

**23.047****Kartellgesetz (KG).****Änderung****Loi sur les cartels (LCart).****Modification***Erstrat – Premier Conseil***CHRONOLOGIE**

STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 11.06.24 (ERSTRAT - PREMIER CONSEIL)

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Die freie Marktwirtschaft stellt den wohl wichtigsten Grundpfeiler unseres Wohlstandes dar. Ihr Kern ist das Wettbewerbsprinzip, das der Entfaltung unseres Wirtschaftssystems dient. Es liegt daher im Interesse unseres Landes, Wettbewerbsbeschränkungen weitgehend zu beseitigen und Vorsorge zu treffen, um volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsabreden zu verhindern. Dies ist das oberste Prinzip des Kartellgesetzes, das die Schweiz seit 1962 kennt. In seiner aktuellen Fassung stammt es aus dem Jahr 1995.

Dieses Gesetz hat sich im Grundsatz zwar bewährt, allerdings hat sich in den vergangenen Jahren ein gewisser Revisionsstau entwickelt, umso mehr als 2012 eine grössere Revision, die auch eine Institutionenreform mit eingeschlossen hätte, aus verschiedenen Gründen gescheitert ist. Aus

AB 2024 S 532 / BO 2024 E 532

diesem Grund hat der Bundesrat entschieden, diese Reform vorderhand zurückzustellen. Stattdessen sollen die drei dringendsten Punkte angegangen werden. Gleichzeitig ist es in den vergangenen Jahren aber auch in unserem Rat ein Anliegen gewesen, dass die Unternehmen im Zusammenhang mit dem Kartellgesetz Planungs- und Rechtssicherheit haben. Dies widerspiegeln sich in mehreren Vorstössen.

Das Kartellrecht ist in den vergangenen Jahren komplizierter geworden. Natürlich müssen Kartelle, die auch tatsächlich schädigend in den Wettbewerb eingreifen, verhindert, aufgelöst und sanktioniert werden. Gemäss dem aktuellen Gesetz handelt es sich dabei unter anderem um Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Die Streitfrage liegt allerdings darin, was unter "erheblich" zu verstehen ist. Diesbezüglich hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtes in den vergangenen Jahren zu Verunsicherungen geführt. Der Mehrheit der Kommission ist es ein Anliegen, in diesem Punkt eine Präzisierung zu schaffen. Dazu gibt es unterschiedliche Ansichten, worauf wir im Rahmen der Detailberatung eingehen werden. Ebenfalls dort werden die weiteren strittigen Fragen behandelt werden. Es handelt sich mehrheitlich um Umsetzungsvorschläge für die angenommenen drei Motionen Français, Fournier und Wicki.

Die meisten Anpassungen der Revisionsvorlage sind jedoch unbestritten. Sie sind oft technischer Natur und wurden bereits im Rahmen der gescheiterten Revision von 2012 diskutiert. Gemäss dem Bundesrat sollen sie unsere Gesetzgebung internationalen Standards anleihen und zugleich das Verwaltungsverfahren effizienter gestalten. Dazu gehört etwa, dass das Widerspruchsverfahren praxistauglicher gestaltet wird. Auch die Meldepflicht für Zusammenschlüsse auf europäischer Ebene soll vereinfacht werden, ebenso die Regelung zur Fristverlängerung bei der Einleitung des Prüfungsverfahrens.

Von besonderer Bedeutung ist allerdings die Modernisierung der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle. Dies soll geschehen, indem der Prüfstandard der Weko der internationalen Praxis angepasst wird. Konkret geht es dabei um den "Significant Impediment to Effective Competition Test" (SIEC-Test). Im Vergleich zu den qualifizierten Marktbeherrschungstests, die heute verwendet werden, können mit diesem neuen Test Zusammenschlüsse bei signifikanter Behinderung des wirksamen Wettbewerbs gezielter untersagt oder mit Bedingungen und Auflagen zugelassen werden. Dieser Punkt bildet das eigentliche technische Herzstück der Revision.

Das Eintreten auf die Vorlage war in unserer Kommission unbestritten. Auf die Einzelheiten werde ich, wie gesagt, im Rahmen der Detailberatung eingehen.





AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Sommersession 2024 • Zehnte Sitzung • 11.06.24 • 08h15 • 23.047
Conseil des Etats • Session d'été 2024 • Dixième séance • 11.06.24 • 08h15 • 23.047



Germann Hannes (V, SH): Diese Kartellgesetzrevision ist eine schwierige Geschichte. Eigentlich ist man sich einig, dass der Auslöser hierfür das Produkt in diesen kleinen Tuben war, der Streit um Elmex, weil da Importbeschränkungen gemacht worden sind. Ich gehe nicht im Detail auf diesen Fall ein, da Sie ja den Fall Gaba/Elmex kennen. Es ging darum, dass verhindert worden war, über Österreich Parallelimporte zu machen, indem man untersagt hatte, den Verteiler Denner zu beliefern. Dies urteilten die Weko bzw. das Gericht, zuletzt das Bundesgericht, als unrechtmässig. Man passte diese Praxis dann entsprechend an.

Heute stehen wir nun vor der Frage, ob wir dieses Urteil respektieren wollen oder wie weit wir in eine andere Richtung korrigieren wollen. Es hat sich nämlich im Nachgang zum Urteil, das allgemein akzeptiert worden ist, gezeigt, dass die Weko ihren Einflussbereich massiv ausgeweitet hat. "Allmächtig", 'selbstherrlich', 'wirtschaftsfeindlich': Die Kritik an der Wettbewerbskommission ist massiv. Was steckt hinter dem Expertenkrieg, der Züge einer Glaubensfrage angenommen hat?" So titeln verschiedene Zeitungen, so steht es in einem Beitrag bzw. in einer Vorschau auf dieses heutige Geschäft.

Nun geht es darum, diese Praxis der Weko wieder in die Bahnen zu bringen, in denen sie sich ursprünglich bewegt hat. Es liegen nun materielle und formelle Anträge auf Schwächung der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen vor. Das sind Anträge zu Artikel 5 Absatz 1bis und Artikel 7 Absatz 3. Eine solche Schwächung des Wettbewerbsrechts käme einem Schildbürgerstreich gleich, dies vor allem, da weite Teile der Bevölkerung aktuell unter massiv steigenden Preisen leiden. Diese Beschränkungen sind aus meiner Sicht strikt abzulehnen, vor allem in der Fassung, die die Kommissionsmehrheit beschlossen hat. Der Bundesrat musste ja einen Entwurf machen, weil wir gegen seinen Willen die erwähnten Motionen angenommen hatten.

Ich möchte einfach darauf verweisen, dass wir 2021 mit der Einführung der relativen Marktmacht – dieser Artikel ist seit dem 1. Januar 2022 in Kraft – und mit dieser Bestimmung von Artikel 7 die Bekämpfung von missbräuchlichen Verhaltensweisen durch einzelne marktmächtige Unternehmen verstärkt haben. Nun dürfen wir zwei Jahre später nicht das Gegenteil beschliessen. Jetzt, zwei oder drei Jahre später, etwas rückgängig zu machen, liesse uns als Gesetzgeber in einem nicht eben vorteilhaften Licht erscheinen.

Es wäre übrigens auch ein Affront gegen die Initianten der Fair-Preis-Initiative. Ich habe dort dazugehört, so viel zur Offenlegung. Diese Initiative ist aufgrund der erfolgten Anpassungen zurückgezogen worden. Würden Sie also namentlich bei den Artikeln 5 und 7 des Kartellgesetzes heute der Kommissionsmehrheit folgen, indem Sie dem bundesrätlichen Entwurf zustimmen, wäre dies ein grosser Rückschritt in der Kartellgesetzgebung und würde mit ziemlicher Sicherheit ein Referendum nach sich ziehen.

Ich war, so viel vorweg, auch bei der Revision 2003 schon dabei. Bei dieser Kartellgesetzrevision hielt der Gesetzgeber explizit fest, dass nur die krassesten Fälle direkt sanktioniert werden, und zwar strafrechtlich. Nun geht die Weko hin und dehnt diese strafrechtliche Bestimmung in unzulässiger Weise aus. Darum müssen wir heute handeln.

Wir haben uns mit dem Beispiel der Sanitärgrosshändler respektive mit dem bekannten Fall Bringhen befasst. Zuerst wurde Bringhens Markteintritt verhindert, weil die Unternehmung zu klein war und zu wenig Umsatz brachte. Seitens des Grosshandels beschloss man, sie nicht zu beliefern. Nachdem man sie vom Markt ferngehalten hatte, was eigentlich gegen die Wirtschaftsfreiheit verstösst, konnte sie dann lange Jahre geschäften. Fünfzehn Jahre später – ungefähr 2015 – wurde der Spiess dann plötzlich umgedreht. Die Unternehmung hatte mit Bruttopreisen gearbeitet. Jetzt hat sie ein Verfahren am Hals, das seit 2015 läuft. Diese KMU ist seit 2015 mit der Möglichkeit einer Millionenbusse konfrontiert. Der Fall ist, nach neun Jahren, beim Bundesverwaltungsgericht, er ist noch nicht einmal beim Bundesgericht. Das zeigt, dass hier doch einiges im Argen liegt. Darum habe ich gerade für die KMU grosses Verständnis, die eine Änderung haben wollen.

Wenn Sie nun aber der Mehrheit folgen, gehen Sie einen Schritt zu weit. Denn diese Beschlüsse verunmöglichen z. B. eben gerade in Boykottfällen die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinn von Artikel 5 oder Artikel 7 des Kartellgesetzes. Das verletzt das Grundrecht auf Teilnahme am Wettbewerb. Diese Beschlüsse sind daher meines Erachtens verfassungswidrig. Artikel 5 Absatz 1bis steht zudem im Widerspruch zu Artikel 23 Absatz 1 des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der EU. Dies würde zu unnötigen Problemen mit der EU führen. Die Schweizer Bauern müssten eigentlich dagegen Sturm laufen.

Zudem verzögern die Beschlüsse der Mehrheit generell die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen. Die Version der Kommissionsmehrheit erleichtert daher das Praktizieren von Wettbewerbsbeschränkungen zum Schaden aller anderen Marktteilnehmer. Sie erleichtert ausländischen Anbietern insbesondere auch die Durchsetzung höherer Preise in der Schweiz – Stichwort Hochkosten- und Hochpreisinsel Schweiz. Wollen wir das wirklich zum Nachteil unserer auf Importprodukte angewiesenen Unternehmen auf uns nehmen? Also ich will das nicht. Die Minderheiten bei den Artikeln 5 und 7 wollen das ebenfalls nicht.

Angesichts des harten Wettbewerbs, dem insbesondere auch unsere KMU ausgesetzt sind, dürfen wir uns das



als Gesetzgeber nicht leisten, schon gar nicht vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklung mit der EU. So wurde das Unternehmen Mondelez, dessen europäischer Hauptsitz in der Schweiz ist, vor wenigen Wochen in der EU mit

AB 2024 S 533 / BO 2024 E 533

umgerechnet 335 Millionen Schweizerfranken gebüsst. Warum? Das Unternehmen Mondelez hat sogar im Binnenmarkt der EU verhindert, dass seine Produkte in Deutschland, wo die Preise am günstigsten sind, eingekauft und dann in andere Länder weiterverkauft werden. Solche Praktiken gehen, wie wir leidvoll erfahren müssen, oftmals auch zulasten der Schweiz. Daher dürfen wir solche Praktiken, so gut es die Kommissionsmehrheit auch meinen mag, nicht wieder zusätzlich begünstigen. Darum müssen die diesbezüglichen Beschlüsse der Mehrheit abgelehnt werden. Das Unbehagen, das bei vielen gegen die Weko besteht, darf nun nicht dazu führen, dass wir das ganze sinnvolle System von Artikel 5 des Kartellgesetzes beschädigen. Das wäre schlechte Gesetzgebung.

Zur Einordnung des Minderheitsantrages möchte ich vorweg Folgendes ausführen: Richtig ist, wie das SECO in seinem Bericht zuhanden der WAK-S vom 10. Februar 2024 schreibt, dass dieser Antrag der Minderheit zu Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a, mit dem ja der Begriff "Abreden über die Festsetzung von Preisen" präzisiert werden soll, weder die Frage der Erheblichkeit noch die erwähnte Gaba-Rechtsprechung betrifft.

Entgegen diesem Bericht des SECO steht dieser Antrag aber erstens doch im Zusammenhang mit der Motion François. Warum? Dieser Antrag betrifft zwar nicht die Aufnahme von Verfahren, aber er betrifft den Ausgang vieler Verfahren, nämlich die direkten Sanktionen, und das ist wohl noch wesentlich wichtiger.

Zweitens ist sodann die Behauptung des SECO, dieser Antrag weiche die Regeln für harte horizontale Preiskartelle auf, unzutreffend. Warum? Weil dieser Antrag ja gerade erreichen will, dass inskünftig harte horizontale Preiskartelle als unzulässig beurteilt und direkt sanktioniert werden. Dieser Antrag will aber nicht, dass auch nicht harte Preiskartelle direkt sanktioniert werden. Ich mache ein Beispiel: Verabreden Konkurrenten Bruttopreise, überlassen es aber den anderen Parteien, frei Rabatte zu gewähren, und tun diese das auch, so ist das kein hartes Preiskartell. Auch das erinnert wieder an den Fall Bringhen. Solches soll gemäss dem Antrag der Minderheit eben gerade nicht sanktioniert werden. Haben wir nicht gerade gestern im Fall des Waldes und der Holzpreise etwas Ähnliches offiziell beschlossen? Es wäre also schon ein krasser Widerspruch, wenn Sie das heute anders beschliessen würden.

Unter harten Preiskartellen sind vor allem Abreden über Preise zu verstehen, aufgrund derer die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten ist. Das sind im Wesentlichen Abreden, die für den weiteren Verkauf oder den Ankauf einheitliche Festpreise oder aber einen Preisrahmen fixieren. Abreden, welche die Preise für den Verkauf oder den Ankauf lediglich beeinflussen, sind im Sinn von Artikel 5 Absatz 3 keine harten Kartelle. Die Auffassung, alle Preisabreden seien immer hart, ist, wie das Beispiel mit den Bruttopreisen zeigt, nicht haltbar.

Sodann ist bezüglich der erwähnten Behauptung des SECO, dieser Antrag weiche die geltenden Regeln über harte Preiskartelle auf, auf Folgendes hinzuweisen: Abreden im Sinn von Artikel 5 des Kartellgesetzes können zulässig oder unzulässig sein. Das beurteilt sich ausschliesslich nach Artikel 5 Absatz 1 KG in Verbindung mit Absatz 2 des gleichen Artikels. Sodann können unzulässige Abreden direkt oder aber indirekt sanktionierbar sein. Dies beurteilt sich ausschliesslich nach Artikel 5 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 49a Absatz 1 bzw. Artikel 50.

Nun noch abschliessend zur Frage, warum es sinnvoll ist, Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a einschränkend zu präzisieren, um damit die Zahl der direkt sanktionierbaren Abreden über Preise zu reduzieren: In der Praxis besteht dieses Unbehagen gegenüber der Weko tatsächlich. Das Unbehagen in der Wirtschaft ist gross. Es ist auch ein grosses Problem in unserem System, weil die Verfahren unendlich lange dauern. Das richtet die Unternehmen letztlich zugrunde.

Meiner Meinung nach ist das Unbehagen aber nicht so sehr mit der Verzögerung bzw. der Verhinderung von Verfahren anzugehen, wie das die Mehrheit möchte. Sinnvoller wäre es vielmehr, die Zahl der Fälle zu vermindern, die heute mit direkten Sanktionen geahndet werden. Denn die heutige Praxis, die praktisch alle Abreden über Preise direkt sanktioniert, geht weit über das hinaus, was Bundesrat und Parlament im Jahr 2003 wollten und auch beschlossen haben. Insbesondere die extensive Auslegung der Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a durch die Weko ist nach Auffassung der Minderheit der Hauptgrund für das heutige Unbehagen gegenüber der Praxis der Weko, und das hat seinen Grund.

Damals, im Jahr 2023, verzichteten wir bei der Einführung direkter Sanktionen unter anderem auch aus verfassungsrechtlichen Gründen darauf, für alle Verstösse gegen das Kartellgesetz generell direkte Sanktionen



vorzusehen. Bundesrat und Parlament wollten 2003 bewusst nur die krassesten Fälle von Wettbewerbsbeschränkungen direkt sanktionieren. Das sind eben die Abreden, von denen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbes zu vermuten ist. Die Lösung der EU, wonach alle unzulässigen Wettbewerbsabreden, also auch alle Preiskartelle, direkt sanktioniert werden, wurde bewusst nicht gewählt. Hätte man sich damals für die EU-Lösung entschieden, was wir glücklicherweise nicht getan haben, hätte man wohl auch die Bestimmung über indirekte Sanktionen nach Artikel 50 anpassen müssen.

Schliesslich ist auch bereits hier beim Eintreten auf Folgendes hinzuweisen: Wir diskutieren im Rahmen der Änderung des Kartellgesetzes die extensive Anwendungspraxis nach Artikel 5 Absatz 3 durch die rechtsanwendenden Behörden. Wenn wir diese Praxis nun nicht korrigieren, dann bestätigen wir sie explizit und dann kann die Weko so weitermachen wie bisher. Ein solcher Nichtentscheid des Parlamentes wäre zumindest fragwürdig in Bezug auf die Verfassung, wenn nicht sogar verfassungswidrig, was hier drin ja wohl niemand will.

In diesem Sinne bitte ich Sie um Eintreten und danach um Zustimmung zu den jeweiligen Minderheiten, bei denen ich auf jeden Fall dabei bin. Danke – meine Ausführungen sind leider etwas länger geworden, da die Materie kompliziert ist; um sie zu verstehen, braucht es etwas Vertiefung. Aber wir dürfen jetzt keine entscheidenden Fehler begehen. Die Wirtschaft wie die Konsumentinnen und Konsumenten erwarten Antworten. Diese Antworten wollen wir heute liefern.

Rieder Beat (M-E, VS): Ich melde mich beim Eintreten, weil ich schon damals die Vorstösse Fournier und Français aktiv unterstützte und ich Gelegenheit hatte, an der Sitzung der WAK zu diesem Geschäft im August des letzten Jahres teilzunehmen. Die Anhörungen waren doch signifikant: Von rechts bis links war grosser Unmut über die Kartellrechtspraxis der Weko zu hören. Anwälte, Unternehmensvertreter, Professoren, aber auch Gewerkschaften übten heftigste Kritik am Vollzug des geltenden Kartellgesetzes.

Die wahrscheinlich beste Begründung, wieso man Artikel 5 des Kartellgesetzes unbedingt im Sinne der Mehrheit abändern muss – bei Artikel 7 hat sie ein wenig übertrieben –, kam vonseiten des angehörten Gewerkschafters. Der Gewerkschafter hat aufgezeigt, was es heisst, wenn wir weiter zuschauen. Die Weko kann kleine und mittlere Unternehmen mit solchen Kartellrechtsverfahren überziehen. Das kostet am Ende des Tages Arbeitsplätze, weil das Kartellrecht sehr weit geht. Das Kartellrecht geht sehr weit, weil nach heutiger Praxis im Einzelfall nicht mehr überprüft werden muss, ob ein fragliches Verhalten schädliche Wirkungen auf den Wettbewerb hat. Heute gilt aus rein formalen Erwägungen eine Schuldvermutung und nicht die Unschuldsvermutung. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist das aus mehreren Gründen unhaltbar.

Erstens ist das Kartellrecht wegen der hohen Bussen strafrechtsähnlich. Das hat das Bundesgericht im Fall Publigroupe, BGE 139 I 72, selbst festgestellt. Weshalb ist es strafrechtsähnlich? Weil die Bussen derart hoch sind, dass das Unternehmen durch sie vernichtet werden kann, in seiner Existenz gefährdet ist. Das gilt nicht nur im von Kollege Germann zitierten Fall, sondern für verschiedenste Unternehmen. Es sind nicht die ganz grossen Unternehmen, die tangiert werden, es sind die kleinen und mittleren Unternehmen, die diese Bussen dann schlussendlich nicht mehr zahlen können. Im Strafrecht muss der Staat den vollen Beweis bringen – den vollen Beweis! –, wenn Sie

AB 2024 S 534 / BO 2024 E 534

jemanden schuldig sprechen wollen. Im Kartellrecht ist das nicht so. Die Beweisanforderungen wurden auf ein rechtsstaatlich bedenklich tiefes Niveau herabgesetzt. Man geht von einer blossen Schuldvermutung statt der Unschuldsvermutung aus und verhängt auf dieser Basis teilweise astronomisch hohe Bussen.

Im Anschluss daran haben Sie dann Verfahren, die über fünf, zehn Jahre gehen. Was das für ein Unternehmen heisst, können Sie sich vorstellen. Das ist vergleichbar, wie wenn man für eine Geschwindigkeitsübertretung gebüßt würde, nur weil das Auto geeignet ist, schneller als 120 Kilometer pro Stunde zu fahren. Man vermutet bereits, dass schneller gefahren wird. Es trifft eben nicht nur die Grossunternehmen, sondern es trifft vor allem die kleinen und mittleren Unternehmen, die mit Hausdurchsuchungen, mit strafrechtsähnlichen Sanktionen überzogen werden. Wenn Sie einmal in Ihrer Praxis ein solches Verfahren miterlebt haben, dann wissen Sie, dass Sie voll im Strafrecht sind.

Zweitens widersprechen das Kartellrecht und der Vollzug des Kartellrechtes gemäss heutiger Weko-Praxis eigentlich dem Willen des Gesetzgebers und der Verfassung. Wir wollten das eigentlich im Parlament nicht so haben. Ich erspare mir weitere Ausführungen dazu, weil die Kommissionsmitglieder Ihnen das wahrscheinlich anschliessend auch noch vorlegen werden.

Drittens wollte der Bundesrat mit der Kartellgesetzrevision 2014 ja Kartellverbote einführen und die Schadensprüfung bei gewissen Abreden abschaffen. Das wollte aber das Parlament damals nicht. Es wollte eine



Missbrauchsgesetzgebung. Es wollte auch, dass man die Schadensprüfung vornimmt. Heute haben wir eine Gerichtspraxis, die diese Verschärfungen, die einer Verbotsgegesetzgebung entsprechen, sowohl bei Artikel 5 als auch bei Artikel 7 einführt. Gerade bei Artikel 7 ist es besonders absurd. Der Wortlaut von Artikel 7 Absatz 1 des Kartellgesetzes verlangt ausdrücklich, dass andere Unternehmen im Wettbewerb behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt sein müsste. Diese Prüfung erfordert aber eine Auswirkungsanalyse, und gerade diese Auswirkungsanalyse machen die Gerichte und die Weko nicht mehr; ich verweise auf den Fall SIX. Daher ist es an uns, diesen aktuellen Missstand zu beheben und so der Weko auf der einen Seite zwar nach wie vor Mittel zur Verfügung zu stellen, damit sie kartellrechtlich vorgehen kann, aber auf der anderen Seite eben auch die Rechtsstaatlichkeit auf ein angemessenes Niveau zu heben.

Die einzige Bestimmung, bei der ich mit der Kommission nicht einig bin, ist Artikel 7 Absatz 3. Dort hat die Kommission meines Erachtens übertrieben und quasi die Fair-Preis-Initiative ausgehebelt. Das möchte ich nicht. Das kann man einfach ändern, und deshalb habe ich auch einen Einzelantrag eingereicht, der eben Artikel 7 Absatz 2 Litera g von dieser Überprüfung ausschliesst und damit den Bedenken, die Kollege Germann geäussert hat, Rechnung trägt.

Ich werde mich daher bei Artikel 7 Absatz 3 noch einmal melden und Ihnen beantragen, diesen Einzelantrag anstelle des Antrages der Mehrheit anzunehmen. Im Übrigen bitte ich Sie, der Mehrheit zu folgen.

Sommaruga Carlo (S, GE): Dans ce débat d'entrée en matière, j'aimerais faire quelques remarques générales, mais sans entrer dans le détail des articles dont nous aurons l'occasion de débattre tout à l'heure. En fait, la loi sur les cartels est destinée à garantir l'efficacité de la concurrence, non pas pour de simples raisons abstraites ou, je dirais, politiques ou idéologiques, mais pour préserver le pouvoir d'achat des consommatrices et des consommateurs et la capacité économique des PME qui sont acquéreuses de biens ou de services, comme on peut en trouver dans le secteur de la gastronomie, mais aussi chez les petits artisans, les garagistes ou les installateurs de tout type. Elle vise également à protéger les autorités publiques, communales, cantonales et fédérales, et donc finalement les intérêts financiers des contribuables face à la volonté de certains acteurs économiques dominants ou d'acteurs économiques coalisés par des ententes en vue de s'accaparer une rente cartellaire, c'est-à-dire des prix surfaits.

Dans l'ensemble, la révision proposée par le Conseil fédéral renforce l'efficacité de la lutte contre les cartels, que ce soit contre les ententes illicites ou les situations de domination de certaines entreprises sur le marché. Les processus de concentration sont également visés par cette réforme. Comme cela a été relevé par le rapporteur, les mesures proposées par le Conseil fédéral touchent différents domaines et sont en soi positives. Il s'agit de l'adéquation du contrôle des concentrations au niveau des standards internationaux – qui, aujourd'hui, prévalent au sein de l'Union européenne – et du renforcement du droit civil des cartels donnant la qualité pour agir à toutes les parties touchées par des restrictions à la concurrence – c'est-à-dire aussi aux consommatrices et consommateurs –, comme d'ailleurs aussi aux pouvoirs publics, en leur qualité d'acquéreur de biens et de services, comme d'ailleurs lorsqu'ils font des appels d'offres. A cela s'ajoutent les différentes mesures visant à améliorer et accélérer les procédures administratives dans l'intérêt des acteurs économiques, que ce soit en fixant des délais ou en améliorant les modalités de recours.

En fait, le seul vrai problème de cette révision, c'est la mise en oeuvre de la motion Français 18.4282, déposée et acceptée par les chambres à la suite de l'arrêt Gaba/Elmex, qui a été cité largement par notre collègue Germann. En fait, différents éléments de cette motion sont repris dans cette réforme. Il y a un élément qui concerne l'exclusion des consortiums des accords illicites. Cette proposition, qui figure à l'article 4 alinéa 1bis de la loi, est tout à fait justifiée en raison de l'efficacité économique de ces consortiums. L'élément problématique repris de la motion 18.4282 concerne la proposition à l'article 5 alinéa 1bis, qui, à n'en pas douter, constitue un pas en arrière dans la lutte contre les cartels et, plus concrètement, contre les prix cartellisés surfaits, qui, finalement – il faut le rappeler –, portent tout particulièrement atteinte au pouvoir d'achat des ménages et aux capacités économiques des PME. Je n'en dirai pas plus à ce stade, car nous y reviendrons dans la discussion par article.

Je reviens sur les exemples qui ont été cités par notre collègue Rieder. Il a évoqué la proportion de l'amende et des délais qui sont insoutenables, comme dans le cas de l'affaire de M. Bringhen, qui dure depuis maintenant plus de dix ans et pour laquelle il n'y a toujours pas de décision définitive au niveau de la justice. Mais ce ne sont, en fait, pas les règles de fond qui sont en question.

C'est, d'une part, la durée invraisemblable des procédures qu'il faut naturellement raccourcir – une des propositions du Conseil fédéral vise justement à fixer des délais –, et c'est, d'autre part, la proportion de l'amende qui peut être contestée devant les autorités. Pour cela, finalement, il ne s'agit pas de remettre en question le système actuel en ce qui concerne les ententes illicites. Nous aurons l'occasion d'approfondir ce sujet tout à



AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Sommersession 2024 • Zehnte Sitzung • 11.06.24 • 08h15 • 23.047
Conseil des Etats • Session d'été 2024 • Dixième séance • 11.06.24 • 08h15 • 23.047



l'heure, lors de la discussion par article, à l'article 5 alinéa 1bis.

Je voulais simplement faire ces remarques et vous inviter à entrer en matière sur le projet.

Bischof Pirmin (M-E, SO): So alle zehn Jahre wird das Schweizer Kartellrecht revidiert. Ich war schon bei der letzten, gescheiterten Revision 2014 dabei, und wenn Sie weitere Dezennien zurückschauen, sehen Sie, dass das Gesetz etwa alle zehn Jahre revidiert wird. Das Kartellrecht ist eines der Kernrechtsgebiete unserer Rechtsordnung. Das Kartellrecht stellt zusammen mit dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sicher, dass wir in diesem Land überhaupt einen Wettbewerb haben. Wenn wir keinen Wettbewerb mehr haben, können wir die freie Marktwirtschaft aufgeben. Doch die Marktwirtschaft ist das wesentliche Wohlstandselement, das wir in diesem Lande haben – wir sind ein kleines Land, eine Exportnation –; der Kommissionssprecher hat darauf hingewiesen.

Das Kartellrecht hat sich meines Erachtens grundsätzlich bewährt. Ich sage das jetzt einerseits als Parlamentarier, aber andererseits auch als Rechtsanwalt, der verschiedene kleine Unternehmungen in Kartellrechtsverfahren vertreten hat und vertritt. Es hat sich grundsätzlich bewährt, und es stellt

AB 2024 S 535 / BO 2024 E 535

sicher, dass in der Schweiz, im Gegensatz zu früher, Kartelle zerschlagen werden, wenn es sie gibt.

Nicht bewährt hat sich das Kartellrecht teilweise mit Blick auf die Institutionen und vor allem hinsichtlich der langen Fristen. Es ist namentlich für Gewerbetreibende in diesem Lande untragbar, dass Kartellrechtsverfahren über zehn Jahre dauern und dass der Betroffene oder die Betroffene nicht einmal weiß, in welchem Stadium das Verfahren ist. Das Kartellrecht hat sich auch hinsichtlich der Institutionenfrage, die sich stellt, nicht voll bewährt. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) ist institutionell sehr nahe an der Weko selber, die wiederum die Entscheidbehörde ist. Das wäre zu überprüfen, aber alle diese Fragen werden in dieser Reform hier nicht behandelt. Der Bundesrat hat in Aussicht gestellt, dass er eine Institutionenreform inklusive der Frage der Fristen, auch der Fristen vor dem Bundesverwaltungsgericht, prüfen wird, um eine praxistauglichere und gewerbefreundlichere Anwendung zu erreichen.

Die Reform, die wir hier vor uns haben, macht aber etwas anderes. An dieser Stelle muss man wissen, dass wir in der Schweiz eine lange Kartelltradition haben. Die Schweiz war und ist teilweise eines der meistkartellierten Länder auf dieser Welt. Bis in die Neunzigerjahre war es der Normalfall, dass Preise, Mengen und Gebiete abgesprochen wurden. Denken Sie an das Bierkartell. Es galt als ausgemacht, dass man die Bierpreise in diesem Lande absprechen muss, weil – so lautete damals die offizielle Begründung – die Qualität des Schweizer Biers sinken würde, wenn die Bierpreise nicht abgesprochen würden. Das war die Begründung für das Bierkartell bis in die Neunzigerjahre. Das Gleiche galt im Bankenbereich mit dem sogenannten Zinskonvenium. In der Schweiz wurden alle Zinsen unter den Banken abgesprochen, der freie Wettbewerb war ausgeschlossen. Ich nehme auch meine eigene Berufsgattung gar nicht aus: Im Anwalts- und Notariatsbereich galten bis in die Neunzigerjahre und zum Teil bis zu Beginn der 2010er-Jahre abgesprochene Honorarordnungen.

Mit der Revision des Kartellgesetzes wurde die Möglichkeit zu solchen Absprachen aufgehoben. Zu Recht ist sie aufgehoben worden, weil damit der Wettbewerb wieder in Kraft gesetzt wurde. Die heutige Revision, die wir vor uns haben, stellt das nun teilweise infrage. Die Revision nimmt zu Recht Reformen beim Kartellzivilrecht vor; diese sind nötig. Meines Erachtens auch zu Recht wird eine sogenannte Compliance Defence eingeführt, das heißt die Möglichkeit, in einem Kartellverfahren – das betrifft vor allem größere Unternehmen – als Einrede bringen bzw. beweisen zu können, dass alles unternommen wurde, um Marktabschottungen und Kartelle zu vermeiden. Diese Compliance Defence entspricht europäischem Recht, ist aber heute in der Schweiz noch nicht möglich.

Die Vorlage macht aber insbesondere etwas – Sie haben das vorhin in der Diskussion festgestellt –, indem sie die Motion François 18.4282 umsetzt. Der Bundesrat hatte diese Motion zur Ablehnung beantragt, musste sie dann aber umsetzen, weil das Parlament beschloss, dem Bundesrat diesen Auftrag zu geben. Die Motion François ist durchaus zweischneidig; ich habe zum Teil Sympathien dafür, zum Teil habe ich aber auch eine ablehnende Haltung dazu.

Was ich nicht teilen kann, ist Artikel 5 gemäß Mehrheit in der jetzigen Vorlage. Dieser betrifft die Auslegung oder die Korrektur nach dem sogenannten Gaba-Urteil; der Minderheitssprecher hat es vorhin beschrieben. Bei diesem Urteil ging es um die Frage, ob ausländische Konzerne die Preismacht in der Schweiz so nutzen dürfen, dass die Schweiz als Markt abgeschottet wird. Das Bundesgericht hat nach dem Gaba-Urteil entschieden, dass die Marke BMW dies nicht tun darf. BMW hatte den deutschen Händlern verboten, BMW-Produkte in die Schweiz zu exportieren, und hatte diese darauf beschränkt, nur an deutsche Konsumenten zu liefern. Das wiederum hatte zur Folge, dass BMW-Käufer in der Schweiz massiv überhöhte Preise zahlen mussten.



AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Sommersession 2024 • Zehnte Sitzung • 11.06.24 • 08h15 • 23.047
Conseil des Etats • Session d'été 2024 • Dixième séance • 11.06.24 • 08h15 • 23.047



Das gleiche Urteil fiel zuvor auch im Gaba-Fall: Der Schweizer Markt war in Bezug auf die Zahnpastamarke Elmex von einem internationalen Grosskonzern abgeschottet worden, um die hohen Schweizer Preise, die überhöhten Schweizer Preise, bei den Schweizer Konsumenten weiterhin durchsetzen zu können. Parallelimporte waren verboten worden. Heute laufen ähnliche Verfahren auf europäischer Ebene in Bezug auf die grossen amerikanischen Elektronikkonzern Google, Apple usw.

Die Motion Français stellt diese Urteile zumindest infrage. Die Hochpreisinsel Schweiz würde zu einem guten Teil verteidigt. Marktabschottungen wären wieder möglich, und zwar, weil man immer im Einzelfall nachweisen müsste, dass eine später erfolgende Durchsetzung einer Absprache auch tatsächlich wirtschaftlich schädlich ist. Eine solche Beweisführung ist für die Kartellbehörden aber in vielen Fällen nicht möglich. Die Vorlage würde – und darin liegt nun die Ironie – dazu führen, dass die Verfahren gegenüber heute noch mehr verlängert würden. Das ginge insbesondere zulasten der Schweizer Gewerbetreibenden. Diese sind darauf angewiesen, dass sie zu anständigen Wettbewerbspreisen einkaufen können.

Nicht zu Unrecht wehren sich die Vertreter der Tourismusverbände, der Gastronomie, der Hotellerie, aber auch der Drogerien und ähnlicher Branchen ganz vehement gegen diese Reform. Sie sagen zu Recht: Wenn das durchkommt, dann können wir unsere Maschinen, die wir für unsere Hotels, für unsere Restaurants und für die Produkte in unseren Drogerien brauchen, nicht mehr zu marktüblichen Preisen kaufen, sondern werden von internationalen Konzernen übervorteilt. Das wollen wir nicht.

Wir werden in der Detailberatung dann sehen, wo die Reform zu weit geht und wo sie zu wenig weit geht. Ich bitte Sie einfach, hier in gewissem Sinne mit zittrigen Händen an dieses Kartellgesetz heranzugehen. Sie sind hier in der Herzkammer der schweizerischen Marktwirtschaft. Ich bitte Sie, bei Reformen sehr vorsichtig mit unserem freien Wettbewerb umzugehen, um ihn nicht zu gefährden – zugunsten des Schweizer Gewerbes, aber auch der Landwirte und der Konsumentinnen in diesem Lande; dies gilt auch für die öffentliche Hand, die dann ebenfalls von überhöhten Preisen betroffen ist.

Ich bitte Sie um Eintreten.

Parmelin Guy, conseiller fédéral: Nombreux parmi vous l'ont dit ou remarqué: ce projet de révision de la loi sur les cartels est volumineux et technique. Vous le savez, en 2012, il y a eu un projet de révision. Monsieur Bischof, vous l'avez dit: ce n'est pas comme le printemps, cela revient tous les dix ans, non pas toutes les années. Cela revient tous les dix ans, parce qu'on remarque des problèmes qui perdurent. Cette fois, j'espère qu'on pourra faire un pas dans la bonne direction. Ce projet avait échoué en 2012. Il était peut-être trop ambitieux sur certains éléments, et le Conseil national n'en avait pas voulu.

Dès novembre 2021, le Conseil fédéral a mené une procédure de consultation concernant cette révision partielle. Outre des éléments plutôt incontestés de la révision avortée de 2012, ce projet contient des propositions de mise en oeuvre de trois interventions parlementaires qui nous ont été transmises; j'y reviendrai par la suite. Vous le savez – cela a été effleuré –, la réforme des autorités de la concurrence a déjà été lancée par le Conseil fédéral. Elle ne fait pas partie du projet. Ce projet se déroulera en parallèle. Le 15 mars de cette année, le Conseil fédéral a donc chargé le département d'élaborer un projet de consultation sur le sujet de la réforme des autorités de la concurrence.

Qu'en est-il du projet que vous avez devant vous aujourd'hui et surtout de son contenu? Pour l'essentiel, il s'agit des trois éléments suivants que le Conseil fédéral a déjà proposés dans le cadre du projet avorté de révision de la loi sur les cartels en 2012. A l'époque – c'est important de le souligner –, ils n'avaient pas suscité de controverses. Il s'agit de la modernisation du contrôle des concentrations d'entreprises, du renforcement du droit civil des cartels et de l'amélioration de la procédure dite d'opposition. Dans le cadre des délibérations en commission, ces éléments n'ont quasiment pas été contestés et ont été fortement soutenus.

Outre ces éléments, le projet contient des propositions de mise en oeuvre de trois motions qui nous ont été transmises. La motion Fournier 16.4094, la motion Français 18.4282 et la motion Wicki 21.4189.

AB 2024 S 536 / BO 2024 E 536

La modernisation du contrôle des concentrations, qui n'a pas été contestée, est un élément clé de ce projet de révision. Grâce à l'introduction du test SIEC (Significant Impediment to Effective Competition), qu'a décrit le rapporteur de commission, la Commission de la concurrence (Comco) peut désormais intervenir dès que la concentration entrave la concurrence de manière significative. C'est notamment le cas lorsque la concentration prévue crée ou renforce une position dominante sur le marché. La Comco sera ainsi en mesure de prendre en considération les gains d'efficacité résultant de la concentration. Et avec l'instauration du test SIEC, aussi bien les effets indésirables sur la concurrence que les gains d'efficacité souhaités pourront être intégralement pris en compte dans le contrôle des concentrations d'entreprises, ce qui constitue la norme que l'on retrouve sur



le plan international. En outre, la simplification de l'obligation de notification doit permettre d'éviter un double examen des concentrations internationales.

Le deuxième point de la loi – le renforcement du droit civil des cartels – est aussi essentiel dans ce projet. Ici, il est important de combler une lacune en matière de responsabilité en élargissant – mais modérément – la légitimation active à toutes les personnes lésées par une restriction dite illicite de la concurrence, et notamment, comme l'a relevé M. Carlo Sommaruga, aux consommateurs et aux pouvoirs publics. Le droit civil des cartels joue un rôle clé dans l'application effective du droit de la concurrence. Son renforcement doit permettre à la Comco de se concentrer encore mieux sur les cas qui présentent un intérêt public prépondérant. Le renforcement de la voie civile en matière de cartels, il est aussi important de le relever, va nettement moins loin que la réglementation européenne, à titre d'exemple.

L'amélioration de la procédure d'opposition est le troisième volet essentiel du projet. La procédure d'opposition donne aux entreprises la possibilité d'annoncer des pratiques avant leur mise en oeuvre, et d'être ainsi libérées d'un risque de sanctions en cas d'absence d'opposition de la Comco.

Le Conseil fédéral souhaite, par ce projet, rendre la procédure d'opposition existante plus favorable à l'innovation et mieux adaptée à la pratique. Le Conseil fédéral répond, ce faisant, à des exigences largement formulées par les milieux économiques au moment de la consultation.

J'en viens maintenant aux éléments qui ont été demandés par le Parlement, et je commence par la motion Fournier 16.4094 qui contenait deux exigences. La première était d'introduire des délais dans la législation afin de réduire la durée de la procédure, et la deuxième était d'allouer des dépens aux parties à une procédure administrative, ceci dès la première instance. Le projet du Conseil fédéral intègre ces préoccupations.

La deuxième motion est la motion Wicki 21.4189 qui vise à ce que la loi sur les cartels soit modifiée de sorte que le principe de présomption d'innocence garantie par la Constitution soit également appliqué en droit des cartels. Le Conseil fédéral propose d'inscrire expressément dans la loi sur les cartels les trois principes procéduraux que sont la maxime de l'instruction, la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve à la charge de l'Etat. La mise en oeuvre de la motion Wicki n'entraîne aucune modification de la situation juridique. Les principes procéduraux centraux que j'ai mentionnés s'appliquent déjà aujourd'hui, ce qui va de soi; ils sont précisés maintenant dans la loi.

Enfin, la troisième intervention pour laquelle le Conseil fédéral a intégré une proposition de mise en oeuvre dans le projet, c'est la motion Français 18.4282. La mise en oeuvre de cette motion est l'élément le plus controversé du projet actuel. D'une part, nous l'avons vu à travers les avis qui ont été exprimés dans le cadre de la consultation, l'essentiel des débats et des discussions au sein de votre commission préparatoire a porté sur cette intervention.

La motion Français charge le Conseil fédéral de présenter une proposition visant à "préciser" l'article 5 de la loi sur les cartels. Cette motion est une réaction à la décision du Tribunal fédéral dans l'affaire évoquée par M. Germann, l'affaire Gaba. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a retenu que les cinq types d'accords durs en matière de concurrence, énumérés à l'article 5 alinéas 3 et 4 de la loi sur les cartels, atteignent en principe le caractère notable, c'est-à-dire que, pour ces accords durs, les aspects qualitatifs suffisent généralement pour admettre le caractère notable. La motion vise à préciser l'article 5 de cette loi, afin que les critères qualitatifs ne soient pas les seuls à être pris en compte dans le cadre des accords durs, mais que, dans tous les cas, les critères dits quantitatifs le soient aussi.

Cela a été rappelé lors du débat d'entrée en matière, le Conseil fédéral a proposé le rejet de cette motion. Parce que, d'une part, il craint un allongement et un renchérissement inutiles des procédures, déjà souvent extrêmement lourdes. D'autre part, il craint de manière générale un affaiblissement considérable de l'application du droit des cartels dans notre pays.

Pour mettre en oeuvre la motion Français, le Conseil fédéral propose néanmoins les trois éléments suivants. Premièrement, la loi sur les cartels doit indiquer expressément que les consortiums qui permettent ou renforcent la concurrence efficace ne constituent pas des accords en matière de concurrence. Votre commission soutient cet élément de la proposition de mise en oeuvre du Conseil fédéral.

Deuxièmement, le principe d'opportunité doit être expressément inscrit dans la loi, afin d'éviter que la Comco ne doive se saisir et poursuivre des infractions légères au droit des cartels. Cet élément est aussi soutenu par votre commission.

Troisièmement, un nouvel article 5 alinéa 1bis du projet s'inspire du texte de la motion. Pour une moitié de votre commission, cette proposition du Conseil fédéral va trop loin, pour l'autre moitié pas assez. Nous reviendrons sur ce sujet dans le cadre de la discussion par article.

Enfin, j'ajoute un élément sur l'article 7 alinéa 3 du projet. Selon la majorité de la commission, les dispositions concernant les entreprises ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif selon l'article 7 de la



AMTLICHES BULLETIN – BULLETIN OFFICIEL

Ständerat • Sommersession 2024 • Zehnte Sitzung • 11.06.24 • 08h15 • 23.047
Conseil des Etats • Session d'été 2024 • Dixième séance • 11.06.24 • 08h15 • 23.047



loi sur les cartels devraient être affaiblies. Le Conseil fédéral s'oppose à un tel affaiblissement du contrôle des abus.

En conclusion, d'une part, le projet contient des éléments techniques incontestés du projet avorté de révision de la loi sur les cartels de 2012, dont la mise en oeuvre contribuerait de manière substantielle à améliorer la législation suisse en matière de concurrence. D'autre part, le projet comporte des propositions de mise en oeuvre concernant les trois motions que j'ai citées. Deux de ces trois motions ne sont pas contestées. Du point de vue du Conseil fédéral, il convient toutefois de rejeter les articles 5 et 7 du projet de révision partielle de la loi sur les cartels, car leur acceptation s'accompagnerait d'un affaiblissement considérable du droit des cartels. Nous y reviendrons par la suite.

Néanmoins, je vous propose, au nom du Conseil fédéral, comme au nom de la commission de votre conseil, d'entrer en matière.

*Eintreten wird ohne Gegenantrag beschlossen
L'entrée en matière est décidée sans opposition*

Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence

Detailberatung – Discussion par article

Titel und Ingress, Ziff. I Einleitung

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Titre et préambule, ch. I introduction

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Angenommen – Adopté

AB 2024 S 537 / BO 2024 E 537

Art. 4 Abs. 1bis

Antrag der Kommission

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Art. 4 al. 1bis

Proposition de la commission

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Wicki Hans (RL, NW), für die Kommission: Bei diesem Zusatz geht es um eine Ergänzung im Sinne der Motion Français 18.4282. Die Motion thematisierte unter anderem die Arbeitsgemeinschaften. Zwar wies die Weko in ihren Jahresberichten wiederholt darauf hin, dass sie diese nicht als Abreden erachte und auch nicht dagegen vorgehe. Trotzdem entstand eine gewisse Rechtsunsicherheit. Mit der vom Bundesrat vorgesehenen Anpassung wird nun explizit klargestellt, dass diese Arbeitsgemeinschaften nicht als Wettbewerbsabreden gelten, wenn sie den wirksamen Wettbewerb ermöglichen oder sogar stärken.

In der Kommission war diese Anpassung inhaltlich unbestritten. Wir schaffen damit auch keine Differenz zum EU-Recht, denn dort gelten Zusammenarbeitsformen, die keine Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder bezeichnen, ebenfalls nicht als Wettbewerbsabrede. Diskutiert wurde einzig darüber, ob diese Ergänzung im vorliegenden Artikel am richtigen Ort ist oder zu Artikel 5 gehört. Eine Platzierung unter Artikel 5 wäre richtig, wenn festgehalten werden sollte, dass es keine unzulässige Wettbewerbsabrede ist. Sofern es sich aber bei Arbeitsgemeinschaften erst gar nicht um Wettbewerbsabreden handelt, ist der vorliegende Artikel 4 der korrekte Ort. Unsere Kommission folgt der Auffassung des Bundesrates, wonach es sich um keine Wettbewerbsabrede handelt. Somit ist dieser Zusatz rechtstheoretisch am richtigen Ort.

Angenommen – Adopté