrechtsdienst



PATRICK DEHMER
General Counsel



ADRIAN RAASS
Senior Regulatory Manager



Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Ausschliesslich per Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Vernehmlassung Teilrevision des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) – Stellungnahme SwissHoldings

Sehr geehrte Damen und Herren

SwissHoldings, der Verband der Industrie- und Dienstleistungsunternehmen in der Schweiz, umfasst 61 Mitgliedunternehmen, die mehrheitlich an der SIX Swiss Exchange kotiert sind. Die börsenkotierten Mitglieder unseres Verbands machen zusammen rund 70 Prozent der gesamten Börsenkapitalisierung aus.

Wir danken Ihnen für die Einladung, im Rahmen der obengenannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen. Gerne äussern wir uns dazu wie folgt:

Zusammenfassung:

- Die Vorlage muss – bevor die Botschaft verabschiedet wird, **wesentlich überarbeitet werden, weil zwei wichtige Elemente, die Aufnahme einer Institutionenreform und die Berücksichtigung von Compliance Bemühungen bei der Sanktionsbemessung, fehlen**. Es ist denkbar, dass hierzu eine Arbeitsgruppe mit verschiedenen Interessensvertretern unter der Leitung des Bundes gegründet wird. In diesem Falle erachten wir es als zentral, dass insbesondere auch die Interessen der grossen Firmen über SwissHoldings in einer solchen Gruppe vertreten sind.
- Bei der Aufnahme der **Institutionenreform** sollen die Ziele der 2012 angedachten Institutionenreform verfolgt werden. Dies betrifft insbesondere eine notwendige Verbesserung der Rechtsstaatlichkeit durch Trennung von Untersuchung und Entscheid.
- Die **Berücksichtigung von Compliance Bemühungen bei der Sanktionsbemessung** könnte z.B. über eine Ergänzung in Art. 49a Abs. 5 VE-KG in das Kartellgesetz aufgenommen werden und analog der Regelung in Deutschland ausgestaltet werden.
- Die **Einführung der Elemente, die im Vorentwurf vorgeschlagen werden – mit Ausnahme der wichtigen Umsetzung der Motion Français – haben aus unserer Sicht eine im Vergleich zur Aufnahme der Institutionenreform und der Berücksichtigung von Compliance Bemühungen untergeordnete Rolle**. Unsere Kommentare zu den Elementen, die im Vorentwurf aufgeführt werden, finden sich im Einzelnen in der nachfolgenden Stellungnahme unter «4. SwissHoldings Kommentare zu den Elementen des Vorentwurfs».

1. Wichtige Überarbeitung der Vorlage

Der Vorentwurf beschränkt sich auf wenige Elemente, welche namentlich aus der Revision 2012 stammen. Dabei werden allerdings die wichtigsten Punkte aus der Revision 2012 nicht aufgenommen. Es handelt sich um die Institutionenreform und die Compliance Defense (s. dazu sogleich). Aus unserer Sicht müssen diese zwingend in die Revision Eingang finden. Diese Überarbeitung muss noch vor Publikation der Botschaft erfolgen, da es sich um sehr wesentliche Elemente handelt.

Aus unserer Sicht darf die allfällige Furcht, dass eine Vorlage im parlamentarischen Prozess noch scheitern könnte, nicht dazu führen, dass wichtige Revisionspunkte nicht angegangen werden. Die Umstände und Interessenslagen sind nicht mehr die gleichen wie vor 10 Jahren.

Ferner wäre es z.B. denkbar, dass der Bundesrat zur Überarbeitung vor Erlass der Botschaft eine Arbeitsgruppe mit den verschiedenen Interessensvertretern gründen würde, um eine breit akzeptierte Vorlage – welche aber die wichtigen Punkte der Revision aufnimmt – zu kreieren. In diesem Falle erachten wir es als zentral, dass insbesondere auch die Interessen der grossen Firmen über SwissHoldings in einer solchen Gruppe vertreten sind.

Anliegen SwissHoldings:

- Die Vorlage muss – bevor die Botschaft verabschiedet wird – wesentlich überarbeitet werden, weil zwei wichtige Elemente, die Aufnahme einer Institutionenreform und die Berücksichtigung von Compliance Bemühungen bei der Sanktionsbemessung, fehlen.
- Es ist denkbar, dass hierzu eine Arbeitsgruppe mit verschiedenen Interessensvertretern unter der Leitung des Bundes gegründet wird. In diesem Falle erachten wir es als zentral, dass insbesondere auch die Interessen der grossen Firmen über SwissHoldings in einer solchen Gruppe vertreten sind.

2. Wichtige Aufnahme der Institutionenreform

2.1. Problematik rechtsstaatliche Spannungsfelder

Die heutigen Administrativverfahren im Schweizer Kartellrecht leiden aus unserer Sicht an gravierenden rechtsstaatlichen Mängeln, die es zu eliminieren gilt, namentlich sind die Folgenden zu nennen:

Fehlende Gewaltenteilung allgemein: Der zentrale rechtsstaatliche Mangel besteht in der fehlenden Gewaltenteilung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsinstanz.

Insbesondere problematische fehlende Trennung zwischen Sekretariat und WEKO: Eigentlich sollte die Weko als Entscheidungsbehörde auftreten und das Sekretariat als Untersuchungsbehörde. Die institutionelle faktische Trennung beider Organe ist jedoch unzureichend. Sie agieren nicht unabhängig voneinander, ein faires gerichtliches Verfahren kommt damit nicht zustande. Das zeigt sich zum Beispiel darin, dass das Sekretariat, also der Ankläger, in jedem Verfahrensschritt anwesend ist, selbst bei der Urteilsfindung. Die betroffenen Firmen können jedoch anders als das untersuchende und anklagende Sekretariat der Weko an den entscheidenden Sitzungen der Kommission nicht mitwirken. Weiter ist das Sekretariat für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Gesetz auf die Zustimmung eines Mitgliedes im Präsidium der WEKO angewiesen; die Eröffnung muss gemäss Art. 27 KG im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums erfolgen. Auch kann die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 2 z.B. eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen.

Ferner: Problematische nicht genügende Trennung zwischen der WEKO und der Bundesverwaltung/dem Bundesrat: Ein weiteres Problem besteht ferner darin, dass die WEKO und die Bundesverwaltung/Bundesrat nicht genügend getrennt sind.

Strukturell bedingte mangelhafte kritische Hinterfragung der Untersuchungsbehörde durch die Entscheidbehörde trotz hoher Bussenandrohungen: Angesichts der hohen Bussenandrohungen ist eine unabhängige Hinterfragung der Sanktionierung notwendig, doch ohne entsprechende Gewaltenteilung nur sehr schwer möglich. Eine institutionelle Trennung der Untersuchung von der Entscheidungsfindung würde offensichtlich dazu führen, dass eine Sanktionierung der untersuchten Verhaltensweisen kritischeren Massstäben genügen muss als denjenigen der zwangsläufig befangenen Untersuchungsinstanz.

Faktischer Zwang von Unternehmen auf ein gerichtliches Verfahren zu verzichten: Die Unternehmen, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, sind oft gezwungen in eine Zwischenverfügung der Weko einzuwilligen und verpflichten sich damit, ihre Verhalten zu ändern, selbst wenn ihr Verhalten legal gewesen ist. Ein gerichtliches Verfahren wird so im Keim erstickt. Dieser Zwang der Unternehmen ergibt sich nicht nur aufgrund von Kostenfragen allgemein, sondern auch durch den folgenden Umstand: Die Weko publiziert, sobald sie eine Untersuchung eröffnet, die Namen der angeklagten Unternehmen. Die Unternehmen wissen vor dem Hintergrund des oben beschriebenen Problems der fehlenden Gewaltenteilung ohne «Waffengleichheit» zwischen Unternehmen und Untersuchungsbehörde vor einer unabhängigen Entscheidungsinstanz, dass sie sich auf ein schwieriges Verfahren einstellen müssen. Es ist entsprechend im Interesse der jeweiligen Unternehmen, dass das Verfahren möglichst schnell wieder abgeschlossen ist, selbst wenn sie eventuell überzeugt sind, dass sie im Ergebnis Recht bekommen würden. Hinzu kommt, dass Verfahren eine lange Zeit dauern, bis sie abgeschlossen sind, was den Druck auf die Unternehmen noch verstärkt. Eine teilweise Abhilfe können betreffend diesen letzteren Umstand zwar Massnahmen zur Verfahrensbeschleunigung, wie zum Beispiel die Festlegung verbindlicher Fristen (immer unter Beachtung der Rechtsstaatlichkeit) schaffen. Sie allein lösen dieses spezifische Problem jedoch nicht an der Wurzel.

Spannungsfeld mit Art. 6 EMRK und Art. 30 BV beim Sanktionsverfahren: Art. 6 EMRK sowie Art. 30 BV sind auf das Sanktionsverfahren gemäss Art. 49a KG anwendbar und entsprechend müssen die in diesen Garantien enthaltenen Anforderungen erfüllt sein, insbesondere die Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht. Die WEKO wird gemäss der Rechtsprechung jedoch nicht als richterliche Behörde anerkannt (BGE 138 I 154, E 2.7., S. 158). Eine Heilung dieses Mangels kann gemäss Bundesgericht und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erst im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht geheilt werden, welchem die volle Kognition zukommt. Gerade dieser Weg ist jedoch wie oben beschrieben mit vielen Hürden verbunden, weshalb dieser Mangel faktisch nicht immer geheilt werden kann.

2.2. Bereits 2012 identifizierte Probleme

Im Jahre 2012 wurde in der Botschaft festgehalten, die Weko als Entscheidkörper sei nach wie vor eine grosse Milizkommission, die von der Untersuchungsbehörde, ihrem Sekretariat nicht eindeutig getrennt sei und dass ein Festhalten am Mischmodell bestehend aus der WEKO und ihrem Sekretariat nicht mehr zeitgemäss erscheine. Die immer komplexer werdenden Fälle seien für ein reines Milizsystem eine zunehmende Belastung.

Entsprechend verfolgte die Vorlage damals die nachfolgenden Ziele:

Auf Ebene der Untersuchung solle eine unabhängige Wettbewerbsbehörde tätig sein. Die Entscheide sollen hingegen von einem von der Wettbewerbsbehörde und der Politik unabhängigen Gericht getroffen werden. Entsprechend müsse der neue Spruchkörper juristisch ausgebildete Richterinnen und Richter, aber auch solche, die über die erforderliche

praktische Erfahrung aus der Wirtschaft und die notwendigen Kenntnisse im Bereich der wirtschaftlichen und industrieökonomischen Analyse verfügen. Schliesslich seien die institutionellen Strukturen so auszugestalten, dass die Verfahren bis zum letztinstanzlichen Entscheid so rasch wie möglich abgewickelt werden können (vgl. Botschaft 2012, S. 3921 f.). Diese Probleme, obwohl sie bereits 2012 bekannt waren und obwohl es damals Lösungsansätze gab, wurden inzwischen nicht gelöst. Wird das Kartellrecht revidiert, muss eine Auseinandersetzung mit diesem Thema erfolgen; es kann nicht einfach ausgeblendet werden. Auch würde ein Auskoppeln aus der angedachten Revision mit einer separaten Aufnahme (sei es zu einem späteren Zeitpunkt oder früher) dem Umstand der Wichtigkeit dieses Anliegens nicht genügend Rechnung tragen. Es soll nicht aus einer allfälligen Angst, der Vorschlag zur Lösung des Problems könnte im Parlament scheitern, auf einen Vorschlag diesbezüglich verzichtet werden.

2.3. Ziele einer aufzunehmenden Institutionenreform

Vor dem Hintergrund der genannten rechtsstaatlichen Spannungsfelder sowie den Problemfeldern, welche bereits 2012 identifiziert worden sind und die gelöst werden müssen, muss entsprechend aus unserer Sicht eine Institutionenreform mit den nachfolgenden Zielen (den Zielen der Revision 2012) angestrebt werden:

Konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene als Ausgangspunkt der Revisionsbestrebungen: Vor dem Hintergrund der erwähnten Spannungsfelder liegt es auf der Hand, dass im Zentrum der Reformbestrebungen die Eliminierung der bestehenden institutionellen Abhängigkeiten stehen muss, zwischen WEKO und ihrem Sekretariat sowie ferner der WEKO und der Bundesverwaltung.

Ferner ergänzt durch

- ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen: Obige Massnahme wird unseres Erachtens ferner sinnvoll ergänzt, indem im Rahmen der Untersuchung und Entscheidungsfindung auf eine entsprechende personelle Zusammensetzung geachtet wird.
- eine Kürzung der Verfahrensdauer: Weiter ist es an sich anzustreben, dass die Verfahren beschleunigt werden, sowohl vor der Weko, als auch vor den Gerichten.

Anliegen SwissHoldings:

- Zur Eliminierung der verschiedenen rechtsstaatlichen Spannungsfelder im aktuell geltenden Kartellrecht ist es notwendig, dass in der Revision eine Institutionenreform aufgenommen wird, welche den Zielen der 2012 angedachten Institutionenreform folgt.

3. Wichtige Aufnahme der Berücksichtigung von Compliance Bemühungen bei den Sanktionen

Als weiteres in dieser Vorlage fehlendes Instrument ist die Compliance Defense, also die Berücksichtigung von robusten Compliance Bemühungen im Sinne des Strafausschlusses oder der Strafmilderung, unbedingt vorzusehen. Dies führt zu den richtigen Anreizen im Sinne der Prävention und entspricht auch dem Verschuldensprinzip:

Werden die Unternehmen bei der Sanktionierung gleich behandelt unabhängig davon, ob sie sich darum bemühen, dass ihre Mitarbeiter keine Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht vornehmen oder ob sie dies nicht tun, setzt dies falsche Anreize:

Werden präventive organisatorische Massnahmen nicht angemessen im Rahmen des Schuldprinzips berücksichtigt und sanktionsmässig honoriert, entfällt für das Unternehmen eine wichtige Motivation, die Compliance-Anstrengungen fortzuführen oder gar zu erhöhen.

Folge davon wäre eine gleichbleibende oder gar höhere Anzahl von Kartellrechtsverstössen. Es ist im gesamtwirtschaftlichen Interesse, dass die Compliance in den Unternehmen und damit ihre Rolle bei der Rechtsdurchsetzung durch klare Signale des Gesetzgebers zusätzlich gestärkt werden.

Dieses Bedürfnis wurde auch bereits in der Botschaft von 2012 anerkannt und es entspricht einem internationalen Trend. Jüngst zu nennen ist, dass Deutschland mit der am 19. Januar 2021 in Kraft getretenen 10. GWB-Novelle Massnahmen in kartellrechtlichen Bussgeldverfahren als berücksichtigungsfähig erachtet. Auch in vielen anderen Ländern, etwa in den USA, ist in den letzten Jahren ein Umdenken hin zu einem modernen Kartellsanktionsrecht erfolgt, das regulatorische Anreize für Gesetzestreue nicht durch «blinde» Strafen, sondern massgeblich auch dadurch setzt, dass ernsthafte Massnahmen zur Einhaltung des Wettbewerbsrechts bei der Sanktionierung berücksichtigt werden.

Vor dem Hintergrund, dass gerade auch das nahe Ausland solche Bemühungen anerkennt, sollte die Gelegenheit im Rahmen dieser Revision nicht verpasst werden, diese Anpassung vorzunehmen.

Hier sollte aus unserer Sicht eine Ergänzung von Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehen werden. Man könnte sich dabei am Gesetzestext des benachbarten Auslandes inspirieren. Wir schlagen vor, Absatz 1 um einen Satz ergänzen wie: «Angemessene Vorkehrungen vor oder nach dem Verstoss gegen das Kartellgesetz zur Vermeidung und Aufdeckung von Verstössen sind sanktionsausschliessend oder sanktionsmindernd zu berücksichtigen.»

Anliegen SwissHoldings:

- Es müssen Compliance Bemühungen der Unternehmen bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden. Ein solches «smart sanctioning» muss explizit im Gesetz verankert werden. Hierzu böte sich eine Ergänzung von Art. 49a Abs. 1 KG an im Sinne von: «Angemessene Vorkehrungen vor oder nach dem Verstoss gegen das Kartellgesetz zur Vermeidung und Aufdeckung von Verstössen sind sanktionsausschliessend oder sanktionsmindernd zu berücksichtigen.»

4. SwissHoldings Kommentare zu den Elementen des Vorentwurfs

4.1. Vorbemerkungen

Aus unserer Sicht hat die Einführung der Elemente, die im Vorentwurf vorgeschlagen werden – mit Ausnahme der wichtigen Umsetzung der Motion Français – eine im Vergleich zu den oben aufgeführten Punkten untergeordnete Rolle. Gerne nehmen wir nachfolgend zu den einzelnen Elementen Stellung:

4.2. Wichtige Umsetzung der Motion Français

Wichtiger Inhalt der Motion: Wir begrüssen, dass der Bundesrat die Motion Français 18.4282 umsetzen will. Es steht aus unserer Sicht ohne Zweifel fest, dass die Motion zu unterstützen ist, resp. dass Handlungs- bzw. Anpassungsbedarf am geltenden System diesbezüglich besteht:

Das Bundesgericht hat mit der GABA-Rechtsprechung eine Art «Kehrtwende» zur eigenen und auch der Rechtsprechung des BVGer und der Praxis der Weko vollzogen. In früheren Entscheiden wurden neben qualitativen regelmässig auch quantitativen Kriterien geprüft, mithin, ob eine Wettbewerbsabrede tatsächlich (negative) Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigte, was sachgerecht erscheint. Die (überraschende) Abkehr von dieser Rechtsprechung durch das BGer stellt in der Praxis eine erhebliche Verschärfung der Prüfungskriterien dar, da unter der neuen GABA-Rechtsprechung potenziell auch ein reines «Papier- oder Schubladenkartell» kartellrechtlich kritisch zu beurteilen ist, selbst wenn die Abrede nicht umgesetzt wurde und/oder keine negativen Auswirkungen auf den relevanten Märkten zur Folge hatte. Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass ein solches Papier- oder Schubladenkartell möglicherweise unabhängig vom Vorhandensein tatsächlicher Auswirkungen auf den Wettbewerb sowie vom konkreten Ausmass jeglicher Effekte sanktioniert werden kann. Kurz, der Verzicht auf das Abstellen auf quantitative Kriterien ist der Rechtsstaatlichkeit, der Rechtssicherheit und der Verhältnismässigkeit abträglich, weshalb die ausdrückliche (Wieder-)Einführung dieses Kriteriums im Gesetz auf jeden Fall angezeigt ist.

Unbegründetheit der Bedenken, die im Erläuterungsbericht genannt werden: Die Bedenken, die im Erläuterungsbericht betreffend die Einführung genannt werden, sind aus unserer Sicht weiter unbegründet:

Die Wahrnehmung der in der Motion vorgeschlagenen Sorgfaltspflichten durch eine Bundesbehörde vor Auferlegung potenziell sehr erheblicher Sanktionen ist aus unserer Sicht nicht als unverhältnismässige Mehrbelastung zu erachten. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass es keine Hinweise gibt, dass die wirkungsbasierten Untersuchungsverfahren der WEKO bis 2016 länger gedauert hätten als seit dem Gaba-Urteil. Die weiteren möglichen Nachteile, die in der Botschaft geäussert werden, sind aus unserer Sicht ebenfalls nicht begründet.

Anliegen SwissHoldings:

- Die Umsetzung der Motion Français ist aus der Sicht von SwissHoldings unbedingt notwendig. Die im erläuternden Bericht angebrachten Kritikpunkte an der Motion erweisen sich aus unserer Sicht als unbegründet.

4.3. Zusammenschlusskontrolle – Einführung des SIEC-Tests

SwissHoldings steht dem geplanten Wechsel vom qualifizierten Marktbeherrschungstest zum Significant Impediment to Effective Competition-Test (SIEC-Test) grundsätzlich neutral gegenüber. Erforderlich scheint eine Einführung dieses Tests indessen nicht.

4.4. Kartellzivilrecht

Aus Sicht von SwissHoldings sind an den Elementen, die im Vorentwurf zum Kartellzivilrecht aufgeführt werden, die nachfolgenden Anpassungen vorzunehmen:

Keine Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen: Im Vorentwurf wird vorgesehen, dass die Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen, gerade auch auf die Konsumentinnen und Konsumenten sowie die öffentliche Hand, ausgedehnt werden soll. Unseres Erachtens ist dieser Vorschlag abzulehnen, und zwar aus den folgenden Gründen:

Es muss berücksichtigt werden, dass der Weg zur Geltendmachung einer Zivilentscheidung bei einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung bereits existiert. Es steht zur Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund eines erlittenen Schadens der Weg über Art. 41 OR offen.

Weiter muss beachtet werden, dass der Vorschlag der Ausweitung der Aktivlegitimation im Kartellgesetz und der Vorschlag zur Ausweitung des kollektiven Rechtsschutzes (Erweiterung und Ergänzung der Verbandsklage sowie die Einführung kollektiver Vergleiche; vgl. Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich) vom 10. Dezember 2021, BBl 2021 3048) zusammen zu einer Kommerzialisierung des Zivilprozesses führen und einer hier nicht erwünschten Klageindustrie Tür und Tor öffnen. Diese Entwicklung würde noch verstärkt, wenn die Instrumente zum kollektiven Rechtsschutz noch weiter ausgebaut würden. Ein solcher Paradigmenwechsel hätte, wie praktische Erfahrungen aus EU-Mitgliedstaaten – beispielsweise in den Niederlanden – zeigen, gesamtwirtschaftlich negative Folgen.

Aus diesen Gründen ist auf den Vorschlag zu verzichten. Als ein absolutes Minimum sollte zumindest mit den Vorschlägen zur Ausweitung der Aktivlegitimation im Kartellgesetz zugewartet werden, bis feststeht, wie das Parlament über die Vorlage zum kollektiven Rechtsschutz beraten hat.

Notwendige Anpassung bei der Verjährungshemmung: In Art. 12a VE-KG wird vorgesehen, dass die Verjährung einer Forderung aus unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung ab Untersuchungseröffnung bis zu deren rechtskräftigem Abschluss stillsteht oder nicht beginnt. Die Verjährungshemmung muss aus unserer Sicht nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss gelten, sondern bis die WEKO eine Verfügung erlassen hat, und zwar aus dem folgenden Grunde:

Mit einer zu langen Verjährungshemmung geht Rechtsunsicherheit einher. Sie besteht besonders akzentuiert dann, wenn ein Entscheid der WEKO durch die Instanzen gezogen wird. In diesem Falle ziehen sich Fälle über Jahre oder gar über Jahrzehnte hinweg. Wird nun eine Verjährungshemmung bis zum rechtskräftigen Abschluss vorgesehen, führt dies zu einer unverhältnismässigen Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass die Beteiligten an sich zum Zeitpunkt des Erlasses einer Verfügung von der WEKO über die notwendigen Informationen verfügen, um die Frage nach einem allfälligen Schadenersatzprozess zu prüfen. Aus demselben Grund führt eine Hemmung nur bis zur behördlichen Verfügung auch zu einer Förderung von Vergleichen. Denn bei einem allzu langen Lauf der Verjährung (bzw. der Hemmung) stehen die einem Beklagten möglicherweise noch begegnenden Anspruchsteller für lange Jahre nicht fest. Diese erhebliche Unsicherheit behindert in der Praxis die Bereitschaft, streitige Fälle einvernehmlich beizulegen.

Wichtige Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung und wichtige explizite Verankerung, dass Doppelbelastungen für Unternehmen konsequent und ohne Einschränkungen vermieden werden müssen: SwissHoldings erachtet es als zentral, dass Doppelbelastungen für Unternehmen vermieden werden. Entsprechend begrüsst der Verband die Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung. Diesem Grundsatz konsequent folgend sind wir aber der Auffassung, dass beim Vorliegen von geleisteten Schadenersatzzahlungen ausnahmslos eine Anrechnung vorzunehmen ist. Dies muss unabhängig davon erfolgen, ob die Schadenersatzzahlung vor oder nach dem Aussprechen der Sanktion erfolgte. Die Berücksichtigung muss zudem vollumfänglich sein und nicht nur im Rahmen eines angemessenen Teils. Auch muss aus unserer Sicht vorgesehen werden, dass das Gericht die Sanktion reduzieren muss und nicht nur kann. All dies sollte explizit im Gesetz vorgesehen werden.

Anliegen SwissHoldings:

- Es darf keine Ausweitung der Aktivlegitimation auf alle von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen geben. Als ein absolutes Minimum muss zumindest mit den Vorschlägen zur Ausweitung der Aktivlegitimation im Wettbewerbsrecht zugewartet werden, bis feststeht, wie das Parlament über die Vorlage zum kollektiven Rechtsschutz beraten hat.
- Die Verjährungshemmung muss aus unserer Sicht nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss gelten, sondern bis die WEKO eine Verfügung erlassen hat.
- Die Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung ist wichtig und es ist explizit im Gesetz zu verankern, dass Doppelbelastungen für Unternehmen konsequent und ohne Einschränkungen vermieden werden müssen.

4.5. Widerspruchsverfahren

SwissHoldings steht einer Verbesserung des Widerspruchsverfahrens an sich sehr positiv gegenüber. Es ist anzustreben, dass das Widerspruchsverfahren so verbessert wird, dass es häufiger benutzt werden kann. Dies sollte aus unserer Sicht durch die Ermöglichung höherer Rechtssicherheit und höheren Rechtsschutzes erreicht werden.

Die Senkung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate sowie einer Sanktionierung der Unternehmen erst ab Eröffnung einer formellen Untersuchung führt jedoch nicht, oder zumindest nicht in genügendem Masse zur Erreichung dieser Ziele. Zusätzlich ist folgendes zu bemerken: Den von den Unternehmen gemeldeten Vorhaben liegen meist komplexe Sachverhalte zugrunde, welche kaum innert dieser kurzen Frist vollständig evaluiert werden können. Die Behörden wären folglich geneigt, vermehrt formelle Untersuchungen durchzuführen, um so den Zeitraum für die Prüfung der Meldung zu verlängern. Auch die spätere Sanktionierung trägt nicht genügend zur Verbesserung des Widerspruchsverfahrens bei, führt diese doch lediglich dazu, dass der Zeitraum der Ungewissheit für die Unternehmen verlängert wird. Verbessert werden könnte das Widerspruchsverfahren jedoch aus unserer Sicht z.B. indem es in Anlehnung an das fusionskontrollrechtliche Meldeverfahren ausgestaltet würde.

Anliegen SwissHoldings:

- Auf die vorgeschlagenen Punkte, welche gemäss dem Vorentwurf eine Verbesserung des Widerspruchsverfahrens anstreben, ist zu verzichten. Die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens an sich ist aber zu begrüßen und könnte zum Beispiel durch eine Ausgestaltung desselben in Anlehnung an das fusionskontrollrechtliche Meldeverfahren erreicht werden.

4.6. Ordnungsfristen bei Verwaltungsverfahren und Parteientschädigungen (Umsetzung Motion 16.4094 Fournier)

Wir befürworten, dass die Verfahrensbeteiligten nicht erst im gerichtlichen Beschwerdeverfahren, sondern bereits in verwaltungsrechtlichen Verfahren durch Parteientschädigung entlastet werden sollen. Damit kann sichergestellt werden, dass Unternehmen in jedem Fall in einem für sie positiven Verfahrensausgang entschädigt werden.

Weiter begrüsst SwissHoldings die Einführung von Ordnungsfristen auf Gesetzesstufe, damit insbesondere die betroffenen Unternehmen möglicherweise rascher über rechtskräftige Entscheide verfügen und eine Erhöhung der Rechtssicherheit mit sich bringen könnte. Diesbezüglich ist aber zu bemerken, dass eine solche Änderung das oben aufgeführte wichtige Bedürfnis nach einer Institutionenreform nicht zu ersetzen vermag: Die Institutionenreform hat den Zweck, verschiedene bestehende rechtsstaatliche Spannungsfelder aufzuheben (vgl. hierzu oben). Dieser Zwecksetzung wird nicht genügend Rechnung getragen, wenn lediglich das Verfahren mit Ordnungsfristen beschleunigt werden soll. Auch ist zu bemerken, dass es nicht nur einer Verfahrensbeschleunigung vor der WEKO, sondern auch vor den Gerichten bedürfte.

Anliegen SwissHoldings:

- Die Vorschläge zur Umsetzung der Motion Fournier des Vorentwurfs sind aus unserer Sicht auch im Entwurf beizubehalten; es muss aber auch eine Verfahrensbeschleunigung vor den Gerichten geben.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und für die Kenntnisnahme unserer Position. Für allfällige Erläuterungen zu unseren Ausführungen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

SwissHoldings
Geschäftsstelle

A handwritten signature in black ink, appearing to be "G. Rumo".

Dr. Gabriel Rumo
Direktor

A handwritten signature in black ink, appearing to be "M. Baeriswyl".

Dr. Manuela Baeriswyl
Leiterin Recht

Per Mail (wp-sekretariat@seco.admin.ch)

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Wirtschaftspolitik

Urs Meier
Ressortleiter Recht
Rechtsanwalt

Pfingstweidstrasse 102
Postfach
CH-8037 Zürich
Tel. +41 44 384 48 10
Fax +41 44 384 48 43
www.swissmem.ch
u.meier@swissmem.ch

Zürich, 4. März 2022 UM

Stellungnahme im Vernehmlassungsverfahren zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf das vom Bundesrat am 24. November 2021 eröffnete Vernehmlassungsverfahren zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) und nehmen die Möglichkeit der Stellungnahme gerne wahr.

A. Einleitende Bemerkung

Swissmem ist der führende Verband für KMU und Grossunternehmen der schweizerischen Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie (MEM-Industrie) und verwandter technologieorientierter Branchen. Swissmem fördert die nationale und die internationale Wettbewerbsfähigkeit ihrer 1'250 Mitgliedsfirmen durch eine wirkungsvolle Interessenvertretung, bedarfsgerechte Dienstleistungen, eine gezielte Vernetzung sowie eine arbeitsmarktgerechte Aus- und Weiterbildung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der MEM-Industrie.

Die Schweizer MEM-Industrie ist eine facettenreiche und innovative Hightech-Branche, die in sämtlichen Lebens- und Wirtschaftsbereichen leistungsstarke Lösungen anbietet. Sie erwirtschaftet ca. 7% des Bruttoinlandproduktes (2021) und nimmt damit in der schweizerischen Volkswirtschaft eine Schlüsselstellung ein. Die Branche ist mit rund 320'000 Beschäftigten die grösste industrielle Arbeitgeberin der Schweiz und leistet mit Ausfuhren im Wert von CHF 68.5 Milliarden rund 27% der gesamten Güterexporte. 57% der ausgeführten Güter der MEM-Industrie werden in die EU exportiert.

B. Zu den wesentlichsten, vom Bundesrat vorgeschlagenen Revisionsvorhaben

Unsere Kommentierung beschränkt sich auf die aus unserer Sicht wesentlichsten Revisionspunkte.

Innerhalb der Wirtschaft bestehen verschiedene Auffassungen darüber, wie tiefgreifend das Kartellgesetz (KG) revidiert werden soll. Obwohl auch Swissmem der Auffassung ist, dass ein über die bundesrätliche Vorlage deutlich hinausgehender Revisions- und Weiterentwicklungsbedarf im Kartellrecht besteht, ist für uns das politisch Realisierbare im Zentrum. Aus diesem Grund spricht sich Swissmem primär für eine inhaltlich schlanke Revision im Umfang der vorliegenden Vorlage aus.

a.) Berücksichtigung von qualitativen und quantitativen Aspekten für die Erheblichkeit einer Abrede (Mo. Français)

Die Motion Français verlangt eine Präzisierung von Art. 5 KG, wonach eine kartellrechtlich relevante Abrede (wie z.B. eine Preisabsprache oder eine Gebietsabrede) nicht per se als erheblich gelten, sondern anhand von qualitativen und quantitativen Kriterien beurteilt werden soll. Begründet wird diese Änderung mit mehr Rechtssicherheit.

Grundsätzlich ist Swissmem sehr wohl für mehr Rechtssicherheit im Kartellrecht. Wir haben jedoch Zweifel, ob diese Änderung zu mehr Rechtssicherheit führen wird. Denn mit dem vollständigen Verbot von Preis- und Gebietsabsprachen ist eben gerade in diesem Bereich die Rechtssicherheit gegeben (ganz im Gegenteil zur Definition des relevanten Marktes). Ausserdem handelt es sich bei solchen sogenannten harten Kartellen um die volkswirtschaftlich schädlichsten Absprachen, bei denen das Kartellrecht nicht aufgeweicht werden sollte. Wir gewichten daher die konsequente Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz stärker als die Berücksichtigung von qualitativen und quantitativen Kriterien und damit die sich ergebende, begrenzte Möglichkeit solcher Absprachen für die Unternehmen in der Schweiz. Ausserdem erachten wir eine unterschiedliche Handhabung in der Schweiz gegenüber den Regeln, welche in der EU und in anderen Industrieländern gelten, als problematisch.

Wir lehnen daher die Berücksichtigung von qualitativen und quantitativen Kriterien ab.

Will man ernsthaft die Rechtssicherheit verbessern, dann sollte eine Marktanteilsschwelle mit genauer Definition des relevanten Marktes eingeführt werden, unterhalb derer Wettbewerbsabreden grundsätzlich nicht unzulässig sein können.

b.) Ausnahmen von der Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen

Wir erachten die Ausnahme von der Meldepflicht von Unternehmenszusammenschlüssen für sinnvoll. Wir gehen davon aus, dass diese Änderung auch dann Bestand hat, sollte der Wechsel zum SIEC-Test keinen Eingang ins revidierte KG finden. Nach unserem Verständnis ergäbe sich in dieser Konstellation für die Unternehmen eine Wahlmöglichkeit für den Schweizer Markt, ob die von der EU vorgenommene Beurteilung gemäss SIEC-Test auch für die Schweiz Gültigkeit haben soll oder ob ein Zusammenschluss der Weko gemeldet wird und somit eine Beurteilung gemäss Schweizer Praxis erfolgt.

c.) Einführung des SIEC-Tests in der Schweiz

Der erläuternde Bericht hebt die Vorteile des SIEC-Tests mehrfach hervor. Positiv ist sicher anzumerken, dass damit eine personelle Entlastung des Sekretariats der Weko einhergehen dürfte. Allerdings kann dies kein Argument zu einer materiellen Änderung des KG sein.

Viele der im erläuternden Bericht erwähnten Argumente sind nicht schlüssig. Die Aussage, dass die geltende Zusammenschlusskontrolle die wettbewerbshemmenden Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen nur ungenügend berücksichtigt, würde ja bedeuten, dass die aktuelle Praxis das Ziel des Kartellgesetzes gar nicht erfüllt und dies seit Jahren. Ferner stellt sich die Frage des Massstabs, welcher für die Beurteilung massgebend sein soll. Ausserdem werden die Auswirkungen der Einführung des SIEC-Tests ungenügend beleuchtet.

Gemäss unserem Verständnis geht das heute von der Weko angewandte System von der grundsätzlichen Zustimmung zu einem Zusammenschluss aus (ausser es liegen Gründe vor, welche einen vollständigen Ausschluss des Wettbewerbs verursachen). Während der SIEC Test grundsätzlich von einer Verweigerung ausgeht, ausser das Unternehmen kann Effizienzgründe nachweisen. Das ist der falsche Ansatz; nur schon aus grundsätzlichen Überlegungen. Denn immerhin wird die Wirtschaftsfreiheit durch die BV garantiert und kann durch eine gesetzliche Grundlage eingeschränkt werden. Die Einführung des SIEC-Tests dreht diesen rechtstaatlich fundamentalen Grundsatz um. Danach sind Fusionen generell nicht möglich, ausser das Unternehmen weist Effizienzgründe nach. Nebst der Konvertierung des Grundsatzes erfolgt noch eine Beweislastumkehr.

Aus unserer Sicht besteht zudem kein Grund, der eine Verschärfung der Fusionskontrolle rechtfertigen würde. Zudem befindet sich in der EU die Zusammenschlusskontrolle aktuell in Revision. Es ist aktuell nicht klar, ob und was in der Europäischen Union geändert wird.

Das aktuelle System funktioniert und es entspricht der rechtsstaatlichen Systematik, weshalb kein Wechsel zum SIEC-Test notwendig ist. Wir lehnen aus diesen Gründen einen Wechsel strikt ab.

d.) Stärkung des zivilrechtlichen Verfahrens

Die gesetzliche Beschränkung des Zivilverfahrens auf die «Behinderung von der Ausübung und Aufnahme des Wettbewerbs» gemäss dem aktuellen Wortlaut dürfte darauf zurückzuführen sein, dass Kartellgeschädigte, welche wegen Wettbewerbsabreden überhöhte Kosten tragen mussten, diesen Schaden grundsätzlich via OR regulieren können. Daran hat sich bis heute nichts geändert.

In Bezug auf den Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 VE-KG ist unklar, was mit «bedroht» gemeint ist. Wir erachten es für nicht vertretbar, dass der Gesetzgeber die inhaltliche Ausgestaltung, wer diesen Anspruch hat und wer nicht, den Gerichten überlässt.

Ferner ist nur in Ansätzen abschätzbar, wie sich die Stärkung des zivilrechtlichen Verfahrens im Kartellgesetz zusammen mit dem kollektiven Rechtsschutz, welcher in der laufenden Revision der ZPO zur Debatte steht, konkret auswirken wird. Experimente sind fehl am Platz.

Gegenüber der Stärkung des zivilrechtlichen Verfahrens haben wir aus den genannten Gründen starke Vorbehalte und lehnen diese Änderung ab.

e.) Hemmung der Verjährungsfrist während der Untersuchung

Hingegen befürworten wir die Hemmung der Verjährungsfrist für Ansprüche aus dem Kartellgesetz.

f.) Ausdehnung der Untersuchungsmassnahmen auf Personendurchsuchungen

Es ist unklar, wie gross die Problematik tatsächlich ist. Im Grundsatz ist wohl von Einzelfällen auszugehen. Man darf nicht vergessen, dass diese Untersuchungsmassnahme ein starker Eingriff in die Persönlichkeitsrechte einer Person ist und es bei Kartellverstössen nicht um Tatbestände des Strafrechts geht. Insofern erachten wir eine Differenzierung zwischen Massnahmen in einer Strafuntersuchung und einer kartellrechtlichen Untersuchung für gerechtfertigt. Ausserdem betrifft der Anwendungsbereich des KG Unternehmen. Auch dies spricht gegen Personendurchsuchungen. Gestützt auf diese Überlegungen

sprechen wir uns für den Status Quo und damit für eine Beschränkung auf die Durchsuchung von Räumen aus.

g.) Einführung von Ordnungsfristen und Parteientschädigung

Die Einführung von Ordnungsfristen für die einzelnen Verfahrensstufen sowie ein Entschädigungsrecht für Unternehmen, welche ohne eigenes Zutun in eine Untersuchung verwickelt worden sind, begrüssen wir ausdrücklich.

h.) Änderungen des Widerspruchsverfahren

Die Änderungen sind im Interesse der Unternehmen und werden unsererseits ebenfalls begrüsst.

i.) Berücksichtigung von Schadenersatzzahlungen bei der Sanktionsbemessung

Die Ausdehnung der heute schon geltenden Systematik auf die Möglichkeit der rückwirkenden Berücksichtigung von Schadenszahlungen begrüssen wir ebenfalls. Denn die Sanktionsbemessung gibt dem Unternehmen die Möglichkeit einzuschätzen, ob und in welcher Höhe Entschädigungszahlungen zu bemessen sind. Dies kann Anlass sein, (weitere) Schadenszahlungen vorzunehmen.

C. Fazit / Anträge

Swissmem spricht sich primär für eine, wie vom Bundesrat vorgeschlagene schlanke Revision des Kartellrechts aus. Einem Einbezug weiterer Themen, welche nicht vorgeschlagen worden sind, insbesondere eine Institutionenreform wäre auch für Swissmem wünschenswert, aber wie sich bereits bei der 2014 gescheiterten Kartellgesetzrevision gezeigt hat, ist es fraglich, ob ein politischer Konsens gefunden werden kann.

Sollte sich in dieser Frage eine Änderung abzeichnen, ist Swissmem offen für eine tiefgreifendere Revision des Kartellrechts.

In jedem Fall wird sich Swissmem gegen eine Änderung der Fusionskontrolle aussprechen.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen sowie für die Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse



Dr. Stefan Brupbacher
Direktor



RA Urs Meier
Ressortleiter Recht

**COMMENTS OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION'S
ANTITRUST LAW AND INTERNATIONAL LAW SECTIONS
ON THE FEDERAL COUNCIL'S CONSULTATION ON THE
PARTIAL REVISION OF THE SWISS FEDERAL ACT ON CARTELS AND OTHER
RESTRAINTS OF COMPETITION**

March 11, 2022

The views expressed herein are being presented on behalf of the Sections of Antitrust Law and International Law. They have not been reviewed or approved by the House of Delegates or the Board of Governors of the American Bar Association and, accordingly, should not be construed as representing the position of the Association.

The Antitrust Law Section and International Law Section (Sections) of the American Bar Association (ABA) appreciate the opportunity to submit their views on the Federal Council's consultation on the Proposed Partial Revision of the Swiss Federal Act on Cartels and Other Restraints of Competition (Consultation) issued on November 24, 2021.¹ The Sections' comments are based upon the extensive experience of their members in developing and implementing competition law around the world.

The Antitrust Law Section is the world's largest professional organization for antitrust and competition law, trade regulation, consumer protection, and data privacy as well as related aspects of economics. Section members, numbering over 9,000, come from all over the world and include attorneys and non-lawyers from private law firms, in-house counsel, non-profit organizations, consulting firms, federal and state government agencies, as well as judges, professors, and law students. The Antitrust Law Section provides a broad variety of programs and publications concerning all facets of antitrust and the other listed fields. Numerous members of the Antitrust Law Section have extensive experience and expertise regarding similar laws of non-U.S. jurisdictions. For nearly thirty years, the Antitrust Law Section has provided input to enforcement agencies around the world conducting consultations on topics within the section's scope of expertise.²

The International Law Section focuses on international legal issues, the promotion of the rule of law, and the provision of legal education, policy, publishing, and practical assistance related to cross-border activity. Its members total over 10,000, including private practitioners, in-house counsel, attorneys in governmental and inter-government entities, and legal academics, and represent over 100 countries. The International Law Section's more than 50 substantive

¹ Consultation and Explanatory Report accompanying the Proposed Partial Revision, dated 24 November 2021 [hereinafter Explanatory Report], available at https://www-admin-ch.translate.goog/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-86059.html?_x_tr_sl=auto&_x_tr_tl=en&_x_tr_hl=en-US. These comments are based on an unofficial translation of the Consultation and Explanatory Report. We apologize in advance if any of our comments are the result of reliance on inaccurate translations.

² Past comments of the Antitrust Law Section are available at https://www.americanbar.org/groups/antitrust_law/resources/comments_reports_amicus_briefs/.

committees cover competition law, trade law, and data privacy and data security law worldwide as well as areas of law that often intersect with these areas, such as mergers and acquisitions and joint ventures. Throughout its century of existence, the International Law Section has provided input on debates relating to international legal policy.³ With respect to competition law and policy specifically, the International Law Section has provided input for decades to authorities around the world.⁴

I. Introduction

The Sections applaud the Federal Council's initiative to update the Swiss Cartel Act to improve its effectiveness and to bring it into better conformity with international practice. Our comments address the amendments aimed at modernizing the Act's merger control provisions, including (i) the welcome and innovative proposed exemption from notification for certain transactions notified to the European Commission (EC), (ii) the adoption of a Significant Impediment to Effective Competition (SIEC) test and (iii) the application of a dynamic consumer welfare standard. The comments also address the amendments intended to provide (iv) additional opportunity for injured parties to seek and obtain redress for violations of Switzerland's competition laws.

II. Merger Provisions

A. Filing exemption for international mergers notified to the European Commission

The Sections welcome the proposal to introduce an exemption from the notification obligation for cross-border transactions where (i) all geographic markets affected by the transaction comprise Switzerland and at least the EEA, and (ii) the European Commission is reviewing the transaction. This is an innovative approach that aims to exempt transactions for which a parallel Swiss review is unlikely to add material value or come to a different conclusion from EC review (particularly as the Swiss substantive review standard also is being further aligned with the EC through the proposed introduction of the SIEC test),⁵ while also providing an opportunity for the Competition Commission (ComCo) to review the EC filing and reach transactions that may erroneously have claimed the exception.

At a time when businesses involved in international mergers face increasing regulatory filing obligations through the proliferation and expansion of both merger control and foreign investment screening regimes, as well as other initiatives such as the EU's proposed regulation on foreign subsidies, the regulatory relief anticipated by this proposal is welcome. Avoiding duplication and relying on EC decisions also will save resources for ComCo, particularly at a time when ComCo's workload is expected to increase as a result of other proposed amendments

³ American Bar Association, International Law Section Policy, *available at* https://www.americanbar.org/groups/international_law/policy/about/.

⁴ Past comments of the International Law Section are available at https://www.americanbar.org/groups/international_law/policy/blanket_authorities_initiatives/.

⁵ *See also* Explanatory Report, *supra* note 1, at 9, 22 (regarding the harmonization effects of introducing the SIEC test).

outlined in the Consultation.⁶

To ensure the proper functioning of the proposed exemption and achieve greater legal certainty for parties availing themselves of the exemption, the Sections would welcome further guidance on how the exemption will be applied in practice. For example, the draft amendment provides that the exemption should apply to matters in which the EC is “assessing” the transaction (rather than only matters in which the EC’s jurisdictional thresholds are met).⁷ Accordingly, the Sections understand that the exemption is intended to apply to transactions referred to the EC under Article 22 of the EU Merger Regulation, though confirmation of this assessment would be appreciated to provide parties with greater certainty.

Additional guidance also would be particularly valuable with respect to geographic market assessment. Applicable geographic market definitions may be unclear for many cases under review because markets may be novel or undergoing rapid change and because ComCo and the EC frequently do not provide concrete geographic market definitions in their decisions. For the limited number of matters in which geographic markets have been specifically delineated, it remains uncertain whether parties can rely on the EC’s decisional practice, or only on ComCo decisions. The Sections respectfully suggest that the statute allow reliance on the EC’s decisional practice and approaches, in addition to ComCo’s. This would provide greater legal certainty to parties (given the larger volume of decisional practice to rely on) and provide further opportunities to increase harmonization of the EU and Swiss regimes. For example, as the parties will have completed pre-notification discussions with the EC by the time they submit a copy of the Form CO to ComCo,⁸ they already will have a clear idea of the geographic markets likely to be considered applicable by the EC, which could helpfully be relied on by ComCo.

To further reduce the number of situations in which a merger would require notification to ComCo due to geographic market definition uncertainty, the Sections also suggest that ComCo consider establishing a consultation procedure to allow parties to discuss with ComCo whether the relevant product markets affected⁹ by the transaction geographically comprise Switzerland and at least the EEA.¹⁰ Similar consultation procedures in other jurisdictions include, for example, the UK Competition and Markets Authority’s (CMA) briefing note practice regarding the advisability of voluntary merger notification, and the EC’s and the US Federal Trade Commission’s informal

⁶ For example, the introduction of the SIEC test might render the review process more complex or even increase the number of mergers viewed as potentially problematic and therefore required to undergo an in-depth examination. Other amendments, such as the clarification of Article 5 CartA, according to which qualitative and quantitative criteria are to be taken into account when determining whether an agreement is unlawful, also are expected to lead to an increased workload for ComCo.

⁷ See Explanatory Report, *supra* note 1, proposed amendments to Art. 9 ¶¶ 1^{bis}.

⁸ Under the proposed amendment to Art. 9 ¶¶ 1^{bis} and 5, the parties are obliged to send a complete copy of the Form CO to ComCo within ten days of notification to the EC, if they use the exemption.

⁹ Based on Article 11(1)(d) of the Swiss Merger Control Ordinance, we understand “affected” product markets (Aom Zusammenschlussvorhaben betroffenen Märkte) to mean either (i) where the parties are active in the same product market and their combined market share is 20% or more, or (ii) where a party is active in a market that is upstream or downstream of a market in which another party is active (i.e. a vertical relationship) and the individual or combined market share of any of the parties is 30% or more at either market level. However, a clarification of this point would also be welcome, in particular, whether this applies to EEA-wide market shares or Swiss market shares.

¹⁰ Currently, it is possible to request opinions from the Secretariat of the ComCo on the interpretation of the law (Article 23(2) of the Swiss Cartel Act).

consultation procedures for jurisdictional questions.¹¹ The Sections respectfully suggest that ComCo consider adopting a consultative approach, whereby it could provide guidance on applicable geographic market definition in complex cases. Such a procedure, if adopted, would need to be comparatively swift¹² and legally binding for ComCo to provide a viable option for merging parties trying to establish whether their transaction is exempt from notification.¹³

Finally, further clarification would be welcome with regard to the point in time after which ComCo would not call in a transaction for review. As noted above, the draft amendments provide that the merging parties are obliged to send a complete copy of the Form CO to ComCo within ten calendar days of notification to the EC. In the interest of legal certainty, the Sections respectfully suggest adopting a specific deadline for ComCo to issue a decision rejecting the parties' assessment and reliance on the exemption, failing which the transaction would be deemed exempt from notification.

B. Adoption of the SIEC test

The Federal Council proposes a change of the test by which mergers are deemed to be unlawful.¹⁴ Swiss law currently applies a qualified dominance test, pursuant to which “problematic mergers that create a dominant position can be tolerated as long as they do not eliminate effective competition.”¹⁵ Going forward, the Federal Council plans to adopt the Significant Impediment to Effective Competition (SIEC) test, which is well-established and used by the EC, among other jurisdictions.

The EC has explained that the SIEC test prevents mergers that would enable the merged entity “to profitably increase prices, reduce output, choice or quality of goods and services, diminish innovation, or otherwise influence parameters of competition.”¹⁶ The SIEC test evaluates unilateral effects below the market dominance threshold, which is intended to preclude the accumulation of market power in its incipency.¹⁷

¹¹ Taking the CMA as an example, merging parties can submit a short briefing paper (approx. 5 pages) to the CMA when seeking reassurance that their transaction is unlikely to be called in for review. In that context, if the CMA indicates that it has “no further questions at this stage,” the CMA is not precluded from opening an investigation at a later stage, but the indication often provides parties with sufficient comfort to proceed without a voluntary notification to the CMA.

¹² The shortened timeline of two months proposed for the consultation procedure (Widerspruchsverfahren) pursuant to Article 49a CartA (for notifying planned conduct that might be qualified as an unlawful restriction of competition) would be too long, for example. Given the length of the merger control procedure, it would be helpful for the parties to receive a response within 5 to 10 calendar days.

¹³ Without further guidance or a consultation procedure, we expect that many parties would opt to make a Swiss filing on a cautionary basis, due to the uncertainty and potential timing implications associated with choosing to rely on the exemption.

¹⁴ See Explanatory Report, *supra* note 1 (proposing revision to Art. 10 of the Swiss Federal Act on Cartels and Other Restraints of Competition).

¹⁵ *Id.* at 8.

¹⁶ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2004 O.J. (C 31) 5, ¶ 8 [hereinafter EU Horizontal Merger Guidelines]. See also Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2008 O.J. (C 265) 6 [hereinafter EU Non-Horizontal Merger Guidelines].

¹⁷ See Explanatory Report, *supra* note 1, at 8 (“Internationally, it is undisputed that merger control must provide the necessary instruments to generally prevent any merger leading to a significant impediment to competition.”).

The EU Merger Regulation 139/2004 (EUMR) gives the EC broad discretion in the types of harm that it may consider under the SIEC test. For example, the SIEC test has been applied to assess the impact of concentrations on innovation. In markets where innovation is an important competitive force, a merger may increase the firms' ability and incentive to bring new innovations to market and, thereby, the competitive pressure on rivals to innovate in that market. Conversely, effective competition may be significantly impeded by a merger between two important innovators.¹⁸ Cases in which the EC has closely examined the effects of a proposed merger on innovation competition generally focus on R&D competition.¹⁹

While this broad discretion in the application of the SIEC test provides a flexible framework for the evaluation of new competition issues that may arise in the future, it also creates the risk of unpredictable (or inconsistent) enforcement. A competition authority can mitigate these risks by providing guidance to the business community on how it plans to apply the SIEC test in practice, including with respect to competitive parameters such as innovation competition.²⁰ Accordingly, the Sections respectfully recommend that if the proposed SIEC test is adopted, ComCo provide guidance on theories of harm and economic indicators of competition that it would consider in applying the test.²¹

The Sections also observe that the Explanatory Report states that the proposed amendment is based on the "use of the SIEC test as applied by the EU authorities."²² However, because Switzerland is not a member state of the EU, this choice of wording raises questions regarding the extent to which ComCo's application of the SIEC test will be guided by existing or future EU practice. Absent further guidance from ComCo, this could substantially diminish legal certainty for merging parties. EU member states that have adopted the SIEC test in recent years have faced similar issues.²³ The Sections, therefore, suggest that ComCo explain the role that the EU SIEC precedent will play in ComCo's application of the SIEC test. Doing so could also help ComCo to further align its practice with that of the EU.

C. Application of the dynamic consumer welfare standard

The Sections appreciate the consideration the Federal Council is giving to the welfare standard that should apply when evaluating potential merger benefits or efficiencies against potential competitive harm. The Explanatory Report notes the differences between a consumer welfare standard and an overall welfare standard, the former pertaining to the impact on consumers

¹⁸ EU Horizontal Merger Guidelines, *supra* note 16, ¶ 38.

¹⁹ See e.g., Case M.7932—Dow/DuPont, Comm'n Decision (Mar. 27, 2017) (summary at 2017 O.J. (C 353) 5), available at https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf.

²⁰ Sustainability, like innovation, also can be viewed as a parameter of competition requiring assessment under the SIEC test and for which guidance as to the application of the test would be warranted. For further views on the intersection between sustainability and competition law, see the Section of Antitrust Law's Sustainability and Competition Law Report, available at https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/comments/august-2021/comments-82621-greece.pdf.

²¹ Such guidance would need to apply across ComCo, not just to the Secretariat, to ensure its coherent application.

²² See Explanatory Report, *supra* note 1, at 22.

²³ German Federal Court of Justice, 12 January 2021, KVR 34/20, – *CTS Eventim*; CJEU, 14 March 2013, C-32/11, EU:C:2013:160 – *Allianz Hungaria*.

resulting from a merger and the latter pertaining to the impact on both consumers and producer efficiencies in the aggregate.²⁴

The Sections understand the proposal would shift the standard from overall welfare, which is currently the prevailing merger review standard in Switzerland, to a novel dynamic consumer welfare standard. The commentary notes the difficulties with applying an overall welfare standard in merger review given the detailed economic analysis required within the time constraints of the merger control framework. It also identifies difficulties that arise from the consumer welfare standard as it is applied in the EU.²⁵ Although the commentary notes the benefits of harmonization with the EU, it raises a concern that the consumer welfare standard omits consideration of producer surplus.²⁶ The proposal to shift to a dynamic consumer welfare standard is the Federal Council's effort to balance both.

The Sections would welcome further clarity on how a dynamic consumer welfare standard would be applied in practice. The commentary notes that the standard is "a hybrid form of a consumer and producer welfare standard that takes into account the long-term maximization of consumer welfare."²⁷ This is somewhat in tension with at least one definition of total welfare, which "refers to the aggregate value created, without regard for how gains or losses are distributed."²⁸ Under the proposed hybrid standard, the Federal Council relies on the total welfare goal but tips the balance in favor of consumers in the long run, expressly looking at how gains and losses are distributed. The Sections suggest that it would be beneficial for the Federal Council or ComCo to provide details on how both concepts can coexist in one standard.

Additionally, one of the downsides the commentary attributes to the overall welfare standard is the difficulty in applying the standard within the deadlines of the merger control framework because of the detailed analysis it requires.²⁹ The Sections note that determining whether consumers will benefit in the long run seems to further burden the analysis required during that timeframe. Thus, the Sections believe that it would be useful for the Federal Council to provide more guidance on how the dynamic consumer welfare standard would be applied within the confines of the merger control framework.

Finally, the Sections note that one of the aims of the revision to incorporate the consumer welfare standard into the Swiss standard was to promote harmonization with the EU. By taking this hybrid approach and shifting to a dynamic consumer welfare standard, the Federal Council might be doing the opposite. This new standard would seem to make Switzerland an outlier internationally, as the Sections are not aware of any other merger control regime that uses a dynamic consumer welfare standard. We raise this point for consideration, recognizing that the assessment of consumer welfare in global merger control is an open question (i.e., in some cases,

²⁴ See Explanatory Report, *supra* note 1, at 9.

²⁵ *Id.*, at 10.

²⁶ *Id.* ("In this respect, there is no full harmonisation with the relevant EU regulations. However, the procedure allows for the consideration of important long-term economic effects.").

²⁷ *Id.* at 10.

²⁸ Keynote Speech of Commissioner Christine Wilson, Welfare Standards Underlying Antitrust Enforcement: What You Measure is What You Get, Feb. 15, 2019, *available at* https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1455663/welfare_standard_speech_-_cmr-wilson.pdf.

²⁹ Explanatory Report, *supra* note 1, at 10.

consumer welfare may take overall welfare into account), and is currently the subject of discussion in a number of jurisdictions.

III. Opportunities for Injured Parties to Seek and Obtain Redress

The Consultation includes draft provisions aimed at providing additional opportunity for injured parties to seek and obtain redress. Pursuant to these provisions, anyone whose economic interests are affected by unlawful restraints of competition can bring an action in civil court. The draft provisions also extend the limitation periods for such actions.³⁰ The Explanatory Report notes that strengthening private antitrust enforcement in Switzerland would incentivize injured parties to file suit and claim damages, which is deemed important for the effective enforcement of competition law in general.³¹ The Explanatory Report further notes that private enforcement of antitrust law in Switzerland is rare and the relevant rules are “rudimentary” by international standards. Depending on developments in practice, the Consultation suggests considering the issue again in the future.³² The Sections appreciate this stepped approach to reform in this complex area. We note below clarifications that may be helpful with regard to the proposed provisions concerning private competition actions, and provide additional considerations for possible further reflection as the development of the system is examined.

The Sections understand that the proposed amendment to Article 12 clarifies that indirect purchasers and end consumers are able to assert claims under the Swiss competition law. This is in line with various international approaches. For example, Article 12 of the EU Damages Actions Directive 2014/104/EU requires that “compensation of harm can be claimed by anyone who suffered it, irrespective of whether they are direct or indirect purchasers.” While a cause of action is not recognized for indirect purchasers under U.S. federal law, indirect purchasers in certain U.S. states and in Canada are permitted to sue for damages if they can establish that the overcharge was passed on and came to rest upon them.³³ As the Federal Council considers the issue, the Sections

³⁰ See Explanatory Report, *supra* note 1 (proposed amendments to Articles 12 and 12a).

³¹ *Id.* at 11.

³² *Id.* at 11-12.

³³ For U.S. case decisions, see *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); Ala. Code § 6-5-60(a); Alaska Stat. Ann. § 45.50.577(i); *Bunker's Glass Co. v. Pilkington PLC*, 75 P.3d 99, 102 (Ariz. 2003); Ark. Code Ann. § 4-75-315(b); *In re Packaged Seafood Prod. Antitrust Litig.*, 242 F. Supp. 3d 1033, 1069-1070 (S.D. Cal. 2017); Ark. Code Ann. § 4-88-107(a)(10)); *In re Lidoderm Antitrust Litig.*, 103 F. Supp. 3d 1155, 1166-1167 (N.D. Cal. 2015); Cal. Bus. & Prof. Code § 16750(a); Colo. Rev. Stat. Ann. § 6-4-111(2); *Stifflear v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 931 P.2d 471 (Colo. App. 1996); CT ST § 35-46a; D.C. Code § 28-4509; *Mack v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 673 So. 2d 100, 108 (Fla. Dist. Ct. App. 1996); Fla. Stat. Ann. § 542.15; Fla. Stat. Ann. § 501.201; *In re Broiler Chicken Antitrust Litig.*, 290 F. Supp. 3d 772, 819-820 (N.D. Ill. 2017); Haw. Rev. Stat. § 480-13(a)(1); Idaho Code Ann. § 48-108(2); Idaho Code Ann. § 48-113; 740 Ill. Comp. Stat. Ann. 10/7; *Comes v. Microsoft Corp.*, 646 N.W.2d 440, 447 (Iowa 2002); Iowa Code § 553.12; Kan. Stat. Ann. § 50-161(B); Me. Rev. Stat. Ann. tit. 10, § 1104(1); Md. Code Ann., Com. Law § 11-209(b)(2); Md. Health-Gen § 21-1113; *Ciardi v. F. Hoffman-La Roche, Ltd.*, 436 Mass. 53, 63 (2002); MA ST 93A § 9; Mich. Comp. Ann. § 445.778; Minn. Stat. Ann. § 325D.57; Miss. Code. Ann. § 75-21-9; *In re Lithium Ion Batteries Antitrust Litig.*, 2014 WL 4955377 (N.D. Cal. Oct. 2, 2014); Mo. Ann. Stat. § 416.031; Mo. Ann. Stat. § 407.020; Neb. Rev. Stat. § 59-821; Nev. Rev. Stat. Ann. § 598A.210; *LaChance v. U.S. Smokeless Tobacco Co.*, 931 A.2d 571, 576-77 (N.H. 2007); N.M. Stat. Ann. § 57-1-3; N.Y. Gen. Bus. Law § 340(6); *Hyde v. Abbott Labs., Inc.*, 473 S.E.2d 680, 683 (N.C. Ct. App. 1996); N.C. Gen. Stat. § 75-16; NDCC § 51-08.1-08; Or. Rev. Stat. § 646.780(1)(a); R.I. Gen. Laws Ann. § 6-36-7(d); S.D. Codified Laws § 37-1-33; *Freeman Indus., LLC v. Eastman Chem. Co.*, 172 S.W.3d 512, 517 (Tenn. 2005); Utah Code § 76-10-3109; Vt. Stat. Ann. tit. 9, § 2465(b); Wash. Rev. Code. Ann. § 19.86.090; *Blewett v. Abbott Laboratories*, 86 Wash. App. 782

note that the new provisions would benefit from clarification of the standards to be applied to indirect purchasers and end consumers wishing to bring an action, *e.g.*, how they might prove injury,³⁴ as well as the rules that might be established to avoid overlapping damage payments among different classes of claimants.³⁵

With regard to limitation periods for bringing a claim for damages or satisfaction, the current law provides three years from the date on which the person suffering damage became aware of the loss, damage or injury and of the identity of the person liable for it, but in any event ten years after the date on which the harmful conduct took place or ceased.³⁶ The Sections note that Article 12a of the Consultation suspends the limitation period during the ComCo investigation as an effective extension of the limitation period. Recognizing that clear limitation rules benefit the courts and parties, the Sections identify certain additional areas that the Federal Council might wish to consider addressing, as it reviews the proposed amendment. For example, the Sections suggest that the definition of limitation periods for stand-alone damages actions could be further clarified, *e.g.*, to state that the limitation period does not begin to run before the offending conduct has come to an end. Similarly, further clarity concerning the point in time at which the limitation period begins (or how long it is suspended) following (or during) an antitrust agency's investigation would be helpful. In this context, the Sections note a recent opinion by the European Court of Justice that suggests that limitation periods for follow-on actions should not start to run prior to the publication of the infringement decision.³⁷ Additionally, the Federal Council might wish to consider whether an investigation by the EC or an EU member state competition authority should suspend the limitation period if ComCo chooses not to initiate its own investigations.

The Sections also respectfully suggest the following additional areas for consideration either as part of the current legislative initiative or as the Federal Council considers the further development of private competition actions. First, the Sections note that Swiss law authorizes a private right of action for single (compensatory) damages,³⁸ and does not allow for recovery of multiple damages. However, consistent with the approach in the United States, the inclusion of enhanced damages (multiple of overcharge or court's discretion up to treble damages) might merit

(1997); Wis. Stat. Ann. § 133.18(1)(a); In Canada, *see* trilogy of Supreme Court of Canada decisions *Pro-Sys Consultants Ltd. v Microsoft Corp.*, 2013 SCC 57; *Sun-Rype Products Ltd. v Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58; and *Infineon Technologies AG v Option consommateurs*, 2013 SCC 59.

³⁴ For example, Art. 14(2) of the Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union Text with EEA relevance, 2014 O.J. L 349 [hereinafter EU Damages Directive] states that the “indirect purchaser shall be deemed to have proven that a passing-on to that indirect purchaser occurred where that indirect purchaser has shown that: the defendant has committed an infringement of competition law; the infringement of competition law has resulted in an overcharge for the direct purchaser of the defendant; and the indirect purchaser has purchased the goods or services that were the object of the infringement of competition law, or has purchased goods or services derived from or containing them.”

³⁵ Prior to the entry into force of the EU Damages Actions Directive, the German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof, BGH) in case KZR 75/10 (*ORWI*) held that indirect purchasers were entitled to claim cartel damages and that defendants were entitled to invoke the passing-on defense. To prevent cartelists from being obliged to pay different claimants for the same damage, the BGH referred to sections 72 et seq., and 68 of the German Code of Civil Procedure, which enable the parties to a proceeding to issue a third-party notice, thus making the findings of the court binding on third parties, *i.e.*, on other potential claimants.

³⁶ *See* Art. 60 of the Swiss Code of Obligations.

³⁷ *See* Advocate General's Opinion in Case C-267/20 - *Volvo and DAF Trucks*.

³⁸ *See* Art. 42 and 43 of the Swiss Code of Obligations.

the Federal Council's reflection. In this regard, the Sections note that multiple damage recovery can be used to enhance private enforcement, while providing a further disincentive for firms to engage in cartel activity.³⁹

Second, as the Federal Council looks to promote the use of private competition actions, the Sections believe that the authority should consider a presumption of liability that would make a final ComCo decision that a company violated competition law binding on Swiss courts in actions for damages based on the same violation of competition law. Such a presumption would be consistent with the approach of some of Switzerland's its neighboring jurisdictions, *e.g.*, Germany.⁴⁰

Finally, the Sections suggest that the Federal Council may wish to consider developing an amendment aimed at overcoming information asymmetries for claimants in cartel matters. Based on the Sections' experience, the fact that cartels operate in secret often causes an information asymmetry that disadvantages claimants in meeting their burden of proof. For example, the European Commission found that claimants normally need access to core documents and data from the defendants and third parties to prove their claims.⁴¹ The EU Damages Actions Directive identifies categories of documents that may or may not be accessed by claimants.⁴² In this context, confidentiality concerns can be addressed by confidentiality rings, while still allowing claimants reasonable access to the disclosed information to pursue their claims. As the Federal Council seeks to further develop private antitrust actions in Switzerland, the Sections believe that attention to these issues would be appropriate.

The Sections would be pleased to provide the Council with additional information and offer more specific recommendations as the Federal Council chooses to further examine these issues.

³⁹ See *e.g.*, Damages Actions Directive, *supra*. note 34, at Recital 26 ("Leniency programmes and settlement procedures are important tools for the public enforcement of Union competition law as they contribute to the detection and efficient prosecution of, and the imposition of penalties for, the most serious infringements of competition law.").

⁴⁰ For example, § 33b of Germany's Competition Act states, "Where damages are claimed for an infringement of a provision of this Part or of Article 101 or Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the court shall be bound by a finding that an infringement has occurred, as made in a final decision by the competition authority, the European Commission, or the competition authority - or a court acting as such - in another Member State of the European Union. The same shall apply to such findings in final court judgements on appeals against decisions pursuant to sentence 1."

⁴¹ European Comm'n, *White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, COM (2008) 165 final, ¶ 2.2 (Apr. 2, 2008), available at https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf.

⁴² See Damages Actions Directive, *supra*. note 34. Importantly, the Directive exempts voluntary and self-incriminating leniency statements and settlement submissions from disclosure. See Articles 5-8. The Directive explains the reason for this limitation at recital 26, which states "Undertakings might be deterred from cooperating with competition authorities under leniency programmes and settlement procedures if self-incriminating statements such as leniency statements and settlement submissions, which are produced for the sole purpose of cooperating with the competition authorities, were to be disclosed . . . To ensure undertakings' continued willingness to approach competition authorities voluntarily with leniency statements or settlement submissions, such documents should be exempted from the disclosure of evidence."



Die Präsidentenkonferenz

Postfach, 9023 St. Gallen
Telefon +41 58 465 27 27
Registratur-Nummer: 024.1
Geschäfts-Nummer: 2021-371

A-Post

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

PDF- und Word-Version per E-Mail an:

wp-sekretariat@seco.admin.ch

St. Gallen, 2. März 2022 / moq

Vernehmlassung zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Für Ihre Einladung vom 24. November 2021 zur Stellungnahme im eingangs erwähnten Vernehmlassungsverfahren danken wir Ihnen bestens. Wir haben den Entwurf sowie den erläuternden Bericht mit Interesse zur Kenntnis genommen. Das Bundesverwaltungsgericht ist durch die vorgeschlagene Änderung des Kartellgesetzes direkt betroffen.

Die vorliegende Stellungnahme wird sich vornehmlich auf Fragen beziehen, die im Zusammenhang mit den vorgesehenen Ordnungsfristen stehen.

Die Motion 16.4094 Fournier verlangt, dass Fristen im Verwaltungsverfahren für die Gerichte eingeführt werden. In Umsetzung dieser Motion schlägt der Bundesrat vor, dass die Obergrenze für die gesamte Verfahrensdauer von Eröffnung einer Untersuchung bis zum rechtskräftigen Entscheid über alle Instanzen in der Regel nicht mehr als fünf Jahre betragen soll. Gemäss Art. 44a VE KG soll diese Ordnungsfrist maximal 30 Monate für die WEKO (Abs. 1 Bst. b), 18 Monate für das Bundesverwaltungsgericht (Abs. 1 Bst. c) und 12 Monate für das Bundesgericht (Abs. 1 Bst. e) betragen. Für Vorabklärungen sieht der Entwurf eine Frist von 12 Monaten vor (Abs. 1 Bst. a). Schliesslich schlägt der Bundesrat im Entwurf für den Bereich der Zusammenschlusskontrolle eine dreimonatige Behandlungsfrist für Beschwerden vor dem Bundesverwaltungsgericht vor (Abs. 1 Bst. d). Diese Ordnungsfristen sollen zur Beschleunigung und Vorhersehbarkeit beitragen.

Vorab gilt es festzuhalten, dass das BVGer selber ein grosses Interesse an einer raschen, effizienten und weniger aufwendigen Erledigung von kartellrechtlichen Verfahren hat. Die langen Verfahrensdauern in zahlreichen materiellen Kartellrechtsfällen sind im Wesentlichen auf die hohe Komplexität dieser Fälle zurückzuführen.

Das schweizerische Kartellrecht ist eine vergleichsweise junge Rechtsmaterie, die sich durch hohe Komplexität, eine grosse Normoffenheit und zahlreiche Lücken auszeichnet. Entsprechend gross ist zurzeit immer noch der gerichtliche Klärungsbedarf hinsichtlich zahlreicher Fragen formeller und materieller Natur. Sodann gibt es in der Schweiz – im Unterschied zur EU – kein spezifisches Kartellverfahrensrecht, weshalb das Bundesverwaltungsgericht gezwungen ist, entsprechende Lücken richterrechtlich zu füllen. Schliesslich gilt es zu beachten, dass das Bundesverwaltungsgericht im Instanzenzug das einzige Justizorgan ist, das die Anforderungen von Art. 6 EMRK an ein Gericht erfüllt. Es ist mit umfassender Überprüfungsbefugnis ausgestattet und muss diese – nach den strengen bundesgerichtlichen Vorgaben – auch wirksam wahrnehmen. Daher muss es in Kartellfällen den oftmals sehr umfangreichen entscheidenderheblichen Sachverhalt relativ aufwendig nachvollziehen, dazu bisweilen umfangreiche Instruktionen führen und die Funktionsweise betroffener Märkte gründlich erforschen.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt vom Bundesverwaltungsgericht insbesondere:

- dass es seine Urteile zu kartellrechtlichen Sanktionen mit voller Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen fällt (BGE 139 I 72 E. 4.4 f.),
- dass die vorgebrachten Rügen und Argumente der Parteien Punkt für Punkt abgearbeitet werden (BGE 139 I 72 E. 4.5),
- dass Rückweisungen an die WEKO nur ausnahmsweise erfolgen dürfen und zwar, wenn das Bundesverwaltungsgericht nicht imstande ist, Beweislücken zu schliessen, d.h. nicht in der Lage ist, die entscheidnotwendigen Abklärungen selber zu treffen (Urteil 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 2.2).

Weiter spiegelt sich die oftmals gegebene hohe Komplexität von materiellen Beschwerdeverfahren (insb. zu Verwaltungssanktionen nach Art. 49a f. KG) in ausserordentlich umfangreichen Verfügungen der WEKO von (z.Z.) i.d.R. zwischen 100 bis 750 Seiten wider. Entsprechend umfangreich sind auch die Rechtsschriften der Parteien. So sind in (materiellen) Verfahren oftmals – auch sachverhaltlich – äusserst umfangreiche und materiellrechtlich anspruchsvolle Fragestellungen zu beurteilen, die ein gründliches Einarbeiten und ein besonderes Verständnis des in Frage stehenden Marktes nötig machen. Auffallend ist, dass die in vergangenen Jahren sachverhaltlich liquiden Verbots- und Sanktionsverfahren, die keiner umfangreichen Instruktion bedürfen, zunehmend von Verfahren verdrängt werden, bei denen sich sachverhaltsmässig heikle Beweisprobleme und tiefgreifende Fragen zur Marktfunktionsweise sowie deren ökonomisch-juristischen Deutung stellen (insb. im Zusammenhang mit Fällen zu Art. 7 KG [„Marktmachtmissbrauch“]).

Schliesslich ergibt sich die Verfahrensdauer vor dem Bundesverwaltungsgericht zu einem guten Teil auch aus der Gewährleistung der Verfahrensrechte der Parteien, wie:

- Entgegennahme von umfangreichen angefochtenen Entscheiden, Vorakten und Rechtsschriften;
- regelmässige Durchführung eines zweifachen Schriftenwechsels;
- häufiger Eingang von unaufgeforderten zusätzlichen Parteieingaben, welche der Gegenseite zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs zugestellt werden müssen und in der Regel auch mit weiteren Eingaben beantwortet werden;
- oftmals Verzögerungen durch separat zu erlassende Zwischenentscheide über Verfahrensanträge, vorsorgliche Massnahmen etc. (inkl. allfälliger separater Anfechtungen);
- Beurteilung von Beweisanträgen;
- Durchführung von Instruktionen im Rahmen der Untersuchungsmaxime;
- Vorbereitung und Durchführung von beantragten Parteiverhandlungen;
- Behandlung und gegebenenfalls Gutheissung von Fristerstreckungsgesuchen.

Das Bundesverwaltungsgericht ist bereit, die vorgesehenen gesetzlichen Ordnungsfristen einzuhalten, aber könnte nicht mehr gewährleisten, dass die bundesgerichtlichen Vorgaben und die Garantien der EMRK eingehalten werden. Im Resultat müssten Verfahrensrechte der Parteien wie Akteneinsicht und Replikrecht beschnitten bzw. deren Verletzung in Kauf genommen werden. Auch wären umfangreiche Beweiserhebungen und seriöse Sachverhaltsabklärungen kaum mehr möglich.

Schliesslich würden die geforderten Rechtfertigungen bei Überschreitung der pauschalen Ordnungsfrist ("comply or explain"-Prinzip; Art. 44a Abs. 4 VE KG) den administrativen Zeitaufwand unnötig erhöhen, weshalb dieses Vorgehen nicht zielführend erscheint.

Sollte an den Ordnungsfristen grundsätzlich festgehalten werden, würde das Bundesverwaltungsgericht eine einfachere Methode wie beispielsweise eine Pauschalfrist von 36 Monaten von der Einreichung der Beschwerde bis zum Entscheid oder 18 Monate ab Abschluss des Schriftenspruchs bis zum Entscheid als sachgerechter bevorzugen. Auch sollte die Ordnungsfrist für Fälle nicht gelten, die einer ausgereiften Bearbeitung bedürfen, nämlich praxisbildende bzw. praxisändernde und besonders bedeutende Fälle sowie solche, in welchen sich eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung stellt.

Die Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts hat sich im Übrigen nicht nur mit Wettbewerbsrecht zu befassen, sondern behandelt daneben auch weitere Geschäfte, die ihren Schwerpunkt in den Bereichen Wirtschaft und Bildung haben. Sie wendet dafür in der Praxis über 60 Bundesgesetze in den unterschiedlichsten Teilrechtsgebieten an. Die Einführung der vorgesehenen Ordnungsfristen würde infolge des damit verbundenen Zeitdrucks nicht nur die Qualität der Entscheide im Wettbewerbsbereich, sondern auch in den anderen Rechtsgebieten negativ beeinflussen, da ein Grossteil der Ressourcen auf die Wettbewerbsfälle abgestellt werden müsste. Zudem ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass eine Priorisierung kartellrechtlicher Verfahren zulasten der Verfahrensdauer anderer verwaltungsrechtlicher Verfahren zu einer Ungleichbehandlung führt; sachliche Gründe für eine solche Ungleichbehandlung sind jedoch nicht ersichtlich.

Entgegen der Auffassung im erläuternden Bericht gehen wir davon aus, dass mit der Einführung der vorgesehenen Ordnungsfristen zusätzlicher Personalaufwand und Mehrkosten verbunden sein werden.

In Bezug auf die Umsetzung der Motion 18.4282 Français (Präzisierung von Art. 5 KG) möchte das Bundesverwaltungsgericht darauf aufmerksam machen, dass die vorgeschlagene Umsetzung zu Rechtsunsicherheit führen könnte, da sie der geltenden bundesgerichtlichen Praxis zuwiderläuft. Dadurch könnte sich der Arbeitsaufwand für die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte erhöhen, weil sowohl qualitative wie quantitative Ziele zu berücksichtigen sind, was im Ergebnis zu längeren Verfahren führen würde. Dies stünde somit offensichtlich im Widerspruch zum oben erwähnten Ziel, mittels Ordnungsfristen eine Beschleunigung der kartellrechtlichen Verfahren zu erwirken.

Im Übrigen verzichtet das Bundesverwaltungsgericht sowohl auf eine Stellungnahme zu den weiteren Vorschlägen im Bereich Verfahren und Rechtsschutz (Abschnitt 4) als auch zu den vorgesehenen materiell-rechtlichen Anpassungen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Der Vorsitzende der
Präsidentenkonferenz



David Weiss



Der stellvertretende
Generalsekretär



Bernhard Fasel

Kopie an:

- Bundesgericht
- Bundesstrafgericht
- Bundespatentgericht

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



Der stv. Generalsekretär
CH - 1000 Lausanne 14
Tel. 021 318 91 02
Fax 021 323 37 00
Korrespondenznummer 003.1_2021

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

per E-Mail an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Lausanne, 23. Februar 2022/soz

Vernehmlassungsverfahren: Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Brief vom 24. November 2021 haben Sie das Bundesgericht eingeladen, im oben erwähnten Vernehmlassungsverfahren Stellung zu nehmen; dafür danken wir Ihnen bestens.

Wir teilen Ihnen mit, dass das Bundesgericht auf eine Stellungnahme verzichtet.

Freundliche Grüsse


Digital signiert
von Egloff
Lorenzo
FTEJWD
2022-02-23 (mit
Zeitstempel)

Dr. Lorenzo Egloff

Kopie

- Bundesstrafgericht
- Bundesverwaltungsgericht
- Bundespatentgericht
- Herr Bundesrichter Christian Herrmann, Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung



Verwaltungskommission
Viale Stefano Franscini 7
CH-6500 Bellinzona
Tel. +41 58 480 68 68
Fax +41 58 480 68 42
info@bstger.ch

Registratur Nummer: 1.1.1.8

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

per E-Mail an:

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bellinzona, 7. März 2022/BOM

Vernehmlassungsverfahren: Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit E-Mail vom 24. November 2021 haben Sie das Bundesstrafgericht eingeladen, im oben erwähnten Vernehmlassungsverfahren Stellung zu nehmen; dafür danken wir Ihnen bestens.

Wir teilen Ihnen mit, dass das Bundesstrafgericht auf eine Stellungnahme verzichtet.

Freundliche Grüsse

Alberto Fabbri
Präsident



Marc-Antoine Borel
Generalsekretär

Kopie an

- Bundesgericht
- Bundesverwaltungsgericht
- Bundespatentgericht



Staatssekretariat für Wirtschaft seco
Direktion für Wirtschaftspolitik
Per Email
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 3. März 2022 sgv-Sc

Vernehmlassungsantwort Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99,8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Der sgv nimmt eine differenzierte Beurteilung der verschiedenen Inhalte dieser Teilrevision vor. Ausführliche Überlegungen dazu finden sich im Buch «25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick (herausgegeben von Henriques Schneider und Andreas Kellerhals, 2022, EIZ Publishing)».

Die zur Vernehmlassung unterbreitete Vorlage wird generell, auch vom federführenden Bundesamt, «kleine» Revision genannt. Der sgv schliesst sich dieser Benennung nicht an. Die aktuelle Vorlage umspannt viele Bereiche des Wettbewerbsrechts, darunter zwei zentrale Themen, die Erheblichkeit und die Zusammenschlusskontrolle. Darüber hinaus enthält die Vorlage Neuerungen wie etwa die Einführung von Ordnungsfristen und Parteienentschädigungen. Auch das ist alles andere als «klein». Der sgv hätte also bevorzugt, die Umsetzung der Motionen Français und Fournier jeweils in eigenen Vorlage zu behandeln. Deshalb gilt: Unabhängig wie die Vernehmlassungsantworten zu den anderen Regulierungen des Kartellgesetzes ausfallen, sind die vom Parlament überwiesenen Motionen auf jeden Fall umzusetzen.

Erheblichkeit, Art. 5 KG

Der sgv ist mit der Ergänzung von Art. 5 einverstanden. Allerdings ist die Vorlage in zweierlei Hinsichten zu ergänzen oder zu korrigieren.

Erstens ist der neue Absatz 1bis wie folgt zu ergänzen:

Art. 5 Abs. 1bis Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind immer qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Sie ist auf jeden Fall zu beurteilen.

Es ist ein zentrales Anliegen der Motion Français, auf die diese Ergänzung zurückgeht, dass die Erheblichkeit sowohl quantitative als auch qualitative umfasst. Entsprechend müssen sie auch beide

überprüft werden. Ein anderes Anliegen der Motion ist, die Einzelfallgerechtigkeit sicherzustellen. Das wird im vorgeschlagenen Text nicht berücksichtigt. Namentlich sagt der neue Absatz 1bis nichts zu seinem Verhältnis zur Fiktion der «per se Erheblichkeit» aus. Diese Fiktion widerspricht dem Gesetz, doch sie wird aktuell von Wettbewerbsbehörden und Gerichten angewendet. Das Anliegen der umzusetzenden Motion ist, diese gesetzeswidrige Fiktion zu eliminieren.

Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Formulierung im Absatz 1bis wäre es weiterhin möglich, dass die Wettbewerbsbehörde an der Fiktion festhält und auf die Beurteilung der Erheblichkeit verzichtet, wenn sie als «per se» gegeben ist oder zu sein scheint. Diese Lücke ist nicht im Sinne der Motion. Entsprechend ist der neue Absatz zu ergänzen. Es muss auf der Gesetzesstufe klar sein, dass es auf jeden Fall eine Beurteilung der Erheblichkeit mit ihren qualitativen und quantitativen Kriterien braucht. Nur so ist Einzelfallgerechtigkeit sicherzustellen.

Zweitens sind die erläuternden Materialien dringend zu korrigieren, bevor sie als Botschaft veröffentlicht werden. Seite 15 des erläuternden Berichtes stellt mehrere unrichtige Behauptungen zur Erheblichkeit auf. Sie ist keinesfalls eine Bagatellschwelle, sondern eines der wichtigsten Elemente der ökonomischen Einzelfallgerechtigkeit. Die Prüfung der Erheblichkeit untersucht in qualitativer und quantitativer Weise die Ökonomik des Einzelfalles und nimmt daher in einer Missbrauchsgesetzgebung eine zentrale Rolle in der Fallanalyse ein. Die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörde, bevor Gaba, hat gezeigt, dass die Vermutungen des Art. 5 Abs. 3 KG in der Regel durch den Nachweis von ausreichendem Aussen- oder Innenwettbewerb widerlegt werden kann. Einen solchen Nachweis ist nur dann möglich zu erbringen, wenn die Ökonomik des Einzelfalles durchgehend studiert wird. Ein solcher Nachweis ist ebenso unabhängig von Unternehmensgrössen zu sehen, sondern er kann in jedem Fall erfolgen. Deshalb muss er auch auf jeden Fall überprüft werden.

Darüber hinaus ist der Umgang mit der Erheblichkeit nach dem Bundesgerichtsurteil in Sachen Gaba alles andere als so eindeutig, wie der erläuternde Bericht es will. Das Bundesverwaltungsgericht zeigt sich in verschiedenen Fällen unentschlossen, wie mit der Erheblichkeit umzugehen. Einzelne Entscheide scheinen die Anforderungen an die Erheblichkeit insoweit zu lockern, als das Gericht in Richtung des Konzepts einer per se-Erheblichkeit tendiert. Noch in seinem BMW-Urteil argumentiert das Bundesverwaltungsgericht so: «Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, ist die Erheblichkeit einer Abrede grundsätzlich im Sinne der Praxis der Vorinstanz sowohl anhand qualitativer und als auch quantitativer Elemente zu ermitteln. Demnach erfolgt die Abwägung der beiden Kriterien einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Diese Praxis erfährt allerdings dort eine Einschränkung, wo, wie im vorliegenden Fall, besonders problematische Abreden wie Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zu beurteilen sind. [. . .]. Wenn das Gesetz bei ihrem Vorliegen die Vermutung statuiert, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus davon auszugehen, dass sie sich auch erheblich auf den Wettbewerb auswirken». Doch in anderen Entscheiden scheint sich das Bundesverwaltungsgericht aber vom Konzept der per se-Erheblichkeit zu entfernen. Danach ist für den Nachweis der Erheblichkeit eine Prüfung der qualitativen und quantitativen Aspekte durch die untersuchende Behörde erforderlich. Das ist der Fall im Baubeschläge-Urteil. In Bezug auf eine horizontale Preisabsprache sagt das Gericht, dass es in der Schweiz keine per se-Erheblichkeit gibt. In der Schweiz ist das Kartellgesetz als Missbrauchsgesetzgebung anzusehen: «Im Zusammenhang mit der Frage nach dem rechtsgenügenden Nachweis von bestehendem Restwettbewerb gilt es an dieser Stelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zur EU, (...), in der Schweiz statt per se-Verboten eine Missbrauchsgesetzgebung gilt». «Folglich hat die Vorinstanz de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt durch die Vorinstanz zu untersuchen sind». Im Altimum-Urteil, in dem es um eine vertikale Preisbindung geht, verweist das Bundesverwaltungsgericht auf den Sammelrevers-Entscheid des Bundesgerichts, wonach eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nur dann vorliegen könne, wenn ein relevanter Wettbewerbsparameter (qualitativ) betroffen ist und die Beteiligten über einen erheblichen Marktanteil verfügen (quantitativ). Dabei

komme es auf eine einzelfallweise Beurteilung der beiden (qualitativen und quantitativen) Kriterien an. Da das Gesetz vermutet, dass eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG den Wettbewerb beseitigt, könne a majore ad minus auch vermutet werden, dass eine solche Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Das Bundesverwaltungsgericht betont aber, dass es nur zu einer Vermutung der Erheblichkeit kommen könne und nicht zu einer per se-Erheblichkeit. Deshalb könne nicht nur die (ausdrücklich im Gesetz vorgesehene) Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs, sondern auch die (durch Auslegung bestimmte) Vermutung der Erheblichkeit widerlegt werden. Im Fall Altimum schliesst sich auch das Bundesgericht dieser Betrachtungsweise an.

Zuletzt gilt es, die Behauptung der erläuternden Materialien, im Fokus der «Motion Français» stünden die Arbeitsgemeinschaften, scharf zurückzuweisen. Die wirtschaftliche Kooperation ist für alle Unternehmen in allen Branchen eine Option. Namentlich für KMU ist sie eine wichtige Option, in den Wettbewerb untereinander und mit grösseren Unternehmen zu treten. Wettbewerb und Kooperation schliessen sich nicht aus; oft verstärken sie einander. Die Option muss für alle Firmen jederzeit offenbleiben und darf nur bei bewiesenem Missbrauch untersagt werden.

Zusammenschlusskontrolle

Der sgv lehnt die vorgeschlagene Änderung ab. Es ist nicht klar, welchen praktischen Nutzen sie hat. Die Kosten einer solchen Änderung sind indes klar: Die Interventionsschwelle wird gesenkt und es erfolgen potenziell mehr ex ante Vorgaben der Wettbewerbshörde an die Teilnehmenden im Marktprozess. Das erhöht die Regulierungskosten und hat einen negativen Effekt auf den Wettbewerb.

Kartellzivilrecht

Der sgv ist mit den Änderungen einverstanden.

Widerspruchsverfahren

Der sgv ist mit den Änderungen einverstanden.

Ordnungsfristen

Der sgv ist mit den Änderungen einverstanden.

Parteientschädigungen

Der sgv ist mit den Änderungen einverstanden.

Institutionelle Reform

Die Reform der Wettbewerbsbehörde ist nicht Gegenstand dieser Revision. Verschiedene andere Organisationen der Wirtschaft werden aber diesen Punkt in ihren Vernehmlassungsantworten aufbringen. Der sgv ist nicht gegen eine ergebnisoffene Diskussion einer solchen Reform. Allerdings darf sie nicht auf Kosten der Praxis gehen, d.h. sie darf weder die Einzelfallgerechtigkeit noch den Einbezug von praktisch-erprobten Personen erschweren. Stattdessen wäre die heute praktizierte Formel «Unabhängig = Professor» zu hinterfragen. Die Vertreter der Forschung stehen weit weg von der Praxis und ganz fernab von Innovationen. Als Bundes- oder Kantonsangestellte sind sie alles andere als unabhängig. Auf jeden Fall darf eine solche Diskussion nicht die absolut dringende und wichtige Umsetzung der Motion Français verzögern.

Mit Nachdruck verlangt der sgv die Umsetzung der vom Parlament überwiesenen Motion Français. Selbst wenn die aktuelle Vernehmlassungsvorlage verzögert würde, wäre die Motion Français gesondert umzusetzen. Es ist darüber hinaus zu erwägen, die Anpassung an Art. 5 KG in einem Eilverfahren der gesamten, «kleinen», Revision vorzuziehen.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sg



Hans-Ulrich Bigler
Direktor, e. Nationalrat



Henrique Schneider
stellvertretender Direktor

Brugg, le 11 mars 2022

Monsieur le conseiller fédéral Guy Parmelin

Secrétariat d'État à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Holzikofenweg 36
3003 Berne

Responsable : Beat Rössli
Secrétariat : Ursula Boschung
Document : 20223-Stellungnahme-Teilrevision-
KG_fr_ef_revsl.docx

wp-sekretariat@seco.admin.ch

Révision partielle de la loi sur les cartels (LCart) Procédure de consultation

Monsieur le Conseiller fédéral,
Madame, Monsieur,

Par lettre du 24 novembre 2021, vous nous avez invités à prendre position sur le projet visé en titre. Nous vous remercions de nous associer à cette consultation et vous adressons ci-après nos déterminations.

Réflexions fondamentales

L'Union suisse des paysans (USP) est l'organisation faîtière des 50 000 exploitations agricoles que compte la Suisse. Elle s'engage pour une concurrence équitable le long de la filière alimentaire. Après l'échec de la révision partielle de la loi sur les cartels (LCart) de 2012, l'USP estime qu'une modernisation serait un bon moyen de tenir compte du changement des conditions de concurrence. Aussi salue-t-elle la révision partielle de la LCart, en particulier l'introduction du test SIEC, qui améliore de manière significative le contrôle des concentrations d'entreprises.

Art. 10 Concentrations d'entreprises

Le contrôle des concentrations d'entreprises que prévoit la LCart est chargé de prévenir les futures restrictions à la concurrence. Le contrôle suisse des concentrations d'entreprises actuel n'atteint cet objectif que de manière partielle. La procédure en vigueur aujourd'hui n'est guère efficace : dans la chaîne de création de valeur de l'industrie alimentaire, elle a permis la concentration d'entreprises que le secteur agricole jugeait contestable. La structure de la filière alimentaire est problématique : elle affiche une concentration importante, surtout au niveau du commerce de détail. En sa qualité d'organisation de producteurs, l'USP s'engage pour une représentation correcte des nombreux producteurs face aux quelques entreprises concentrées du secteur alimentaire. Par le passé, le niveau élevé du seuil d'intervention dans le commerce de détail alimentaire a favorisé les tendances à la concentration, nuisant par là même à une concurrence équitable. À l'inverse, le test SIEC permet de remédier à cette situation : il peut être appliqué dès l'apparition de ces restrictions à la concurrence avant que cette dernière ne soit complètement supprimée.

Introduction de délais d'ordre pour les procédures administratives

L'USP salue l'introduction de délais d'ordre pour les procédures administratives. Ces délais permettront d'accélérer les procédures de manière efficace et d'accroître la sécurité juridique.

Art. 5 Restrictions illicites à la concurrence

L'USP salue l'intégration de la motion 18.4282 Français dans le projet de loi mis en consultation. L'art. 5, al. 1^{bis} prévoit en effet que l'appréciation du caractère notable de l'atteinte à la concurrence s'effectue sur la base de

Page 2 | 2

critères qualitatifs et quantitatifs, tenant ainsi compte de la justification au cas par cas demandée par la motion 18.4282 Français dans la LCart. L'USP approuve l'examen des effets économiques au cas par cas. Néanmoins, la révision partielle de la LCart ne va pas assez loin, car un tel examen n'est pas prescrit dans tous les cas, contrairement à ce que prévoient les principes de l'État de droit. L'USP réclame une mise en œuvre de la motion 18.4282 Français fidèle à la lettre.

Remarques finales

Le secteur agricole salue la modernisation de la LCart, car elle permet de tenir compte du changement des conditions de concurrence et d'inverser les tendances à la concentration dans la filière alimentaire.

En espérant que nos préoccupations seront prises en compte, nous vous remercions encore une fois de nous avoir associés à cette consultation.

Veuillez agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, Madame, Monsieur, l'expression de notre haute considération.

Union suisse des paysans



Markus Ritter
Président



Martin Rufer
Directeur

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF
Herr Bundesrat Guy Parmelin
3003 Bern

per Mail an:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Bern, 7. Februar 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen, dass wir zur Teilrevision des Kartellgesetzes Stellung nehmen können.

Die Vorschläge, die Sie zur Konsultation unterbreiten, werden den Vollzug des Schweizer Wettbewerbsrechts praktikabler und wirksamer machen. Denn nach dem «GABA-Entscheid» war die Kommission gezwungen, gegen fast jedes Kartell vorzugehen. Unabhängig davon, ob es der Wirtschaft schadet oder nicht. Mit dieser wirtschaftlicheren Sichtweise im revidierten Art. 5 Abs. 1 könnte sich die Kommission auf die Missbräuche konzentrieren und müsste nicht in unproblematisches wirtschaftliches Verhalten eingreifen.

Der SGB unterstützt auch die anderen Vorschläge der Vernehmlassung zur Fusionskontrolle und zum Zivilverfahren. Inwiefern sie einen praktischen Mehrwert haben oder nicht, wird sich in der Anwendung zeigen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND



Pierre-Yves Maillard
Präsident



Daniel Lampart
Leiter SGB-Sekretariat
und Chefökonom

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Schlieren, 7. März 2022

STELLUNGNAHME

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben in oben erwähnter Angelegenheit vom 24. November 2021 und danken Ihnen für die Gelegenheit, zur Teilrevision des Kartellgesetzes (KG) Stellung beziehen zu können.

Der Verband arv Baustoffrecycling Schweiz vertritt, fördert und wahrt schweizweit die Interessen der Bauabfall-Recyclingbranche sowie der Altlastenfachbüros und deren BeraterInnen gegenüber dem Bund, den Kantonen, speziellen Fachgremien und der übrigen Öffentlichkeit.

Ausgangslage

arv Stellungnahme Unsere Stellungnahme bezieht sich insbesondere auf die Umsetzung der Motion Français (Art. 5 Abs. 1bis VE-KG). Mit den übrigen Änderungsvorschlägen der Vorlage sind wir einverstanden.

Die Motion Français, wonach ausdrücklich qualitative und quantitative Kriterien zur Beurteilung der Erheblichkeit hinzugezogen werden müssen, verlangt eine Korrektur der negativen Folgen des Gaba-Urteils, schafft Rechtssicherheit und senkt den Compliance-Aufwand für Unternehmen. Dennoch muss die Vorlage aus zwei Gründen überarbeitet werden.

Erstens trägt der Vorschlag dem Umstand wenig Rechnung, dass beide Kriterien gleichwertig beurteilt werden sollen. Zweitens sind die Ausführungen im erläuternden Bericht zu Art. 5 Abs. 1bis VE-KG in weiten Teilen inhaltlich unzutreffend. Wir fordern, dass diese im Hinblick auf die anschliessende Botschaft dringend überarbeitet werden.

Qualität und Quantität müssen gleichwertig behandelt werden

Mit Artikel 5 Abs. 1^{bis} VE-KG soll das Erfordernis einer quantitativen Überprüfung der Erheblichkeit wieder hergestellt werden. Die vorgeschlagene Formulierung lässt jedoch zu viel Spielraum, indem quantitative Kriterien zwar berücksichtigt, ihnen aber weiterhin eine untergeordnete Rolle gegenüber qualitativen Kriterien zugewiesen werden kann.

Gerade weil es sich bei der Motion um eine ausdrückliche Korrektur des Gaba-Urteils¹ handelt, ist es im Interesse der Rechtssicherheit, dass das Erfordernis einer ausgewogenen Prüfung der beiden Kriterien auch explizit in die Formulierung aufgenommen wird.

Aus diesen Gründen fordern wir, Artikel 5 Abs. 1^{bis} VE-KG wie folgt zu ändern:

Art. 5 Abs. 1^{bis}

1^{bis} Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind **immer** qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen. **Sie ist auf jeden Fall zu beurteilen.**

Dringender Korrekturbedarf bei den Erläuterungen

Der erläuternde Bericht enthält im Zusammenhang mit der Umsetzung der Motion eine Vielzahl von inhaltlich unzutreffenden Aussagen. Diese müssen im Hinblick auf die Botschaft dringend korrigiert werden. Einige besonders kritische Aussagen werden im Folgenden diskutiert.

Die Motion 18.4282 verlangt die Rückkehr zu einer bewährten Praxis

Der Vernehmlassungsbericht legt nahe, dass eine mögliche Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) im Sinne der Motion 18.4282 negative Folgen sowohl für die Kartellbekämpfung als auch für die Gesamtwirtschaft hätte. Die Wettbewerbskommission (WEKO) wäre dann nicht mehr in der Lage, Kartellabsprachen effektiv zu bekämpfen. Das ist eine unnötige «Angstmacherei». Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede unter Berücksichtigung von sowohl qualitativen als auch quantitativen Kriterien war die Norm, bis das Bundesgericht den Bundesgerichtsentscheid (BGE) Gaba vorlegte. Die Formulierungen der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek) der WEKO von vor 2016 sind ein sehr klarer Beleg dafür. Aus den in der VertBek beschriebenen Richtlinien und Praktiken der WEKO geht eindeutig hervor, dass die Beurteilung einer Abrede im Einzelfall unter sowohl qualitativen als auch quantitativen Aspekten möglich ist. Die Aussage, eine wirksame Bekämpfung von schlimmen Abreden sei zwischen 1996 und 2016 unmöglich gewesen, trifft ebenfalls nicht zu. Die WEKO und die Gerichte haben zahlreiche schädliche Abreden zwei Jahrzehnte lang erfolgreich verhindert und dazu kommuniziert. Im Übrigen gestattet der BGE Gaba, da er vertikale Abreden betrifft, keine Änderung der Praxis bei der Beurteilung von horizontalen Abreden. Diese unglaublich weite Auslegung, welche die WEKO sich zu eigen gemacht hat, stellt das eigentliche Problem für eine gesunde Konkurrenz dar. Daher betonen die Unterzeichnerverbände der vorliegenden Stellungnahme, dass es nach der Änderung des KG im Sinne des oben dargelegten Vorschlags dringend notwendig sein wird, auch die Bekanntmachungen und Richtlinien der WEKO zu überarbeiten.

Ausserdem heisst es im Vernehmlassungsbericht, die Anwendung der Motion 18.4282 würde zu erhöhten Divergenzen mit dem Recht der Europäischen Union (EU) führen. Hierzu ist zu betonen, dass das EU-Recht Absicherungen vorsieht, die das schweizerische Recht seit dem BGE Gaba nicht mehr kennt. In diesem Zusammenhang untersagt das EU-Recht nur Beschränkungen, die «spürbare» Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, was insbesondere in der *Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung*, die

¹ BGE 143 II 297.

im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (*De-minimis-Bekanntmachung*), der Europäischen Kommission konkretisiert wurde. Diese Praxis lässt sich mit dem Erheblichkeitskriterium vergleichen, das in der Schweiz bis zur Veröffentlichung des BGE Gaba/Elmex angewendet wurde. Die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU enthalten analoge Absicherungen, beispielsweise in Deutschland das *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*. Somit erreicht der BGE Gaba statt einer Annäherung des schweizerischen an das EU-Recht das genaue Gegenteil, und die juristische Praxis in der Schweiz ist nun so unausgewogen und starr wie sonst nirgends in Europa.

Gaba-Urteil widerspricht Willen des Gesetzgebers

Bei den in Art. 5 Abs. 3 und 4 aufgeführten Tatbeständen wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Die Vermutung kann widerlegt werden. In der Folge stellt sich die Frage, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird oder bloss unerheblich (Art. 5 Abs. 1 KG). Zur Beurteilung einer Wettbewerbsabrede erachtete es der Gesetzgeber als massgebend, «ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt [wird], ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig»².

Der Gesetzgeber verlangt somit im Grundsatz, dass im Einzelfall neben den qualitativen Kriterien, welche sich aus dem Gesetzestext ergeben, auch quantitative Kriterien (z.B. Marktanteile, Umsätze, etc.) hinzugezogen werden.

In Bezug auf das Kriterium der Erheblichkeit hatte nun das Bundesgericht in Sachen Gaba festgestellt, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG dieses grundsätzlich erfüllen würden und es genüge, wenn Abreden den Wettbewerb beeinträchtigen könnten.³ Zur Entlastung der Verwaltung könne somit dann auf die Prüfung der quantitativen Kriterien verzichtet werden, wenn die Bestimmung der Erheblichkeit bereits nach qualitativen Kriterien aus dem Gesetzestext möglich sei.⁴

Diese Auslegung des Bundesgerichts widerspricht aber dem Willen des Gesetzgebers, welcher von einer grundsätzlichen Einzelfallprüfung nach qualitativen und quantitativen Kriterien bei der Bewertung der Auswirkungen einer Abrede ausging. Das Parlament bestätigte diese Ausrichtung ausdrücklich, als es 2014 den Entwurf zur Revision des KG prüfte und den Entwurf auf dieser Grundlage ablehnte.

Auch wenn bei der Widerlegung der Vermutung das Vorliegen einer Erheblichkeit «[i]n der Regel» zutreffen dürfte,⁵ lässt sich nicht daraus schliessen, dass diese ohne Einzelfallprüfung stattfinden darf.⁶

Die Absicht des Gesetzgebers war es gerade nicht, wie fälschlicherweise im erläuternden Bericht aufgeführt, die WEKO zu entlasten, indem auf eine differenzierte Erheblichkeitsprüfung verzichtet werden kann,⁷ sondern die Rechtssicherheit durch eine im Grundsatz zu erfolgende Einzelfallprüfung zu gewährleisten.

Faktische Beweislastumkehr durch Gaba-Urteil

Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede ist durch die WEKO zu beweisen. Mit dem Wegfall der Erheblichkeitsprüfung gemäss Erwägungen des Bundesgerichts in Sachen Gaba, verbleibt einzig zu prüfen, ob eine

² Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995, 555.

³ BGE 143 II 297 E. 5.1-5.3 S. 313 ff. und E. 5.6 S. 325.

⁴ BGE 143 II 297 E. 5.2.1 f. S. 315 f.

⁵ BBl 1995, 565 f.

⁶ Vgl. auch Emch/Gottret, 376.

⁷ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

Abrede aus wirtschaftlichen Effizienzgründen gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 2 KG). Bei der Beurteilung, ob solche Gründe vorliegen, verfügen WEKO und die Gerichte aber über einen grossen Ermessensspielraum, der kaum gerichtlich überprüft werden kann. Fehlen konkrete Beweise für die Rechtfertigungsgründe, tragen die betroffenen Unternehmen die negativen Folgen dieser Beweislosigkeit. Faktisch führt der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung somit zu einer Umkehr der Beweislast zu Lasten der betroffenen Unternehmen. Die Aussage im erläuternden Bericht, wonach der Gaba-Entscheid keine Änderung der Beweislast zur Folge hat, ist deshalb falsch.⁸

Hohe Rechtsunsicherheit für Arbeitsgemeinschaften (ARGEs)

Das Sekretariat der WEKO hatte in der Vergangenheit stets betont, sie erachte ARGE «als typischerweise kartellrechtlich zulässig».⁹ Gemäss Vorlagenbericht spiele die Frage der Erheblichkeit und damit die Auswirkung des Gaba-Entscheids im Falle von ARGEs «praxisgemäss keine Rolle».¹⁰ Umgekehrt erhöhe die Motion die Rechtsunsicherheit, den Verwaltungsaufwand und liesse, im Widerspruch zum indirekten Gegenvorschlag der Fair-Preis-Initiative, gar eine „Abschottung des Schweizer Marktes“ zu.¹¹

Sämtliche Aussagen sind unzutreffend. Da die kartellrechtliche Beurteilung von ARGEs weder im Gesetz noch durch ein Bundesgerichtsurteil geklärt worden ist, besteht Rechtsunsicherheit. Die Zusicherungen des Sekretariats der WEKO entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Auch war die Erheblichkeitsprüfung in der Vergangenheit sehr wohl Gegenstand bei der Beurteilung von ARGEs.¹² Weiter werden ARGEs neuerdings anhand einer komplizierten und für kleine Unternehmen nicht einfach erschliessbaren Methodik beurteilt.¹³ Würde die Erheblichkeitsschwelle durch die Motion Français wieder eingeführt, entstünde für Kleinstunternehmen ein zusätzlicher Schutz vor unerwarteten Sanktionen. Zudem senkt das Anliegen der Motion den Aufwand für Behörden, da dank der Erheblichkeitsschwelle Bagatellfälle ohne aufwendige Sachverhalts- und Effizienzprüfungen ausgeschlossen werden können. Dagegen hat der Wegfall der Erheblichkeitsprüfung den Compliance-Aufwand gerade bei grundsätzlich zulässigen vertikalen Abreden massiv erhöht, weil die Abreden über eine komplexere Struktur verfügen und die besagten rechtlichen Unsicherheiten bestehen. Der indirekte Gegenvorschlag zur Fair-Preis-Initiative betrifft nur marktbeherrschende und relativ marktmächtige Unternehmen.

Die Feststellung einer vorliegenden (relativen) Marktmacht setzt quantitative Analysen zwingend voraus, was gerade das Kernanliegen der Motion darstellt.

Wir nutzen die Gelegenheit ebenfalls, um auf ein für uns zentrales Anliegen zu verweisen. Der Ständerat hat in der Wintersession 2021 die von Hans Wicki eingebrachte **Motion 21.4189 «Untersuchungsgrundsatz wahren. Keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz»** mit deutlicher Mehrheit angenommen. Sobald der Nationalrat die Motion ebenfalls annimmt, sollte ihr Anliegen umgehend umgesetzt werden.

⁸ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 15.

⁹ RPW 1/2021, S. 114 Rz. 150.

¹⁰ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 16.

¹¹ Erläuternder Bericht zum VE-KG, S. 16.

¹² WEKO-Verfügung in Sachen „Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, Untersuchung 22-0385

¹³ RPW 2021/1, S. 90 ff – Dauer-ARGE Graubünden.

Wir danken Ihnen noch einmal dafür, Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten zu haben und bitten Sie, unsere Anliegen zu berücksichtigen. Bei Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Adrian Amstutz
Präsident



Gregor Schgvanin
Geschäftsführer

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Wohlen, 09. März 2022

Vernehmlassung Teilrevision des Kartellgesetzes

Sehr geehrter Herr Bundesrat Parmelin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf das am 24. November 2021 eröffnete Vernehmlassungsverfahren betreffend Teilrevision des Kartellgesetzes. Der VFAS vertritt seit 1956 die Interessen des unabhängigen und freien Autohandels in der Schweiz. Der Verband setzt sich nebst 800 Unternehmungen auch für die Konsumenten ein, in dem er sich gegen sämtliche Einschränkungen und Behinderungen im freien Autohandel wehrt und faire Rahmenbedingungen fordert. Wir vertreten liberale Werte und hinterfragen deshalb alle Vorschriften und Auflagen, welche das unternehmerische Umfeld unserer Mitglieder tangieren.

Mit dem vorliegenden Schreiben möchte der VFAS der Einladung des Bundesrates folgen und zum Vorschlag wie folgt Stellung nehmen:

1. Antrag an den Bundesrat:

Der Vernehmlassungsvorschlag ist zwecks Überarbeitung an den Bundesrat **zurückzuweisen** und die **nachstehenden Punkte (Ziffer 2a – 2e) sind in den Vorschlag mitaufzunehmen**.

Der Antrag des VFAS begründet sich wie folgt:

2. Begründung des Antrages:

a. Institutionenreform

Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Revisionspunkte sind nach Ansicht des VFAS unzureichend. Das heute geltende Kartellgesetz bedarf einer umfassenden und vor allem zukunftsgerichteten Revision. Seit der letzten (gescheiterten) Revision im Jahr 2014 haben sich viele gravierende Probleme im Bereich des Wettbewerbsrechts akzentuiert, welche mit der

vorliegenden Teilrevision nicht angegangen werden. Als Beispiel hierfür sei die Institutionenreform genannt: Seit Jahren setzt sich die Wirtschaft für eine Trennung und Professionalisierung der Wettbewerbsbehörden ein.¹ Die Schaffung eines selbständigen Kartellgerichts an Stelle der heutigen Wettbewerbskommission (im Folgenden «WEKO»), welche gemäss dem Kartellgesetz eine reine Milizbehörde aus mehreren Interessenvertretern und unabhängigen Sachverständigen ist, entspricht nicht nur einem klaren Bedürfnis der Wirtschaft, sondern dürfte vor dem Hintergrund der Kompetenz zur Ausfällung von erheblichen Sanktionen in Form von Bussen auch in rechtsstaatlicher Hinsicht längstens angezeigt sein.

Darüber hinaus verträgt sich die heute fehlende Trennung zwischen Untersuchungsbehörde (Sekretariat der Wettbewerbskommission; im Folgenden «Sekretariat») und Entscheidbehörde nicht mit den verfassungsrechtlich garantierten Verfahrensgarantien. Es fehlt klar an einer Unabhängigkeit des Sekretariats gegenüber der WEKO.

Zudem wird auch insbesondere dem für das Strafrecht geltende Öffentlichkeitprinzip mit der heutigen Gesetzeslage nur ungenügend nachgekommen. Das Verfahren vor der WEKO wird gänzlich unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt. Zugang zum Verfahren haben überdies einzig die Mitarbeitenden des Sekretariats, welche auch die Untersuchung geführt haben. Das führt nicht nur zu einem Ungleichgewicht zwischen Entscheid- und Untersuchungsbehörde in Bezug auf die Fachkompetenz und Dossierkenntnisse, sondern eröffnet dem Sekretariat gleichzeitig die Möglichkeit, auf den Entscheid Einfluss zu nehmen, was dem Prinzip der Waffengleichheit widerspricht.

Auch rechtsstaatlicher Sicht ist auch die Praxis der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die einvernehmlichen Regelungen zu bemängeln. Diese Form eines Abschlusses von Untersuchungsverfahren erlaubt es nicht, eine Fallpraxis zu schaffen, welche für die Unternehmen Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit garantieren würde.

b. Schaffung von Vorschriften gegen die vertikale Integration

Insbesondere im Automobilsektor ist in den letzten Jahren vermehrt eine vertikale Integration von Vertriebsketten festzustellen. Automobilhersteller nutzen dabei neben eigenen Markenfilialen (physische Verkaufspunkte) neue Vertriebskanäle wie z.B. der Onlinevertrieb, um deren Produkte direkt an die Endkunden zu verkaufen oder neue Vertragsmodelle wie z.B. das Agenturmodell.

Das bisher klassische Vertriebsgeschäft über Importeure und Händler verliert dabei immer mehr an Bedeutung. Also Folge davon ist in erster Linie der Primärmarkt (Vertrieb von Neufahrzeugen) betroffen: Dieser unterliegt bereits seit Jahren einer starken Konzentrierung auf einzelne grössere Importeure und Markenhändler (z.B. Emil Frey, AMAG). Die vertikale Integration durch die Markenhersteller - insbesondere in der Form der Digitalisierung und neuer Vertragsmodelle - wird diesen Trend in naher Zukunft noch erheblich verstärken.

¹ Vgl. hierzu das von economiesuisse publizierte Dossier „[Kartellgesetzrevision: Grosser Handlungsbedarf aus Sicht der Wirtschaft](#)“; zuletzt besucht: 04.03.2022.

Von einer vertikalen Integration profitieren die Markenhersteller in doppelter Hinsicht:

- Zum einen können diese das Preisgefüge direkt bis hin zum Endkunden selbst bestimmen. So werden Markenhersteller künftig über ihre Webseite ihre Neuwagen nicht nur selbständig vermarkten, sondern auch direkt an den Endkunden verkaufen. Letzterer erhält beispielsweise über die Webseite des Markenherstellers einen Kundencode und kann anschliessend bei einem Vertragshändler eine oder mehrere Probefahrten machen. Ist der Endkunde mit dem Produkt zufrieden, kann er das Fahrzeug noch individuell konfigurieren und beim Markenhersteller über dessen Webseite direkt einkaufen. Den Markenherstellern verbleibt die Preishoheit und damit die Möglichkeit, die Preisdisziplin besser zu kontrollieren.
- Zum anderen erhalten die Markenhersteller die Kontrolle über sämtliche Kundendaten, was ihnen ermöglicht, die Daten künftig für eigene Vertriebs- und Marketingzwecke zu verwenden. Dieser Trend wird durch neue Kommunikationstechnologien, welche in der Automobilbranche eingesetzt werden, noch verstärkt. Der Markenhersteller verfügt jederzeit über die entsprechenden Informationen zum Gebrauch des Produktes und kann dadurch den Kunden noch besser an sich binden.

Als Folge der vertikalen Integration wird der bisher schon durch «Knebelverträge» sehr beeinträchtigte Intra-brand-Wettbewerb zwischen den markengebundenen Autohändlern, also den Händlern innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, gänzlich unterbunden und die marktmächtige Stellung der Autohersteller zementiert.

Dies hat auch sehr einschneidende Konsequenzen auf die Parallelimporteure und freien Autohändler. Durch den Ausbau des Direktvertriebs mittels vertikaler Integration erhalten die Markenhersteller die vollständige Kontrolle über den Vertrieb der Kraftfahrzeuge bis hin zum Endkunden. Dies bedeutet, dass der Direkt- oder Parallelimport und somit der Intra-brand-Wettbewerb noch mehr abnehmen wird, als es bereits in den letzten Jahren der Fall war.

Bisher konnten die freien Autohändler den unter den markengebundenen Autohändlern bestehende Intra-brand-Wettbewerb durch Direkt- oder Parallelimporte zusätzlich verstärken, in dem sie einen gewissen Druck auf die Preise und Konditionen innerhalb des selektiven Vertriebs ausübten. Mit der vertikalen Integration des Automobilvertriebes wird der Wettbewerbsdruck durch die freien Autohändler aber praktisch vollständig ausgeschaltet.

Zudem besteht ein erhebliches Risiko, dass aufgrund der vertikalen Integration Märkte, so insbesondere der Schweizer Markt, komplett abgeschottet werden, da die Markenhersteller die Preise je nach Markt unterschiedlich gestalten können. Mit anderen Worten trägt die vertikale Integration von Vertriebsketten zur Erhöhung der Preise und somit zur bekannten «Hochpreisschweiz» bei.

Der Bundesrat soll diesem Trend entgegenwirken, in dem er mit der vorgesehenen Revision Vorschriften in das Kartellgesetz aufnimmt, welche die vertikale Integration bei Markenherstellern der kartellrechtlichen Kontrolle unterstellt. Die Vorschriften sind dabei so zu gestalten, dass die Markenhersteller verpflichtet werden, ihre Vertriebsketten so zu gestalten, dass eine Teilnahme von allen Händlern (also auch den ungebundenen Händlern) am Intra-brand-Wettbewerb auf

diversen Vertriebsstufen weder behindert, noch eliminiert und damit der Wettbewerbsverzerrung durch die vertikale Integration entgegengetreten werden kann.

c. Schaffung von Vorschriften zur Kontrolle von digitalen Märkten

Auch wenn bisher noch unbekannt oder eher ungewöhnlich, so drängen auch «Internetgiganten» wie z.B. die markenübergreifende US-Informationsplattform Amazon Vehicles immer mehr in den Automobilmarkt. Kunden verwenden z.B. diese Plattform, welche auch Kundenbewertungen enthält, zur Informationssuche, aber auch zur Spezifizierung von Fahrzeugen. Dadurch erhalten diese Plattformen einen enormen Informationsvorsprung, da die potenziellen Kunden solche Informationsdienstleistungen meist «unentgeltlich» erhalten. Im Gegenzug verpflichten sie sich, möglichst viele Daten über sich als Person und über das eigene Verhalten preiszugeben.

Diese Gefahr der «Monopolisierung» von Daten droht aber nicht nur bei solchen zweiseitigen Internetplattformen wie Amazon, Google oder Facebook, sondern besteht auch im klassisch einseitigen, digitalen Vertrieb (siehe beispielsweise Apple und Microsoft). Die entstandene Marktmacht dieser Unternehmen erlaubt es, als Intermediär zwischen Angebots- und Nachfrageseite aufzutreten.

Konsequenz davon ist, dass sie aus ihrer Position heraus grundlegende Marktfunktionen wie Preisfindung, Matching und Marktzugang kontrollieren können. Die Ausnutzung von Marktmacht und der Umgang mit Nutzer- und Kundendaten und deren Privatsphäre, sowie der zunehmende Einfluss ihrer Angebote und Technologien auf Bereiche oder Prozesse von gesellschaftspolitischem Interesse, haben in den letzten Jahren zu massiver Kritik seitens von Konsumenten, aber auch der Industrieökonomie und der Rechtswissenschaft geführt. Der Markt für alternative Anbieter und Start-ups wird gebremst und die Innovation leidet darunter. Wenige übermächtige Unternehmen verbleiben und diktieren den Markt.

Durch die Digitalisierung des Markenvertriebs über die eigenen Kanäle erhalten auch die Markenhersteller im Automobilbereich eine Vielzahl von persönlichen Daten der Endkunden, welche ihnen bisher in dieser Bandbreite und Detaillierungsgrad nicht zur Verfügung standen. Diese Datensätze können die Markenhersteller nutzen, um sich letztlich die Abhängigkeit von den Händlern zu minimieren, aber auch, um die Kundenbindung gegenüber den Endkunden zu erhöhen.² Dadurch sind diese in der Lage, den Interbrand-Wettbewerb gänzlich zu beseitigen.

Allerdings besteht aufgrund der vermehrten Nutzung personenbezogener Daten aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Handlungsbedarf. Viele digitale Märkte weisen Konzentrationstendenzen auf und sind bereits von wenigen grossen Anbietern geprägt. Aus diesem Grund ist darauf zu achten, dass Wettbewerber eine Chance und die Endkonsumenten eine Auswahl haben. Nur so können alle von der möglichen Dynamik der Märkte profitieren. Es sind deshalb neue Eingriffsbefugnisse für die Wettbewerbsbehörden zu schaffen, welche künftige bereits bei einer Gefährdung des Wettbewerbs durch «Digitalkonzerne» (zu solchen gehören nach der Auffassung des VFAS nunmehr auch die Markenhersteller im Automobilbereich) greifen. Auch die klassische Missbrauchsaufsicht ist zu modernisieren. Damit können die Wettbewerbsbehörden

² Christian Raab, Wenn der Neuwagen nur noch einen Klick entfernt ist; Accenture GmbH (Hrsg.), in: [Sonderbeilage in Automobilwoche](#), 09/2015 (zuletzt besucht am 06.03.2022).

das Verhalten von Digitalkonzernen und die Rolle digitaler Geschäftsmodelle noch besser erfassen.

d. Aufhebung der Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme

Vertikale Integration und Digitalisierung des Vertriebs führen zwangsläufig auch zur Frage, ob ein selektiver Vertrieb unter den gegebenen Umständen heute noch zu rechtfertigen ist: Die Wettbewerbsbehörden haben in der Vergangenheit selektive Vertriebssysteme als kartellrechtlich zulässig anerkannt, um das Trittbrettfahrerisiko zu minimieren und den Vertrieb so weit wie möglich nach den Vorstellungen des Herstellers zu gestalten. Das heisst, der Vertrieb ist nicht offen und für jeden Händler zugänglich, sondern es werden nur selektiv ausgewählte Händler beliefert. Die Auswahl dieser Händler kann hierbei von verschiedenen Kriterien abhängig gemacht werden. Der Weiterverkauf an Händler, welche die vorgeschriebenen Kriterien nicht erfüllen, wird zwischen Hersteller und Grossist vertraglich untersagt.

Aus kartellrechtlicher Sicht stellt ein solches Verbot des Weiterverkaufs an andere Händler eine Abrede dar, die den Wettbewerb möglicherweise beschränkt. Deshalb hat die Weko in der Praxis gewisse Einschränkungen formuliert. So sieht sie selektive Vertriebssysteme nur unter folgenden Voraussetzungen als unbedenklich an:

- Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, das heisst, die Wahrung der Qualität und die Gewährleistung des richtigen Gebrauchs muss ein solches Vertriebssystem bedingen.
- Die Kriterien, nach denen die Händler ausgesucht werden, müssen objektiv sowie nachvollziehbar sein und diskriminierungsfrei gegen über allen Händlern angewandt werden.
- Diese Kriterien dürfen nicht über dasjenige Mass hinausgehen, das für das selektive System erforderlich ist.

Der selektive Vertrieb hat in den letzten Jahren im Automobilbereich nicht zu den Verbesserungen insbesondere im Intra-brand-Wettbewerb geführt. Vielmehr konnten sich die Markenhersteller gerade aufgrund der selektiven Vertriebssysteme, welche mittels «Knebelverträgen» zwischen Herstellern und Händlern geschaffen wurden, bisher bereits unabhängig von den Importeuren und Händlern verhalten. Diese Unabhängigkeit wird nun durch die vertikale Integration und die Digitalisierung des Vertriebs weiterhin verschärft, wie das bereits oben ausgeführt worden ist.

Vor diesem Hintergrund sieht der VFAS keine Notwendigkeit mehr, ein selektives Vertriebssystem im Automobilhandel weiterhin zum Schutz der Markenhersteller vor Trittbrettfahrer aus ökonomischer oder rechtlicher Sicht zu schützen. Vielmehr muss der Schutz der Hersteller im Zuge der fortschreitenden Entwicklungen in diesem Wirtschaftssektor zu Gunsten der Händler nunmehr aufgehoben werden. Der Bundesrat soll deshalb Vorschriften schaffen, welche insbesondere bei Digitalmärkten die Steuerung von Waren und Dienstleistungen innerhalb der Vertriebskette nach den Vorstellungen der Hersteller unterbinden.

e. Gewährung der Herstellergarantie

In den vergangenen Monaten wurden insbesondere die Mitglieder des VFAS von Markenherstellern darauf hingewiesen, dass die vom Hersteller gewährte Werksgarantie nicht gültig sei, wenn das betreffende Fahrzeug aufgrund eines Direkt- oder Parallelimportes in die Schweiz importiert werde und das Fahrzeug anschliessend von einem freien Autohändler an den Endkunden verkauft werde. Die Haltung wurde damit begründet, dass eine solche Werkgarantie ausschliesslich für Fahrzeuge gelte, welche innerhalb der EU und der Schweiz direkt bei einem markengebundenen Händler gekauft würden. Entsprechend wurden Garantiarbeiten an direkt- oder parallelimportierten Fahrzeugen vom Hersteller verweigert.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission («Sekretariat») führte zu dieser Frage im Jahr 2017 eine Marktbeobachtung gegen die Markenherstellerin Hyundai Motor Europe GmbH («Hyundai») mit Sitz in Offenbach, Deutschland, durch und kam damals zum Ergebnis, dass eine Werksgarantie auch dann gelte, wenn das Fahrzeug über einen bevollmächtigten Vermittler gekauft wurde. Eine Beschränkung seitens Hyundai, dass unabhängige Händler nicht von der Garantie profitieren könnten, sei zwar im Rahmen eines selektiven Vertriebes zulässig und werde von Art. 5 Abs. 4 des schweizerischen Kartellgesetzes («KG») nicht erfasst. Die Werksgarantie gelte jedoch dann, wenn das Fahrzeug über einen bevollmächtigten Vermittler gekauft wurde. Als bevollmächtigter Vermittler würden dabei Personen oder Unternehmen gelten, die im Auftrag und auf Rechnung eines bestimmten Verbrauchers ein neues Fahrzeug beziehen würden, ohne Mitglied des jeweiligen Vertriebssystems zu sein.

Mitglieder des VFAS konnten in mehreren Fällen unter Vorlage von entsprechenden Vertragsdokumenten nachweisen, dass sie als bevollmächtigte Vermittler die Fahrzeuge im Auftrag ihrer Kunden im EU-Raum bezogen hatten. Dieser Nachweis wurde jedoch von Hyundai nicht akzeptiert und die Werkgarantie weiterhin verweigert. Erst unter Androhung von rechtlichen Schritten lenkte Hyundai dann ein. In der Folge waren die Verbraucher und Eigentümer von Neufahrzeugen der Marke Hyundai gezwungen, eine seitenlange Erklärung zur Teilnahme an einem «Customer Protection Program» und zur Weitergabe ihrer personenbezogenen Daten zu unterzeichnen, einen umfangreichen Fragekatalog über die Aufklärung und Information betreffend Werkgarantie auszufüllen, und – last but not least – eine Abtretungserklärung zu unterzeichnen, wodurch sämtliche Rechte und Forderungen der Käufer gegenüber den bevollmächtigten Vermittlern an Hyundai abgetreten wurden.

Das erwähnte Beispiel zeigt eindrücklich, welchen Druck Markenhersteller heute auf Händler und insbesondere auf freie Autohändler ausüben können, um den markeninternen Wettbewerb zum Nachteil der Endkonsumenten zu beschränken respektive auszuschliessen. Dieser Druck wird sich in den kommenden Jahren noch akzentuieren, sollte der Bundesrat hier nicht im Rahmen der vorgesehenen Kartellgesetzrevision Massnahmen vorkehren, die es auch einem freien Autohändler ermöglichen, eine solche Werkgarantie rechtsgültig an Endkonsumenten zu übertragen, ohne dass der Kunde dadurch von der Inanspruchnahme gehindert wird. Denn nur so kann ein funktionierender Intra-brand-Wettbewerb überhaupt entstehen.

Wir danken für die Möglichkeit einer Stellungnahme und stehen für Rückfragen oder Ergänzungen gerne zur Verfügung!

Freundliche Grüsse

VFAS – Verband freier Autohandel Schweiz



Roger Kunz
Präsident



Stephan Jäggi
Geschäftsleiter

Verein für **Wettbewerbsökonomik**

Vernehmlassung zur Revision des Kartellgesetzes

Stellungnahme des Vereins für Wettbewerbsökonomik

Stefan Bühler
Christian Jaag
Florentin Krämer
Christian Müller
Adrian Raass
Samuel Rutz
Yves Schneider

11. März 2022

Die vorliegende Stellungnahme basiert auf Diskussionen der aufgeführten Autoren. Die übrigen Mitglieder des Vereins für Wettbewerbsökonomik hatten im Rahmen einer internen Konsultation Gelegenheit, sich zum Dokument äussern. Die Stellungnahme ist in diesem Sinn repräsentativ, reflektiert aber möglicherweise nicht das ganze Meinungsspektrum der Mitglieder des Vereins für Wettbewerbsökonomik. Namentlich aktive Behördenmitglieder waren bei der Erstellung der Stellungnahme nicht involviert. Sie können eine abweichende Auffassung haben.

Verein für Wettbewerbsökonomik c/o Swiss Economics, Ottikerstrasse 7, 8006 Zürich. wettbewerbsökonomik.ch

1. Vorbemerkungen

Der Verein für Wettbewerbsökonomik wurde 2021 gegründet und bezweckt die Führung und Förderung des Diskurses über Wettbewerbsökonomik in der Schweiz. Dem Verein gehören ÖkonomInnen aus Praxis (Unternehmen, Behörden und Beratung) und Akademie an, die sich mit wettbewerbsökonomischen Fragen befassen.

Gerne nimmt der Verein für Wettbewerbsökonomik die Gelegenheit wahr, sich zur geplanten Teilrevision des Kartellgesetzes zu äussern. Die Stellungnahme beschränkt sich auf punktuelle Revisionsvorschläge. Der Verein für Wettbewerbsökonomik verzichtet insbesondere auf eine Stellungnahme zu prozeduralen Fragen, wie der Einführung von Ordnungsfristen und Parteientschädigungen (Motion Fournier).

2. Revision der Fusionskontrolle (Art. 10 Abs. 1 und 2 VE-KG)

Die Fusionskontrolle ist ihrem Wesen nach eine Strukturkontrolle. Sie wirkt präventiv, indem sie die Möglichkeit der Entstehung bzw. Verstärkung von Marktmacht durch externes Wachstum begrenzt. Zwar besteht bereits mit der Missbrauchskontrolle ein Instrument, das es unter gewissen Bedingungen erlaubt, schädliche Auswirkungen von Fusionen im Nachhinein zu korrigieren oder abzumildern. Es herrscht indes weitgehend Konsens, dass die Missbrauchskontrolle die Fusionskontrolle nicht zu ersetzen vermag.

Der heute in der schweizerischen Fusionskontrolle verwendete Marktbeherrschungstest ist nur bedingt geeignet, eine präventive Wirkung zu entfalten: Er trägt schädlichen Auswirkungen von Fusionen, wie Preiserhöhungen, Qualitätssenkungen oder der Verdrängung von Wettbewerbern nicht adäquat Rechnung. Der in der EU vorherrschenden SIEC-Test («Significant Impediment to Effective Competition») berücksichtigt die zentralen Elemente der ökonomischen Analyse von Fusionen deutlich besser als der traditionelle Marktbeherrschungstest. Mit dessen Einführung lässt sich deshalb die Wahrscheinlichkeit der Zulassung wohlfahrtsschädigender Fusionen tendenziell verringern.

Es ist indessen darauf zu achten, dass unter dem neuen Regime die Wahrscheinlichkeit der Untersagung von wohlfahrtsfördernden Fusionen nicht zunimmt. Dies bedingt, dass begründete und wesentliche Effizienzvorteile von Fusionen künftig angemessen berücksichtigt werden. Dem SIEC-Test ist nämlich inhärent, dass nicht nur die möglichen wettbewerbsschädigenden Wirkungen, sondern auch Effizienzvorteile einer Fusion berücksichtigt werden. Diese sog. Effizienzverteidigung ist ein integraler Bestandteil der Fusionsprüfung unter dem SIEC-Test. Sie kann als «Korrektiv» zur etwas tieferen Interventionsschwelle als beim geltenden Marktbeherrschungstest verstanden werden. Es ist in diesem Zusammenhang wichtig, dass die Anforderungen an den Nachweis von Effizienzvorteilen nicht prohibitiv hoch angesetzt werden. Dies insbesondere, weil die Fusionskontrolle vorausschauend erfolgt und die Effizienzverteidigung sich deshalb immer auf eine kontrafaktische Welt bezieht.

Im erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass künftig die dynamische Konsumentenwohlfahrt als Wohlfahrtsstandard bei der Analyse der Effizienzvorteile dienen soll. Was mit diesem Standard genau gemeint ist, bleibt weitgehend unklar – es handelt sich jedenfalls nicht um ein wohldefiniertes ökonomisches Konzept. Klar ist jedoch, dass eine solchermassen definierte Wohlfahrt nicht ausschliesslich unmittelbare Preissenkungen für die Verbraucher berücksichtigt. Vielmehr soll eine Maximierung der Konsumentenwohlfahrt über die Zeit angestrebt werden, was wohl annähernd einem Gesamtwohlfahrtsstandard entspricht. Das wäre aus ökonomischer Sicht zu begrüßen.

Bis zu einem gewissen Grad würde mit der Einführung des SIEC-Tests wohl auch eine Angleichung der Fusionskontrolle an die gelebte Realität vorgenommen; denn schon heute berücksichtigen die Wettbewerbsbehörden die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen einer Fusion (auch wenn die ökonomischen Betrachtungen nicht direkt in den entsprechenden Entscheiden zum Ausdruck kommen). In der Praxis dürfte der Regimewechsel zum SIEC-Test somit primär zu transparenteren und besser begründeten Entscheiden führen, die den wettbewerbsrechtlichen Wirkungen systematisch Rechnung tragen.

Die vorgeschlagene Einführung des SIEC-Tests in der Schweizer Fusionskontrolle ist zu begrüßen, da er zu besser begründeten Entscheiden führt, die den wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen einer Fusion systematisch Rechnung tragen.

3. Stärkung des Kartellzivilrechts (Art. 12, 13 VE-KG)

Künftig soll es durch wettbewerbswidriges Verhalten direkt Geschädigten erleichtert werden, Schadenersatz und Genugtuung im Zivilverfahren zu erlangen. Diese Erleichterung soll durch eine Erweiterung der Klageberechtigung (Aktivlegitimation) von Unternehmen auf Privatpersonen und die öffentliche Hand, durch ein eigenständiges Recht auf Feststellungsklage sowie durch verlängerte Verjährungsfristen erreicht werden.

Mit der Vereinfachung des Zugangs zum zivilrechtlichen Verfahren sowie der Ausweitung der Aktivlegitimation ist grundsätzlich mit einer Zunahme der kartellzivilrechtlichen Auseinandersetzungen zu rechnen. Aus ökonomischer Sicht ist dabei vor allem die potenziell abschreckende Wirkung von Interesse und Bedeutung. Wettbewerbswidriges Verhalten würde durch die geplanten Änderungen einer höheren Wahrscheinlichkeit ausgesetzt, schadenersatzpflichtig zu werden. Das sollte die Neigung zu solchem Verhalten verringern. Prinzipiell würde der Wettbewerb folglich bereits aufgrund der Verfahrensandrohung besser geschützt.

Neben (bzw. anstelle) der zu erwartenden Zunahme kartellzivilrechtlicher Verfahren könnten die Änderungen auch zu einer Stärkung von aussergerichtlichen Verfahren (Vergleiche und Schiedsgerichtsbarkeit) führen, wie der Blick in das EU-Ausland zeigt. Dadurch würde die zusätzliche Belastung der Zivilgerichte zumindest teilweise gemindert. Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass derartige Verfahren strategisch eingesetzt werden (sog. «Sham Litigation»).

Aus diesen Gründen sollte die Praxis des Kartellzivilrechts aufmerksam verfolgt werden (vgl. hierzu auch Abschnitt 6), so dass allfällige Fehlentwicklungen korrigiert werden können.

Die Stärkung des Kartellzivilrechts wird begrüsst. Es braucht jedoch ein enges Monitoring, um allfällige unerwünschte Auswirkungen frühzeitig zu erkennen.

4. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens (Art. 49a Abs. 4 VE-KG)

Das Widerspruchsverfahren wurde gleichzeitig mit den Bestimmungen zur direkten Sanktionierung bestimmter unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen eingeführt. Damit sollte sichergestellt werden, dass die Unternehmen – im Sinne des Grundsatzes «keine Strafe ohne klares Gesetz» – im Voraus klären können, ob ein geplantes Vorhaben kartellrechtlich bedenklich und allenfalls mit Sanktionen bedroht sein könnte. Bestehen für ein Unternehmen diesbezüglich Unsicherheiten, wird es möglicherweise gewisse volkswirtschaftlich nutzbringende Investitionen unterlassen («Business Chilling Effect»).

Das Widerspruchsverfahren konnte seine Rolle bisher nicht erfüllen und wird von den Unternehmen kaum noch genutzt. Eine Verbesserung dieses Verfahrens wäre deshalb zu begrüßen. Die in der Teilrevision vorgeschlagenen Änderungen werden jedoch kaum eine Verbesserung bewirken können.

Grundsätzlich wird ein Unternehmen ein Vorhaben nur dann bei der WEKO melden, wenn es sich bezüglich dessen Kartellrechtskonformität unsicher ist. Da das Unternehmen in aller Regel selbst über Kartellrechtsspezialisten verfügt oder solche beizieht, dürfte auch die WEKO in den meisten Fällen unsicher sein, ob ein gemeldetes Vorhaben zulässig ist. Eröffnet sie in solchen Fällen – wie bisher – ein Verfahren, so verliert das Widerspruchsverfahren seinen Sinn, weil meldende Unternehmen regelmässig negative Signale erhalten und durch eine Meldung nichts gewinnen können. Die vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen am Meldeverfahren werden daran nichts ändern.

Die vorgeschlagene Verkürzung der Frist von fünf auf zwei Monate, die der WEKO für die Prüfung des gemeldeten Vorhabens eingeräumt wird, dürfte das Problem sogar noch verschärfen: War die WEKO bisher noch nach fünfmonatiger Prüfung unsicher, so dürfte sie es nach zwei Monaten erst recht sein.

Die Vorstellung, dass ein Unternehmen ein Vorhaben umsetzt, damit die WEKO eine Vorabklärung eröffnen und die Wirkung des Vorhabens während der Vorabklärung beobachten und beurteilen kann (vgl. Erläuternder Bericht, S. 28), erscheint realitätsfremd. Ein meldendes Unternehmen wird keine kostspielige Investition tätigen wollen, wenn es vorab kein Signal von der WEKO erhält, dass das Vorhaben zulässig ist (und damit kein Risiko besteht, dass die Investition verloren ist, Reputationsschäden entstehen und allenfalls sogar eine Sanktion ausgesprochen wird).

Ein grundsätzlich taugliches Verfahren wäre die vom Bundesrat bei der Einführung von direkten Sanktionen ursprünglich vorgesehene Lösung, wonach die Meldung eines Vorhabens vor dessen Umsetzung von einer späteren Sanktion befreit. Die WEKO könnte somit nicht mehr sanktionieren, aber nach wie vor ein Verhalten untersagen, sollte es sich als unzulässig erweisen. Falls ein Unternehmen ein Vorhaben meldet, von dem es weiss, dass es vermutlich kartellrechtswidrig ist, so kann es zwar nicht mehr sanktioniert werden, verliert aber mit hoher Wahrscheinlichkeit die Investitionen, welche die Umsetzung des Vorhabens erforderte. Deshalb ist nicht damit zu rechnen, dass solche Vorhaben umgesetzt würden. Hingegen ist davon auszugehen, dass die WEKO bei einer Sanktionsbefreiung zahlreiche Meldungen erhalten würde. Die WEKO hätte somit mit einem erheblichen Zusatzaufwand zu rechnen. Im Gegenzug dürfte sie umfangreiche Informationen zu den Wettbewerbsverhältnissen in der Schweiz erhalten.

Die vorgeschlagene Änderung des Widerspruchsverfahrens wird abgelehnt, weil sie die Mängel des bestehenden Verfahrens nicht zu beheben vermag.

5. Motion Français (Art. 5 Abs. 1 bis VE-KG)

Das Anliegen der Motion Français ist wie folgt in die vorliegende KG-Revision eingeflossen: «Bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sind qualitative und quantitative Kriterien zu berücksichtigen». Der neue Artikel ist als Reaktion auf den Leitsatz des Bundesgerichts in Sachen Gaba/Elmex zu verstehen. Das Bundesgericht hat horizontale und vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG als per se erheblich definiert, obwohl ein Per-se-Verbot gewisser Abredetypen in der letzten, gescheiterten KG-Revision verworfen wurde. Für diese Abreden muss die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht

mehr quantitativ belegt werden. Darunter fallen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen Unternehmen derselben Wertschöpfungsstufe (horizontale Abreden) und Abreden über Mindest- oder Festpreise und Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (vertikale Abreden).

Ein solch pauschaler Ansatz ist gegenüber einer Einzelfallprüfung («Rule of Reason»-Ansatz) ökonomisch dann vertretbar, wenn das erwartete Kosten-Nutzen-Verhältnis positiv ausfällt. Die ökonomische Literatur zeigt, dass horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden in der Regel der Wohlfahrt schaden. Vorbehältlich einer korrekten Einordnung der einzelnen Verhaltensweisen, kann deshalb bei horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auf eine quantitative Prüfung der Erheblichkeit verzichtet werden.

Während bei horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG der Verzicht auf eine quantitative Einzelfallprüfung vertretbar ist, braucht es bei vertikalen Abreden immer eine Einzelfallprüfung, die quantitative und qualitative Kriterien berücksichtigt. Dies deshalb, weil es bei vertikalen Abreden a priori keine genügend hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass diese den Wettbewerb (erheblich) beeinträchtigen. Aus wettbewerbsökonomischer Sicht ist weitgehend unumstritten, dass die verschiedenen Formen vertikaler Abreden (Preisbindungen, Gebietszuweisungen, Alleinvertriebsrechte etc.) den Wettbewerb stärken können.

Vertikale Wertschöpfungsketten gestalten sich durch interne Koordination effizienter und schlagkräftiger aus, damit sie gegenüber anderen vertikalen Wertschöpfungsketten im Markt bestehen können. Der Wettbewerb zwischen verschiedenen Ketten zwingt die einzelne Kette zu solchen Optimierungsmassnahmen. Solange der Wettbewerb zwischen verschiedenen Ketten spielt (Interbrand-Wettbewerb) und keine dominante Kette von den Abreden betroffen ist, dürften deshalb vertikale Abreden in der Regel wettbewerbsfördernd sein.

Die Motion Français ist zu begrüßen. Bei echten, harten horizontalen Abreden kann jedoch auf eine quantitative Einzelfallprüfung verzichtet werden.

6. Periodische Evaluation (Art. 59a VE-KG)

Der Verein für Wettbewerbsökonomik begrüsst die vorgeschlagene, periodische Evaluation des Kartellgesetzes. Der Beizug der WEKO bei dieser Evaluation erscheint hingegen problematisch. Die WEKO ist die wesentliche vollziehende Behörde. Ihr Beizug würde somit dazu führen, dass diese sich selber evaluieren würde. Dies wäre der Glaubwürdigkeit der Evaluation abträglich. Es ist essenziell, dass die Evaluation durch eine unabhängige Stelle durchgeführt wird. Selbstverständlich ist es dieser Stelle unbenommen, sachdienliche Auskünfte bei der WEKO und anderen involvierten Kreisen einzuholen.

Die periodische Evaluation des Kartellgesetzes wird begrüsst, sollte jedoch durch eine unabhängige Stelle erfolgen.



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

CH-3003 Bern, WEKO

A-Post

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Vernehmlassung KG
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Vorab per E-Mail an: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: 011-00002/gra/bij/zib

Direktwahl: 058 463 24 27

Bern, 23. Februar 2022

011-00002: Teilrevision des Kartellgesetzes (KG): Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens– Stellungnahme der Wettbewerbskommission

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung im Vernehmlassungsverfahren und nehmen zur den Vernehmlassungsunterlagen in Anwendung von Art. 46 Abs. 2 KG gerne Stellung.

Die vorgeschlagenen Anpassungen des Kartellgesetzes (KG) enthalten verschiedene Änderungen, welche sich direkt und einschneidend auf die Arbeit der Wettbewerbskommission (WEKO) sowie die Durchsetzung des Kartellrechts auswirken werden. Abgesehen von wenigen, aber folgenschweren Eingriffen ins Kartellgesetz, auf welche weiter unten im Einzelnen eingegangen wird (II.1. und II.2), sind die Anpassungsvorschläge des Bundesrats aus Sicht der WEKO sehr zu begrüßen.

I. Sinnvolle Anpassungen

I.1. Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle

Der heute in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle angewendete qualifizierte Marktbeherrschungstest ist sehr permissiv und erlaubt den Wettbewerbsbehörden nicht, bei wohlfahrtsmindernden Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens einzugreifen, solange dadurch keine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Dies führt zu Märkten mit hoher Konzentration, die typischerweise durch wenig Wettbewerb und hohe Preise geprägt sind. Der geltende qualifizierte Marktbeherrschungstest ist denn auch kaum mehr zeitgemäss. So wird heute in den westlichen Industrieländern – auch in der EU und den USA – vorwiegend ein SIEC-Test angewendet, welcher der Wirtschaftsrealität besser Rechnung trägt. Der SIEC-

Wettbewerbskommission
Hallwylstrasse 4, CH-3003 Bern
Tel. +41 58 462 20 40, Fax +41 58 462 20 53
weko@weko.admin.ch
www.weko.admin.ch

Test erlaubt es den Wettbewerbsbehörden, einen Zusammenschluss auch dann zu untersagen oder ihn nur mit Auflagen oder Bedingungen zu genehmigen, wenn durch die Transaktion zwar keine marktbeherrschende Unternehmung entsteht, sie aber den Wettbewerb signifikant behindert bzw. schwächt. Zudem erlaubt der vorgeschlagene SIEC-Test im Gegensatz zur geltenden Zusammenschlusskontrolle die Berücksichtigung von Effizienzgründen. Solche werden in der Praxis von Unternehmen regelmässig vorgebracht; deren Berücksichtigung ist in der geltenden Zusammenschlusskontrolle jedoch kaum vorgesehen. Schliesslich ist es begrüssenswert, die schweizerische Zusammenschlusskontrolle so weit als möglich an jene der EU anzugleichen, und zwar nicht nur für die Behörden, sondern auch für die betroffenen Unternehmen: Denn dadurch können Synergien genutzt und Erfahrungen geteilt werden.

Die neu vorgesehenen Möglichkeiten der Befreiung von der Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben mit mindestens EWR-weiten Märkten sowie der Verlängerung der Fristen bei internationalen Zusammenschlüssen zwecks Harmonisierung mit den Fristen der europäischen Wettbewerbsbehörden werden in entsprechenden Fällen den administrativen Aufwand der Unternehmen wie der Behörden verringern.

Wir befürworten daher die vorgeschlagene Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle.

I.2. Verbesserung des Widerspruchsverfahrens

Wir begrüssen die in den Vernehmlassungsunterlagen vorgeschlagene Lösung zur Verbesserung des Widerspruchsverfahrens, die eine Verkürzung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate nach Eingang der Meldung vorsieht und wonach neu einzig die Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Art. 27 KG zum Sanktionsrisiko führt. Dies erhöht die Attraktivität des Widerspruchsverfahrens für die Unternehmen und reduziert das Sanktionsrisiko bei der Umsetzung von Verhaltensweisen, die im Voraus weder klar als erlaubt noch als verboten qualifiziert werden können.

I.3. Stärkung des Kartellzivilrechts

Wir begrüssen die in den Vernehmlassungsunterlagen vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zur Stärkung des Kartellzivilrechts. Allerdings weisen wir darauf hin, dass für die Betroffenen trotz der Verbesserungen gewichtige Hürden für Zivilklagen fortbestehen werden, die in der Revisionsvorlage nicht adressiert werden, insbesondere das hohe Prozesskostenrisiko und der fehlende Zugang zu Beweismitteln der anderen Partei.

I.4. Weitere Punkte

Die zahlreichen weiteren Punkte im Gesetzesentwurf, die revidiert werden sollen, erscheinen aus der Sicht der Wettbewerbsbehörden begrüssenswert, da sie zu mehr Rechtssicherheit sowie zu kürzeren und einfacheren Verfahren führen werden.

II. Abzulehnende Anpassungen

II.1. Umsetzung der Motion Fournier

Die von der Motion Fournier geforderte Einführung von Ordnungsfristen in Kartellverfahren (Art. 44a VE-KG; Bericht, S. 13. f.) lehnt die WEKO (wie schon der Bundesrat) ab: Das Bedürfnis der Unternehmen nach effizienten Kartellverfahren und zeitnahen klaren Präjudizien durch die Wettbewerbsbehörden und Gerichte ist nachvollziehbar und gerechtfertigt. Auch die WEKO hat ein grosses Interesse daran, dass Kartellverfahren rasch und einfach ablaufen und dass die für die Marktteilnehmer wie die WEKO wegweisenden Urteile der Gerichte möglichst zeitnah vorliegen. Die WEKO und ihr Sekretariat setzen ihre Prioritäten und planen den Ressourceneinsatz entsprechend. Sie haben in den letzten Jahren zwecks rascherem

Abschluss von Verfahren auch die internen Prozesse überprüft und optimiert. Beliebig verkürzen lassen sich die Kartellverfahren jedoch aus vielen Gründen nicht: Sie sind regelmässig sehr komplex, der Sachverhalt muss aufwändig, sorgfältig und genau abgeklärt werden, die Parteirechte sind vollumfänglich zu wahren, die Ressourcen der Behörden und Gerichte sind beschränkt. Gerade weil bei Verstössen gegen das Kartellgesetz empfindliche Bussen drohen, sind die Partei- und Verteidigungsrechte (rechtliches Gehör etc.) zu Recht stark ausgeprägt. Bei der Rechtsstaatlichkeit dürfen aus Sicht der WEKO jedoch keine Kompromisse gemacht werden. Die aktuellen Regelungen bieten die notwendige Flexibilität, um den Herausforderungen der Durchsetzung des Kartellrechts angemessen zu begegnen. Fristen für Behörden und Gerichte, welche die Qualität der Untersuchungen und Entscheide gefährden würden, sind deshalb abzulehnen. Das gilt sowohl für die vorliegend vorgeschlagenen Ordnungsfristen (Bericht, S. 13. f.) als auch noch viel mehr für allfällige starre Fristen. Folglich beantragen wir die Ablehnung von Fristen für Kartellverfahren.

Auch die von der Motion Fournier geforderte Einführung von Parteientschädigungen (Art. 53b VE-KG; Bericht, S. 14) lehnt die WEKO (wie auch schon der Bundesrat) ab: Das Bundesrecht sieht im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren generell keine Parteienentschädigung vor. Erst in Beschwerdeverfahren vor den Gerichten können solche Ansprüche geltend gemacht werden. Für die WEKO gibt es keine guten Gründe, nur im Kartellrecht von diesem Grundsatz abzuweichen und eine Spezialregelung zu erlassen. Deshalb beantragen wir die Ablehnung von Parteientschädigungen nur im Kartellverfahren.

II.2. Umsetzung der Motion Français

Die Motion Français verlangt, dass der Begriff der Erheblichkeit in Art. 5 KG «präzisiert» wird. Sie ist eine Reaktion auf das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba aus dem Jahr 2016. Dieses Urteil betrifft nur wenige und klar bestimmte Arten von Abreden: nämlich die vom Gesetzgeber selber als besonders schädlich qualifizierten und in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG explizit definierten fünf Typen von harten horizontalen und vertikalen Abreden. Selbst diese harten Abreden sind nicht einfach per se verboten: Vielmehr bleibt im Einzelfall einerseits eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen möglich, andererseits gibt es Ausnahmen zum Grundsatz der Erheblichkeit, etwa bei Vorliegen von Bagatellfällen.¹ Bei harten Abreden, welche erfahrungsgemäss schädlich für den Wettbewerb sind, ist der Nachweis von quantitativen Effekten – wie etwa ein durch die Abrede überhöhtes Preisniveau – aufgrund zahlreicher Marktinterdependenzen regelmässig nicht eindeutig möglich, aber letztlich auch entbehrlich.² Für alle anderen, d.h. «weichen» horizontalen und vertikalen Abreden ist die Gaba-Rechtsprechung gar nicht einschlägig und es sind weiterhin neben qualitativen auch quantitative Elemente zu berücksichtigen.

Die Wettbewerbsbehörden haben in zahlreichen Fällen harter Abreden die Gaba-Rechtsprechung berücksichtigt. Das Resultat fällt positiv aus: Das Gaba-Urteil hat zentrale Rechtsfragen bei der Anwendung von Art. 5 KG geklärt, Rechtssicherheit geschaffen, die Dauer von Verfahren reduziert und die Durchsetzung des Kartellgesetzes in der Praxis – namentlich die Bekämpfung von Gebietsabschottungen («Hochpreisinsel Schweiz») – erleichtert. Quantitative wie auch ökonomische Aspekte werden bei der Beurteilung der Fälle weiterhin berück-

¹ Weitere Ausnahmen sind denkbar, wenn eine Zusammenarbeit nicht ihrer Natur nach schädlich ist, wie etwa bei einer komplexen Zusammenarbeit auf mehrseitigen Märkten oder bei Einkaufsgemeinschaften (vgl. ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I, 111 f.; RPW 2020/2, 413 Rz 61, *Einkaufskooperation*).

² Dies zeigt auch die internationale Best-Practice der OECD auf: «[...] Recommends that Adherents make hard core cartels illegal regardless of the existence of proof of actual adverse effects on markets [...]» (OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/Legal/0452], Ziff II).

sichtigt, namentlich bei der Effizienzprüfung. Zudem entspricht die aktuelle Regelung zumindest im Ergebnis derjenigen der EU und deren Mitgliedstaaten sowie der internationalen Best-Practice der OECD³, was gerade für international tätige Unternehmen von Vorteil ist.

Revisionsbedarf besteht daher nicht, im Gegenteil: Eine Änderung von Art. 5 KG untergräbt die durch das Bundesgericht geschaffene Rechtssicherheit und kreiert neue Auslegungsprobleme. Die Situation wäre zukünftig vergleichbar mit derjenigen vor dem Gaba-Entscheid: Damals war für viele Unternehmen unklar, was «erheblich beeinträchtigt» bedeutet – namentlich wie sich die Erheblichkeit anhand von quantitativen Kriterien wie Marktanteilen, Marktabdeckung u.a. misst. Vor den Behörden und Gerichten sowie in der Lehre war über viele Jahre heftig umstritten und gerade für kleinere Unternehmen unklar, ob eine Kooperationsform zulässig oder verboten ist. Das Bundesverwaltungsgericht verstärkte diese Unsicherheiten noch, indem es mehrere sich widersprechende Entscheide fällte.⁴ Die bis zum GABA-Entscheid herrschende Rechtsunsicherheit war eine Belastung nicht nur für die Behörden, sondern vor allem auch für Unternehmen, und zwar insbesondere für KMU, welche weniger guten Zugang zu juristischen und ökonomischen Expertinnen und Experten hatten. Die im vorliegenden Entwurf vorgeschlagene Berücksichtigung quantitativer Kriterien bei der Beurteilung harter Abreden ist somit ein problematischer Schritt zurück in die unsichere Vergangenheit. Zudem führt sie zu noch längeren, komplizierteren und teureren Verfahren, was den Bestrebungen der vorliegenden Revision (Motion Fournier) widerspricht.

Klar gegen die vorgeschlagene Anpassung von Art. 5 KG spricht auch, dass sich der Gesetzgeber widersprüchlich verhalten würde: Im Kampf gegen die «Hochpreisinsel Schweiz» hatte er im Jahre 2003 mit der Revision des KG u.a. Unternehmen im Ausland untersagt, mittels Abreden günstigere Parallelimporte in die Schweiz zu verhindern. Auf den 1. Januar 2022 hat der Gesetzgeber diese Bestrebungen bekräftigt, indem er zusätzliche Vorschriften gegen einseitige Importbeschränkungen erlassen hat («relative Marktmacht» und «Geoblocking»). Sollten nun mit der vorliegenden KG-Revision zukünftig Kartelle und andere harte Wettbewerbsabreden infolge der Schwächung von Art. 5 KG wieder grosszügiger akzeptiert werden als heute, könnten Unternehmen einfacher Parallelimporte in die Schweiz verhindern, vertikale Preisabreden vereinbaren und auch harte horizontale Kartelle schliessen. Damit wäre eine Abnahme des Wettbewerbsdrucks in der Schweiz verbunden. All diese Faktoren dürften zu steigenden Preisen in der Schweiz führen: Davon profitieren dürften – gerade auch international tätige – Unternehmen, welche (Kartell-)Abreden treffen und die Schweiz vom europäischen Markt abschotten. Den Preis dafür bezahlen müssten nicht nur die Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz, sondern auch die hier produzierenden Unternehmen (KMU) und die öffentliche Hand. Deshalb ist die Anpassung von Art. 5 KG strikte abzulehnen.

Die Motion Français ist vor allem von der Befürchtung getragen, dass die Rechtslage für Arbeitsgemeinschaften und ähnliche Zusammenarbeitsformen mit dem Gaba-Urteil verschärft worden sei und dass die Wettbewerbsbehörden nun auch in Fällen mit vernachlässigbaren

³ Vgl. OECD (Fn 2).

⁴ Zur widersprüchlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts siehe M. BALDI, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 ff.; C. BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, Jusletter 2.2.2015; A. HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter 29.6.2015, Rz 17 ff.; D. BRUCH, Entwicklungen der Erheblichkeitsprüfung bei harten Kartellen, sic! 2017, 505 ff.; M. BALDI/F. SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, 269 ff., hier: 273 f.; L. M. BAUDENBACHER, Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden, Jusletter 2.5.2016, insb. Rz 40 ff.; B. CARRON/P. KRAUSKOPF, Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, Jusletter 30.5.2016, insb. Rz 6; R. M. STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559 ff.

Auswirkungen auf den Wettbewerb hart durchgreifen würden. Die nun vorgeschlagene Anpassung von Art. 5 KG schiesst diesbezüglich am Ziel vorbei: Die Wettbewerbsbehörden haben in der Vergangenheit stets betont und durch ihre Entscheide klargestellt, dass Arbeitsgemeinschaften in der Regel keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen und daher kartellrechtlich unbedenklich sind⁵. Fälle mit vernachlässigbaren Auswirkungen greifen die Behörden aus Verhältnismässigkeits- und Ressourcengründen schon gar nicht auf. Das Gaba-Urteil hat daran nichts geändert, was auch ein Blick auf die seither ergangenen Entscheide der Wettbewerbsbehörden beweist.

Erachtete man es – anders als die WEKO – als nötig, die in der Motion vorgebrachten Bedenken aus dem Weg zu räumen, wäre zwecks Vermeidung der oben dargelegten Nachteile ein geeigneteres Mittel zur Anpassung von Art. 5 KG zu wählen: Nämlich Präzisierungen in Art. 4 und 27 KG, wie sie schon der Bericht (S. 17 oben) antönt: In Art. 4 KG wäre die Rechtslage konkret in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften und vergleichbare Zusammenarbeitsformen klarzustellen⁶. In Art. 27 KG könnte der – aus Verhältnismässigkeitsgründen (Art. 5 Abs. 3 BV) bereits heute und auch weiterhin geltende, aber nicht kodifizierte – Grundsatz im Kartellgesetz eingefügt werden, dass die Wettbewerbsbehörden bei leichten Verstössen – unabhängig vom Bestehen weiterer Opportunitätsgründe⁷ – von der Eröffnung einer Untersuchung absehen bzw. eine eröffnete Untersuchung einstellen können⁸. Damit wird klargestellt, dass sich die Wettbewerbsbehörden einerseits nicht unnötig mit sinnvollen Arbeitsgemeinschaften beschäftigen und dass sie andererseits auf die schädlichsten (Kartell-)Abreden fokussieren können, ohne in jedem leichteren Fall ein Verfahren durchführen zu müssen. Mit diesen beiden Präzisierungen würden die Kernanliegen der Motion umgesetzt.

III. Fazit und Anträge

Zusammenfassend begrüsst die WEKO die meisten Anpassungen der vorgeschlagene KG-Revision. Hingegen beantragt sie:

- dass auf die Einführung von Fristen in Kartellverfahren verzichtet wird (Art. 44a VE-KG);
- dass auf die Einführung von Parteientschädigungen in Kartellverfahren verzichtet wird (Art. 53b VE-KG);
- dass auf eine Anpassung des Kriteriums der Erheblichkeit für Abreden verzichtet wird (Art. 5 Abs. 1 VE-KG); wenn überhaupt, sind spezifische Regeln für Arbeitsgemeinschaften und gegen das Aufgreifen von leichten Verstössen vorzuziehen (Art. 4 Abs. 1^{bis} und Art. 27 Abs. 1^{bis} VE-KG).

⁵ Vgl. z.B. Wettbewerbskommission, Jahresbericht 2013, S. 8 f. (www.weko.admin.ch > Praxis > Jahresberichte).

⁶ Eine solche Formulierung eines Art. 4 Abs. 1^{bis} VE-KG könnte wie folgt lauten:
«Es wird vermutet, dass Absprachen zwischen Unternehmen über projektbezogene Arbeitsgemeinschaften, die für deren Teilnahme am Wettbewerb erforderlich sind, sowie vergleichbare Kooperationen keine Wettbewerbsabreden nach Absatz 1 darstellen».

⁷ Die WEKO berücksichtigt bereits heute in ihrer Praxis neben der Art und der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung andere Verhältnismässigkeitskriterien, namentlich die Notwendigkeit eines Grundsatzurteils, das Vorliegen privater Interessen, die Komplexität und die geschätzten Kosten des Verfahrens, die Entscheidungsprognose sowie das Vorhandensein ausreichender Ressourcen bei der Behörde.

⁸ Eine solche Formulierung eines Art. 27 Abs. 1^{bis} VE-KG könnte wie folgt lauten:
«Bei Anhaltspunkten für leichte Verstösse können die Wettbewerbsbehörden von der Eröffnung einer Untersuchung absehen oder eine eröffnete Untersuchung einstellen».

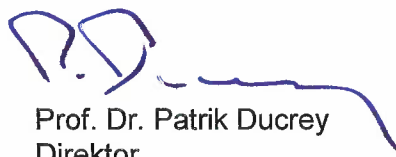
Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Anträge, Bemerkungen und Anregungen und bitten Sie um wohlwollende Prüfung derselben. Für Fragen Ihrerseits stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Wettbewerbskommission

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'A. Heinemann'.

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'P. Ducrey'.

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor



CH-3003 Berne, COMCO

Courrier A

Secrétariat d'Etat à l'économie SECO
Direction de la politique économique
Consultation LCart
Holzikofenweg 36
3003 Bern

Par courriel à: wp-sekretariat@seco.admin.ch

Votre référence:

Notre référence: 011-00002/gra/bij/zib

Ligne directe: 058 463 24 27

Berne, 23 février 2022

011-00002: Révision partielle de la Loi sur les cartels (LCart): Ouverture de la procédure de consultation – prise de position de la Commission de la concurrence

Mesdames, Messieurs,

Nous vous remercions de nous prendre en compte dans la procédure de consultation et prenons volontiers position à propos des documents relatifs à la consultation conformément à l'art. 46 al. 2 LCart.

Les adaptations proposées de la Loi sur les cartels (LCart) contiennent différents changements qui influenceront de manière importante le travail de la Commission de la concurrence (COMCO) ainsi que la mise en œuvre du droit de la concurrence. Hormis quelques amendements peu nombreux, mais lourds de conséquence exposés plus bas (II.1. et II.2), les propositions de modification du Conseil fédéral doivent être vivement saluées du point de vue de la COMCO.

I. Adaptations pertinentes

I.1. Modernisation de l'examen des concentrations d'entreprises

Le test de dominance qualifiée actuellement utilisé en Suisse dans l'examen des concentrations d'entreprises est très permissif et ne permet pas aux autorités de la concurrence d'intervenir lorsqu'un projet de concentration d'entreprises a des effets réduisant la prospérité, aussi longtemps que ce dernier ne conduit pas à la création ou au renforcement d'une position dominante sur le marché, par laquelle la concurrence efficace peut être supprimée. Ceci conduit à des marchés fortement concentrés, typiquement caractérisés par une concurrence faible et par des prix élevés. Le test de dominance qualifiée actuellement en vigueur n'est ainsi pratiquement plus adapté à notre époque. Dans les pays occidentaux industrialisés – y compris l'UE et les Etats-Unis – on emploie majoritairement le test SIEC qui tient mieux compte de la réalité économique. Le test SIEC permet aux autorités de la concurrence d'interdire ou de

n'autoriser une concentration d'entreprises qu'avec des charges ou des conditions également lorsque la transaction ne conduit pas à la création d'une position dominante d'une entreprise sur le marché mais qu'elle entrave la concurrence de manière importante ou l'affaiblit. De plus, contrairement à l'examen des concentrations d'entreprises actuellement en vigueur, le test SIEC proposé permet de prendre en compte des motifs d'efficacité économique. En pratique, de tels motifs d'efficacité économique sont régulièrement invoqués par les entreprises; leur prise en compte n'est cependant à peine prévue dans l'examen en vigueur des concentrations d'entreprises. Enfin, il faut saluer la volonté de rapprocher l'examen des concentrations d'entreprises suisse autant que possible à celui de l'UE, et ce non seulement pour les autorités, mais aussi pour les entreprises concernées ; de cette manière, des synergies et des expériences peuvent être partagées.

Les possibilités nouvellement prévues pour les projets de concentration d'entreprises dont les marchés sont au moins au niveau de l'EEE d'être dispensés de l'obligation d'annoncer ainsi que la prolongation des délais lors de concentrations internationales d'entreprises à des fins d'harmonisation avec les délais des autorités de concurrence européennes réduiront, dans de tels cas, la charge administrative des entreprises ainsi que des autorités.

Par conséquent, nous sommes favorables à la modernisation proposée de l'examen des concentrations d'entreprises.

I.2. Amélioration de la procédure d'opposition

Nous saluons la solution proposée dans les documents relatifs à la consultation visant à améliorer la procédure d'opposition, qui prévoit une réduction du délai d'opposition de cinq à deux mois à compter de la réception de la notification et que seule l'ouverture d'une enquête formelle selon l'art. 27 LCart conduit à un risque de sanction. Cela augmente l'attractivité de la procédure d'opposition pour les entreprises et réduit le risque de voir sanctionner des comportements qui ne sauraient a priori être qualifiés d'autorisés ou de prohibés.

I.3. Renforcement du droit civil des cartels

Nous saluons les modifications législatives visant à renforcer le droit civil des cartels telles que proposées dans les documents relatifs à la consultation. Nous attirons toutefois l'attention sur le fait que, malgré les améliorations, d'importants obstacles non abordés dans le projet de révision, notamment le risque de coût de procédure élevé ainsi que l'absence d'accès aux moyens de preuve de la partie adverse, persisteront pour les personnes concernées.

I.4. Autres points

Les nombreux autres points abordés dans le projet de révision de la loi paraissent positifs du point de vue de la COMCO car ils augmenteront la sécurité juridique et raccourciront et simplifieront les procédures.

II. Adaptations à rejeter

II.1. Mise en œuvre de la Motion Fournier

A l'image du Conseil fédéral, la COMCO rejette l'introduction de délais d'ordre dans des procédures en matière de cartels revendiquées par la Motion Fournier (art. 44a AP-LCart; Rapport, p. 13 s.): le besoin des entreprises de bénéficier de procédures efficaces en matière de droit de la concurrence et de disposer rapidement de précédents clairs de la part des autorités de la concurrence et des tribunaux est compréhensible et justifié. La COMCO a elle aussi un grand intérêt à ce que les procédures en matière de cartels se déroulent simplement et rapidement ainsi qu'à ce que les jugements de principe des tribunaux soient accessibles au plus vite par elle ainsi que par les acteurs du marché. La COMCO et son Secrétariat fixent leurs

priorités et planifient l'utilisation de leurs ressources en conséquence. Au cours des dernières années, ils ont aussi contrôlé et optimisé leurs processus internes afin de clore plus rapidement les procédures menées. Toutefois, les procédures en matière de droit des cartels ne peuvent pas être raccourcies à bien plaisir pour maintes raisons: elles se révèlent régulièrement être très complexes, l'état de fait doit être établi de manière minutieuse et précise, les droits des parties doivent être pleinement respectés, sachant que les ressources des autorités et des tribunaux sont limitées. Les violations de la loi sur les cartels sont sanctionnées par des amendes considérables ; pour cette raison, c'est à juste titre que les droits des parties et de la défense (droit d'être entendu, etc.) sont garantis de manière extensive. Dans un Etat de droit, la COMCO est d'avis qu'il ne faut pas faire de compromis. Les règles actuelles offrent la flexibilité nécessaire pour relever convenablement les défis de la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'imposition de délais aux autorités et aux tribunaux mettrait notamment en péril la qualité des enquêtes et des décisions, c'est pourquoi elle doit être rejetée. Cela vaut non seulement pour les délais d'ordre proposés, mais également et d'autant plus (Rapport, p. 13 s.) pour d'éventuels délais fixes. Par conséquent, nous concluons au rejet de l'introduction de délais dans les procédures cartellaires.

A l'instar du Conseil fédéral, la COMCO rejette également l'introduction de dépens revendiquée par la Motion Fournier (art. 53b AP-LCart; Rapport, p. 14): le droit fédéral ne prévoit de manière générale pas de dépens dans la procédure de première instance. C'est seulement à l'occasion des procédures de recours devant les tribunaux que de telles prétentions peuvent être invoquées. Pour la COMCO, il n'y a pas de raisons fondées de déroger à ce principe uniquement dans le droit de la concurrence et d'édicter des règles spéciales. Pour cette raison, nous concluons au rejet des dépens pour les procédures cartellaires.

II.2. Mise en œuvre de la Motion Français

La Motion Français veut que la notion du caractère notable de l'art. 5 LCart soit «précisée». Elle constitue une réaction à l'arrêt du Tribunal fédéral de l'année 2016 dans la cause Gaba. Cet arrêt ne concerne que quelques types d'accords clairement définis, à savoir les cinq types d'accords horizontaux et verticaux qualifiés de particulièrement nuisibles par le législateur lui-même et définis explicitement à l'art. 5 al. 3 et 4 LCart (dits aussi « accords durs »). Même ces accords ne sont pas interdits en soi : au contraire, dans certains cas, une justification reste possible pour des raisons d'efficacité et il existe des exceptions au principe du caractère notable, par exemple en présence de cas bagatelle.¹ Dans le cas des accords durs, dont l'expérience montre qu'ils sont nuisibles à la concurrence, la preuve d'effets quantitatifs - tels qu'un niveau de prix trop élevé en raison de l'accord - n'est généralement pas possible de manière évidente en raison des nombreuses interdépendances du marché, et elle est en fin de compte superflue.² Pour tous les autres accords horizontaux et verticaux, c'est-à-dire les accords « mous », la jurisprudence Gaba n'est pas du tout pertinente et il convient de continuer à prendre en compte non seulement les éléments qualitatifs, mais aussi les éléments quantitatifs.

Les autorités de la concurrence ont tenu compte de la jurisprudence Gaba dans les cas d'accords durs. Le résultat est positif: l'arrêt Gaba a clarifié des questions juridiques centrales relatives à l'application de l'art. 5 LCart, créé de la sécurité juridique, réduit la durée des procédures et facilité la mise en œuvre de la Loi sur les cartels dans la pratique, à savoir la lutte contre des cloisonnements géographiques («îlot de cherté Suisse»). Des aspects quantitatifs

¹ D'autres exceptions sont envisageables lorsque la coopération n'est pas nuisible par nature, comme dans le cas d'une coopération complexe sur des marchés multilatéraux ou dans le cas de coopérations d'achat (cf. ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, RDS 2018 I, p. 111 s.; DPC 2020/2, 413 ch. 61, *Einkaufskooperation*).

² C'est ce que montre également la Best-Practice internationale de l'OCDE: «[...] Recommends that Adherents make hard core cartels illegal regardless of the existence of proof of actual adverse effects on markets [...]» (OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/Legal/0452], ch. II).

et économiques continuent à être pris en compte lors de l'évaluation des cas, à savoir dans le cadre de l'examen de motifs d'efficacité économique. De plus, la réglementation actuelle correspond, à tout le moins dans ses effets, à celles de l'UE et ses Etats membres ainsi qu'à la Best Practice internationale de l'OCDE³, ce qui est avantageux tout particulièrement pour les entreprises actives au niveau international.

Pour ces raisons, une révision n'est pas nécessaire. Au contraire: une modification de l'art. 5 LCart saperait la sécurité juridique apportée par le Tribunal fédéral et créerait de nouveaux problèmes d'interprétation. La situation serait alors comparable à celle qui précédait l'arrêt Gaba: à cette époque, il n'était pas clair pour beaucoup d'entreprises ce que signifiait l'expression «affecte de manière notable la concurrence», à savoir comment s'évalue le caractère notable par le biais de critères quantitatifs comme les parts et la couverture de marché. La question de savoir si une forme de coopération était permise ou interdite a été débattue, pendant de nombreuses années, devant les autorités et les tribunaux et était fortement controversée en doctrine, c'est pourquoi elle est restée obscure pour les petites entreprises. De plus, le Tribunal administratif fédéral a renforcé cette confusion en rendant plusieurs arrêts contradictoires.⁴ L'insécurité juridique précédant la décision GABA constituait une préoccupation non seulement pour les autorités administratives, mais aussi pour les entreprises, en particuliers les PME qui n'avaient pas accès à des experts du droit et de l'économie. Ainsi, la prise en compte de critères quantitatifs lors de l'évaluation d'accords durs, proposée dans le présent avant-projet, constitue un pas en arrière problématique vers un passé incertain. En outre, elle mène à des procédures encore plus longues, compliquées et coûteuses, ce qui va à l'encontre des aspirations de la présente révision (Motion Fournier).

Un autre aspect allant clairement contre l'adaptation envisagée de l'art. 5 LCart est le fait que le législateur se comporterait de manière contradictoire: en effet, avec la révision de la LCart en 2003, le législateur a, dans la lutte contre « l'îlot de cherté Suisse », entre autres interdit aux entreprises étrangères de conclure des accords visant à empêcher des importations moins chères en Suisse. Avec effet au 1^{er} janvier 2022, le législateur a renforcé ces aspirations en édictant des règles complémentaires contre des restriction d'importations unilatérales («pouvoir de marché relatif» et «geoblocking»). Si des cartels ainsi que d'autres accords durs en matière de concurrence étaient à l'avenir de nouveau admis plus largement qu'aujourd'hui suite à la présente révision de la LCart et à l'affaiblissement de l'art. 5 LCart, des entreprises pourraient plus facilement empêcher les importations parallèles, conclure des accords verticaux sur les prix ou des accords horizontaux durs. Une réduction de la pression concurrentielle en Suisse y serait étroitement liée. Tous ces facteurs devraient conduire à une hausse des prix en Suisse: des entreprises – surtout celles actives au niveau international – qui concluent des accords (cartellaires) et isolent la Suisse du marché européen, en profiteraient. Ce sont non seulement les consommatrices et les consommateurs en Suisse, mais aussi les entreprises productrices (PME) et les pouvoirs publics qui devraient en payer le prix. Pour ces raisons, l'adaptation de l'art. 5 LCart est à rejeter catégoriquement.

³ Cf. OCDE (note de bas de page 2)

⁴ Sur la jurisprudence contradictoire du Tribunal administratif fédéral, voir M. BALDI, „Zweimal hü und zweimal hott" beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 ff.; C. BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, Jusletter 2.2.2015; A. HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter 29.6.2015, ch. 17 ss.; D. BRUCH, Entwicklungen der Erheblichkeitsprüfung bei harten Kartellen, sic! 2017, 505 ss.; M. BALDI/F. SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall «Baubeschläge» – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, PJA 2015, 269 ss., ici: 273 s.; L. M. BAUDENBACHER, Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden, Jusletter 2.5.2016, not. ch. 40 ss.; B. CARRON/P. KRAUSKOPF., Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, Jusletter 30.5.2016, not. ch 6; R. M. STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, PJA 2016, 559 ss.

La Motion Français est avant tout motivée par la crainte que la situation juridique des consortiums et des formes de coopération similaires serait devenue plus stricte avec le jugement Gaba et qu'à présent, les autorités de la concurrence prendraient des mesures fortes également dans des cas à effets négligeables sur la concurrence. L'adaptation de l'art. 5 LCart proposée par la motion Français manque son objectif à cet égard: les autorités de la concurrence ont par le passé toujours souligné et clarifié par leurs décisions qu'en règle générale, les consortiums ne constituent pas d'accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart et qu'ils ne posent par conséquent pas de problème sous l'angle du droit de la concurrence⁵. Pour des raisons de proportionnalité et de ressources, les autorités de la concurrence ne se penchent même pas sur des cas aux effets négligeables. Le jugement Gaba n'y a rien changé et les décisions rendues depuis le prouvent.

Si – contrairement à ce que pense la COMCO – on considèrerait qu'il était nécessaire d'apaiser les craintes exprimées par cette Motion, il faudrait alors privilégier un moyen plus approprié en adaptant l'art. 5 LCart afin d'éviter les désavantages exposés ci-dessus: il s'agit de préciser l'art. 4 et l'art. 27 LCart, comme l'indique déjà le Rapport (p. 17 en haut de page): concrètement, à l'art. 4 LCart, la situation juridique relative aux consortiums et des formes de coopération comparables devrait être clarifiée⁶. A l'art. 27 LCart, l'on pourrait introduire le principe – non codifié mais déjà en vigueur aujourd'hui et qui continuera de l'être pour des raisons de proportionnalité (art. 5 al. 3 Cst.) – selon lequel les autorités de la concurrence peuvent, en cas d'infraction légère, renoncer à l'ouverture d'une enquête ou clore une enquête ouverte⁷, indépendamment de l'existence d'autres motifs d'opportunité.⁸ Ainsi, il serait clarifié d'une part que les autorités de la concurrence ne se préoccupent pas inutilement des consortiums qui font sens économiquement parlant, et d'autre part qu'elles peuvent se concentrer sur les accords (cartellaires) les plus nuisibles sans devoir mener une procédure dans chaque cas bagatelle. Avec ces deux précisions, les préoccupations-clés de la Motion seraient traitées efficacement.

III. Résumé et conclusions

En résumé, la COMCO salue la plupart des adaptations de la révision proposée de la LCart. Cependant, elle conclut:

- À la renonciation à l'introduction des délais dans des procédures en matière de cartels (art. 44a AP-LCart);
- À la renonciation à l'introduction de dépens dans des procédures en matière de cartels (art. 53b AP-LCart);
- À la renonciation à la modification du critère du caractère notable pour des accords (art. 5 al. 1 AP-LCart); tout au plus, des règles spécifiques pour les consortiums et

⁵ Comp. p.ex. Commission de la concurrence, Rapport annuel 2013, p. 8 s. (www.weko.admin.ch > Praxis > Jahresberichte).

⁶ Une telle formulation d'un art. 4 al. 1^{bis} AP-LCart pourrait se présenter comme suit: *«Sont réputés ne pas constituer des accords au sens de l'alinéa 1, les accords entre des entreprises relatifs à des consortiums ponctuels pour réaliser un projet qui sont nécessaires pour participer à la concurrence, ainsi que les coopérations comparables»*.

⁷ Une telle formulation d'un art. 27 al. 1^{bis} AP-LCart pourrait se présenter comme suit: *«En cas d'indices d'infraction légère, les autorités de la concurrence peuvent renoncer à ouvrir une enquête ou clore une enquête déjà ouverte.»*

⁸ Dans sa pratique, la COMCO tient déjà compte d'autres critères de proportionnalité que le type et la gravité de la restriction à la concurrence, notamment la nécessité d'un jugement de principe, l'existence d'intérêts privés, la complexité et les coûts estimés de la procédure, le pronostic de la décision ainsi que l'existence de ressources suffisantes auprès de l'autorité.

contre l'entrée en matière en cas d'infractions légères doivent être privilégiées (art. 4 al. 1bis et art. 27 al. 1^{bis} AP-LCart).

Nous vous remercions de la prise de connaissance de nos conclusions, commentaires et propositions. Nous restons bien sûr volontiers à votre disposition en cas de questions de votre part.

Avec nos meilleures salutations

Commission de la concurrence



Prof. Dr. Andreas Heinemann
Président



Prof. Dr. Patrik Ducrey
Directeur

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
Direktion für Wirtschaftspolitik
Holzikofenweg 36
3003 Bern

per E-Mail:
wp-sekretariat@seco.admin.ch

Zürich, 10. März 2022

Teilrevision des Kartellgesetzes (KG); Stellungnahme der Zürcher Handelskammer

Sehr geehrter Herr Bundesrat, sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 24. November 2021 wurden interessierte Kreise dazu eingeladen, sich zur Teilrevision des Kartellgesetzes zu äussern. Die Zürcher Handelskammer (ZHK) vertritt als Wirtschaftsorganisation die Interessen von über 1'100 Unternehmen am Wirtschaftsstandort Zürich und setzt sich für eine wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft mit möglichst günstigen Rahmenbedingungen ein. Wir erlauben uns deshalb, zur vorliegenden Vernehmlassung Stellung zu nehmen.

Position der ZHK

Die ZHK lehnt die Teilrevision des Kartellgesetzes in dieser Form ab. Die vorgeschlagenen Revisionspunkte sind zwar im Grundsatz zu begrüessen, jedoch fehlen in der vorliegenden Fassung viele für die Wirtschaft wichtige Änderungen und Ergänzungen. Die ZHK fordert die Rückweisung der Vorlage zur Überarbeitung und insbesondere die Aufnahme einer umfassenden Institutionenreform (Ziff. 2) sowie die Berücksichtigung von Compliance-Programmen (Ziff. 3).

Zur Begründung

Gegenüber der im Parlament gescheiterten Kartellrechtsrevision von 2014 wurde die vorliegende Vernehmlassungsvorlage schlanker gehalten, um sich auf einige kaum umstrittene Punkte zu fokussieren. Der Respekt vor politisch anspruchsvollen und kontroversen Diskussionen darf kein Grund sein, notwendige Revisionspunkte jetzt nicht anzugehen oder auf unbestimmte Zeit hinauszuzögern. Der ZHK fehlen einige Änderungsvorschläge, welche Planungs- und Rechtssicherheit für die Wirtschaft schaffen würden. Im Rahmen der anstehenden Revision sollten insbesondere die nachstehend aufgeführten Punkte umgesetzt werden, um die aus wirtschaftlicher Sicht bestehenden Defizite im Kartellrecht zu beseitigen:

Institutionenreform

In der gescheiterten Kartellrechtsreform von 2014 zeichnete der Bundesrat auf, wie die Institutionen des Kartellrechts – namentlich die Wettbewerbskommission (WEKO) und dessen Sekretariat – neu geordnet werden können. Der Bundesrat schlug vor, eine unabhängige Wettbewerbsbehörde zu schaffen, welche gleichsam Untersuchungsbehörde und für den Entscheid ein unabhängiges Wettbewerbsgericht wäre, das beim Bundesverwaltungsgericht angesiedelt würde.

Damit wollte die Regierung die Unabhängigkeit der Untersuchung wie auch der Entscheide stärken. Zudem wurde sich davon auch eine Beschleunigung der Verfahren erhofft, da eine Beschwerdeinstanz entfällt.

In der nun vorliegenden Revision des Kartellgesetzes wird auf eine Institutionenreform verzichtet. Seitens der Wirtschaft bestehen heute aber mehr denn je klare Forderungen nach einer konstruktiven Institutionenreform, die eine konsequente Trennung zwischen Untersuchungs- und Entscheidungsebene vorsieht. Gerade auch im internationalen Vergleich scheint dies zwingend. So zeichnet sich die Effizienz einer Wettbewerbsbehörde insbesondere durch eine weitgehende rechtliche und faktische Unabhängigkeit aus. Zudem gilt es, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen ökonomischem und juristischem Fachwissen herzustellen. Dementsprechend ist im Rahmen der Untersuchung und Entscheidungsfindung auf eine entsprechende personelle Zusammensetzung zu achten.

Im Zentrum der Reformierungsbestrebungen muss auch die Beschleunigung der Verfahren stehen. Im Sinne der Rechtssicherheit sollte ein erster Entscheid innert zwölf Monaten nach Abschluss der Untersuchung vorliegen.

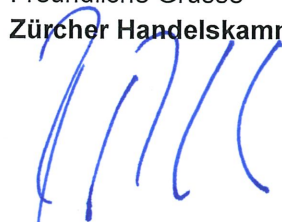
Einführung der Berücksichtigung strafmildernder Compliance-Programme

Bei Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen droht einem Unternehmen eine Geldbusse von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dementsprechend bemühen sich die Unternehmen verstärkt, Wettbewerbsverstösse durch interne organisatorische Massnahmen (Compliance) zu verhindern. Bisher bestehen keine gesetzlichen Vorschriften, welche die Wettbewerbsbehörden verpflichten, solche Bemühungen sanktionsmindernd zu berücksichtigen. Die gescheiterte Kartellrechtsreform von 2014 enthielt jedoch dementsprechende Gesetzesänderungen.

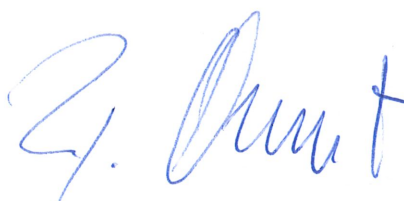
Gemäss heutiger Rechtslage treffen die gefällten Sanktionen die Unternehmen gleichermassen und unabhängig davon, ob sie ernsthafte und umfangreiche Compliance-Anstrengungen unternommen bzw. solche unterlassen oder einen Kartellgesetz-Verstoss vorsätzlich begangen haben. Eine Reform des Kartellgesetzes sollte unserer Meinung nach auch die Einführung strafmildernder Compliance-Programme beinhalten. Diese basieren auf dem Verschuldensprinzip und sollen einen Anreiz für präventive Massnahmen gegen Verletzungen des Kartellrechts bieten. Die Berücksichtigung von Compliance-Programmen führt insofern zur Stärkung von deren wichtigen Existenz. Viele Wettbewerbsbehörden im Ausland haben die Berücksichtigung solcher Programme im Rahmen der Sanktionierung bereits anerkannt.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
Zürcher Handelskammer



Dr. Regine Sauter
Direktorin



Roman Obrist
Leiter Wirtschaftspolitik